

24. Conceito de cognição sumária

Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical.

Por meio dela se busca, no dizer de Calamandrei, “un giudizio di probabilità e di verosimiglianza”[183]. Também Liebman, analisando a ação cautelar, alude a “giudizio di probabilità”, que equipara a “verosimiglianza”, mas estabelece graus, pois esclarece que “sul diritto il giudice deve formarsi una semplice opinione di credibilità, senza attarsi a raggiungere una vera sicurezza della sua esistenza” e “sul pericolo nel ritardo invece si tratta di considerare sufficientemente verosimile la minaccia di un evento dannoso futuro, allo scopo di prevenirlo e impedirne l'accadimento”[184].

A probabilidade e a verossimilhança têm graus. Em matéria criminal, Malatesta estabelece a seguinte graduação: relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade, que denomina verossímil, uma probabilidade média, que chama de provável, e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo[185]. Hernando Devis Echandía fala em graus de eficácia probatória e adota a mesma classificação de Malatesta, lembrando que esse autor adverte

“que es más correcto hablar de credibilidad que de posibilidad o de verosimilitud, y que ‘verosímil no es lo que puede ser verdad real, sino lo que tiene apariencia de serlo, no lo que se nos presente simplemente como posible, sino lo que, por razones más o menos determinadas, nos inclinamos a creer que es real’; por lo cual hace coincidir la verosimilitud con el primer grado de la probabilidad, que tiene tres: lo verosímil, lo probable y lo probabilísimo”[186].

W. Kisch alude a grau de credibilidade e esclarece que a “actividad dirigida a obtener este alto grado de probabilidad se llama acreditamiento (acreditar cumplidamente (Glaubhaftmachung))”[187]. Do mesmo modo, Adolfo Schönke faz menção a “cierto grado de verosimilitud”, que seria diferente da “plena convicción”, anotando que “se considera conseguido el acreditamiento, en cuanto se haya aportado cierta probabilidad, no siendo preciso el crear la plena convicción judicial”[188].

Nessa escala de intensidade da convicção do juiz, Antonio Coniglio menciona também a credibilidade, “un aspetto logico di un dato assunto, meno consistente di quello veramente probatorio”. Invoca, a respeito, o magistério de Schmidt:

“La credibilità non se distingue principalmente della prova, per i mezzi di prova usati, ma per il risultato della prova raggiunto. Il risultato probatorio della credibilità è minore di quello della prova. Il contrasto non è qualitativo, ma quantitativo. La credibilità non raggiunge la verosimiglianza, ma un minore grado di verosimiglianza, tale cioè che il giudice deve contare, come di fatto conta, sulla possibilità del contrario”[189].

Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui:

“quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde à realidade. Trata-se, porém, de matizes psicológicas que cada juiz entende a seu modo”[190].

Os magistérios, como se vê, não são unívocos quanto às terminologias adequadas e à significação de cada uma delas.

No direito brasileiro, temos alguns dispositivos de lei que acolhem as terminologias “verossimilhança” (art. 273 do CPC) e “verossímil” (art. 6º, VIII, do CDC), em que esses vocábulos são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, não no de probabilidade mínima.

São, portanto, mais adequadas, para o nosso direito, as terminologias utilizadas por Calamandrei.

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina[191].

25. Breve esboço histórico sobre a cognição sumária

A técnica da cognição sumária é antiga, remontando mesmo ao direito romano.

Biondo Biondi observa que o instituto da *summaria cognitio*, entendido como complexo de normas destinadas a dar ao processo celeridade maior que a do processo ordinário, “disciplinado

organicamente nella Clementina ‘Saepe’, ha larghe radici nel diritto romano, e precisamente in quel processo extra ordinem le diventa generale al incominciare dall’epoca postclassica”. O instituto, porém, delinea-se melhor na legislação de Justiniano, embora de modo fragmentário e não orgânico[192].

Anota, mais, que “per diritto teodosiano non è possibile parlare di processo sommario, ma di singole eccezione al processo normale, che di comune hanno soltanto lo scopo di abbreviare, semplificare od anche sopprimire singoli atti o momenti del processo”. No direito justinianeu, porém, o instituto da prova sumária tem caráter preciso e constante.

“Summatim cognoscere – observa – vuol dire facoltà concessa al giudice de procedere, ai fini della decisione, ad una indagine superficiale, limitata a ciò che appare prima facie, diretta alla ricerca del semplice verosimile; nei casi in cui è ammessa espressamente dal legislatore, importa una prova non assoluta ma semipiena, in antitesi alla prova piena e legale prescritta in tutti gli altri casi”.

Em tal hipótese, a decisão do juiz, seja tomada em sentença ou provimento de outra natureza, tem sempre “efficacia non assoluta e non definitiva”, no sentido de que a lei admite que a parte sucumbente “nella prova sommaria possa in altra sede far valere il proprio diritto fornendone la prova piena”. E conclui:

“Nel nuovo diritto appunto, come conseguenza della introduzione di una *summaria cognitio* in tema di prove, sorge il concetto di mezzo giuridico provvisorio, avente per base la prova sommaria, in antitesi all’azione definitiva, in cui attraverso alla prova piena e legale, si arriva al regolamento giuridico fra le parti in modo definitivo e irrevocabile”[193].

Ovídio Baptista da Silva pondera que

“para o direito romano, em verdade, a busca de prováveis decisões tomadas sob *summaria cognitio* nem teria sentido, pois a principal atividade do pretor, qual seja a de conceder ou de negar a ação, era decisão tomada, em certo sentido, sob forma de cognição sumária”, e “nas chamadas *stipulationes praetoriae* e nos processos interditais, a cognição do magistrado pode ser definida como sumária”.

Apoiando-se em Biscardi, esclarece que

“a cognição sumária do pretor era, em verdade, inerente a seu ofício, e, nos juízos interditais, a *causae cognitio* podia ser mesmo decisão definitiva, na medida em que encerrava o procedimento e, em certo sentido, ainda sumária, enquanto reservava para o futuro juízo ordinário (*ordo iudiciorum privatorum*) as questões cuja alegação fossem vedadas no juízo interdital”[194].

No direito medieval, a sumarização do processo, que vinha sendo buscada em razão da excessiva formalização do processo ordinário e como imperativo das “crescentes necessidades de rapidez

impuestas por la entidad del tráfico mercantil que se desarrollaba en torno al Mediterráneo”, alcança na famosa “Saepe contingit”, de Clemente V, de 1306, a sistematização necessária. Fundamentalmente, os juízos “sumários” civis eram aplicados, informa Fairén Guillén, “por cuatro razones, determinantes a su vez de la casuística en que se abría la via para ellos: *ratione parva quantitatis; ratione parvii prejudicii; ratione urgentia necessitatis y ratione miserabilium personarum*”[195].

O verdadeiro “processo sumário”, segundo Fairén Guillén, é aquele que, em razão da necessidade de rapidez, limita a cognição “restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa”, não podendo ser confundido com processos simplesmente acelerados, aos quais denomina “plenários rápidos”. A “sumariedade” destes últimos seria simplesmente de caráter formal, ao passo que a dos sumários propriamente ditos teria caráter material[196]. Adroaldo Furtado Fabrício adota essa distinção do processualista ibérico (pela completitude ou não da *cognitio*), mas esclarece que, “sob a pressão da necessidade de simplificação do processo comum medieval, foi-se formando, ao lado do juízo ‘materialmente’ sumário, um procedimento cuja sumariedade era apenas formal, porque ‘plenária’ a cognição nele envolvida”, de modo que houve a extensão da denominação “sumário” a procedimentos de cognição plena[197].

No direito romano, como já anotado, encontramos o primeiro perfil da sumariedade material, mas “a precoce manifestação histórica da confusão entre justiça e verdade, surgida nos primórdios da Idade Moderna – pondera Ovídio Baptista da Silva –, foi a responsável pelo menosprezo devotado aos juízos sumários”. O renascimento do prestígio dos procedimentos sumários no direito medieval ocorre “por influência do direito germânico, como se sabe, e, a partir do século XVI, como decorrência da célebre decretal de Clemente V”. A influência germânica, contudo, “teve escassa participação genética nas instituições” e “a tentativa papal, como também é sabido, não foi muito além de sua proposição básica, que era, confessadamente, dirigida à simplificação formal do procedimento”, não tendo a Clementina “saepe contingit”, quanto à restauração dos processos materialmente sumários, avançado “como seria desejável”. O processualista gaúcho completa a descrição da linha evolutiva do processo “materialmente” sumário da seguinte forma:

a) Ao longo da história jurídica europeia, a partir do século XVI, verifica-se a negação das ideias básicas contidas no estatuto papal referido, de modo que a

“recomendação que aí se fazia (*nulla iuris communis solemnite servata, sed sola veritate facti inspecta*), desembaraçando-se o procedimento de formalidades supérfluas, passou a significar, no direito moderno, busca incessante da ‘verdade material’, numa equivalência entre verdade e justiça, como se esta só pudesse ser atingida depois da mais ampla

exaustão, por todos os meios imagináveis, da pesquisa da verdade”.

b) A tendência é acentuada pelo cientificismo dos séculos XVIII e XIX, havendo mesmo “repugnância à ideia de uma vitória processual sobre simples verossimilhança”, que “só cede passo a um processo manifestamente sumário, com o qual os juristas convivem em perfeita harmonia e o assimilam facilmente, que é o processo-cerne da civilização industrial, o processo cambiário”.

c) Outras formas de sumariedade material “que, tecnicamente, se devem equiparar ao conceito medieval, de *mandatum sine clausula*”, tal como o processo cautelar, “mereceram condenação geral”[198].

O mesmo processualista, a quem se devem os mais aprofundados estudos sobre a ação cautelar, esclarece em sua obra mais recente[199] que a história dos processos sumários está ligada, constantemente, à ideia da formação rápida do título executivo, quando não da própria execução, sendo exemplo típico disso o processo monitorio ou injuncional, que é classificado por Chiovenda como “processo declaratório com prevalente função executiva”. As características básicas do processo monitorio consistem na “sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), com base na qual o juiz emite o preceito liminar” e na “outorga antecipada da eficácia executiva”, com a “inversão do contraditório”.

26. Cognição sumária e processos sumários cautelares e não cautelares

26.1. Processo sumário cautelar

Entre nós, com a supressão da ação cominatória prevista no art. 302 do Código de Processo Civil de 1939, deixou de existir o processo cominatório[200]. Foi, porém, criada posteriormente a ação monitoria (arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C, acrescentados ao Título II do Livro IV do CPC pela Lei n. 9.079, de 1995). Mas a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécie os processos cautelares, na antecipação da tutela em qualquer processo de conhecimento (art. 273 do CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios (o que hoje seria dispensável diante da regra geral do art. 273) (v. g., ação para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer – art. 461, § 3º, do CPC; ação possessória – arts. 928 e 929 do CPC; ação de nunciação de obra nova – art. 937 do CPC; ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio – art. 1.071 do CPC; ação de embargos de terceiro – art. 1.051 do CPC; ação popular – art. 5º, § 4º, da Lei n. 4.717/65; ação de desapropriação – art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41; ação de mandado de segurança – art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009; ação

civil pública – art. 12 da Lei n. 7.347/85; ação individual e ação coletiva para cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer previstas no Código de Defesa do Consumidor – art. 84; ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente – art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69), e igualmente na fase inicial de toda e qualquer ação quanto aos requisitos gerais ou especiais que a lei estabelece e também quanto à aferição, *in statu assertionis*, das condições da ação. A justificação prévia de posse na ação de usucapião, que o Código de Processo Civil previa no art. 942, I, foi suprimida recentemente pela Lei n. 8.951, de 13 de dezembro de 1994.

Relativamente aos processos sumários, cuja característica básica é a sumariedade da cognição, a dificuldade doutrinária está em diferenciar os processos sumários cautelares dos processos sumários *tout court*. Divergem os processualistas quanto ao conceito, campo de aplicação, características, requisitos, condições da ação, mérito e outros aspectos do processo cautelar, e a respeito desses pontos evidentemente não haverá espaço, neste trabalho, para estudo aprofundado[201]. Cabe deixar consignado, porém, que a preocupação dos autores está centrada no processo cautelar, cuja sumariedade material não é questionada. Muitos sustentam que vários dos processos previstos no Livro III do Código de Processo Civil não são cautelares, mas não abrem espaço para o estudo do processo sumário não cautelar sob o prisma da cognição sumária, fazendo-o apenas quanto ao caráter satisfativo do provimento, que para a grande maioria dos tratadistas é o critério que afastaria os referidos processos da categoria de processo cautelar.

A teoria dominante entre nós, fiel à doutrina de Calamandrei, observa que a ação cautelar tem por fim assegurar o êxito do processo principal, sendo sua característica mais marcante, portanto, o “*carattere di strumentalità*” em relação ao provimento principal[202]. Porém, conceituada a ação cautelar em termos assim estreitos, limitação que evidentemente apanha também as ações cautelares inominadas, ficariam sem proteção adequada os direitos e interesses, principalmente os de caráter não patrimonial (v. g., direito à honra, à saúde, à liberdade etc.) que, nas vicissitudes da vida, ficam sujeitos a inúmeras e multifárias situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, e clamam por uma tutela urgente.

Mais abrangente é a teoria de Ovídio Baptista da Silva, que estabelece os seguintes pressupostos para a tutela cautelar:

- a) iminência de dano irreparável;
- b) temporariedade;
- c) sumariedade da cognição judicial (*fumus boni iuris*);
- d) “situação cautelanda”;

e) interditalidade da sentença cautelar.

O primeiro pressuposto consiste na existência de estado perigoso “capaz de ameaçar seriamente a incolumidade de determinado direito da parte, seja por ato voluntário da outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural”[203]. É nesse requisito, precisamente, que sua teoria se mostra mais ampla do que as demais, pois seu entendimento é no teor de que “a proteção cautelar não se destina a servir de instrumento para proteção da tutela jurisdicional comum, como supõe a doutrina dominante, mas se orienta, indiscutivelmente, para a salvaguarda dos direitos subjetivos, ou de outras situações igualmente protegidas pelo direito objetivo”, podendo ter lugar a proteção “nos casos em que se indique, precisamente, a situação objetiva para cuja proteção se pede a medida cautelar”. Dá o nome de “situação cautelanda” às “variadas situações que se possam mostrar carentes de proteção cautelar”, integrada por direitos subjetivos, pretensões, ações e “até as simples exceções”[204].

Apenas nos parece que se pode dar mais um passo no sentido da ampliação do conceito, mantido o requisito da “iminência de dano irreparável”[205]. Salvo equívoco nosso, no conceito de “situação cautelanda” Ovídio Baptista da Silva inclui três elementos:

a) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação;

b) a afirmativa da existência de uma situação de direito material ou de direito processual, perfeitamente identificada como um direito subjetivo material, uma pretensão ou uma ação;

c) e a pretensão à segurança da situação jurídica mencionada[206]. Observa, com efeito: “Quando afirmamos a possibilidade de uma ação cautelar autônoma, emergente do direito material, sem vinculação a um determinado processo, não a concebemos, jamais, como absolutamente autônoma, com a mesma extensão das ações satisfativas”. Em seguida, acrescenta:

“Nossa concepção da ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, ou pretensão, ou ação a que aquela preste segurança. A referibilidade, a ideia de transitividade da ação cautelar ligando-a a uma situação juridicamente relevante é inafastável. Assegura-se algo; dá-se proteção assegurativa a uma pretensão de direito processual, ou de direito material, a um direito subjetivo, ou, até mesmo, a uma outra ação. Portanto, o sentido de autonomia que se reconhece à ação cautelar, de modo algum corresponde a uma absoluta e total desvinculação desse tipo de tutela jurisdicional frente à situação cautelanda”[207].

As seguintes passagens são de relevo para a compreensão de seu pensamento: “... na ação cautelar a *causa petendi* é, por natureza, uma mera hipótese, uma eventualidade de direito, caracterizada pela conhecida e significativa locução *fumus boni juris*”. Esclarece mais além:

“... a mera possibilidade do direito que se invoca basta como fundamento da ação, sendo,

em sede cautelar, irrelevante a prova irretorquível e incontroversa do direito alegado pelo postulante. Fundamentalmente, porque tal direito a que Calvosa denomina ‘situação cautelanda’, não será objeto do *cognoscere* do juiz, senão, apenas, na medida em que se evidencie como uma probabilidade de direito”[208].

26.2. Direito substancial de cautela, mérito da ação cautelar e cognição sumária

A questão é extremamente difícil e sobre ela estamos ainda amadurecendo a nossa posição. Mas, para efeito de determinação do objeto da cognição sumária e estabelecimento do campo de abrangência da tutela cautelar, é relevante que seja exposto a seguir o nosso entendimento atual sobre o tema, o que fazemos com o propósito de suscitar debate construtivo a respeito.

Temos para nós que a ideia de transitividade, de referibilidade, a que alude Ovídio Baptista da Silva, existe em grande número de ações de conhecimento, que são consideradas “satisfativas”, em contraposição às ações cautelares, que seriam “meramente assegurativas”. Assim, quando alguém propõe uma ação de conhecimento exigindo o cumprimento de uma cláusula contratual, a pretensão material afirmada na inicial está referida a uma relação jurídica mais ampla, visto que a “ideia de transitividade” está presente, e poderá ser bastante intensa na medida em que for importante a cláusula. A referibilidade, porém, é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota. O mesmo fenômeno, somente com diferenças acidentais que não afetam sua essência, parece-nos ocorrer na ação cautelar. As diferenças dizem com a intensidade dessa referibilidade (compare-se, por exemplo, a “referibilidade” existente no arresto com a do sequestro, ambos indubitavelmente ações cautelares) e com as circunstâncias que envolvem a pretensão cautelar, necessariamente referida a uma situação perigosa.

Em termos de objeto da cognição principal do juiz na ação cautelar, vale dizer, do mérito da ação cautelar, do seu objeto litigioso, o elemento que desponta, além da “situação perigosa”, é o direito ou a pretensão material à cautela afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica material mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona virá ao processo apenas como causa de pedir remota. A cognição sumária não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota, e sim, principalmente, ao próprio direito substancial de cautela afirmado (a repetição tem o propósito de sublinhar a nossa posição abstratista, mesmo em relação à demanda cautelar). É muito provável que a sumariedade seja maior em relação àquele dado do que a este último, mas de qualquer modo em relação a ambos há apenas cognição não exauriente. Embora não nos repugne a ideia de provimento mandamental (muito ao contrário, somos hoje ardorosos defensores dessa espécie de provimento jurisdicional), parece-nos que a exposição feita é explicável mesmo na classificação tradicional das ações, pois o que caracteriza o processo cautelar, além dos elementos já mencionados, é a sumariedade da cognição. Mesmo a ação mandamental pode

ter a declaratividade como eficácia imediata, o que supõe uma cognição exauriente[209].

Ovídio Baptista da Silva, aliás, já em sua primeira obra sobre a ação cautelar, havia dado conta desse aspecto relevante, pois expressamente acentuara: “Assim definida a autonomia da ação e a função jurisdicional cautelar, somos conduzidos a admitir que a prestação cautelar, como qualquer outra, tem caráter satisfativo, pois satisfaz a uma pretensão específica”[210].

Aceita que seja a explanação acima feita quanto ao objeto litigioso do processo cautelar, há caráter satisfativo no provimento cautelar, embora a cognição sumária não permita declaratividade com carga suficiente para receber a autoridade de coisa julgada[211].

Reconhece Ovídio Baptista da Silva a existência de ações cautelares que dispensam a propositura da ação principal, que são aquelas baseadas nos arts. 529 e 555 do Código Civil de 1916 (arts. 1.280 e 1.281 do CC de 2002), o que bem evidencia a existência do questionado direito substancial de cautela e demonstra, igualmente, que o conteúdo do processo cautelar é a pretensão dele decorrente, a qual, por meio do pedido, se processualiza.

26.3. Ação cautelar e ação principal. Dispensabilidade eventual da ação principal: critério para sua determinação

Posta nestes termos a tutela cautelar, seu campo de aplicação se amplia, pois se torna admissível a pretensão cautelar mesmo naquelas hipóteses em que não se consegue visualizar uma “referibilidade” a um direito ou a uma pretensão de direito material dita “principal”. A praxis forense mostra com frequência a dificuldade do advogado em encontrar uma ação principal correspondente à cautelar ajuizada. A dificuldade resulta principalmente da regra inscrita no art. 796 do Código de Processo Civil, evidenciadora do posicionamento doutrinário do legislador. Mas também o conceito de “referibilidade” ou a ideia de “transitividade”, segundo nos parece, não auxilia a reduzir a perplexidade do profissional do direito.

Tenha-se em mente que a “referibilidade” apresenta graus de intensidade, e que somente quando a causa de pedir da ação cautelar, no seu dado remoto, contém ou deve conter afirmação relativa à ação principal, é que esta se faz de imperiosa propositura. Vezes há, todavia, que a “iminência de dano irreparável” resulta de um ato cuja desconformidade ao direito está em si mesmo e não na relação jurídica mais ampla a que está ligado. A ação cautelar, em tal hipótese, não supõe qualquer ação principal. Exemplos de situações dessa ordem:

a) convocação de uma assembleia geral de uma entidade em desconformidade à lei ou ao estatuto evidenciada claramente no próprio ato de convocação (por exemplo, com três dias de antecedência, quando o estatuto exige dez dias); a ação cautelar que vise à sua suspensão não requer qualquer ação

principal;

b) sustação do protesto de cambial por defeito formal do título constatável *prima facie*, ou por não autorizar a lei o protesto no caso concreto, ou por estar sendo tirado em cartório que não é o do lugar do pagamento; também nessas hipóteses, não há pensar em ação principal.

Uma regra prática talvez auxilie a determinação dos casos de dispensabilidade da ação principal: quando esta for uma ação meramente declaratória, pode-se afirmar, em princípio, que é desnecessária a ação principal, pois a ação declaratória é proposta por quem queira (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a declaratória é a ação principal, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito mais razoável, e até mesmo mais prático, que se pense na inversão da iniciativa da demanda. São bastante frequentes, no foro de São Paulo, os pedidos de sustação de protesto de duplicata não aceita, em que a alegação da parte consiste na inexistência da relação jurídica cambiária (duplicata fria, por exemplo). À ideia estratificada de que toda ação cautelar constritiva supõe uma ação principal proposta no trintídio apressam-se os advogados em aforar a ação declaratória negativa e cuidam os juízes, de sua parte, de fiscalizar o cumprimento da exigência que supõem prevista em lei.

Os atos que põem em perigo alguns direitos de personalidade, como os direitos à vida, à liberdade, à saúde (integridade física e psíquica), à honra, igualmente, podem ser ilegais em si mesmos, e nessas hipóteses, evidentemente, não existirá qualquer ação principal, pois a “referibilidade” é a direitos que são inquestionáveis e, por isso, seria desnecessário que fossem objeto de ação declaratória.

26.4. Processo sumário não cautelar

Falamos, até aqui, de processo sumário cautelar. Não se pode esquecer, porém, que existem processos “materialmente” sumários, portanto com cognição superficial, como os previstos no Livro III do Código de Processo Civil, aos quais falta, por alguma razão, a nota de cautelaridade. O ser “satisfativo” não retira a cautelaridade, como já ficou anotado. Mas a ausência de “situação perigosa”, sim. O legislador, porém, possivelmente pela simplicidade da causa ou pela natureza da controvérsia, a exigir de ordinário uma solução mais rápida, fez sumárias algumas ações previstas no Livro III. Exemplos dessas ações: ação para “entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos” (art. 888, II); ação de exibição de coisa “em poder de outrem e que o requerente reputa sua ou tenha interesse em conhecer” (art. 844, I). Por vezes, a sumariedade resulta da própria disposição de direito material, como ocorre com o art. 105 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), que admite a exibição de livros da companhia, a pedido de acionistas que representem, pelo menos, 5% do capital social, sempre que “sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada

suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”. A comprovação dos fatos alegados é posterior à exibição dos livros, de modo que a ordem de exibição é expedida mediante a cognição sumária dos fatos alegados (diz a lei: fundada suspeita)[212].

Em suma, nos processos sumários cautelares e não cautelares, a sumariedade da cognição abrange o próprio mérito da causa. Entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas em contrapartida deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária.

27. Cognição sumária como técnica de concepção de processos diferenciados e ajustados à sociedade moderna

Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos (v. g., o computador cada vez mais sofisticado) à vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para a tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem em sua esfera jurídica, e de inúmeros outros fatores. O “aumento das situações conflituosas em todos os setores da vida” e a “necessidade exacerbada de segurança”, a que alude Fritz Baur[213], encontram certamente explicação nessa peculiaridade do mundo em que vivemos[214].

O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal para deixar explicitado que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por certo, não se pode falar em falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois é este o modelo que possibilita a solução dos conflitos de interesses de maneira mais segura, cercando “o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias” e aparelhando “as partes dos mais amplos meios de discussão, de prova e de impugnação das decisões”, como bem anota

Adroaldo Furtado Fabrício. Necessário seria, entretanto, consoante recomenda o processualista gaúcho, que fosse ele submetido a “uma modernização” que “o escoimasse dos seus excessos de formalismo e de solenidade, incorporando-lhe, outrossim, recursos tecnológicos de há muito disponíveis mas ainda não aproveitados”, providência que certamente tornaria “dispensáveis muitos dos atuais procedimentos diferenciados”[215]. A propósito do problema, Cândido R. Dinamarco, um dos principais autores da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (n. 7.244/84, substituída pela Lei n. 9.099/95), fala da recíproca influência entre este estatuto legal e o Código de Processo Civil, “que é a matriz de todo o sistema processual do país”, e enuncia esperança de renovação expressa da seguinte forma:

“É lícito esperar bastante em um verdadeiro processo de indução que o estatuto das pequenas causas e a experiência a ser formada em torno dele já principiaram e poderão desencadear em intensidade significativa sobre o sistema processual geral e no sentido de sua sadia renovação. Pretende-se banir o formalismo, levar o juiz a sentir todo o peso do poder que tem no processo e exercê-lo efetivamente em constante contato direto com as partes e fontes de prova, para integral cumprimento do seu compromisso com a justiça. E espera-se que da nova experiência advenha essa exportação de ideias, quanto ao próprio modo de ver o processo e a função jurisdicional, bem como no pragmatismo de algumas soluções particulares que poderão ser muito convenientes”[216].

De nada valerão, todavia, a modernização e a renovação do processo comum sem que um outro dado importante da problemática, que é a atribuição ao Judiciário de recursos financeiros necessários[217] e o “tratamento mais criterioso do problema da organização judiciária”, de que falamos nos n. 4 e 5, seja corretamente equacionado. Modernizado e renovado, operado por juízes de mentalidade aberta, que contem com o apoio de infraestrutura material e pessoal adequada, o processo comum continuará sendo o modelo fundamental e insubstituível, capaz de atender às mais variadas pretensões de tutela jurídica processual, mormente após a reforma introduzida pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que permitiu, com as medidas de salvaguarda previstas no art. 273, a antecipação da tutela em toda e qualquer ação de conhecimento[218].

Mas, por mais que se consigam reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos, que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados[219], seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a

cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos (v. n. 1).

Ao querido amigo Rodolfo,
com lembrança de tantas salas juntas.
Amizades 7/20/15

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Questões controvertidas

Ao amigo
AMIGOS RODOLFO,
COM A ESPERANÇA
E AS MOMENTÂNEAS
DE FÉRIAS
7/20/15

Ao estimado amigo
Rodolfo com
estímulo e admiração.
Jo

- Ada Pellegrini Grinover
- Antonio Carlos Marcato
- Benedito Cerezo Pereira Filho
- Camilo Zufelato
- Carlos Alberto Carmona
- Carlos Alberto de Salles
- Fabio Guidi Tabosa Pessoa
- Fernando da Fonseca Gajardoni
- Flávio Luiz Yarshell
- Giovanni Bonato
- Heitor Vitor Mendonça Sica
- José Carlos Baptista Puoli
- José Roberto dos Santos Bedaque
- José Rogério Cruz e Tucci
- Marcelo José Magalhães Bonizzi
- Paulo Eduardo Alves da Silva
- Paulo Henrique dos Santos Lucon
- Ricardo de Barros Leonel
- Rodolfo de Camargo Mancuso
- Susana Henriques da Costa

Ao admirado
Rodolfo, com
votos que sigamos
esta trajetória
de sucesso
prof. em
D. Processual
7/20/15



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U., Forense Universitária e Atlas, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



TUTELA PROVISÓRIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

José Roberto dos Santos Bedaque¹

SUMÁRIO: 1 Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no CPC de 2015; 2 Tutela provisória e técnica processual; 3 Tutela provisória de urgência e da evidência; 4 Tutela provisória de urgência antecedente e incidente; 5 Revogação ou modificação da tutela provisória; 6 Efetivação prática da tutela provisória; 7 Tutela provisória e competência.

1 Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no CPC de 2015

A Comissão constituída pela Presidência do Senado Federal para elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil houve por bem sugerir a criação de um Título próprio para regular a modalidade de tutela jurisdicional representada por decisões em princípio provisórias, destinadas tão somente a assegurar a plena utilidade prática da tutela definitiva, esta sim, apta a solucionar o litígio.

Essa iniciativa, aprovada pelo Senado, visava a eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional, hoje

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado.

prevista no art. 273 do Código. Ao lado dessa providência, existe a possibilidade de o juiz conceder à parte, também em caráter provisório, a tutela cautelar, regulada pelos arts. 797 e seguintes do estatuto processual.

Ambas as espécies de tutela jurisdicional acima apontadas caracterizam-se, segundo o critério adotado pelo legislador brasileiro, por não ser a proteção final, concedida ao titular de determinada pretensão deduzida em juízo. Nas hipóteses em que autorizadas, essas espécies de tutela, sempre precedidas de cognição sumária, visam simplesmente a assegurar a efetividade prática da tutela definitiva, esta precedida, ao menos em princípio, em cognição exauriente e juízo de certeza.

Podemos então apontar os critérios levados em conta pelo legislador para classificar as tutelas por força das quais assegura-se a utilidade do resultado final do processo. Elas são informadas por cognição sumária, apta a revelar a verossimilhança, a plausibilidade do direito afirmado. Além disso, são provisórias, visto que sua existência e eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a tutela final e definitiva.

As tutelas sumárias e provisórias, todavia, comportam outra classificação. Podem, ou não, depender da demonstração de outro requisito: o perigo de dano. Em determinadas situações, a tutela sumária e provisória só é admissível se quem a requer consegue convencer o juiz da existência de determinado acontecimento, cuja ocorrência pode impedir ou comprometer a utilidade prática da tutela final. Nesses casos, a característica da urgência é fundamental.

Em outros, todavia, o legislador contenta-se simplesmente com o alto grau de verossimilhança do direito afirmado. Após descrever as hipóteses em que o fenômeno se verifica, autoriza a concessão da tutela sumária e provisória.

Em síntese, essa modalidade de tutela, informada sempre por cognição não exauriente, fundada, portanto, no juízo de verossimilhança, não de certeza, em princípio provisória, destinada a assegurar o resultado útil do processo, comporta duas espécies: as urgentes e as não urgentes. Estas caracterizam-se tão somente pelo grau de evidência do direito afirmado.

Possível, então, denominar as tutelas sumárias e provisórias com as seguintes expressões: *tutelas de urgência* e *tutelas da evidência*.

Além disso, é preciso compreender que as tutelas sumárias também comportam outra classificação. Se considerados seu conteúdo e suas consequências, verificamos que elas podem implicar simples conservação de bens, pessoas ou provas, bem como a antecipação de efeitos da tutela final. Em ambos os casos, visando sempre a assegurar a efetividade prática desta última.

Elas estão reguladas na legislação brasileira, porém de forma tecnicamente imprecisa. A antecipação de efeitos da tutela definitiva está prevista no art. 273, que mistura hipóteses em que há o requisito da urgência com outras nas quais é suficiente a verossimilhança. Nos arts. 796 e seguintes, encontram-se tutelas urgentes meramente conservativas, mas também algumas de conteúdo antecipatório e, pois, satisfativas.

Essa dicotomia não contribui para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional, cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade.² Como já procurei destacar em outra oportunidade, ao lado das tutelas definitivas, destinadas a eliminar as crises verificadas no plano do direito material e aptas à imutabilidade, existem outras, cuja função no sistema é simplesmente assegurar a utilidade prática daquelas. Essa característica é comum às cautelares conservativas e às antecipatórias satisfativas. Nenhuma delas implica a “imediateza realização do direito”, como pretendem alguns,³ até porque efetivadas antes do reconhecimento de eventual direito. Mesmo a tutela antecipada proporciona tão somente a possibilidade de fruição de efeitos do possível direito, cujo reconhecimento depende da cognição exauriente a ser realizada durante o devido processo legal. Em síntese, antecipar a fruição do eventual direito não significa antecipar o reconhecimento do direito, mas permitir que, se admitida sua existência no momento oportuno, a tutela jurisdicional tenha utilidade ao titular. É exatamente o que a cautelar conservativa assegura, mas mediante outras medidas, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária essa antecipação para o escopo pretendido.

A solução do litígio, mediante a atuação das regras extraídas do plano do direito material, depende do regular desenvolvimento do devido processo legal. Isso demanda tempo, tendo em vista necessidade das garantias constitucionais do processo e da formação do juízo de certeza pelo julgador.

Nesse interim, fatores podem comprometer a efetividade prática da respectiva tutela jurisdicional. Também circunstâncias verificadas no próprio processo muitas vezes tornam aconselhável a antecipação de determinados efeitos da tutela final.

Nesses casos, e desde que verossímeis os fundamentos fáticos e jurídicos da pretensão, pode o juiz adotar providências capazes de assegurar a utilidade prática da tutela final. Consistem essas providências na conservação de bens, pessoas ou mesmo provas, bem como na antecipação de efeitos da tutela final. A adoção de uma ou outra dependerá das circunstâncias do caso concreto. Deve ser concedida aquela que mais se adequar ao objetivo pretendido, qual seja, assegurar a efetividade da tutela definitiva.

Três aspectos importantes foram levados em consideração pela Comissão de especialistas constituída pelo Senado Federal: reunir todas as espécies de tutelas

² A característica da provisoriedade significa a inaptidão dessa modalidade de tutela para alcançar a estabilidade inerente às tutelas definitivas. Transitada em julgado a decisão de mérito, a regulação da situação de direito material torna-se inalterável. Evidentemente, eventual modificação de elementos constitutivos do direito tutelado pode justificar a necessidade de nova tutela. O exemplo clássico é a mudança das circunstâncias em função das quais fixou-se o valor de pensão alimentícia. Nesse caso, a existência de nova situação jurídica autoriza outra intervenção judicial. Não é o que ocorre com a tutela cautelar, cuja instabilidade permite seja alterada a qualquer tempo, por força do mero surgimento de novas provas, sem que tenha havido qualquer alteração fática. Daí por que não parece correr a conclusão de Mitidiero. A tutela cautelar não é definitiva, inclusive em relação à eficácia (cfr. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41, esp. nota 137).

³ Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Op. cit., p. 38, em apoio à conhecida lição de Ovídio Baptista da Silva.

provisórias sob o mesmo título, classificar as respectivas espécies segundo critério homogêneo e não ignorar a terminologia já consagrada na doutrina. Pretendeu-se, com isso, eliminar as discussões teóricas a respeito do tema, cuja compreensão vem sendo dificultada por construções muito caras aos nefelibatas.

Assim, com fundamento em respeitadíssima corrente doutrinária, regulou-se a tutela de urgência, cuja concessão pressupõe, além da plausibilidade do direito, o risco de que algum acontecimento, concretamente descrito pelo interessado, possa comprometer a eficácia prática da tutela final. Essa espécie de tutela provisória pode implicar a mera conservação de bens, como a antecipação de efeitos da tutela final. Tudo vai depender das exigências da situação apresentada. A partir dela, define-se a medida apta a preservar a utilidade do resultado final.

O elemento comum nessas modalidades de tutela é a urgência, decorrente do risco de que algum acontecimento, concretamente identificado, possa comprometer a efetividade prática da tutela definitiva. Daí a denominação **Tutela de Urgência**.

Ao lado dessa modalidade de tutela provisória, o anteprojeto previu outra, cuja característica é a desnecessidade do perigo de dano. Em alguns casos, tipificados pelo legislador, poderá o juiz antecipar determinados efeitos da provável tutela definitiva, com fundamento apenas na verossimilhança do direito. A lei descreve minuciosamente em que circunstâncias isso ocorre.

Por não estar presente a característica da urgência, adotou-se a expressão **Tutela da Evidência**, que identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado. Os elementos apresentados pelo autor justificam a proteção pretendida, pois permitem vislumbrar na pretensão do autor a clareza necessária ao respectivo acolhimento, não admissível naquele momento em razão da necessidade do contraditório. Esse juízo de certeza provisório pode revelar-se equivocado após a apresentação da defesa pelo réu. Exatamente por isso, ele não pode ainda ser definitivo. Mas como é enorme a possibilidade de que isso venha a ocorrer, o legislador possibilita a antecipação provisória dos efeitos da decisão final.

Essa opção terminológica foi mantida no projeto aprovado pelo Senado Federal.

2 Tutela provisória e técnica processual

Técnica processual: essa expressão deve ser compreendida como o conjunto de soluções adotadas pelo legislador processual para regular o método de trabalho denominado processo. Daí a necessidade, na construção do modelo adequado de instrumento, de se levar em consideração as especificidades do direito material submetido ao processo.⁴

⁴ Por isso, as soluções adotadas pelos arts. 461 e 461-A, do CPC, são consideradas técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos correspondentes às obrigações de fazer, não fazer e dar (cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28-29). O autor, com razão, insiste na necessidade de que as técnicas processuais devem identificar-se com as tutelas

A tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária,⁵ pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisóriedade. Tratam-se de técnicas adotadas pelo legislador processual para regular a tutela cautelar. São técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final.⁶

A doutrina brasileira, todavia, reserva a denominação “cautelar” para as tutelas sumárias meramente conservativas. Mas tanto elas quanto as medidas com conteúdo antecipatório são urgentes. Ao lado delas, temos as sumárias não urgentes, fundadas apenas na cognição não exauriente e na plausibilidade. Estas podem ser provisórias ou definitivas.

Assim, tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto. Opto por denominá-la “cautelar”.⁷ Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória, serve aos fins da tutela cautelar, qual seja, assegurar *a priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra “cautela” (prudência, proteção, garantia).⁸

Aliás, segundo os dicionaristas, cautela é definida como cuidado para evitar um mal (Aurélio). Esse cuidado, no processo, consiste na conservação ou na antecipação de efeitos da tutela final, com o que se evita o mal representado pela falta de efetividade desta última.

Mas não faço questão dessa expressão e jamais tentaria transformar em lei minha preferência terminológica. Temos o dever de impor limites à nossa vaidade. Nessa medida, prefiro deixar aos doutos a missão de atribuir nomes aos fenômenos jurídico-processuais. Embora respeite o entendimento contrário, todavia, não me parece adequado incluir a tutela sumária conservativa (a “legítima” cautelar para muitos) como espécie de tutela antecipada,⁹ pois ela visa a assegurar o resultado útil do pro-

dos direitos, “para adequação do processo ao direito material” (idem, p. 31). Nessa linha, o processo adota técnicas próprias à tutela específica de determinadas obrigações, visando a atender as especificidades do direito material. Cfr. ainda OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, 2009, p. 147-152; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: *Polêmicas sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291-293.

⁵ Que também constitui aspecto relacionado à técnica processual (cfr. MOREIRA, Barbosa. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 8ª série, p. 92).

⁶ Idem, p. 91.

⁷ Justificativa mais aprofundada dessa opção metodológica encontra-se em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 123 e ss.

⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 158.

⁹ Essa proposta constava da redação dada ao projeto pela Câmara dos Deputados.

cesso, mediante a técnica da conservação, não da antecipação de efeitos, esta sim, a verdadeira e já consagrada pela doutrina “tutela antecipada”. Se fundadas no perigo de dano, ambas são “tutelas de urgência”. O alto grau de plausibilidade do direito, muitas vezes revelado pelo comportamento da própria parte contrária (abuso do direito de defesa) ou pela adoção de determinada tese, fundada em fatos comprovados documental-mente, por súmula vinculante ou julgamento de casos repetitivos, pode justificar a antecipação de efeitos da tutela final, independentemente da urgência. Surge então a figura da “tutela da evidência”.

A classificação adotada no anteprojeto, ao regular a técnica processual destinada a assegurar a efetividade da tutela final, levou em consideração, portanto, os requisitos necessários à adoção das providências a ela inerentes. Se presente o perigo de dano, temos a “tutela de urgência”.¹⁰ Verificadas as situações em que, ao ver do legislador, a verossimilhança do direito afirmado mostra-se elevada, concede-se à parte a “tutela da evidência”. Mediante tais técnicas, busca-se assegurar a efetividade do processo.

No exame do projeto substitutivo do novo CPC elaborado pela Câmara dos Deputados, a nova comissão nomeada pelo Senado houve por bem adotar nomenclatura pouco diversa daquela acolhida no anteprojeto. Trata-se de simples adequação terminológica, visto que não implica alteração do conteúdo e do significado das regras.

O Livro V passou a denominar-se “Da tutela provisória”, visto que trata deste gênero de tutela jurisdicional, cujas espécies são as tutelas urgentes e as não urgentes. Aquelas – tutelas de urgência – podem ser cautelares (conservativas) ou antecipadas (satisfativas),¹¹ e são reguladas no Título II do Livro V (o Título I trata das disposições gerais sobre s tutelas provisórias). Nesse Título II há dois capítulos. O primeiro versa sobre o procedimento da tutela antecipada requerida antes da propositura da demanda principal. O segundo contém regras sobre a tutela cautelar pleiteada também em caráter antecedente.

Já as tutelas não urgentes recebem a denominação de tutela da evidência. Todas têm em comum, ao menos em princípio, natureza provisória. E constituem técnicas destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Encontram-se previstas no Título III do Livro V.

Essas providências, todas aprovadas pelo Senado Federal, têm por objetivo facilitar a compreensão do instituto e, principalmente, afastar interpretações formalistas, que acabam comprometendo sua finalidade.

¹⁰ Tal como ocorre, aliás, na legislação italiana (CPC, seção quinta, art. 700).

¹¹ Barbosa Moreira trata expressamente da técnica consistente na sumarização da cognição, visando a assegurar o resultado final mediante providências de natureza cautelar e/ou antecipatórias. Opta pela formulação alternativa em razão das incertezas classificatórias em relação a tais medidas (Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 8ª série, p. 92).

3 Tutela provisória de urgência e da evidência

À luz dos critérios acima expostos, o novo Código de Processo Civil adotou, portanto, o termo “tutela provisória” para identificar modalidade de tutela jurisdicional cujo escopo não é, ao menos em princípio, solucionar definitivamente a crise de direito material.

A definição da regra a ser aplicada ao caso concreto e a respectiva efetivação prática dessa decisão, com a conseqüente extinção do litígio e a obtenção da pretendida pacificação social, são alcançadas pelas tutelas cognitiva e executiva.

Ao final da fase cognitiva do processo, o juiz profere sentença (declaratória, constitutiva, condenatória e, para quem admite a denominada classificação quinária, mandamental e executiva *lato sensu*). Essas decisões põem termo à controvérsia e tendem a tornar-se definitivas, adquirindo a qualidade da coisa julgada. Quando necessário, o processo prossegue com a prática de atos executivos, destinados à efetivação prática da tutela cognitiva. Isso ocorre, normalmente, nas hipóteses de sentenças condenatórias. Nesses casos, finda a fase cognitiva com a sentença Código de Processo Civil de 2015, art. 203, § 1º, inicia-se, em seguida, a fase do cumprimento de sentença (Código de Processo Civil de 2015, arts. 513 e ss.). É possível, ainda, a realização de atos executivos independentemente da prévia atividade cognitiva do juiz. Tal se dá nos processos de execução fundados em título extrajudicial (Código de Processo Civil de 2015, arts. 771 e ss.).

Esse é, em linhas gerais, o sistema destinado à eliminação das crises verificadas no plano do direito material e submetidas à atividade jurisdicional do Estado.

Para alcançar esse resultado, todavia, necessário o desenvolvimento regular do processo, para que as partes possam expor suas pretensões ao juiz e ele, responsável por controlar a observância de todas as regras destinadas a regulamentar esse método de trabalho concebido pelo legislador, tenha condições de solucionar o litígio, formulando e efetivando praticamente a regra de direito material.

O processo é, portanto, o instrumento por meio do qual o juiz, no exercício de sua atividade, busca alcançar o escopo da função jurisdicional, qual seja, a atuação do direito e a pacificação social. Para tanto, princípios, normas e garantias, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser respeitados. Em outras palavras, o método de trabalho concebido para a solução das controvérsias pela via jurisdicional corresponde ao fenômeno designado pela doutrina como devido processo constitucional e legal.

Nessa medida, admitida a premissa segundo a qual o processo deve desenvolver-se em conformidade com o modelo legal previsto pelo legislador, do qual fazem parte contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação, juiz natural, duplo grau, legalidade procedimental etc., a entrega da tutela jurisdicional em caráter definitivo demanda tempo.

Daí a necessidade de o legislador regular a atividade do juiz destinada a evitar que a demora do processo possa causar prejuízo à parte, cuja pretensão esteja amparada em argumentos plausíveis, verossímeis. Visa com isso conferir maior dose de

efetividade prática à tutela final, possibilitando a quem faz jus a ela obter resultados na medida do possível semelhantes ao cumprimento espontâneo do direito.

O Código de Processo Civil de 1973, como já visto, trata desse tema de modo não sistemático, inclusive do ponto de vista procedimental. Regula a tutela antecipada no art. 273 e a tutela cautelar, a ser obtida em processo autônomo, no Livro III (arts. 796-889).

O Código de Processo Civil de 2015 procurou conferir melhor sistematização ao instituto. Em primeiro lugar, denominou-o “Tutela Provisória”, visando a possibilitar sua identificação no sistema das tutelas jurisdicionais. A expressão leva em consideração a principal característica dessa modalidade de tutela, comum em todas as suas espécies, e apta a distingui-la da Tutela Definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.

Pois bem. Em atenção à construção doutrinária já consagrada, previram-se duas espécies do gênero Tutela Provisória. A primeira, destinada a eliminar o perigo de dano grave e de difícil reparação, à qual denominou-se Tutela de Urgência. Para obtê-la, necessária a demonstração do motivo capaz de comprometer a efetividade da tutela final e definitiva (*periculum in mora*), além da verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*).

Identificou-se também no sistema processual outra modalidade de Tutela Provisória. Trata-se da agora chamada Tutela da Evidência, cujo fundamento é a existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito afirmado na inicial. Nesse caso, não se verifica o risco de dano grave ou de difícil reparação, mas as circunstâncias justificam a inversão das consequências suportadas em regra pelo autor, em razão da demora do processo. A antecipação da tutela prevista no art. 273, inciso II, e a liminar possessória (art. 928), ambas no Código de Processo Civil de 1973, são exemplos típicos. Em nenhum desses casos cogita-se do *periculum in mora*. Basta a verossimilhança. Nada mais fez o legislador de 2015, portanto, do que reunir hipóteses legais reguladas de forma esparsa e regulá-las em um único dispositivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 311). Essa modalidade de tutela provisória, ao contrário do que pode parecer aos menos avisados, requer a demonstração da plausibilidade do direito alegado. Interpretação diversa contraria a própria natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional e a própria denominação a ela atribuída pelo legislador (Tutela da Evidência). Não é crível que se admita a proteção provisória de direito inverossímil.

A Tutela Provisória, que se opõe à final e definitiva, pode fundar-se, portanto, na urgência (perigo e plausibilidade) ou na evidência (plausibilidade).

4 Tutela provisória de urgência antecedente e incidente

O art. 294, parágrafo único, trata de uma das espécies de tutela provisória – a tutela de urgência. Classifica-a, quanto ao seu conteúdo, em cautelar e antecipada.

Também considera o momento em que a parte pode requerê-la, resultando daí a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – antecedente e incidente.

A tutela de urgência, espécie do gênero tutela provisória, destina-se, como visto, a assegurar a eficácia prática da tutela definitiva. A observância do devido processo legal, com as garantias constitucionais a ele inerentes, impede seja a tutela jurisdicional definitiva prestada imediatamente. O tempo, normalmente mais longo do que o desejado por quem necessita do processo para a solução de determinada controvérsia, é fenômeno inexorável.

Nem sempre a demora natural do processo, necessária para que se cumpram a normas destinadas a conferir-lhe segurança (contraditório, ampla defesa, produção de provas, duplo grau, fundamentação das decisões, publicidade, juiz natural etc.), é compatível com a utilidade da tutela final esperada por quem dela precisa. Surge então a necessidade de o sistema processual prever mecanismos destinados a afastar o risco de dano grave e de difícil reparação, causado por especificidades do direito material discutido ou por outro aspecto estranho ao processo. Esses fatores, somados ao tempo, podem impedir que o titular de determinado direito, reconhecido no plano jurisdicional, possa usufruí-lo adequadamente.

A tutela provisória de urgência constitui o principal instrumento processual adotado pelo legislador, para proteger o direito verossímil, plausível, de fatos cuja verificação podem tornar inútil a tutela jurisdicional.

Duas são as espécies de tutela de urgência: cautelar e antecipada. A primeira caracteriza-se pela natureza meramente conservativa. Limita-se a proteger bens, pessoas ou provas, a fim de que, quando e se possível a concessão da tutela final e definitiva, momento em que a verossimilhança transforma-se em certeza, possa o titular do direito dele usufruir. São exemplos típicos o arresto, o sequestro e a produção antecipada de provas. Já a tutela antecipada busca esse mesmo objetivo mediante a técnica da antecipação provisória de efeitos da tutela final. Sua eficácia prática confunde-se, ainda que parcialmente, com a da tutela final (alimentos provisórios, separação de corpos, liberação de mercadorias apreendidas etc.).

Ambas podem ser requeridas antes do pedido de tutela definitiva ou no curso do respectivo processo. No primeiro caso, eventual tutela definitiva será pleiteada no próprio processo, mediante simples aditamento da inicial (Código de Processo Civil de 2015, art. 303, § 1º, inciso I). Trata-se, aliás, de uma das principais novidades do sistema processual, no âmbito das tutelas provisórias e definitivas. Elas dispensam processos autônomos.

5 Revogação ou modificação da tutela provisória

A provisoriedade dessa espécie de tutela implica a possibilidade de revogação, caso no curso do processo surjam novos elementos que revelem o não cabimento da medida.

Como a concessão da tutela provisória pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, surgidas após a concessão da medida provisória, revelam o seu não cabimento e acarretam sua revogação.

Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação legal a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela provisória é apenas assegurar o maior grau possível de efetividade à tutela definitiva, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida, porque inexistente esse risco.

Seria puro formalismo processual, além de indevida invasão da esfera jurídica de uma das partes, manter-se tutela provisória até o final do processo, se verificado o não cabimento da providência

A rigor, o problema existe apenas em relação à possibilidade de o juiz modificar seu entendimento a respeito, sem alteração do quadro fático e independentemente de recurso. Verificado qualquer desses fenômenos, dúvida não há sobre a admissibilidade da alteração. Mas, mesmo se eles não ocorrerem, conclui-se pela revogabilidade da medida, caso o juiz não a considere mais necessária, podendo fazê-lo até de ofício.

Assim, enquanto não concedida a tutela final, definitiva, parece-me possível a alteração da medida provisória, o que decorre de sua própria natureza. Imagine-se que, deferido o pedido no curso do processo, após cognição mais profunda, verifique o juiz não ser caso da medida. Não poderá revogá-la mais, mesmo que se convença da desnecessidade da segurança ou da probabilidade de que seu beneficiário não possua o direito que alega? Parece-me que a conclusão negativa não se coaduna com os objetivos dessa modalidade de tutela jurisdicional, eminentemente provisória e instrumental. Se não há mais o que assegurar, não há por que mantê-la.

Em síntese, consequência natural da provisoriedade é a possibilidade de sua revogação ou modificação no curso do processo. Não obstante as partes devam recorrer da respectiva decisão sobre essa espécie de tutela, sob pena de preclusão, a providência pode ser adotada pelo juiz, mesmo de ofício e sem necessidade de fatos novos. Basta que ele se convença do equívoco cometido. A inexistência de recurso impede a parte impugnar a decisão sem demonstrar a existência de fatos posteriores incompatíveis com ela. Com relação ao juiz, todavia, não há preclusão.

Se indeferido o pedido de tutela provisória, todavia, deve a parte impugnar a decisão, sob pena de preclusão. Outra decisão a respeito somente será admissível diante de fatos novos. Idêntica a solução se a medida for cassada pelo tribunal. Não poderá o juiz de primeiro grau reexaminar a questão, salvo se sobrevier alguma modificação fática.

Tais afirmações não são incompatíveis com a provisoriedade dessa modalidade de tutela. Sua concessão tem essa característica, o que significa possibilidade de

modificação a qualquer tempo. Decisão denegatória, todavia, está sujeita às regras sobre preclusão. Tem a parte o ônus de recorrer da decisão, não podendo simplesmente renovar o pedido, com os mesmos fundamentos de fato.

Eventual suspensão do processo não compromete a eficácia da tutela provisória, salvo se nova decisão revogá-la ou modificá-la (Código de 2015, art. 296, parágrafo único). Não verificada essa hipótese, os efeitos produzidos pela tutela provisória, em qualquer das suas espécies, não cessam durante eventual suspensão do curso do processo (Código de 2015, arts. 313/315).

6 Efetivação prática da tutela provisória

O legislador não estabeleceu exatamente a forma de realização prática da tutela provisória, mesmo porque as providências podem variar em função do tipo de medida adequada à situação concreta. Limitou-se às normas relativas ao cumprimento provisório da sentença.

Não obstante essa referência, a tutela provisória não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória. Também as tutelas declaratória e constitutiva podem ter a eficácia prática assegurada ou antecipada, total ou parcialmente, o que revela impropriedade da remissão. O cumprimento provisório da sentença será adotado como modelo apenas para a efetivação prática de providências inerentes a essa modalidade de tutela definitiva.

A rigor, mesmo em relação à tutela condenatória, não se pode admitir que a atuação prática da tutela provisória seja efetivada nos moldes do cumprimento provisório da sentença, sob pena de comprometer sua utilidade prática. Se necessário, serão adotadas medidas diversas das previstas naquelas normas.

Caberá ao juiz, dependendo do conteúdo da tutela provisória, determinar qual as providências mais adequadas à sua efetivação.

Nada obsta, portanto, a adoção de outras técnicas, principalmente se verificada a insuficiência da execução por expropriação. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação.

A tutela provisória de urgência deve limitar-se à finalidade do instituto, qual seja, prevenir a ocorrência de dano. Devem ser utilizados mecanismos que produzam o resultado prático necessário para evitar a lesão. Emitirá o juiz mandados e ordens destinados a alcançar essa finalidade prática, consistente em antecipar os efeitos do provável provimento definitivo.

Em síntese, a eficácia prática da tutela provisória pode depender de medidas coercitivas, destinadas a alcançar o respectivo resultado. Tais providências variam em função da espécie de tutela provisória. Se o pedido disser respeito a tutela cautelar, normalmente as providências conservativas são mais simples (bloqueio, indisponibilidade, depoimento, perícia etc.). Tratando-se da antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada), todavia, há necessidade da adoção de medidas aptas a proporcionar

a respectiva satisfação, que podem exigir a realização de atos mais complexos, especialmente nas hipóteses de obrigações de fazer. Aplica-se, nesses casos, o disposto no art. 536 do Código de 2015.

Para a efetivação prática da tutela provisória, procede-se não apenas em conformidade com as normas relativas ao cumprimento provisório da sentença, mas também ao definitivo, no que couber (Código de 2015, art. 519). Assim, por exemplo, aplica-se o disposto nos arts. 773, 805, 814 e outros, por força do disposto no art. 513.

Não obstante, certamente a incidência das normas pertinentes ao cumprimento provisório da sentença ocorrerá com mais frequência, tendo em vista existir certa semelhança entre a sentença impugnada por recurso não dotado de efeito suspensivo, e, portanto, susceptível de execução provisória, e a tutela provisória propriamente dita. A sentença, embora configure tutela definitiva, pois tem como efeito a solução da crise de direito material, só produz esse resultado com o trânsito em julgado. Se contra ela foi interposta apelação, sua eficácia imediata é provisória, pois pode ser cassada se provido o recurso. Por esse aspecto, portanto, aproxima-se da tutela provisória. A diferença reside no fato de que esta última não é concebida para eliminar a crise de direito material, embora esse resultado possa ocorrer eventualmente (Código de 2015, art. 304).

7 Tutela provisória e competência

A competência para o exame do pedido de tutela provisória depende do momento em que requerida. Como visto, ela pode ser antecedente ou incidente (Código de Processo Civil de 2015, art. 294, parágrafo único). Se pleiteada em caráter incidental, nenhuma dificuldade. Como o pedido deve ser formulado nos próprios autos, sem necessidade de processo autônomo, o procedimento é simples. Deve a parte dirigi-lo ao juízo em que tem curso aquele já instaurado. Nem havia necessidade desse esclarecimento pelo legislador.

Tratando-se de tutela provisória antecedente, ou seja, pleiteada antes de deduzida a pretensão à tutela definitiva, devem ser observadas as regras de competência previstas para esta (Constituição Federal, Lei Orgânica da Magistratura, Constituições Estaduais, Normas Estaduais de Organização Judiciária e Código de Processo Civil de 2015 e legislação extravagante).

Leva-se em conta, inicialmente, a organização judiciária do Brasil. O órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, que algumas vezes tem competência originária estabelecida na Constituição Federal. Verificada uma dessas hipóteses, deve o pedido de tutela provisória antecedente ser dirigido diretamente a essa Corte.

Se tal não ocorrer, necessário verificar, também na Constituição Federal, qual a Justiça competente, dentre as cinco existentes: Federal e Estaduais (comum), Trabalhista, Eleitoral e Militar (especial). Saliente-se ser a competência da Justiça Comum

Estadual determinada por exclusão, ou seja, é residual: o que não for atribuído expressamente na Constituição para as demais Justičas.

Cumprida essa etapa, deve-se atentar para eventual competência originária dos Tribunais Superiores da Justiça Comum (Superior Tribunal de Justiça) e das Justičas Especiais (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), normalmente previstos também na Constituição Federal.

Também há hipóteses de competência originária de 2º grau em todas as Justičas (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Estaduais Militares).

É excepcional a competência originária dos Tribunais. A regra consiste na competência de 1º grau para a propositura das demandas. Nesse caso, identificada a Justiça competente, deve ser encontrado o foro (área sobre a qual o respectivo órgão jurisdicional tem atribuição). Para tanto, observam-se as normas do Código de Processo Civil sobre competência territorial.

Muitas vezes, em um mesmo foro há vários juízos, podendo a distribuição da competência levar em conta áreas de especialização (família, fazenda pública, registros, cível em geral) ou a subdivisão do território.

Observado esse breve esquema, chega-se ao juízo competente para a demanda com pedido de tutela definitiva e, portanto, para examinar a pretensão à tutela provisória antecedente.

Em princípio, se houver necessidade de tutela provisória em demanda de competência originária do tribunal, o pedido deverá ser formulado perante o respectivo órgão jurisdicional. Incide a regra geral formulada no *caput*, observadas as especificidades decorrentes de a pretensão ser deduzida originariamente em 2º grau.

Se o processo já estiver em curso, o pedido de tutela tem natureza incidental e deve ser dirigido ao relator (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, II). Se a pretensão à tutela provisória tiver caráter antecedente, será encaminhada ao Presidente e, distribuída, caberá ao relator determinar as providências previstas no regimento interno (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, VIII), especialmente aquelas estabelecidas no art. 303.

O dispositivo incide também na hipótese em que a tutela antecipada for requerida na fase recursal. Nesse caso, todavia, necessárias algumas considerações.

Proferida a sentença, embora sua eficácia não seja imediata, visto que a apelação, em regra, é dotada de efeito suspensivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 1012), pode surgir a necessidade de providência imediata, visando a evitar dano grave e de difícil reparação, mesmo porque há situações em que o recurso não tem o condão de impedir os efeitos da decisão (Código de Processo Civil de 2015, arts. 995 e 1.012, § 1º). Embora não haja mais juízo de admissibilidade na origem, alguns atos devem ser praticados antes da remessa dos autos ao órgão *ad quem* (Código de Processo Civil de 2015, arts. 1.010, §§ 1º a 3º, 1028, §§ 2º e 3º, 1.030, *caput* e parágrafo único). Nesse ínterim, eventual pedido de tutela provisória deve ser apresentado diretamente no tribunal e dirigido ao Presidente, mesmo antes da remessa dos autos. Realizada a

distribuição, o relator sorteado decidirá a respeito e, salvo disposição diversa do regimento interno, ficará prevento para o julgamento do recurso.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação de tutela recursal, que não deixa de ser modalidade de tutela provisória pleiteada em grau de recurso, será examinado pelo relator, observado o mesmo procedimento descrito no parágrafo anterior (Código de Processo Civil de 2015, art. 995, parágrafo único; v. tb. arts. 932, inciso II; 989, inciso II e art. 1.029, § 5º).

Se o processo estiver suspenso, em razão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 982, inciso I), o pedido de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) deve ser dirigido ao juízo onde tem curso o processo suspenso (art. 982, § 2º).

CONTRA O PROCESSO AUTORITÁRIO

José Rogério Cruz e Tucci¹

SUMÁRIO: 1 Premissas; 2 Essência do processo civil liberal; 3 Ampliação dos poderes do juiz norteada pelo princípio da legalidade; 4 Tendências autoritárias da jurisprudência; 5 Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual; 6 Crítica ao julgamento “piloto” do Tribunal Constitucional europeu; 7 O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo; 8 À guisa de conclusão; Referências.

“Judicium est in qualibet actione trinus actus trium personarum: judicis, actoris et rei” (Bulgarus, 1163 – ?)

1 Premissas

O presente artigo visa a reafirmar um dos fundamentos dogmáticos mais importantes do processo civil de índole liberal, consistente na ideia de que *nemo iudex sine actore*, vale dizer, de que o processo se origina por iniciativa exclusiva da parte.

Ademais, o profícuo debate teórico – ainda hoje atual – acerca da amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinado, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior

¹ Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Conselho da Presidência do CNJ para a Disseminação Nacional da Jurisprudência Uniformizada. Advogado. Ex-Presidente da AASP.



A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (UMA COMPARAÇÃO ENTRE BRASIL, FRANÇA E ITÁLIA)

La stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza nel Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015 (una comparazione tra Brasile, Francia e Italia)

Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 3/2018 | |

Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 191 - 253 | Nov / 2017

DTR\2017\6551

Giovanni Bonato

Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade "La Sapienza" de Roma (Itália). Professor na Universidade de Paris Ouest Nanterre La Défense (França). Ex-Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão, programa de pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. Advogado. giovannibonato@virgilio.it

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. O autor conduz uma investigação de direito comparado em relação aos sistemas jurídicos do Brasil, da França e da Itália. Após ter abordado os *référés* no ordenamento francês e os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada no ordenamento italiano, o autor trata da tutela provisória no CPC brasileiro em vigor, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da dinâmica da estabilização e da definitividade da decisão do art. 304. Por fim, faz uma análise das três teorias cunhadas pela doutrina brasileira no que diz respeito à técnica da estabilização da tutela antecipada de urgência.

Palavras-chave: Código de Processo Civil - Direito processual comparado - Tutela provisória - Tutela de urgência - Estabilização - Antecipação de tutela - Coisa julgada - *Référé* francês - Tutela cautelar italiana.

Riassunto: Il presente scritto ha ad oggetto la tutela anticipatoria di urgenza e la tecnica della stabilizzazione nel Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015. L'autore effettua un'analisi di diritto comparato con riferimento ai sistemi giuridici di Brasile, Francia e Italia. Dopo aver esaminato i *référés* nell'ordinamento francese e i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata nell'ordinamento italiano, l'Autore tratta della tutela provvisoria nell'attuale c.p.c. brasiliano, del procedimento relativo alla tutela anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente, nonché della dinamica della stabilizzazione e della definitività del provvedimento, di cui all'art. 304. Infine, vengono passate in rassegna le tre soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina brasiliana con riferimento alla tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza.

Parole chiave: Codice di procedura civile - Diritto processuale comparato - Tutela provvisoria - Tutela di urgenza - Stabilizzazione - Cosa giudicata - *Référé* francese - Tutela cautelare italiana.

Revista de Processo • RePro 273/191-253 • Nov./2017

Sumário:

1Introdução - 2Os *référés* na França - 3Os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada na Itália - 4A tutela provisória no novo Código Brasileiro: noções gerais - 5A tutela de urgência antecipada antecedente: aspectos processuais - 6Âmbito de aplicação e pressupostos para a estabilização da tutela antecipada de urgência - 7A dinâmica da estabilização e da definitividade do provimento antecipatório de urgência - 8As dificuldades interpretativas advindas da técnica da estabilização - 9Dúvidas e soluções sobre a definitividade do provimento antecipatório de urgência estabilizado: as três perspectivas elaboradas em doutrina - 10Considerações conclusivas - 11Referências



bibliográficas

1 Introdução

O presente trabalho¹ tem como objeto o instituto da tutela antecipada de urgência e a sua estabilização no novo Código de Processo Civil brasileiro, que, promulgado em 16 de março de 2015, entrou em vigor, após um ano de *vacatio legis*, em 18 de março de 2016.²

Preliminarmente, e ressalvadas especificações posteriores que abordaremos à frente, é necessário recordar que no Brasil, por “estabilização da tutela antecipada de urgência”³, entende-se a autonomia e independência desta última do juízo de cognição plena e exauriente concernente à tutela final e definitiva.⁴ Do ponto de vista dos efeitos do provimento, por “estabilização da tutela antecipada de urgência”, indica-se a aptidão do ato de ser – preenchidas as condições estabelecidas na lei – uma “decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena”.⁵ Trata-se, portanto, de uma “estabilização dos efeitos do provimento antecipatório satisfativo”⁶, fenômeno também descrito como eficácia prospectiva do referido ato,⁷ que, em outras palavras, “manterá sua eficácia por tempo indeterminado”⁸.

A possibilidade de obter, no Brasil, um provimento antecipatório de urgência com efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, que vão além do processo do qual emana, constitui uma novidade de destaque⁹ (em relação ao sistema anterior)¹⁰ e é, com certeza, de se apreciar a busca por uma maior economia processual, tornando-se meramente facultativo o prosseguimento do processo de cognição plena e exauriente sobre a tutela final.¹¹ Todavia, como veremos, o dispositivo do art. 304 do CPC (LGL\2015\1656) suscitou – entre os estudiosos brasileiros – dúvidas, críticas e perplexidades as quais, como veremos, em parte compartilhamos.¹²

Dito isso, a escolha de analisar – durante um congresso dedicado ao confronto de sistemas processuais – o instituto da estabilização da tutela antecipada de urgência decorre não só da importância dessa técnica processual no âmbito do novo processo civil brasileiro¹³ mas também do interesse científico de efetuar uma investigação comparatística desse mecanismo no Brasil, na França e na Itália.¹⁴

De fato, como já indicado pela maior parte da doutrina e como, de outro lado, reconhecido expressamente na exposição de motivos, contidos na primeira versão do anteprojeto do novo Código de Processo Civil,¹⁵ o modelo que serviu de inspiração para o legislador brasileiro, para ditar as disposições sobre a estabilização da tutela antecipada de urgência, é aquele do *référé* francês, o qual, historicamente, se caracteriza por sua autonomia e independência em relação ao sucessivo juízo principal de mérito.¹⁶ Tal modelo francês, como é notório, foi usado como referência também na Itália para a elaboração das reformas de 2003 e 2005, para introdução da chamada instrumentalidade cautelar “atenuada” (ou “*débil*”) dos provimentos de urgência, dos provimentos decorrentes de denúncia de obra nova e dos provimentos cautelares aptos a antecipar os efeitos da sentença de mérito (mencionados no art. 669 octies, § 6º, do CPC italiano), e também do revogado procedimento sumário de cognição do processo societário do art. 19 do Decreto Legislativo 5, de 2003.¹⁷ Todavia, como veremos ao longo deste ensaio, a técnica brasileira de estabilização, adotada na definitiva e vigente versão do Código de Processo Civil, diverge em alguns aspectos do modelo do “*provisório independente*”¹⁸ que caracteriza o *référé* francês e, ao mesmo tempo, diferencia-se também do modelo italiano da eficácia indefinidamente prolongada dos provimentos cautelares do mencionado art. 669 octies, § 6º, do CPC (LGL\2015\1656).¹⁹ A discrepância refere-se, em particular, a certa incontrovertibilidade e imutabilidade da qual parece ser dotado o provimento antecipatório de urgência brasileiro e que, ao contrário, é ausente tanto na França (no provimento de *référé*) quanto na Itália (no provimento cautelar a instrumentalidade atenuada).²⁰



Para analisar as convergências e as divergências entre os três sistemas jurídicos sob enfoque e, portanto, compreender melhor a solução normativa adotada pelo Código brasileiro em relação à estabilização da tutela antecipada de urgência, será necessário recordar, brevemente, à disciplina francesa dos *référés* e à italiana da tutela cautelar, para depois passar a descrever o regime geral da tutela provisória no Brasil, tratando, em particular, do procedimento relativo à tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente. Desse modo, teremos as noções para, em seguida, podermos abordar o mecanismo da estabilização da tutela antecipada de urgência, analisando seu âmbito de aplicação, seus pressupostos e, enfim, os efeitos e a imutabilidade do provimento.

2 Os *référés* na França

Não podemos, nos limites deste ensaio, analisar de maneira exaustiva o instituto francês do *référé*,²¹ de modo que a sua abordagem tem a única finalidade de lembrar alguns aspectos essenciais que podem ser úteis para compreender a técnica brasileira da estabilização da tutela antecipada de urgência.²²

O surgimento oficial do instituto em análise remonta ao Édito Real de 22 de janeiro de 1685 do Châtelet de Paris. O instituto do *référé* foi, sucessivamente, disciplinado no CPC de 1806²³ e depois no vigente CPC de 1975, em cujo primeiro livro encontramos a definição e as regras gerais sobre a demanda, o procedimento, as decisões e sua recorribilidade, enquanto no segundo livro estão disciplinadas as diversas figuras dos *référés*, entre os quais vale mencionar: o *référé classique* do art. 808, baseado na urgência; o *référé de remise en état* do art. 809, § 1º; o *référé provision* do art. 809, § 2º, baseado na evidência; o *référé préventif* o probatorie do art. 145.²⁴

Entendido como categoria geral, o *référé* caracteriza-se por dois traços essenciais, entre os quais recordamos: a sumariedade do procedimento, em que é, de todo modo, assegurado o contraditório entre as partes;²⁵ a provisoriedade do provimento (conforme art. 484 do CPC (LGL\2015\1656))²⁶, da qual deriva a inaptidão deste último de ser acobertado pela autoridade de coisa julgada “au principal” (coisa julgada de mérito), como expressamente consta do art. 488, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656).²⁷ Apesar de não vincular o juiz chamado a decidir sobre o mérito da controvérsia, os provimentos de *référé* são dotados da chamada “autoridade de coisa julgada provisória”, que cria apenas um vínculo em relação ao juiz que proferiu o provimento. Nesse sentido dispõe o art. 488, § 2º, que o provimento de *référé* “não pode ser modificado ou revogado, salvo alteração das circunstâncias”, pelo juiz que o prolatou.²⁸

Quanto aos aspectos temporais da eficácia do provimento de *référé*, o Código francês não contém nenhuma disposição a esse respeito. No silêncio da lei, a interpretação dominante na jurisprudência e na doutrina sempre foi aquela de indicar uma vida autônoma do provimento de *référé* em relação ao juízo principal de mérito: é, portanto, uma decisão dotada de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, que – adotando-se a terminologia italiana – podemos definir como eficácia indefinidamente protraída. Em razão da reconhecida autonomia e independência do provimento de *référé* do sucessivo juízo de mérito de cognição plena e exauriente, o modelo em questão vem sendo denominado como sistema do “provisório independente”.²⁹

Apesar de ter uma vida jurídica ilimitada, o conteúdo do provimento de *référé* pode ser rediscutido e modificado por meio da instauração de um processo autônomo de mérito, para cuja proposição a lei não prevê qualquer prazo processual.³⁰ Contudo, em razão da já descrita eficácia indefinidamente protraída no tempo, se afirma, geralmente, que um provimento de *référé*, mesmo provisório, pode produzir uma situação de fato irrevogável,³¹ em decorrência da falta de propositura da ação autônoma para rediscussão do conteúdo do provimento e, ainda, por efeito do decurso dos prazos de prescrição e decadência do direito material.³²

3 Os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada na Itália



O descrito sistema francês do *référé* "seduziu" o legislador italiano dos últimos anos em relação às reformas em matéria de tutela sumária.³³

De um lado, emprestou-se da França a regra da independência do procedimento de *référé* do juízo de mérito, no que diz respeito à "atenuação" (também chamada de "afrouxamento") do vínculo da instrumentalidade cautelar, conforme os artigos 23 e 24 da Lei 5, de 2003 (atualmente revogada pela Lei 69, de 2009), e o art. 669 octies do CPC italiano (com as alterações da Lei 80, de 2005, e da Lei 69, de 2009); de outro lado, o *référé* provision foi tomado como modelo de referência para a introdução do procedimento sumário do rito societário, de acordo com o art. 19 da Lei 5, de 2003 (também revogado pela Lei 69, de 2009).³⁴

Em razão da revogação do procedimento sumário de cognição do art. 19 do processo societário da Lei 5, de 2003,³⁵ concentraremos nossa atenção na atenuação da instrumentalidade cautelar. Sobre esse propósito, vale lembrar que a eficácia de alguns provimentos cautelares é desvinculada da instauração e do prosseguimento do juízo de mérito, quais sejam, os provimentos de urgência do art. 700 do CPC (LGL\2015\1656), os provimentos em denúncia de obra nova do art. 668, os outros provimentos cautelares aptos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no Código Civil (LGL\2002\400) ou em lei especial (art. 669 octies, § 6º, do CPC (LGL\2015\1656)).³⁶

No que diz respeito à eficácia, o citado art. 669 octies, § 9º, do CPC (LGL\2015\1656) estabelece que "a autoridade do provimento cautelar não é invocável em um processo diverso", do que se extrai a inaptidão desse provimento para ser acobertado pela coisa julgada, de modo que a parte pode pedir sua modificação ou revogação "se verificarem-se mudanças nas circunstâncias ou se alegar-se fatos anteriores conhecidos somente após o provimento cautelar" (art. 669 decies).³⁷ De acordo com as disposições anteriormente mencionadas, assim como o *référé* francês, também os provimentos cautelares italianos, conforme o art. 669 octies, § 6º, podem perdurar indefinidamente no tempo e, em virtude dessa característica, são definidos como provimentos de "eficácia indefinidamente protraída".³⁸ No entanto, tais provimentos conservam um caráter provisório, sendo sujeitos a revisão ou a absorção pela sentença de mérito (art. 669 novies), como todos os provimentos cautelares.³⁹ Embora se trate de medidas de duração indeterminada, os provimentos cautelares italianos a instrumentalidade "atenuada" ou "débil" – assim como os *référés* franceses – são, portanto, dotados de uma "vida provisória", porque – além de estarem sujeitos à ação de revogação ou modificação – podem ser "superados pelo provimento definitivo ou principal 'pendente' ou 'em lugar' do qual são emanados e aos quais são funcionalmente 'preordenados'".⁴⁰ Portanto, na Itália e na França, a chamada "estabilidade de fato" é um elemento acidental e extrínseco (dependente da inércia das partes)⁴¹ dos provimentos cautelares e dos *référés*, cuja essência jurídica é marcada pela sua provisoriedade, pela chamada "instabilidade em direito",⁴² podendo ser discutido em um sucessivo juízo definitivo.⁴³ Com base em tais premissas, sustenta-se que a autonomia da medida cautelar é apenas de tipo cronológico, e não também de tipo funcional.⁴⁴

Graças a essa rápida "excursão comparatística" resulta que, tanto os *référés* franceses como os provimentos cautelares italianos a instrumentalidade atenuada se estabilizam, mas sempre de modo precário, podendo seu conteúdo ser revisto em ação autônoma de cognição plena e exauriente, cuja propositura não é limitada a qualquer prazo de natureza processual.⁴⁵

4 A tutela provisória no novo Código Brasileiro: noções gerais

Passando agora ao ordenamento brasileiro, para analisar o mecanismo da estabilização da tutela antecipada de urgência é necessário, antes de tudo, contextualizar o novo dispositivo no regime da tutela provisória, ao qual o CPC de 2015 dedica os artigos 294 a 311, contidos no Livro V da parte geral do Código e que é composto de três títulos: o primeiro sobre as disposições gerais em matéria de tutela provisória; o segundo sobre a tutela de urgência; o terceiro sobre a tutela de evidência.⁴⁶



Animado pelo louvável objetivo de dar uma estrutura unitária à tutela sumária provisória – unitariedade que, pelas razões que serão expostas mais adiante, é mais aparente do que real⁴⁷ –, o Código de 2015 cria uma categoria geral denominada “tutela provisória”, à qual são dedicadas as disposições dos artigos 294 a 299.⁴⁸

Como disposto no art. 294, caput, a tutela provisória se configura como um gênero que compreende duas espécies: a tutela de urgência e a tutela de evidência, que se diferenciam segundo os requisitos, previstos em lei, para a concessão do respectivo provimento.⁴⁹

A tutela de urgência (cuja disciplina está contida nos artigos 300 a 310) visa neutralizar o prejuízo decorrente da duração (mesmo fisiológica) do processo de cognição plena e exauriente. Como indicado pelo art. 300, caput, para que o juiz profira uma medida de urgência é necessário demonstrar: “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” pleiteado (*fumus boni iuris*); a existência de “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (*periculum in mora*).⁵⁰

A tutela de urgência se subdivide, por sua vez, em: antecipada-satisfativa e cautelar-conservativa; e, para a concessão de ambas, são previstos os mesmos requisitos anteriormente mencionados.⁵¹ O primeiro tipo de tutela de urgência visa neutralizar o chamado perigo da demora e confere à parte a satisfação do direito material lesado, dando-lhe diretamente a utilidade final (ainda que provisória), com a prolação de um provimento que antecipa os efeitos da futura decisão de mérito.⁵² O segundo tipo de tutela de urgência confere à parte uma utilidade estritamente instrumental, garantindo que a parte obtenha um resultado útil com o processo, por meio da prolação de um provimento de tipo cautelar-conservativo.⁵³

Do quanto exposto, fica claro que a terminologia processual utilizada no Brasil para a tutela de urgência é parcialmente diferente daquela usada na Itália. Podemos dizer, em linhas gerais, que o âmbito da tutela de urgência brasileira corresponde àquele da tutela cautelar italiana e, em particular, que: a tutela antecipada de urgência brasileira coincide com a tutela cautelar italiana tendente a antecipar os efeitos da tutela final; enquanto a tutela cautelar de urgência brasileira corresponde à tutela cautelar italiana a instrumentalidade forte, que alcança uma finalidade essencialmente conservativa e tende a cristalizar uma situação de fato ou de direito.⁵⁴

A segunda espécie do gênero “tutela provisória” é constituída da tutela de evidência, a qual prescinde da condição de urgência e se funda sobre a “intensa probabilidade de procedência da pretensão formulada”,⁵⁵ ou seja, sobre a inconsistência da defesa do réu,⁵⁶ cujo regime – claramente inspirado no instituto do *référé* provision francês – está contido no art. 311, em que estão elencadas as hipóteses típicas que podem dar ensejo à concessão de referida medida.⁵⁷

Dito isso, as duas características essenciais dos provimentos provisórios em exame são: a sumariedade, sendo emanados com base em uma cognição que não apresenta os elementos de cognição plena e exauriente;⁵⁸ e a provisoriedade, tratando-se de provimentos modificáveis e revogáveis (inaptos a ditar uma regulamentação do direito deduzido de forma definitiva), com eficácia temporânea, limitada à pendência do processo (mesmo durante o período de sua suspensão).⁵⁹ A técnica da estabilização do art. 304 (objeto específico de nossa análise) constitui uma relevante exceção à provisoriedade da tutela de urgência.⁶⁰

Do ponto de vista procedimental, é interessante recordar que o CPC de 2015 rejeita a solução da autonomia do processo cautelar, elimina a duplicidade processual e opta por introduzir um processo totalmente sincrético que começa pela fase processual relativa à tutela provisória, passa pela tutela definitiva e culmina na fase de execução forçada.⁶¹ Em outras palavras, tal sincretismo comporta a existência de um processo único (procedimento-padrão) articulado em várias fases processuais:⁶² uma primeira fase, prévia e antecedente, que tem como objeto apenas a demanda de tutela provisória; uma



segunda fase, de cognição plena e exauriente, para decidir sobre a demanda de tutela final (também chamada de tutela definitiva ou de tutela principal); uma terceira fase conclusiva, denominada fase de cumprimento da decisão, voltada à execução-atuação da decisão.⁶³ De qualquer maneira, deve-se notar que a disciplina da tutela provisória da parte geral do CPC (LGL\2015\1656) aplica-se aos procedimentos da parte especial do Código e, portanto, não apenas ao processo de conhecimento comum, mas também às outras instâncias e à tutela executiva.

Outra novidade de destaque do novo CPC (LGL\2015\1656) que deve ser recordada refere-se à distinção entre a tutela de urgência requerida em caráter antecedente e aquela requerida em caráter incidental (art. 294, parágrafo único), cujo elemento distintivo reside no diverso momento processual em que esta é pleiteada, se antes ou depois da propositura da demanda de tutela final.

Inovando em relação ao Código revogado, o Código em vigor permite que a parte requeira, em caráter antecedente (ou preparatório),⁶⁴ apenas a concessão de um provimento antecipatório de urgência, com exposição sumária dos elementos da lide, limitando-se a indicar (sem propor) a demanda de tutela final (art. 303, caput).⁶⁵ Em tal caso se seguirá o procedimento regulado no art. 303, que pode culminar com uma decisão apta a estabilizar-se, conforme o mecanismo do art. 304. Caso o réu não recorra do provimento antecipatório de urgência e se alcance, portanto, a sua estabilização, o autor não estará, em tal hipótese, sujeito ao ônus de propor a demanda de tutela final (para considerações ulteriores, veja-se o item sucessivo deste escrito).

Também um provimento de urgência conservativo pode ser requerido de modo antecedente, indicando a lide e o seu fundamento, a exposição sumária do direito a ser tutelado, bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 305, caput), seguindo o procedimento dos artigos 305 a 310. Nesse caso não cabe a aplicação da técnica da estabilização da medida de urgência, que, em razão de seu caráter conservativo, possui uma eficácia temporalmente limitada e necessariamente ligada à demanda de tutela final, que o autor tem o ônus de ajuizar, caso ele queira evitar a perda da eficácia do provimento provisório conservativo (arts. 308 e 309).⁶⁶

Fica evidente, portanto, que no Código de 2015 a distinção entre tutela antecipada-satisfativa e tutela cautelar-conservativa saiu pela porta (considerando a aparente unificação dos dois tipos de tutela de urgência), mas voltou pela janela, em razão da descrita diversidade de regime que decorre das disposições referidas nos artigos 303 a 301, tanto no que diz respeito ao procedimento quanto no que se refere à aplicação da técnica de estabilização.

Como visto anteriormente, a tutela de urgência pode ser requerida em caráter incidental, com uma simples petição apresentada no bojo do processo já instaurado com a propositura da demanda de tutela final e, portanto, sem o pagamento de custas processuais adicionais (art. 295). Finalmente, a tutela de urgência poderá ser requerida inclusive de forma cumulativa (chamada também de concomitante), por meio de um ajuizamento conjunto e com o mesmo ato introdutivo, pleiteando tanto a tutela de urgência quanto a tutela final de mérito.⁶⁷ Recordamos que, ao contrário, a tutela de evidência pode ser requerida apenas em caráter incidental, e não em caráter antecedente.⁶⁸

Frisa-se, outrossim, que o art. 298 impõe ao juiz o dever de motivar “seu convencimento de modo claro e preciso”, quando “conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória”. Trata-se de uma disposição que se insere na tendência do CPC de 2015 para valorizar a motivação dos atos processuais.⁶⁹

5 A tutela de urgência antecipada antecedente: aspectos processuais

Depois da descrição do regime geral da tutela provisória, deve-se recordar o procedimento relativo à tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, contido no art. 303, que, infelizmente, não pode ser considerado um exemplo de clareza



normativa, assim como não estabelece uma disciplina clara e precisa o art. 304.⁷⁰

Como já indicado, o art. 303 permite à parte requerente formular somente a demanda ("sumarizada") de tutela de urgência antecipada, sem propor também a demanda principal, limitando-se, portanto, a expor: a indicação da demanda de tutela final (a ser proposta em um segundo momento), os elementos da lide, o direito que se busca realizar, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Essa fase preliminar se desenvolve inaudita altera parte (sem o prévio contraditório com a parte contrária) e se conclui com o deferimento ou indeferimento do requerimento de tutela de urgência antecipada.

Se o juiz considera que não existem elementos suficientes para a concessão da tutela de urgência antecipada, intima a parte requerente para "emendar" a petição inicial, ou seja, modificá-la ou integrá-la no prazo de cinco dias (art. 303, § 6º). Se o requerente não responde à intimação para complementar ou modificar o pedido e o juiz considera que não existem elementos suficientes para a concessão da medida, profere um provimento de indeferimento da demanda, pondo fim ao processo já na fase sumária, sem julgar, por consequência, o mérito da controvérsia (art. 303, § 6º), mas que não obsta à repropositura da demanda para concessão da tutela de urgência antecipada. De todo modo, o autor tem a possibilidade de requerer diretamente uma decisão sobre a tutela final, instaurando um novo processo.

Se, em vez disso, o juiz profere um provimento de procedência inaudita altera parte em caráter liminar,⁷¹ tal ato é comunicado ao réu, que dispõe de 15 dias para interpor o "respectivo recurso" (como indica o art. 304, caput), o qual, na maior parte dos casos, será o agravo de instrumento (art. 1015, inciso I). Se o réu não interpuser o recurso, a medida de urgência se estabiliza e o processo é extinto (art. 304, caput e § 1º).⁷² Vale frisar que uma parcela da doutrina propõe uma interpretação extensiva da palavra "recurso", vocábulo que, no art. 304, compreenderia não apenas os meios recursais de impugnação mas também qualquer tipo de defesa e manifestação processual pela qual o réu se opõe à pretensão do autor. Impediria a estabilização do provimento antecipatório de urgência não apenas um recurso em sentido estrito, mas qualquer outra forma de contestação do provimento⁷³ e, ainda, qualquer tipo de manifestação processual com a qual o réu declara opor-se à medida proferida.⁷⁴ Sobre esse ponto, todavia, não existe consenso, visto que outra parcela da doutrina acredita – com a finalidade de aumentar os casos de estabilização do provimento sob análise – que a palavra "recurso" empregada no art. 304, caput, deve ser interpretada de maneira estrita e que, portanto, refere-se apenas aos recursos.⁷⁵

De qualquer maneira, se o réu manifesta desinteresse em contestar o provimento antecipatório de urgência, o processo se extingue com a conclusão da fase sumária inaudita altera parte, sem a necessidade de prosseguir para a fase de cognição plena e exauriente. Sobre tal ponto, o novo Código claramente segue a lógica da economia processual do *référé* francês e da tutela cautelar italiana a instrumentalidade atenuada: se o autor requereu exclusivamente um provimento provisório de urgência, como ocorre no caso da tutela de urgência antecedente, contentando-se, portanto, com uma cognição sumária, resultaria inutilmente custoso prosseguir com a demanda de cognição plena e exauriente.⁷⁶

Sendo assim configurada, a descrita estrutura procedimental da tutela de urgência antecipada antecedente apresenta uma inegável analogia com a ação monitória:⁷⁷ em ambas as hipóteses, estamos diante de uma cognição sumária (porque superficial) proferida inaudita altera parte e que pode culminar em um provimento que, se não recorrido (ou contestado) pela parte contrária, se estabiliza (no caso da tutela de urgência antecipada antecedente) ou se torna imutável (no caso do provimento monitório).⁷⁸ Por tal razão, fala-se em doutrina em "monitorização do processo civil brasileiro".⁷⁹

Como dito, se o réu interpuser o recurso, o art. 304, caput, exclui que a tutela de



urgência satisfativa se estabilize, porque nesse caso o réu demonstra o interesse em opor-se ao que foi decidido em cognição sumária. Nesse contexto, o processo prossegue conforme a modalidade estabelecida no art. 303, § 1º.

O juiz concede ao autor o prazo de 15 dias (ou superior) para complementar ou modificar a petição inicial, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final dentro do mesmo processo (art. 303, § 1º, inciso I).⁸⁰ Se o autor deixar de complementar ou modificar a petição inicial, o processo é extinto e o provimento antecipatório de urgência não terá eficácia. Se, por outro lado, o autor complementa ou modifica a petição inicial, confirmando o pedido de tutela final, o processo prossegue e a fase de cognição sumária se transforma em plena e exauriente: o réu é citado e intimado a comparecer à audiência de conciliação e mediação; se as partes não chegarem a uma solução autocompositiva da controvérsia, segue-se com o procedimento comum.⁸¹

6 Âmbito de aplicação e pressupostos para a estabilização da tutela antecipada de urgência

Delineada a tutela provisória no novo CPC (LGL\2015\1656), podemos agora nos concentrar no mecanismo de estabilização do provimento antecipatório de urgência, individuando seu âmbito de aplicação e seus pressupostos.

A esse respeito, é preciso ressaltar que o Código escolheu uma solução restritiva, pois, detendo-se à letra do art. 304, estabiliza-se exclusivamente a tutela de urgência antecipada antecedente, segundo o procedimento descrito no art. 303 (ver retro par. 5).

⁸² Disso decorre que, com base em uma interpretação estritamente literal dos arts. 303 e 304, não são idôneas a estabilizar-se: as medidas de urgência de caráter conservativo-cautelares;⁸³ as medidas proferidas no âmbito da tutela de evidência;⁸⁴ as medidas antecipatórias de urgência concedidas em caráter incidental.⁸⁵ Em razão de tal diferenciação, como já ressaltado, a unitariedade do regime jurídico das tutelas de urgência no CPC de 2015 é apenas aparente, não sendo efetiva, visto que, para o fim da aplicação do instituto da estabilização, dever-se-á novamente distingui-las, com base no tipo de provimento provisório concedido, com todas as conseqüentes dificuldades de qualificação.⁸⁶

Deve-se assinalar que, não obstante a letra dos arts. 303 e 304, a fim de ampliar as hipóteses de estabilização, uma parte da doutrina prefere adotar uma leitura ampliativa do mecanismo do art. 304, de modo a dotar de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados também os provimentos antecipatórios de urgência concedidos em caráter incidental (ou também em caráter concomitante),⁸⁷ bem como os provimentos proferidos no âmbito da tutela de evidência.⁸⁸

Ademais, também em relação à tutela de urgência antecipada antecedente, a aplicação do mecanismo da estabilização não é automática, devendo recorrer algumas condições cumulativas:

o provimento deve ter deferido o pedido;⁸⁹

o provimento deve ser de caráter liminar, proferido in limine litis, no início do processo, sem a prévia instauração do contraditório;⁹⁰ mas, sobre esse ponto, poder-se-ia também adotar uma interpretação ampliativa e admitir a estabilização também daquele provimento antecipatório concedido depois da instauração do contraditório com o réu;⁹¹

a contraparte não deve ter interposto recurso (sobre tal ponto, ver retro par. 5);

o autor – segundo a leitura proposta por uma parte da doutrina – deve ter apresentado um pedido expresso quanto ao instituto da estabilização no mesmo ato introdutivo;⁹² porém, sobre esse ponto, parece prevalecer a opinião oposta, segundo a qual o mecanismo em questão se aplica automaticamente, ressalvada, em qualquer caso, a expressa renúncia à estabilização por parte do autor que preferir obter a tutela definitiva



e a proteção da coisa julgada sobre o direito deduzido em juízo.⁹³

7 A dinâmica da estabilização e da definitividade do provimento antecipatório de urgência

Continuando a nossa análise da tutela de urgência antecipada, como já indicado, em caso de ausência de recurso por parte do réu, e preenchidas as condições contidas nos arts. 303 e 304, o provimento antecipatório de urgência se estabiliza, ou seja, mantém a sua eficácia – sem limite de tempo – para além do processo em que foi proferido (art. 304, primeira parte);⁹⁴ processo em que o juiz pronuncia a extinção (art. 304, § 1º).⁹⁵ Essa estabilização põe-se, portanto, como uma derrogação à temporariedade e à provisoriedade que caracterizam as medidas proferidas no âmbito da tutela provisória; ou, segundo uma ótica diversa, poderíamos dizer que a técnica da estabilização acaba dando à provisoriedade da medida um caráter eventual.⁹⁶ Uma vez adquirida essa estabilidade, em relação à medida antecipatória de urgência, seguem-se as regras sobre a execução definitiva, e não mais aquelas da execução provisória.⁹⁷

Mesmo se estabilizado, o provimento de urgência não se torna incontrovertível, ao menos não imediatamente, pois qualquer das partes pode propor uma ação com a finalidade de “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada” (art. 304, § 2º).⁹⁸ Tal ação – denominada em doutrina como “ação revisional”,⁹⁹ “ação de revisão”,¹⁰⁰ “ação de modificação”¹⁰¹ ou, ainda, como “ação revocatória”¹⁰² – será proposta perante o mesmo juiz que proferiu o provimento antecipatório (art. 304, § 4º).¹⁰³ Especificamos que, em nossa humilde opinião, o exercício da ação revisional não comporta modificação no ônus da prova: não obstante a medida antecipatória de urgência tenha dado razão ao autor, este último deverá provar a existência dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto o réu (embora tenha proposto a ação revisional) deverá provar somente a existência dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos.¹⁰⁴ O art. 304, § 3º, especifica que: “A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º”, ou seja, a ação revisional.

Para a redação do caput e dos primeiros quatro parágrafos do art. 304 do novo CPC (LGL\2015\1656), o legislador brasileiro inspirou-se claramente no modelo franco-italiano (exposto anteriormente) dos référé e da tutela cautelar de instrumentalidade atenuada: igualmente ao que aconteceu na França (primeiro) e na Itália (depois), também no Brasil se quis romper a ligação de necessária dependência entre o provimento antecipatório de urgência e o juízo de mérito de cognição plena e exauriente. Podemos, portanto, vislumbrar uma clara convergência entre os três sistemas objeto da nossa investigação comparativa (Brasil, França e Itália): um provimento sumário provisório com conteúdo antecipatório, geralmente fundado na urgência (ressalvado o caso do référé provision francês que é baseado na evidência), é dotado de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, restando, todavia, possível que qualquer parte possa rediscutir o conteúdo desse provimento sumário, propondo uma ação de cognição plena e exauriente. Nos três ordenamentos mencionados, emprega-se uma terminologia diferente para descrever tal fenômeno processual: na França, fala-se de modelo do “provisório independente” de référé;¹⁰⁵ na Itália, usa-se a expressão “eficácia indefinidamente protraída” do provimento cautelar de instrumentalidade atenuada;¹⁰⁶ no Brasil, utiliza-se a fórmula “estabilização da tutela de urgência antecipada”.¹⁰⁷ Apesar dessa diversidade terminológica, estamos, substancialmente, diante do mesmo mecanismo processual.

Se “a mão do legislador” brasileiro tivesse parado na redação do § 4º do art. 304, não haveria mais nada para acrescentar na presente análise. Todavia, como o mencionado art. 304 do CPC (LGL\2015\1656) contém outros dois parágrafos, a nossa investigação deve necessariamente continuar.

O art. 304, § 5º, dispõe que: “O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da



ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. O novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro quis, portanto, limitar no tempo a proponibilidade da ação revisional, estabelecendo um prazo de dois anos para rever, reformar e invalidar o provimento antecipatório de urgência.

Decorrido o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação revisional, prevista no art. 304, § 5º, a tutela antecipada se estabiliza e se torna definitiva; e podemos, então, dizer incontrovertível, imutável e indiscutível. Todavia, o sexto e último parágrafo do art. 304 parece opor-se a tal conclusão, dispondo que: "A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo".

Resumindo, a dinâmica processual prevista no art. 304 do CPC (LGL\2015\1656) é a seguinte: o provimento antecipatório de urgência (requerido em caráter antecedente) se estabiliza, no sentido de que possui uma eficácia ultrativa temporalmente ilimitada, que ultrapassa os limites do processo no qual o ato foi proferido (art. 304, caput e § 3º); qualquer das partes pode propor uma ação autônoma para rever, reformar ou invalidar o provimento, ação que é ajuizada perante o mesmo juiz que concedeu a medida (art. 304, §§ 2º e 4º); tal ação revisional deve ser instaurada dentro de dois anos da ciência da decisão sobre a extinção do processo em que foi proferido o provimento antecipatório (art. 304, § 5º); é excluída a aptidão do provimento antecipatório para produzir a coisa julgada, mas o Código especifica que a estabilidade de seus efeitos poderá ser eliminada com a ação revisional, proponível dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 6º).

Resulta, então, evidente que, entre a descrita técnica brasileira da estabilização e o modelo franco-italiano dos *référés* e da tutela cautelar antecipatória, subsiste uma clara divergência: enquanto na França e na Itália não se estabelece nenhum prazo de natureza processual para a propositura da ação autônoma destinada a rediscutir o conteúdo do provimento (que resta, não obstante a eficácia indefinidamente protraída, sempre provisório); no Brasil, a ação para rever, reformar ou invalidar o provimento antecipatório deve ser proposta dentro de um prazo decadencial de dois anos, cujo decurso parece fazer com que o provimento em análise adquira certa definitividade e incontrovertibilidade.¹⁰⁸

8 As dificuldades interpretativas advindas da técnica da estabilização

À luz do quanto exposto precedentemente, não se pode esconder que o mecanismo processual brasileiro da estabilização da tutela de urgência antecipada, assim como delineado no CPC de 2015, apresenta-se como complexo e, em certos casos, contraditório.¹⁰⁹

A distorcida formulação do art. 304 deriva, provavelmente, da vontade de acolher uma solução de compromisso entre as duas visões opostas em tema de estabilização da tutela antecipada: uma primeira perspectiva tendente a atribuir ao provimento antecipatório de urgência a aptidão a ser acobertado pela coisa julgada, quando não for interposto o recurso; uma segunda solução favorável, ao contrário, a configurar o provimento antecipatório de urgência como provisório, mas dotando-o de uma eficácia indefinidamente protraída, seguindo o recordado modelo francês do *référé* e da tutela cautelar italiana de instrumentalidade atenuada.

Como se sabe, a primeira perspectiva, tendente a modificar o art. 273 do revogado CPC de 1973, foi elaborada em 1997 por Ada Pellegrini Grinover¹¹⁰ e veio, em seguida, a ser acatada, com algumas alterações, por um grupo de eminentes processualistas brasileiros em 2005,¹¹¹ culminando na apresentação de um projeto de lei (186/2005) perante o Senado da República, o qual, todavia, não vingou. Esse projeto, em linhas gerais, buscava atribuir a autoridade de coisa julgada ao provimento antecipatório de urgência, em caso de falta de propositura ou manutenção do processo principal de mérito.¹¹² A solução era, portanto, aquela de dar à tutela antecipada uma nova sistematização,



configurando-a como uma “tutela eventualmente cautelar e potencialmente definitiva”.¹¹³ Pretendendo utilizar a terminologia italiana em matéria de tutela sumária, tratava-se de configurar o provimento antecipatório de urgência como um provimento sumário decisório, em razão da atribuição da aptidão para ser acobertado pela coisa julgada.¹¹⁴

A outra solução veio formulada pela Comissão de juristas encarregada de elaborar o novo Código de Processo Civil e cujos trabalhos desembocaram no Projeto de Lei 166, de 2010, apresentado perante o Senado da República. O citado projeto de novo Código previa a introdução da técnica da estabilização da medida antecipatória de urgência, atribuindo-lhe uma eficácia ultrativa e temporalmente ilimitada e excluindo a produção de coisa julgada; tal medida poderia, de fato, ser sempre modificada e revogada com uma ação autônoma principal, ajuizável por qualquer parte, sem limitação temporal. O primeiro projeto de novo Código brasileiro acolhia, assim, plenamente o modelo franco-italiano do “provisório independente”.¹¹⁵

Entre as duas mencionadas soluções opostas (aquela da aptidão a produzir a coisa julgada e aquela da eficácia provisória indefinidamente protraída), a versão definitiva do CPC de 2015 parece ter cunhado uma solução “conciliativa” e intermediária que, todavia, suscita algumas dificuldades interpretativas que decorrem, por um lado, da expressa exclusão da produção de coisa julgada (como expressamente disposto pelo art. 304, § 6º) e, por outro lado, da previsão do prazo de dois anos para a propositura da ação revisional tendente a rever, reformar ou invalidar a medida antecipatória de urgência.¹¹⁶

9 Dúvidas e soluções sobre a definitividade do provimento antecipatório de urgência estabilizado: as três perspectivas elaboradas em doutrina

Em decorrência da sua formulação não totalmente límpida, o dispositivo do art. 304 deu ensejo a três diversas soluções interpretativas, elaboradas pela doutrina brasileira, que divergem sobre a definitividade ou não do provimento antecipatório de urgência estabilizado, bem como sobre o âmbito objetivo dessa estabilidade. A questão principal levantada pelo art. 304 é a seguinte: se a ação revisional não for proposta dentro do prazo de dois anos, o provimento estabilizado torna-se definitivo e, assim, faz coisa julgada ou uma forma especial de incontrovertibilidade ou imutabilidade, ou se deve excluir qualquer forma de definitividade processual e o conteúdo do provimento antecipatório sumário poderá ser rediscutido, ressalvados apenas os limites da prescrição e decadência do direito material?

Como já ficou exposto, em relação à referida questão a doutrina brasileira elaborou três diversas soluções interpretativas para individualizar a situação processual que se verifica sucessivamente à decadência do prazo para propor a ação revisional do art. 304, § 5º, quais sejam: i) excluir qualquer tipo de incontrovertibilidade e definitividade processual do provimento antecipatório de urgência; ii) admitir que este último seja acobertado pela coisa julgada; iii) conceber que a medida possua uma incontrovertibilidade e uma imutabilidade processual, a saber uma definitividade especial que se aproxima com a coisa julgada, mas que não coincide totalmente com esta. As três referidas perspectivas serão analisadas nos próximos itens deste trabalho.

9.1 A perspectiva tendente a excluir qualquer forma de incontrovertibilidade do provimento estabilizado

Uma primeira solução interpretativa, sustentada por uma parcela autorizada da doutrina, consiste em excluir qualquer forma de incontrovertibilidade processual da medida antecipatória de urgência, a qual manteria, portanto, o próprio caráter provisório sempre e de maneira ilimitada no tempo, ou seja, também depois do decurso do prazo de dois anos para propor a ação revisional, prevista no art. 304, § 5º. Consoante tal perspectiva, o provimento antecipatório de urgência não seria dotado de nenhum tipo de definitividade processual e gozaria exclusivamente de uma eficácia provisória indefinidamente protraída, visto que, também depois do decurso do prazo de dois anos previsto no CPC (LGL\2015\1656), qualquer parte poderia exercer uma ação autônoma



para rever, reformar ou invalidar a medida em exame.¹¹⁷ O único limite temporal para colocar novamente em discussão o conteúdo do provimento sob enfoque seria constituído pelos prazos de prescrição e decadência de natureza substancial que se aplicam ao direito deduzido em juízo.¹¹⁸ No final das contas, essa solução interpretativa acaba por considerar o provimento antecipatório de urgência brasileiro do mesmo modo que um *référé* francês e um provimento cautelar italiano de instrumentalidade atenuada.

Vale frisar que a mencionada perspectiva se funda em uma premissa sistemática, segundo a qual a aptidão para fazer coisa julgada caberia unicamente às decisões judiciais proferidas no âmbito de um processo de cognição plena e exauriente efetivamente desenvolvido,¹¹⁹ como seria imposto pelos princípios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade, inerentes ao “devido processo legal”.¹²⁰ Seria, portanto, constitucionalmente ilegítimo atribuir a aptidão para fazer coisa julgada a um provimento, como o antecipatório de urgência, prolatado ao cabo de um procedimento sumário. Além disso, um ulterior argumento em favor da ausência de qualquer tipo de incontrovertibilidade estaria contido no próprio Código, na parte em que estabelece expressamente que a medida antecipatória de urgência estabilizada “não fará coisa julgada” (art. 304, § 6º).

A mencionada perspectiva, que nega qualquer tipo de incontrovertibilidade processual à medida antecipatória de urgência, traz, provavelmente, a vantagem de eliminar os problemas práticos e interpretativos levantados pelo art. 304 e tem, por sua vez, o apoio do argumento comparatístico: a inspiração do legislador brasileiro no sistema francês e italiano propenderia efetivamente para se considerar o provimento antecipatório brasileiro como uma medida de *référé* ou uma medida cautelar antecipatória italiana e, assim, como um ato de eficácia provisória temporalmente indefinida, a qual poderia, portanto, ser rediscutida sem levar em conta o prazo processual de dois anos previsto no art. 304, § 5º, do CPC (LGL\2015\1656).

Todavia, a mencionada solução interpretativa – embora seja defendida por doutrinadores brilhantes e conceituados – deve ser recusada, e isso essencialmente por duas razões fundamentais.

Em primeiro lugar, nenhuma disposição da Constituição Federal brasileira liga expressamente a coisa julgada (ou uma forma menor de incontrovertibilidade e definitividade processual) ao desenvolvimento efetivo de um processo de cognição plena e exauriente, sendo possível admitir – em nossa modesta opinião – a legitimidade constitucional de provimentos sumários aptos a serem acobertados pela coisa julgada, desde que à parte seja atribuída a possibilidade de instaurar um juízo de cognição plena e exauriente, interpondo um recurso contra o provimento sumário ou manifestando uma contestação ou oposição à sua prolação.¹²¹ Ressalta-se que, no que se refere à legislação infraconstitucional, encontramos no próprio bojo do CPC de 2015 alguns provimentos sumários que parecem adquirir certa incontrovertibilidade processual.¹²² Nessa linha, nota-se que o novo Código quis conferir, ao menos de modo implícito, a aquisição de uma incontrovertibilidade-definitividade ao mandado monitório não embargado, haja vista que o art. 701, § 3º, prevê o cabimento da ação rescisória em face dessa decisão.¹²³

Em segundo lugar, a descrita solução interpretativa, tendente a configurar a eficácia provisória indefinidamente protraída da medida antecipatória de urgência, tem um ponto crítico: admitir – apesar do escoamento do prazo de dois anos – o ajuizamento de uma ação para rever, modificar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, significaria chegar a uma ab-rogação tácita do art. 304, § 5º. Acolhendo, de fato, a perspectiva em exame, o prazo de dois anos se tornaria substancialmente inútil, visto que do seu decurso não decorria nenhuma consequência jurídica relevante para as partes.¹²⁴ A imposição do prazo de dois anos para exercitar a ação revisional da medida antecipatória de urgência parece, portanto, constituir o obstáculo maior ao acolhimento da mencionada perspectiva que visa excluir qualquer forma de definitividade processual do provimento em análise.¹²⁵



9.2 A perspectiva que admite a aptidão do provimento estabilizado para ser acobertado pela coisa julgada

Descartada a primeira opção interpretativa, sobra a alternativa entre a segunda e terceira solução, ou seja: aquela pela qual a definitividade do provimento antecipatório de urgência estabilizado é idêntica à coisa julgada; aquela que concebe para a medida estabilizada uma forma de incontrovertibilidade processual menor e em alguns aspectos diferente da coisa julgada em sentido próprio.

De acordo com a segunda das três soluções interpretativas em tela, sustentada por uma parcela importante da doutrina brasileira, o provimento antecipatório de urgência estabilizado (por causa da ausência de interposição de recurso por parte do réu) fica acobertado pela coisa julgada, uma vez decorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação revisional, do art. 304, § 5º. Conforme esse posicionamento, a decisão estabilizada que concedeu a tutela de urgência antecipada, escoado o prazo de dois anos, ficará acobertada pela coisa julgada¹²⁶ ou, de qualquer modo, terá um efeito equivalente àquele da coisa julgada.¹²⁷ Para tornar compatível a mencionada solução interpretativa com a letra do art. 304, § 6º (que exclui expressamente a aptidão à coisa julgada), afirma-se que: a medida antecipatória de urgência não faz coisa julgada somente durante o período de dois anos em que pode ser proposta a ação revisional, do art. 304, § 5º; mas que, contudo, uma vez decorrido o prazo bienal e concluído o período (chamado de "interregno"), no qual a medida estabilizada pode ser revista, reformada ou invalidada, o provimento antecipatório será imunizado pela coisa julgada em sentido próprio.¹²⁸

De todo modo, vale lembrar que sustentar que a medida antecipatória de urgência estabilizada e definitiva seja acobertada pela coisa julgada em sentido próprio, implica a aplicação das regras a esta inerentes, entre as quais:

a função negativa da coisa julgada (chamada também de imutabilidade ou força proibitiva da coisa julgada), que impede de rediscutir quanto foi julgado na decisão transitada em julgado;

a função positiva da coisa julgada (denominada também de indiscutibilidade ou força normativa da coisa julgada), que vincula um segundo juiz a conformar-se com uma precedente decisão, transitada em julgado, e a considerar que o direito subjetivo existe assim como foi julgado pelo primeiro juiz;¹²⁹

a possibilidade de estender a coisa julgada às questões prejudiciais (como estabelecido no art. 503 do CPC (LGL\2015\1656));¹³⁰

a aplicação do art. 485, inciso V, sobre a extinção do processo sem julgamento de mérito em razão da existência da coisa julgada (também na presença de uma precedente medida antecipatória de urgência transitada em julgado);¹³¹

a aplicação do art. 337, inciso VII, e do art. 485, inciso V e § 3º, sobre a possibilidade de conhecer de ofício a exceção de coisa julgada (também no caso de existência de uma precedente medida antecipatória de urgência estabilizada e transitada em julgado);¹³²

o cabimento da ação rescisória, disciplinada pelos arts. 966 e seguintes do CPC de 2015, em face do provimento antecipatório estabilizado e definitivo;¹³³

a rescindibilidade de uma decisão de mérito, transitada em julgado, por contrariedade com um precedente provimento antecipatório de urgência estabilizado e definitivo (a saber a aplicação da hipótese de cabimento da ação rescisória constituído pela "ofensa à coisa julgada", contido no art. 966, inciso IV, no âmbito da tutela de urgência antecipada).¹³⁴

9.3 A solução preferível: a definitividade do provimento estabilizado como autônoma figura de incontrovertibilidade processual



Enfim, adotando uma terceira solução interpretativa – que nos parece ser preferível e que, aliás, é acolhida pela doutrina brasileira majoritária –, concebe-se que o conteúdo do provimento antecipatório de urgência estabilizado pode adquirir uma definitividade e uma incontrovertibilidade processual similar, do ponto de vista da indiscutibilidade, mas que, contudo, não é idêntica com a preclusão máxima da coisa julgada em sentido próprio.

Cumpra salientar que, tratando-se de uma técnica processual nova no direito brasileiro, a terminologia é muito variada para descrever a definitividade adquirida pela medida antecipatória estabilizada, depois do decurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da ação revisional.¹³⁵ Utilizam-se a esse respeito as seguintes expressões: estabilidade qualificada;¹³⁶ estabilização definitiva;¹³⁷ estabilidade processual;¹³⁸ quase coisa julgada e superestabilização do provimento;¹³⁹ estabilização somente dos efeitos;¹⁴⁰ estabilidade marcada;¹⁴¹ fortalecimento do provimento;¹⁴² estabilização que produz efeitos extraprocessuais;¹⁴³ fenômeno processual similar à coisa julgada;¹⁴⁴ imutabilidade;¹⁴⁵ indiscutibilidade dos efeitos;¹⁴⁶ nova espécie de estabilidade processual, diferente das preclusões e da coisa julgada.¹⁴⁷

Como já dito, a nossa preferência recai sobre esta última opção interpretativa, que parece ser mais conforme com o disposto do art. 304 (em particular com seu § 6º, que exclui expressamente a aptidão para fazer coisa julgada do provimento sob enfoque)¹⁴⁸, bem como com os arts. 502 e seguintes do CPC (LGL\2015\1656), que disciplinam o instituto da coisa julgada. Dito isso, pessoalmente, reputamos que nem no Brasil nem na Itália subsista um real impedimento jurídico de ordem constitucional que vede ao legislador infraconstitucional conferir a autoridade da coisa julgada a um provimento antecipatório de urgência.¹⁴⁹ Com efeito, o obstáculo parece ser mais de tipo político e fruto de uma escolha discricionária do legislador infraconstitucional.¹⁵⁰ Contudo, essa escolha legislativa tem que ser levada em conta, pois é necessário interpretar a técnica da estabilização, objeto da presente análise, de acordo com as disposições contidas no CPC (LGL\2015\1656).

Desse modo, a referida terceira solução interpretativa parece ser aquela mais coerente em relação à letra do art. 304, haja vista que: por um lado, respeita o § 5º, pois leva em consideração a existência do prazo bienal para a propositura da ação revisional; por outro lado, está de acordo com o § 6º do mesmo artigo, sendo coerente com a expressa exclusão da aptidão do provimento a fazer coisa julgada. Além disso, a perspectiva em exame parece ser aquela mais conforme com a intenção do legislador brasileiro em relação ao instituto da tutela de urgência antecipada, cujo escopo é aquele de resolver situações momentâneas.¹⁵¹

Sendo excluído que a incontrovertibilidade da medida antecipatória de urgência estabilizada e definitiva seja idêntica com a coisa julgada em sentido próprio, é necessário, portanto, analisar a técnica da estabilização de maneira autônoma (em relação aos tradicionais institutos de direito processual) e, assim, individuar as regras que lhe são aplicáveis, bem como determinar o âmbito objetivo da incontrovertibilidade do provimento em exame.¹⁵²

Começando por este último aspecto, no que diz respeito ao âmbito de indiscutibilidade do provimento antecipatório de urgência, parece ser mais correto conceituar que a sua vinculação seja um tanto reduzida: será impossível rediscutir o concreto resultado determinado pelo provimento, mas o seu conteúdo não produzirá nenhum vínculo em relação a outros futuros julgamentos sobre os direitos dependentes daquilo que foi decidido na medida de urgência antecipada. Em outras palavras, a incontestabilidade do provimento antecipatório de urgência se identifica somente com a função negativa da coisa julgada, devendo se excluir a função positiva da coisa julgada da medida em discurso.¹⁵³

Ademais, conforme o disposto do art. 503 do CPC (LGL\2015\1656), a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais está condicionada ao efetivo (e não somente potencial)



desenvolvimento de um processo de cognição plena e exauriente (§ 2º), sendo, aliás, necessária à instauração de um contraditório prévio e efetivo sobre tais questões (§ 1º, inc. II). Sendo o provimento antecipatório de urgência proferido no âmbito de uma cognição sumária inaudita altera parte, o âmbito objetivo da incontrovertibilidade do ato em exame não poderá, portanto, abranger as questões prejudiciais, sob pena de violação do quanto disposto pelo art. 503, § 1º, inc. II, e § 2º.¹⁵⁴

Em outras palavras, o âmbito objetivo da incontrovertibilidade do provimento antecipatório de urgência não abarca: nem a relação prejudicial da qual se origina o direito objeto da medida sumária (ausência de extensão para cima) nem os direitos dependentes daquele deduzido em juízo (ausência de extensão para baixo).¹⁵⁵ Desse modo, estamos diante de uma incontestabilidade do provimento que determina exclusivamente a irremovibilidade de seus efeitos e resultados, mas que não abrange as questões prejudiciais nem produz um vínculo sobre as relações jurídicas conexas e dependentes com aquela deduzida em juízo (falta de efeito positivo da coisa julgada). Assim definida, a incontrovertibilidade de que é dotada a medida antecipatória de urgência definitiva vem, de fato, a identificar-se com a figura da preclusão pro iudicato, utilizada, por uma parte da doutrina italiana para descrever a incontestabilidade do conteúdo dos provimentos decisórios sumários, que tem um âmbito objetivo reduzido em comparação com a coisa julgada em sentido próprio.¹⁵⁶ Recordamos que o fenômeno da preclusão pro iudicato tem sido definido pela doutrina como: um vínculo consistente na impossibilidade de “remover os resultados alcançados” pelo provimento sumário;¹⁵⁷ “um efeito de incontestabilidade da atribuição patrimonial realizada pelo juiz”;¹⁵⁸ uma imutabilidade “quantitativamente (não qualitativamente) menor” da declaração contida na sentença transitada em julgado e proferida num processo com cognição plena e exauriente.¹⁵⁹

Dito isso, não obstante a substancial coincidência entre a figura jurídica italiana da preclusão pro iudicato e a incontrovertibilidade do provimento antecipatório de urgência brasileiro, é preferível – em nossa modesta opinião – evitar utilizar a mencionada expressão italiana, tendo em vista que no Brasil, à fórmula preclusão pro iudicato, atribuem-se significados divergentes.¹⁶⁰ Preferimos, assim, descrever a incontrovertibilidade adquirida pelo provimento antecipatório de urgência no CPC (LGL\2015\1656) brasileiro como uma estabilidade qualificada e processual, como uma irremovibilidade e incontestabilidade panprocessual (chamada mesmo de extraprocessual ou de ultrativa) dos efeitos e resultados produzidos pela medida em exame.¹⁶¹

Além disso, no que diz respeito ao regime da medida antecipatória de urgência, se for proposta uma demanda tendente a discutir os efeitos estabilizados e definidos nessa medida, o processo será extinto, com base no disposto no art. 487, inciso II. Quer dizer, em razão da decadência decorrente do decurso do prazo bienal para o ajuizamento da ação revisional (previsto no art. 304, § 5º), o juiz não poderá novamente enfrentar o exame da controvérsia e deverá proferir uma decisão (de mérito) para rejeitar a pretensão deduzida, extinguindo o processo com o qual uma parte procurava discutir a medida antecipatória estabilizada definitiva.¹⁶² Sempre sobre esse aspecto, poderá ser julgada liminarmente improcedente, nos termos do art. 332, § 1º (recorrendo às demais condições previstas pela lei), a demanda tendente a contestar os efeitos – estabilizados de maneira incontrovertível – de um provimento antecipatório de urgência, por causa da decadência decorrente do decurso do prazo de dois anos do art. 304, § 5º.¹⁶³ O juiz poderá, portanto, declarar de ofício a decadência em razão da existência de um provimento de urgência estabilizado e definitivo, por efeito do decurso do prazo bienal para ajuizar a ação revisional.

Ademais, não sendo acobertado pela coisa julgada em sentido próprio, é de se excluir que o provimento antecipatório de urgência seja rescindível.¹⁶⁴ Além disso, admitir o cabimento da ação rescisória em relação ao provimento antecipatório de urgência significaria dilatar excessivamente o período temporal para desconstituir a eficácia da



medida em exame:¹⁶⁵ depois da decadência do prazo bienal para propor a ação revisional, reabrir-se-ia outro prazo de dois anos para ajuizar a ação rescisória; chegar-se-ia, no total, a um período de quatro anos ao longo do qual a eficácia da medida poderia ser discutida em juízo.¹⁶⁶

Com base na mesma premissa teórica, não será também possível pedir a rescisão de uma decisão de mérito, transitada em julgado, nos termos do art. 966, inciso IV, por contraditoriedade com uma precedente medida antecipatória de urgência estabilizada e incontrovertível. Não tendo a tutela de urgência antecipada a aptidão para fazer coisa julgada, essa medida não pode dar ensejo à aplicação do motivo da ofensa à coisa julgada do art. 966, inciso IV.

Nota-se, enfim, que subsiste uma diferença de regime entre o provimento antecipatório de urgência estabilizado e definitivo e o mandado monitório não embargado: o primeiro cria somente a impossibilidade de se removerem os efeitos produzidos, enquanto o segundo possui a aptidão para ser acobertado pela coisa julgada (tanto na função negativa quanto naquela positiva), o que justifica o cabimento da ação rescisória a respeito do mandado monitório (art. 701, § 3º).¹⁶⁷

10 Considerações conclusivas

Para findar este estudo, podemos concluir que a técnica da estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente, disciplinada nos arts. 303 e 304, constitui, sem dúvida, uma inovação louvável que alinha o sistema brasileiro com as soluções adotadas em alguns sistemas europeus (em particular, como visto, na França e na Itália) e que visa valorizar a economia processual, evitando o necessário desenvolvimento de um processo de cognição plena e exauriente, quando as partes desejam contentar-se somente com o provimento sumário, como fonte de disciplina da relação jurídica de direito material.

Embora a ideia de fundo da estabilização da tutela antecipada seja – sem sombra de dúvida – correta, é preciso, infelizmente, admitir que a concreta atuação que o CPC de 2015 deu de tal técnica não é totalmente satisfatória. Com efeito, pelas razões aqui expostas, os artigos 303 e 304 suscitam diversas perplexidades e provocam muitas dúvidas interpretativas.

Diante desse cenário, não é por acaso que uma parte da doutrina levantou sérias dúvidas sobre a futura utilização do novo instituto na prática do processo brasileiro.¹⁶⁸

Da nossa parte, podemos esperar que o instituto da estabilização da tutela antecipada possa efetivamente contribuir para o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro.

11 Referências bibliográficas

ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 179, jan. 2010.

ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: *O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Gen-Atlas, 2015.

BONATO, Giovanni. Iréférés nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Coord.).



La tutela somaria in Europa. Napoli: Jovene, 2012.

BONATO, Giovanni. Os référés no ordenamento francês. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, 2016.

BONICIO, Marcelo Joé Magalhães. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O nosso processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2016.

CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Paris: LGDJ, 2007.

CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. Tutelas de urgência satisfativas autônomas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, jan. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, set. 2015.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luis; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método Editora, 2015.

GOMES, Frederico Augusto. NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). *Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). *Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processocivil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

JOMMI, Alessandro. *Il référé provision*. Torino: Giappichelli, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Gen-Atlas, 2015.

MACHADO, Marcelo Pache-co. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de*



urgência análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 202, dez. 2011.

MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. In: SCRITTI in onore di Nicola Picardi. Pisa: Pacini Giuridica, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. L'evoluzione della tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil, Porto Alegre, v. 63, nov.-dez. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? Revista de Processo, São Paulo, v. 242, 2015.

PAIM, Gustavo. Estabilização da tutela antecipada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: justificativa. Revista de Processo, São Paulo, v. 86, abr.-jun. 1997.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, n. 121, mar. 2005. Publicado também In: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DJP, 2006.



PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo, v. 244, jun. 2015. Publicado também In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Roberto P. Campos Filho (Coord.). Tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2016.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Breves linhas sobre a tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto (Coord.). Processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. São Paulo: RT, 2016.

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. Gênesis Revista de Direito Processual, Curitiba, v. 6, set.-dez. 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Revista do Advogado, São Paulo, v. 126, maio 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada". In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

SILVESTRI, Caterina. Ilrèféré nell'esperienza giuridica francese. Torino: Giappichelli, 2005.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 235, set. 2014.

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, São Paulo, v. 209, jul. 2012.

TESSER, André Luiz Bäuml. Tutela cautelar e antecipação de tutela. São Paulo: RT, 2014.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4.

THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista de Processo, São Paulo, v. 157, mar. 2008.

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. Aautonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012.

TISCINI, Roberta. I provvedimenti senza accertamento. Torino: Giappichelli, 2009.

TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil: estática e dinâmica. São Paulo: Ed. RT,



2015.

VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2.

YARSHELL, Flávio Luiz. A tutela provisória (cautelares e antecipadas) no novo CPC (LGL\2015\1656): grandes mudanças? (IX). Disponível em: [www.cartaforense.com.br]. Acesso em: 14.06.2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. Revista de Processo, São Paulo, v. 231, maio 2014.

ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016.

1 Este ensaio é dedicado à querida e saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover. Ela leu e gostou bastante deste trabalho. Espero que o presente ensaio se coloque na linha das pesquisas ítalo-brasileiras que marcaram com brilho a vida acadêmica da Professora Ada. Trata-se da versão em língua portuguesa da palestra proferida em Roma, em novembro de 2015, durante o congresso Sistemi Processuali a Confronto: il Nuovo c.p.c. Brasiliano tra Tradizione e Rinnovamento. O trabalho foi traduzido em português por Alexandre Minatti e Guilherme Tambarussi Bozzo.

2 Entre os trabalhos sobre a estabilização da tutela de urgência antecipada (alguns dos quais publicados antes da entrada em vigor do CPC de 2015), indicamos sem pretensão de completude: 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, São Paulo, v. 209, jul. 2012. p. 13 ss.; MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil, Porto Alegre, v. 63, nov.-dez. 2014. p. 23 ss.; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 773 ss.; MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3. ed. São Paulo: RT, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. L'evoluzione della tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 2013. p. 1353 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Ed. RT, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. Tutelas de urgência satisfativas autônomas. Revista de Processo, São Paulo, v. 227, jan. 2014. p. 141 ss.; THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista de Processo, São Paulo, v. 157, mar. 2008. p. 131 ss.; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012. p. 13 ss.; PAIM, Gustavo. Estabilização da tutela antecipada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012; GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 4. p. 199 ss.; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 351 ss.; MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de



urgência análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 202, dez. 2011. p. 233 ss.; BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil: breves comentários. Revista de Processo, São Paulo, n. 194, abr. 2011. p. 243 ss.; FERREIRA, Vanessa Elisa Jacob. A tutela de urgência no Brasil: uma proposta de releitura do sistema codificado à luz dos modelos italiano e argentino. In: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 276 ss.; SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC (LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, v. 235, set. 2014. p. 151; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva?: medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. Revista de Processo, São Paulo, v. 231, maio 2014. p. 125 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 561 ss.; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015; SICA, Hei-tor Vítor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Revista do Advogado, São Paulo, v. 126, maio 2015. p. 115 ss.; SICA, Hei-tor Vítor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada". In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. v. 4. Cit., p. 177 ss.; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo, v. 244, jun. 2015. p. 167, publicado também In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Roberto P. Campos Filho (Coord.). Tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2016 (as citações serão feitas a partir desta última publicação); OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela an-tecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? Revista de Pro-cesso, São Paulo, v. 242, 2015. p. 225 ss.; CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). Revista de Processo, São Paulo, v. 247, 2015. p. 249 ss.; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEI-XOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. v. 4. Cit., p. 61 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luis; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método Editora, 2015; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Gen-Atlas, 2015. p. 253 ss.; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. Cit., p. 325 ss.; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179 ss.; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Breves linhas sobre a tutela provisória. In: THE-DORO JR., Humberto (Coord.). Processo civil brasileiro . Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 79 ss.; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil: estática e dinâmica. São Paulo: Ed. RT, 2015; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 487 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo, São Paulo, v. 247, set. 2015, p. 63 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito proces-sual civil. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016; TESSER, André Luiz



Bäumli. Tutela cautelar e antecipação de tutela. São Paulo: RT, 2014; TESSER, André Luiz Bäumli. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. v. 4. Cit., p. 23 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Dissertação mestrado USP, 2016; YARSHELL, Flávio Luiz. A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC (LGL\2015\1656): grandes mudanças? (IX). Disponível em: [www.cartaforense.com.br]. Acesso em: 14.06.2016; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, Tutela provisória, São Paulo: RT, 2016; GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (Coord.). Coletânea Novo CPC: doutrina selecionada. v. 4. Cit., p. 161 ss.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2. p. 859 ss.; CÂMARA, Alexandre Freitas. O nosso processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2016. p. 161 ss.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 522 ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual ci-vil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 449 ss.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre, (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 426 ss.; MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Ed. RT, 2015; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016; DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 19. ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2016; MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. In: SCRITTI in onore di Nicola Picardi. Pisa: Pacini Giuridica, 2016. p. 1603 ss.; ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 17. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

3 A tutela de urgência antecipada no direito brasileiro corresponde, substancialmente, à tutela cautelar antecipada do sistema italiano, como veremos no item 4 deste ensaio.

4 Sobre o conceito de tutela final e definitiva, veja-se o item 4 deste ensaio. Alguns autores preferem falar apenas em "estabilização da tutela antecipada". Nessa linha, veja-se: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, São Paulo, n. 121, mar. 2005. p. 11 ss., publicado também In: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DJP, 2006. p. 30 ss.; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 115; OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? Cit., p. 225 ss. Fala em "estabilização das tutelas de urgência" também BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. p. 660 ss.; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. Cit., p. 218 ss.

5 Trata-se da definição cunhada por THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. Cit., p. 667, para quem: "a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena". No mesmo sentido, veja-se NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 74.

6 Assim, TESSER, André Luiz Bäumli. Tutela cautelar e antecipação de tutela. Cit., p. 159 ss. Em sentido análogo, ver ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros



comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 563; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Cit., p. 862, para quem estabilização significa que “o efeito da medida, pois, não é meramente temporário, válido até a decisão do processo principal: ele ganha força mais ampla”; MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. Cit., p. 233, para quem “a estabilização dos efeitos da tutela de urgência significa, neste caso, somente que a proteção jurídica deferida pelo juiz preservará seus efeitos por tempo indeterminado, até que decisão ulterior a revogue expressamente”. Junto ao vocábulo “estabilização”, a doutrina brasileira acrescenta também aquele de “autonomização” da tutela de urgência antecipada, para indicar que os efeitos desse provimento podem perdurar no tempo de forma indefinida, independentemente do prosseguimento do sucessivo juízo sobre a tutela final. Nesse sentido, veja-se: MITIDIÉRO, Daniel. Da tutela provisória. Cit., p. 787, o qual lembra que “a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo”; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. II. Cit., p. 217. Segundo SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Cit., p. 186, no artigo 304 o legislador estabelece uma “tutela sumária definitiva”, que se contrapõe à “tutela sumária provisória”.

7 Nessa linha, veja-se: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 899; MEDINA, Jose Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. Cit., p. 490; MEDINA, Jose Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. Cit., p. 524.

8 Assim, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 891 ss.

9 Há tempo a doutrina afirma a necessidade de introduzir um mecanismo de estabilização dos provimentos antecipatórios. Veja-se: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: justificativa. Revista de Processo, São Paulo, v. 86, 1997. p. 191 ss.; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Cit., p. 11 ss.; RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. Gênesis Revistade DireitoProcessual, Curitiba, v. 6, set.-dez. 1997. p. 691 ss.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. Cit., p. 660.

10 O Código de 1973 limitava, de fato, a eficácia da tutela de urgência apenas ao processo no qual tinha sido concedida. Sobre o tema, veja-se REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. Cit., p. 193 ss.

11 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 895, considera a técnica da estabilização como “proporcional e razoável”, pois evita a instauração de processos inúteis, embora o autor não esconda sua desconfiança acerca da efetiva utilidade da referida técnica no processo civil brasileiro.

12 Como afirma DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. Cit., p. 63 ss., espec. § 16; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. I. Cit., p. 62, “As disposições contidas no art. 304 e seus parágrafos vêm dando origem a muitas dúvidas, questionamentos e críticas ao Código, especialmente em razão das incertezas que ficaram no ar”. Também em sentido crítico, veja-se MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. Cit., § 4, que fala em um dispositivo totalmente inadequado para a tutela de urgência.

13 A doutrina brasileira reconhece que o mecanismo da estabilização da tutela antecipatória constitui uma das principais novidades do Código de 2015. Assim, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano. Disponível em: [www.judicium.it]. Acesso 26.08.2016. § 12; THEODORO JR.,



Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 27.

14 Já antes da vigência do CPC de 2015, uma autorizada doutrina fez uma brilhante pesquisa comparativa da tutela de urgência no Brasil, na França, na Itália e em outros ordenamentos europeus. Confira-se: THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Cit., p. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Cit., p. 13 ss. Para uma útil e aprofundada pesquisa comparativa sobre a tutela sumária nos sistemas italiano e brasileiro, sugere-se a leitura do estudo de ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. Revista de Processo, São Paulo, v. 179, jan. 2010. p. 175 ss.

15 Na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Ato 379, de 2009, da Presidência do Senado Federal lê-se: "(...) o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela (...), que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária" (p. 29).

16 Como é notório, o modelo de referência para elaboração da estabilização da tutela de urgência antecipada é o franco-italiano. Nesse sentido, veja-se: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. Cit., p. 337: "a tutela antecipada aproximou-se dos référé prévistos nos ordenamentos jurídicos belga, francês e luxemburguês e da tutela antecipada do direito italiano, ao deixar de impor, em todos os casos, o exame definitivo na sentença de mérito"; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 180; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano. Cit., § 12; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 16.

17 No que diz respeito à influência do direito francês na elaboração das reformas italianas de 2003 e 2005 sobre a instrumentalidade cautelar atenuada e o procedimento sumário societário, do art. 19 do Decreto Legislativo 5, de 2003 (revogado), veja-se: BONATO, Giovanni. I référé nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). La tutela somaria in Europa. Napoli: Jovene, 2012. p. 35 ss., espec. p. 67 ss.; BONATO, Giovanni. Os référé no ordenamento francês. Revista de Processo, São Paulo, v. 255, abr. 2016. p. 527 ss.

18 Sobre a utilização da expressão "provisório independente", veja-se CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Paris: LGDJ, 2007. p. 224.

19 Sobre a utilização da fórmula "eficácia provisória indefinidamente protraída", veja-se MANDRIOLI, Crisanto. I provvedimenti presidenziali nelgiudizio di separazione dei coniugii. Milano: Giuffré, 1953. p. 146; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. Diritto processuale civile. 23. ed. Torino: Giappichelli, 2014. v. IV. p. 265-266.

20 A diferença entre o modelo franco-italiano de estabilização da tutela provisória e o modelo brasileiro do CPC de 2015 é posta em destaque pela doutrina brasileira mais autorizada. Nessa linha, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. Cit., p. 217; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. Cit., p. 789; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. Cit., p. 208. A esse respeito, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 303. Cit., p. 891, fala, com acerto, de uma introdução confusa no ordenamento jurídico brasileiro da técnica italiana da estabilização dos efeitos da tutela antecipada.



21 De fato, já analisamos o instituto francês em outra oportunidade, confira-se BONATO, Giovanni, I référés nell'ordinamento francese. Cit., p. 35 ss. A literatura sobre o tema é muito ampla, veja-se, sem pretensão de completude: PERROT, Roger, L'évolution du référé. In: MÉLANGES Hébraud. Toulouse: Université Toulouse 1, 1981. p. 645 e ss.; LEFEUVRE Claudie. Le référé en droit des sociétés. Aix-en-provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006; STRICKLER, Yves. Référés. In: CADIET, Loïc (Coord.). Dictionnaire de la justice. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 1127 ss.; CAYROL, Nicolas. Référé civil. In: RÉPERTOIRE procédure civile. Paris: Dalloz, 2006; CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien. Cit., passim; VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, Les référés. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2006; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. Procédure civile. 29. ed., Paris: Dalloz, 2008. p. 310; THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Cit., p. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Cit., p. 1.3 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 36 ss.; PAIM, Gustavo Bohrer. O référé francês. Revista de Processo, São Paulo, v. 203, fev. 2012. p. 99 ss.; PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. Cit., 2012; MITIDIERO, Daniel, Antecipação da tutela. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 70 ss.; SILVESTRI, Caterina. Il référé nell'esperienza giuridica francese. Torino: Giappichelli, 2005; JOMMI, Alessandro. Il référé provision. Torino: Giappichelli, 2005; TISCINI, Roberta. I provvedimenti senza accertamento. Torino: Giappichelli, 2009.

22 Utilizaremos, portanto, uma das finalidades do direito comparado, qual seja, analisar um sistema estrangeiro com o objetivo de entender e interpretar melhor um instituto de direito interno. Sobre as diferentes finalidades da comparação jurídica, veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. I. p. 159 ss.; TARUFFO, Michele. Il processo civile «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali. Foro Italiano, Bologna, v. 126, 2001. p. 345 ss.; DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. I grandi sistemi giuridici contemporanei. 4. ed. italia-na. Padova: Cedam, 2004. p. 3 ss.; VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. La tradizione giuridica occidentale. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010. v. I. p. 19 ss.; GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. Le droit de l'occident et d'ailleurs. Paris: LGDJ, 2014. p. 1 ss.

23 Para a evolução histórica do instituto dos référés, veja-se: MEIJERS, Eduard Maurits. Le développement des ordonnances sur référé en France. Revue Historique de Droit Français et Etranger, 1948. p. 266 e ss.; PERROT, Roger. L'évolution des référés. Cit., p. 648 ss.

24 Não podemos, nos limites deste ensaio, distinguir os vários tipos de référés. Então, remetemos o leitor a VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, Les référés. Cit.

25 Sobre a "procédure sommaire" em relação ao référé, veja-se: CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 245; TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Cit., p. 244, para quem "se trata de um rito cuja sumariedade encontra resposta em uma regulamentação bastante reduzida". Recordamos que o CPC (LGL\2015\1656) francês contempla também a figura do provimento provisório, com finalidade cautelar, concedido sem prévio contraditório. Trata-se do procedimento de "ordonnance sur requête", contido nos arts. 493 a 498 do CPC (LGL\2015\1656), que se desenvolve inaudita altera parte e que é introduzido com uma requête; procedimento que se conclui com uma decisão provisória "rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse" (art. 493). Os pressupostos para concessão de uma ordonnance sur requête francês são aqueles da extrema urgência e do efeito surpresa. O art. 496, parte 2, do CPC (LGL\2015\1656) prevê a possibilidade de a parte interessada instaurar o contraditório por meio do chamado procedimento do référé-rétractation, para embargar



a ordonnance sur requête.

26 O art. 484 dispõe expressamente que: "O provimento de référé é uma decisão provisória [...]".

27 Sobre o caráter provisório do provimento do référé veja-se: Corte de Cassação, 12.02.1992. Bulletin Civil, v. II, 1992. p. 49. A provisoriedade do provimento de référé constitui a contrapartida da perda das garantias processuais em razão da sumariada do procedimento, como assinalam VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. Les ré-férés. Cit., p. 193. Frisa-se que o relatório sobre Célérité et qualité de la justice, de 15 de junho de 2004, apresentado por Jean-Claude Magendi (à época presidente da Corte de Apelação de Paris) continha uma proposta tendente a transformar o référé em um procedimento decisório sumário, atribuindo a tal provimento a autoridade de coisa julgada "au principal", após o decurso de determinado prazo. A proposta, todavia, não deu ensejo a qualquer alteração legislativa. O inteiro teor do relatório está disponível em: [www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml]. Acesso em: 16.08.2016.

28 Sobre a chamada autoridade provisória da coisa julgada do provimento de référé, veja-se: CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 294; CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI AMRANI, Soraya. Théorie générale du procès. Paris: Presses Universitaire de France, 2010. p. 896.

29 Sobre o tema, confira-se CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 663. Embora seja absolutamente prevalente, o modelo do provisório independente não é de aplicação geral. Existem hipóteses – apesar de serem residuais e de escassa aplicação na prática – nas quais a manutenção da eficácia do provimento de référé é condicionada ao ajuizamento posterior da demanda principal. O provimento de référé, portanto, é dotado de uma eficácia apenas temporal; por tal razão se fala em um modelo "provisório independente" (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 663). De um lado, há um entendimento jurisprudencial que tende a subordinar a manutenção da eficácia do provimento de référé à propositura da demanda principal, atribuindo ao provimento em exame uma eficácia temporal. Veja-se: Corte de Cassação. 12.02.1992. Bulletin Civil, 1992. p. 49; Corte de Apelação Paris. 13.03.1996. JCP, 1996. II. n. 22632. Paris: Lexisnexus; Tribunal de Grande Instance, 13 e 18 de outubro de 1997. JCP. 1997. II. n. 22964. Paris: Lexisnexus; Tribunal de Grande Instance. 09.06.1998. Dalloz Affaire, Paris, 1998. p. 1702. Por outro lado, não faltam hipóteses normativas nas quais o legislador preferiu vincular a sorte de um provimento de référé a um juízo de mérito, como em matéria de propriedade intelectual ou em matéria de concorrência; hipóteses normativas mencionadas por CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 613 ss.

30 O processo principal de cognição plena e exauriente instaurado para discussão do conteúdo do provimento de référé não é um recurso; trata-se, de fato, de um processo distinto, introduzido por uma demanda autônoma sobre a mesma pretensão objeto do provimento provisório (nesse sentido, veja-se BOUTY, Cédric. L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé. Paris: LGDJ, 2008. p. 79). Embora o procedimento de référé e o principal sejam autônomos, do caráter provisório do primeiro decorre uma forma de subordinação do juiz do référé em relação ao juiz da demanda principal: a decisão proferida "au principal" é destinada a substituir aquela do référé, que se torna sem efeito por "perte de fondement juridique", assim: Corte de Cassação, 10.03.2005. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, 2006. p. 142 ss.; Corte de Cassação. 13.06.2005. Bulletin Civil, v. II, 2005. p. 197, segundo a qual "le fond s'imposant au référé dont les décisions sont provisoires, la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé".

31 Sobre o tema, veja-se PERROT, Roger. L'évolution de référé. Cit., p. 647, segundo quem "les décisions, provisoires en théorie, sont souvent définitives en fait, dans la



mesure où elles s'inscrivent dans le temps de façon irréversible"; MELIN SOUCRAMANIEN, Berangère. Le juge des référés. Cit., p. 371; BOUTY, Cédric. L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé. Cit., p. 79; CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le process civil en droit français et italien. Cit., p. 402.

32 THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Cit., § 2; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 52 ss.

33 É oportuno recordar que no sistema italiano se encontram três tipos de procedimentos sumários contenciosos: os sumários com função decisória que se concluem com provimentos aptos a produzir coisa julgada; os sumários com função exclusivamente executiva que se concluem com provimentos aptos apenas à rápida formação de um título executivo judicial, mas que não serão acobertados pela coisa julgada; os sumários com função cautelar que se concluem com provimentos aptos a tutelar provisoriamente – em via instrumental – o direito deduzido, aguardando um posterior juízo de cognição plena e exauriente. Para essa sistemática, remetemos o leitor ao estudo de CARRATTA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATTA, Antonio. La tutela sommaria in Europa: studi. Cit., p. 1 ss., espec. p. 16; CARRATTA, Antonio. Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Proces-sual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317 ss.

34 Reconhecem a influência francesa sobre as reformas italianas relativas aos procedimentos cautelares e sumários não decisórios, entre outros: SASSANI, Bruno. II codice di procedura civile e il mito della riforma perenne. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.). I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil. Cit., p. 381 ss., espec. p. 398 ss.; CHAINAIS. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 539; MONTELEONE, Girolamo. L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione dei référés. In: CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo (Coord.). La riforma del processo civile. Padova: Cedam, 2007. p. 454 ss., espec. p. 457-458; QUERZOLA, Lea. La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito. Bologna: Bononia, 2006. p. 45 ss.; TISCINI, Roberta. I provvedimenti deci-sori senza accertamento. Cit., p. 263.

Oportuno recordar que, por um longo tempo, a doutrina italiana ficou "fascinada" pelos référés. O référé provision, em particular, tinha atraído a atenção daqueles que esperavam introduzir na Itália "uma forma de tutela sumária executiva, provisória e sem coisa julgada, de caráter atípico", entre os quais: MENCHINI, Sergio. I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva. Giusto processo civile. Napoli: Edizioni ESI: 2009. p. 367 ss.; MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. Rivista DirittoProcessuale, 2006. p. 869. Padova: Cedam; PROTO PISANI, Andrea. Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente, disegno di legge delega. Foro Italiano, Bologna, v. V, 1981. p. 226 ss.; PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena. In: Studi in onore di Carmine Punzi. Torino: Giappichelli, 2008. v. I. p. 699 ss., espec. p. 704; CAPONI, Remo. La tutela somma-ria nel processo societario in prospettiva europea. In: Studi in onore di Giuseppe Tarzia. Milano: Giuffrè, 2005. v. III. p. 1605 ss., espec. p. 1636-1637. Um interesse análogo em relação ao ordenamento francês manifestaram aqueles autores favoráveis a desvincular a eficácia do provimento cautelar – ao menos alguns deles – à propositura da demanda principal. Nesse sentido, vejamos os ensaios redigidos anteriormente à vigência das reformas de 2003 e 2005: CHIARLONI, Sergio. Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali). Foro Italiano, Bologna,



v. V, 1990. p. 499 ss.; PROTO PISANI, Andrea. Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale: premessa. *Foro Italiano*. Bologna, v. V, 1998. p. 8; PROTO PISANI, Andrea. Dodici anni di riforme per la giustizia civile. *Foro Italiano*, Bologna, v. V, 2001. p. 89 ss. Também alguns projetos de reforma tendiam a desvincular a eficácia do provimento cautelar à instauração do juízo de mérito. Trata-se do projeto de lei delegada n. S-1463 de 1981 (chamado projeto Liebman). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1981. p. 675 ss.; (PICARDI, Nicola, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.: i processi speciali*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1982. p. 747 ss.), bem como o projeto de lei proposto pela Comissão Tarzia em 1996. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1996. p. 948 ss.

35 Sobre o procedimento sumário de cognição de que trata o art. 19 do rito societário a bibliografia é muito ampla. Remete-se o leitor, sem pretensão de completude, a: LANFRANCHI, Lucio. Del «giusto» procedimento sommario di cognizione. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio (coord.), *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Torino: Giappichelli, 2005. p. 47 ss.; CARRATTA, Antonio. I nuovi riti speciali societari. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio (Coord.). *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Cit., p. 89 ss.; DI COLA, Livia. Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio (Coord.). *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Cit., p. 283 ss.

36 Sobre a instrumentalidade cautelar, veja-se: PUNZI, Carmine. *Il processo civile*. 2. ed. Padova: Cedam, 2010. v. III. p. 50; RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*. In: CONSOLO, Claudio; CHIARLONI, Sergio (Coord.). *I procedimenti speciali e sommari*. Torino: UTET, 2006. v. II. p. 35 ss.; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2015. v. IV. p. 221 ss., que fala em uma instrumentalidade "forte" e em uma instrumentalidade "atenuada"; CARRATTA, Antonio, *Profili sistematici della tutela cautelare*. In: CARRATTA, Antonio (Coord.). *I procedimenti cautelari*. Bologna: Zanichelli, 2013. p. 53 ss. Sobre a progressiva perda da instrumentalidade cautelar, vejam-se as considerações comparativas de MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Cit., p. 117 ss.

37 Sobre a inaptidão dos provimentos cautelares para serem acobertados pela coisa julgada do art. 2909 CC, veja-se, entre outros: SASSANI, Bruno. *Lineamenti del processo civile italiano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 647, o qual recorda que "a estabilidade do provimento cautelar não se confunde com a estabilidade produzida pela coisa julgada"; PUNZI, Carmine. *Il processo civile*. v. IV. Cit., p. 53; RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*. Cit., p. 47 ss., ao qual se remete também para o instituto da revogação e modificação dos provimentos cautelares; CARRATTA, Antonio. *I nuovi riti speciali societari*. Cit., p. 134; CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela cautelare*. Cit., p. 50; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. v. IV. Cit., p. 288; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Cit., 160 ss. Na jurisprudência: Corte de Cassação. 28.12.2007. n. 27187. *Foro Italiano*, Bologna, v. I, 2008. p. 766 ss.

38 Sobre a utilização da fórmula "eficácia provisória indefinidamente protraída", confira-se MANDRIOLI, Crisanto. *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*. Cit., p. 146; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. Cit., v. IV, p. 265 e 266.

39 RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*. Cit., p. 54 ss. A esse respeito, RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*. Cit., p. 50, ressaltou alguns pontos em comum: a inaptidão das referidas medidas em vincular o juiz do processo principal de mérito; a duração indeterminada do provimento de référé e da medida cautelar antecipatória italiana; o análogo alcance do art. 669 octies, parte 9, do CPC italiano ("L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo") e do art. 488, parte 1, do CPC (LGL\2015\1656) francês ("L'ordonnance de référé n'a pas, au



principal, l'autorité de la chose jugée"). Outra semelhança parece encontrar-se no que diz respeito à revogação e à modificação dos provimentos em exame: a autoridade da coisa julgada "au provisoire" dos provimentos de référé é semelhante à "coisa julgada cautelar" das medidas cautelares; fórmulas estas com as quais a doutrina costuma designar aquela – limitada e parcial – estabilidade dos provimentos provisórios em questão, pois a revogação e a modificação são admitidas (pelo mesmo juiz prolator) quando tiver uma mudança nas circunstâncias de fato (conforme o disposto do art. 488, parte 2, do CPC (LGL\2015\1656) francês e do art. 669 decies do CPC italiano). Nesse sentido, confira-se SALETTI, Achille. Vers le référé en Italie. In: JUSTICE et droits fondamen-taux: mélanges Jacques Normand. Paris: Litec, 2004. p. 421, o qual, em relação aos provimentos cautelares à instrumentalidade atenuada, fala em "autorité de la chose jugée au provisoire" (p. 424). Sobre a chamada "coisa julgada cautelar", veja-se TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Cit., p. 165 ss., segundo a qual a expressão evoca "uma estabilidade" do provimento a respeito do poder de revogação e modificação, bem como dos limites para a repropositura do pedido cautelar já indeferida; LUISO, Francesco Paolo. Diritto processuale civile. v. IV. Cit., p. 223, que fala em "coisa julgada cautelar" a propósito da revogação e da modificação do provimento cautelar, lembrando que se trata, contudo, de um conceito utilizado "em sentido atécnico". Enquanto para RECCHIONI, Stefano. Il processo cautelar e uniforme. Cit., p. 51 e p. 577, a coisa julgada cautelar operaria apenas em relação à repropositura do pedido cautelar anteriormente indeferido (consoante o art. 669 septies do CPC (LGL\2015\1656)); CARRATTA, Antonio. Profili sistematici della tutela cautelare. Cit., p. 42; BARLETTA, Antonio. La riproposizione della domanda cautelare. Milano: Giuffré, 2008. p. 187 ss.

40 Assim CARRATTA, Antonio. I nuovi riti speciali societari. Cit., p. 134, sobre os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada fala em "estabilidade provisória", na mesma linha PUNZI, Carmine. Il processo civile. v. III. Cit., p. 52. Sobre a progressiva perda da instrumentalidade cautelar, veja-se MARINONI, Luiz Guilher-me. Antecipação da tutela. Cit., p. 117 ss.

41 A esse propósito MELIN SOUCRAMANIEN, Bélangère. Le juge des référés. Cit., p. 371, destaca que a definitividade do provimento de référé depende da parte, a saber, da vontade dela de não querer prosseguir com o processo.

42 RECCHIONI, Stefano. Il processo cautelare uniforme. Cit., p. 54-55. Sobre o fato de que a provisoriedade do provimento não implica necessariamente também a provisoriedade dos efeitos, veja-se PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. Rivista di Diritto Civile, Padova, 1987. Parte I. p. 117 ss.; PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale. 5. ed. Napoli: Jovene, 2012. p. 598.

43 Assim CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 332 ss., lembra que: "la décision provisoire est toujours tributaire d'une éventuelle décision définitive ultérieure et elle est, quel que soit son contenu, inapte à devenir par elle-même définitive en droit. C'est ce qui garantit son caractère authentiquement provisoire".

44 Uma parte da doutrina tem, de fato, valorizado uma noção do tipo "funcional" da instrumentalidade cautelar, considerando que a reforma italiana de 2005 não fez os provimentos (do art. 669 octies, parte 6) perderem a natureza cautelar deles, enquanto acarretou apenas um "afrouxamento da (tradicional) estrita e rígida 'concatenação temporal' entre procedimento cautelar e o sucessivo juízo de mérito" (nessa linha, veja-se CARRATTA, Antonio. I nuovi riti speciali societari. Cit., p. 132 ss. e p. 134; CARRATTA, Antonio. Profili sistematici della tutela cautelare. Cit., p. 52, que utiliza a fórmula "provimentos cautelares a 'concatenação temporal atenuada' em relação ao juízo de mérito" (p. 249). Análise similar sobre a função instrumental da tutela cautelar é presente em RECCHIONI. II processo cautelare uniforme. Cit., 38 ss.; PANZAROLA, Andrea. I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.. In: CARRATTA, Antonio (Coord.).



I procedimenti cautelari. Cit., p. 792 ss.

45 Assim nota PELLEGRINI, Ada Grinover. Tutela antecipatória em processo sumário. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19 ss., a qual escreve que na Itália e na França "a medida antecipatória é dotada de estabilidade, ainda que de caráter precário, pois pode ser modificada ou revogada no processo autônomo".

46 Sobre a relevância constitucional da tutela provisória, ver: BONICIO, Marcelo José Magalhães. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134. Sobre a tutela provisória no CPC de 2015, a literatura já é bastante ampla. Sem pretensão de completude, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. Cit.; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. Cit. p. 359 ss.; MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. Cit., § 4; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da tutela provisória. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015. Cit., p. 851 ss.

47 Considerando que a unitariedade da tutela provisória é mais aparente que real: TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656). Cit., p. 24; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 64.

48 Como assinala BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. Cit., p. 255, também a primeira versão do projeto do novo Código tendia à unitariedade da tutela provisória.

49 No que diz respeito à tutela provisória, cumpre lembrar a lição de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. Cit., p. 198, segundo quem a técnica antecipatória, idônea a ensejar as várias formas de tutela provisória, tem como finalidade "distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo". Mesmo antes, MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. Cit., passim. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 567.

50 O artigo 300, caput, do CPC (LGL\2015\1656) é claro ao dispor: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo". Sobre os pressupostos para a concessão da tutela de urgência no CPC (LGL\2015\1656) brasileiro, veja-se, entre outros, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 880; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 594 ss.

51 No CPC de 1973 se distinguia entre: aparência do bom direito para a tutela cautelar-conservativa e verossimilhança do direito para a tutela antecipada-satisfativa. Para mais considerações, veja-se TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656). Cit., p. 26; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 73-74.

52 A técnica da tutela antecipada como figura geral, mesmo que independente do requisito da urgência, foi introduzida no ordenamento brasileiro pela reforma de 1994 (Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994), que modificou o art. 273 do CPC de 1973. Sobre o tema, vejam-se os trabalhos de: MARINONI, Luiz Guilherme. L'evoluzione delle tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile. cit., p. 1353 ss.; MARINONI,



Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. Cit.; MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela. Cit.

53 Sobre a distinção entre perigo da demora e perigo de infrutuosidade, e, portanto, entre provimentos antecipatórios e provimentos conservativos, a literatura jurídica é muito ampla. Lembre-se CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936; BIAVATI, Paolo. *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 2005, p. 563 ss.; MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela. Cit., p. 19 ss.; PROTO PISANI, Andrea. *Procedimenti cautelari*. In: ENCICLOPEDIA Giuridica Treccani. Roma: Treccani, 1991. v. XXIV; CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela cautelare*. Cit., p. 63 ss.; QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Cit.; RECCHIONI, Stefano. *II processo cautelare uniforme*. Cit.; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*. Cit., p. 218; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Cit., p. 607; TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela*. Cit., p. 61 ss.; TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656)*. Cit., p. 26; TESSER, André Luiz Bäuml. *A diferença entre perigo de dano e perigo de demora: uma releitura da teoria de Piero Calamandrei para o processo civil contemporâneo*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 1, 2015. p. 17 ss.; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. Cit., p. 70-71.

54 Para uma exaustiva análise comparativa entre a tutela de urgência nos sistemas brasileiro e italiano, veja-se ANDRADE, Érico. *A técnica da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, São Paulo, v. 179, jan. 2010. p. 175 ss. Sobre o tema, vale lembrar que uma parcela autorizada da doutrina brasileira sustentava a oportunidade de utilizar no Brasil uma terminologia similar àquela italiana, denominando como cautelares tanto as medidas antecipatórias de urgência quanto aquelas conservativas-cautelares. Nessa linha, veja-se BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória*. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXV, n. 126, maio 2015. p. 140; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativa de sistema-tização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 123 ss. De forma similar, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 59 ss., espec. p. 68, que propõe a adoção de uma categoria unitária chamada "medidas aceleratórias de tutela jurisdicional", incluindo as medidas antecipatórias (mesmo as não fundadas no requisito da urgência) e as medidas cautelares conservativas.

55 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 2. Cit., p. 861.

56 Veja-se MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 11. Cit., p. 200 ss., que individualizam o elemento central da tutela de evidência no conceito de "defesa inconsistente".

57 Nesse sentido, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. II. Cit., p. 200 ss. Sobre o tema recorda BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: considerações gerais*. Cit., p. 256, que a tutela de evidência "identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado". De qualquer modo, deve-se recordar que a tutela de evidência não é uma verdadeira e própria novidade no sistema brasileiro, pois o Código de 1973 já continha alguns mecanismos baseados na ausência de defesa consistente, como o art. 273, § 6º, inciso II. De qualquer maneira, o Código de 2015 inova sobre o tema, pois constrói a tutela de evidência como uma categoria ampla e geral. Sobre a tutela de evidência em geral, ver: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996; COSTA,



Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no Projeto do Novo CPC: uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando (Coord.). O futuro do processo civil no Brasil. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011. p. 165 ss.

58 Sobre as características da cognição plena e exauriente, veja-se NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 66, que retomam a lição de PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale, Cit.

59 A revogação ou modificação de uma medida de urgência deve estar ligada a uma mudança da situação de fato, como assinalam WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 875. Mas, em sentido contrário, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. Cit., p. 262 acredita que a provisoriedade da medida de urgência tem como "consequência natural" que o juiz possa revogar ou modificar tal ato, mesmo de ofício e sem que surjam novos fatos.

60 Para outras características dos provimentos provisórios no Brasil, veja-se: THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 605; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. 11. Cit., p. 360 ss., para quem as características da tutela provisória no CPC de 2015 são as seguintes: "inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, fungibilidade e cognição sumária"; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. Cit., p. 26; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2, Cit., p. 865; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 568.

61 Sobre o tema WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 862, falam de uma "inovação elogiável". Para DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. Cit., p. 39, tal modelo sincrético constitui "a mais ampla de todas as características do processo civil brasileiro".

62 Recordam DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. Cit., p. 130, que o procedimento-padrão "é apto a proporcionar o reconhecimento, o dimensionamento, a preservação e a satisfação de uma pretensão".

63 É claro que, em concreto, um processo poderá articular-se nas três fases descritas no texto, apenas na primeira fase (concluindo-se na fase provisória) ou comportar exclusivamente a fase de cognição ampla e exauriente voltada à decisão sobre a demanda de tutela final. Para mais especificações sobre as fases e subfases do processo sincrético, veja-se ainda DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. Cit., p. 39 ss. e p. 129 ss. Como é sabido, o modelo de processo sincrético não é uma novidade do CPC de 2015, pois a reforma trazia pela Lei 11.232, de 2005, já havia suprimido a autonomia do processo de conhecimento em relação à execução, criando um processo unitário na qual à fase declarativa se seguia, sem solução de continuidade, a fase de cumprimento da sentença. Sobre a evolução do sistema brasileiro, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. II. Cit., p. 682 ss. Adicionalmente, vale lembrar que o CPC de 1973, influenciado pelo modelo italiano de tutela cautelar, concebia o processo cautelar como um processo autônomo e ditava um modelo fragmentário de tutela provisória. Sobre o sistema brasileiro anteriormente em vigor, veja-se: THEODORO JR., Humberto. Processo cautelar. 25. ed. São Paulo: Leud, 2010.

64 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v.



2. Cit., p. 863, utilizam a expressão tutela de urgência requerida “em caráter preparatório”.

65 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 303. Cit. p. 891, fala em “petição inicial sumarizada”.

66 O art. 308, caput, dispõe: “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais”. Por sua vez, o art. 309 estabelece: “Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal [...]”. Sobre o procedimento da tutela de urgência conservativa em caráter antecedente, veja-se: THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 638 ss.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduard-do. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 887.

67 Em realidade, o CPC (LGL\2015\1656) prevê expressamente a possibilidade de tutela cumulativa-concomitante apenas em relação à tutela cautelar-conservativa (art. 308, § 1º), mas, segundo parte da doutrina (com a qual concordamos), é possível requerer conjuntamente, e no mesmo ato, a tutela de urgência antecipatória e a tutela final de mérito. Nessa linha, veja-se: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 862; THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 638 ss. A propósito, como me sugeriu ANDRADE, Érico, durante profícua troca de opiniões sobre tutela provisória, da leitura do art. 303, § 5º, CPC (LGL\2015\1656), pode-se, com efeito, deduzir que o legislador previu hipóteses para requerer de forma concomitante a tutela antecipatória de urgência e a tutela principal. Com efeito, referido dispositivo permite ao autor indicar na petição inicial se pretende pleitear apenas a tutela antecipatória. Disso deduz-se que, portanto, o autor tem a possibilidade de requerer, no mesmo ato, a concessão de duas tutelas: a antecipatória de urgência e a principal.

68 Confira-se: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 871.

69 Sobre esse aspecto, veja-se CRUZ E TUCCI, José Rogério. Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c brasiliano (traduzione Giovanni Bonato). Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 2015, p. 1221 ss.

70 A opinião da doutrina brasileira sobre o art. 303 é bastante negativa. Veja-se, entre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. Cit., § 16; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. Cit., p. 62; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 303. Cit., p. 894, que diz ser uma das partes “mais confusas e complexas” do novo CPC (LGL\2015\1656); MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. Cit., § 4; CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). Cit., § 3, segundo a qual: “Mais não seria necessário para concluir pelo verdadeiro retrocesso que a nova ideia traduz, comprometedora do diploma processual, porque incompatível com vários capítulos do diploma, como por revelar em vários aspectos como fator complicador e causador de entraves, resultado do crescimento da atividade recursal”.

71 Como é sabido, no direito brasileiro utiliza-se a expressão “decisão liminar”, conforme um critério cronológico, para indicar o provimento que é proferido in limine litis, ou seja, no início do processo, sem a instauração do contraditório com a parte contrária. Nessa linha, veja-se: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 578, para quem a “decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida in limine litis, isto é, no início do processo,



sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária”; THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. Cit., p. 618, que retoma a lição de FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: ESTUDOS de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 25 ss.

72 O art. 304, caput, dispõe: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Por seu turno, o art. 304, § 1º, dispõe: “No caso previsto no caput, o processo será extinto”.

73 Nesse sentido, ver: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Cit., p. 184, para quem a estabilização do provimento antecipatório de urgência é obstada não apenas pela interposição de recurso em sentido estrito, mas também pela oposição de outros meios de contestação do ato, tais como o mandado de segurança, a reclamação, a suspensão de decisão contrária ao Poder Público.

74 Essa perspectiva permite ao réu evitar a estabilização da medida antecipatória de urgência por meio da manifestação de uma contestação no âmbito do processo de primeiro grau, sem a necessidade de interpor algum recurso. Adotam essa opinião interpretativa os seguintes autores: SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de direito processual civil. Cit., p. 233, para quem “qualquer manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304”. No mesmo sentido GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 206; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 899, para quem o legislador utiliza o termo “recurso” de modo atécnico, compreendendo qualquer tipo de oposição ou defesa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. Cit., p. 220; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo ci-vil. v. 2. Cit., p. 216; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 789; 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. Cit., p. 29; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 565.

75 Nesse sentido, ver: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 75; CÂMARA, Alexandre Freitas. O nosso processo civil brasileiro. Cit., p. 163; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo. Cit., p. 524; DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Cit., p. 496.

76 Para tais considerações, veja-se RICCI, Edoardo Flavio. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares. Cit., p. 384. Recorda VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 98, que a ideia principal do novo dispositivo “é tornar o exercício da cognição plena mera faculdade das partes”.

77 Alguns doutrinadores destacam a aplicação da técnica monitoria. Ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 892; 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. Cit., p. 13 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 604 ss.; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo;



DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 789. Sobre a ação monitória no Brasil: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processocivil. v. 3. Cit., p. 231 ss.; THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. II. Cit., p. 382; MARCATO, Antonio Carlos. Ação monitória. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. Cit., p. 23; MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitório brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 1998; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação monitória. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001; TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

78 Na verdade, a doutrina brasileira não é concorde a respeito da aptidão do provimento monitório para ser acobertado pela coisa julgada (veja-se infra item 9.1 em nota de rodapé).

79 Assim 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. Cit., p. 13 ss. Com a mesma perspectiva, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit. p. 604. Existem algumas diferenças, todavia, entre o procedimento da tutela antecipada de urgência em caráter antecedente e o procedimento monitório, entre as quais: os requisitos para a concessão do respectivo provimento, pois o procedimento monitório prescinde da urgência e possui requisitos específicos, indicados no art. 700 do CPC (LGL\2015\1656); os embargos contra o mandado monitório, que são opostos ao mesmo juiz que proferiu o mandado, diferentemente do provimento antecipatório de urgência contra o qual, geralmente, se interpõe um agravo de instrumento perante um juiz de uma instância superior.

80 O Código fala em "aditamento" da petição inicial, ou seja, de sua integração e complementação, mas, na realidade, trata-se da formulação de uma demanda principal de mérito, como salientam também WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 891.

81 Ao explicar, brevemente, o procedimento da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, acolhemos aquela que parece ser a melhor interpretação do art. 303, proposta por uma parte da doutrina brasileira (particularmente, THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 657 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 303. Cit., p. 893). Em uma primeira leitura, o art. 303 poderia fazer pensar que o prazo de 15 dias que incumbe ao autor (para modificar ou completar a petição inicial) começa a fluir ao mesmo tempo que o prazo de 15 dias que incumbe ao réu (para interpor o agravo contra o provimento antecipatório de urgência). Tal interpretação estritamente literal, todavia, não parece ser viável, sendo oportuno adotar uma interpretação sistemática, segundo a qual o juiz fixará o prazo para o autor apenas após o decurso do prazo para o réu em relação à interposição do recurso. Se a parte contrária não interpuser recurso, a medida antecipatória de urgência se estabilizará, o juiz extinguirá o processo e a relação jurídico-material será regulada pelo provimento sumário e, por consequência, não haverá motivo para impor ao autor o ônus de realizar o aditamento da petição inicial. Uma vez estabilizada a medida de urgência, o autor poderá decidir contentar-se com tal provimento ou requerer uma decisão com cognição plena e exauriente. Ademais, o outro problema interpretativo, suscitado pelo art. 303, diz respeito ao ônus do autor acerca da modificação da petição inicial em qualquer caso, ou seja, mesmo quando ele requereu cumulativamente a tutela provisória e a tutela final. Parece-nos que, na referida hipótese de pedido concomitante, o autor não tenha o ônus de modificar ou completar a petição inicial, uma vez que já apresentou a demanda de tutela final no momento da instauração do processo.

82 Nesse sentido, ver: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 181; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. II. Cit., p. 214; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 896.



83 A exclusão da estabilização decorre do caráter conservativo do provimento que tende a salvaguardar o resultado útil do processo. Nesse caso, não faria sentido prostrar a eficácia da medida para além da duração do processo, como também especificam: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 870; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 563.

84 A inaplicabilidade do instituto da estabilização à tutela de evidência foi justificada em razão do fato de que esta só pode ser requerida em caráter incidental e, portanto, seria implícita nesse caso a vontade do autor de requerer o cumprimento da cognição plena e exauriente e de não se contentar somente com o provimento sumário (nessa linha GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. cit., p. 898).

85 A primeira parte do art. 304 é clara ao estabelecer que se estabiliza a tutela antecipada "concedida nos termos do art. 303", que disciplina o procedimento da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente. Além disso, o art. 304 está contido no Capítulo II, intitulado Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que faz parte do Título II, dedicado à "tutela de urgência", por sua vez contido no Livro V sobre "tutela provisória" da parte geral do Código. Adotando, portanto, uma interpretação estritamente literal, a estabilização se aplica somente à tutela antecipada, contida no art. 303. A razão da exclusão da técnica da estabilização à tutela pleiteada em caráter incidental foi justificada pelo fato de que, nesse caso, o autor já teria manifestado, com a formulação da demanda de tutela final, o próprio interesse ao efetivo desenvolvimento da cognição plena e exauriente (nessa linha veja-se ainda GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 897).

86 Sobre as dificuldades de distinguir, em determinados casos, a tutela antecipada de urgência daquela cautelar-conservativa, ver: TESSER, André Luiz Bäuml. Tutela cautelar e antecipação de tutela. Cit., p. 61 ss.; QUERZOLA, Lea. La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito. Cit., p. 129-130, para quem "há (...) uma série de hipóteses nas quais a natureza antecipatória e aquela conservativa da medida se fundem, não sendo simples (e talvez sequer necessária) a distinção entre os dois momentos" (tradução nossa). Para uma crítica à unificação aparente e não efetiva da tutela provisória no novo CPC (LGL\2015\1656), ver ainda as acertadas reflexões de TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015 (LGL\2015\1656). Cit., p. 24.

87 A meu ver, a extensão da aplicação do mecanismo de estabilização também aos provimentos antecipatórios de urgência concedidos em caráter incidental tem de ser admitida, visto que se trata de medidas de natureza idêntica àquelas antecipatórias de urgência proferidas em caráter antecedente. Pelas mesmas razões, entendo que seja aplicável a técnica de estabilização também quando o autor apresentou, em caráter concomitante, a demanda de tutela antecipada de urgência e a de tutela final. Nessa linha, alguns autores concordam com a aplicação da técnica de estabilização ao caso da tutela antecipada de urgência concedida em caráter incidental: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. Cit., p. 220; GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 216; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. Cit., p. 368; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. Cit., p. 338; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 291; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 113; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 564; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no



Projeto de CPC (LGL\2015\1656). Cit., § 3; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 87.

88 Nesse sentido, veja-se: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. Cit., p. 338; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 112; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 221; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 291; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 564.

89 Nessa linha, veja-se: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 606; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 180; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 117; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 215.

90 Nesse sentido, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 183; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 117.

91 O CPC de 2015 não prevê expressamente que o juiz possa instaurar o contraditório (embora de forma embrionária) e ouvir o réu antes de decidir sobre o pedido relativo à tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente. Todavia, a flexibilidade do procedimento – prevista nos arts. 300 e seguintes – parece admitir essa possibilidade. Nesse caso, achamos ser admissível a estabilização do provimento antecipatório, embora seja proferido depois da instauração do contraditório. No mesmo sentido, ver DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 608. Com maior razão, parece admissível a aplicação da técnica de estabilização em relação ao provimento proferido depois da audiência de "justificação prévia", do art. 300, § 2º. Sobre referida audiência, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 871.

92 Nessa linha, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 182, o qual ressalta que a estabilização é um "benefício" que não pode, portanto, ser aplicado contra a vontade do autor; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 787, segundo o qual sem expresse requerimento do autor não é possível estabilizar os efeitos da antecipação da tutela; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 215.

93 GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 206.

94 Recordando novamente o art. 304, caput, nos termos do qual: "A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso".

95 Art. 304, § 1º: "No caso previsto no caput, o processo será extinto".

96 Nesse sentido, ver REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. Cit., p.



206, segundo a qual: "A estabilização da tutela antecipada altera caráter importante dessa espécie de provimento emergencial, porquanto transmuta a provisoriedade que em regra é essencial em provisoriedade eventual".

97 Uma vez prolatado o provimento antecipatório de urgência, esse pode dar ensejo à execução forçada, segundo as normas sobre o cumprimento provisório da sentença. Dispõe o art. 297 que: "O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber".

98 Art. 304, § 2º: "Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput".

99 Nesse sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 902, que fala de "ação revisional". Para a mesma terminologia, ver DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Cit., p. 496, que fala também em "ação invalidatória".

100 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 896 ss., falam de "ação de revisão".

101 REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 292, utiliza a expressão "ação de modificação".

102 GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 206, fala de "ação revocatória".

103 Art. 304, § 4º: "Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevendo o juízo em que a tutela antecipada foi concedida".

104 Nesse sentido, ver NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 85. Mas em sentido contrário, ver REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 293.

105 CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire. Cit., p. 663.

106 Nesse sentido, ver MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. Diritto processuale civile. v. I. p. 22, e também v. IV, p. 265.

107 Vejam-se os autores brasileiros citados anteriormente.

108 Destacam também a divergência entre os três sistemas jurídicos sob enfoque, os autores seguintes: MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 789, ressalta que a "eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano"; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. Cit., p. 217; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. Cit., p. 208.

109 Também destaca esse aspecto, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 292.



110 Ver PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil: justificativa. Cit., p. 191.

111 O grupo de estudo era composto de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, tendo sido constituído no Instituto Brasileiro de Direito Processual durante as Jornadas Brasileiras de Direito Processual em 2005, que aconteceram em Foz do Iguaçu.

112 O texto do citado Projeto pode ser lido em PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Cit., p. 35. Na exposição de acompanhamento do Projeto de Lei 186, de 2005, faz-se uma comparação entre o procedimento monitorio e o procedimento da antecipação da tutela de urgência, sustentando-se que: "os pressupostos do procedimento monitorio e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia". Para uma análise do Projeto de Lei n. 186 de 2005 e da proposta originária da Professora Ada Pellegrini Grinover de 1997, ver: TESSER, André Luiz Bäuml. Tutela cautelar e antecipação de tutela. Cit., p. 163 ss., segundo o qual as razões da falta de aprovação do citado Projeto de Lei de 2005 decorrem da previsão de aptidão do provimento antecipatório de urgência, não recorrido, para fazer coisa julgada; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 72; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva?: medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. Cit. p. 136.

113 Nesses termos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. Cit., p. 683: "A tutela sumária com conteúdo antecipatório passaria a ser, portanto, eventualmente cautelar. Nasceria com essa configuração, embora apta a se tornar final e adquirir a qualidade da coisa julgada; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). Cit., p. 330 ss.

114 Para a classificação dos provimentos em matéria de tutela sumária no sistema italiano, vide retro par. 3.

115 Lê-se na exposição de motivos do Anteprojeto de 2010 de novo CPC (LGL\2015\1656) que: "A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada" (p. 25). Mais avante, lê-se que: "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" (p. 29).

116 Como salienta SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 121, o prazo de dois anos para a propositura da ação principal foi introduzido pela Câmara dos Deputados na última versão do novo Código.

117 Com base na perspectiva mencionada no texto, a ação revisional, do art. 304, é admissível somente respeitando-se o prazo de dois anos, mas o decurso não impede a qualquer parte de propor uma ação autônoma de cognição, diante de outro juiz, para rediscutir livremente o conteúdo da medida antecipatória de urgência, ressalvados os limites da prescrição e da decadência que se aplicam ao direito material, como assinalam: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 567.



118 Alguns doutrinadores excluem a aptidão do provimento sob enfoque a ser acobertado pela coisa julgada e admitem a possibilidade de propor uma ação de cognição plena e exauriente também depois do decurso do prazo de dois anos. Veja-se nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso processo civil. v. 2. Cit., p. 218; MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. Cit., p. 244 ss.; MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Cit., p. 24 ss.; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 791, o qual escreve que “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”; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória. Cit., p. 222; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Cit., p. 161, o qual motiva o entendimento dele sobre o fato de que a medida antecipatória de urgência é fruto de uma cognição exclusivamente sumária; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 567; BAUERMANN, Desirê. As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil. Cit., p. 442. Também 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. Cit., p. 28; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 896, excluem a idoneidade à formação de coisa julgada do provimento do art. 304, mas em realidade acabam por adotar uma posição diversa daquela dos doutrinadores seguintes: Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogério Licastro Torres de Mello. Sobre o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, ver infra par. 9.3.

119 Nesse sentido, ver: MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso processo civil. v. 2. Cit., p. 218, os quais escrevem que: “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”; MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Cit., p. 24 ss.; 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. Cit., p. 28; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 793, segundo os quais a coisa julgada é incompatível com a cognição sumária.

120 Sempre com base na premissa indicada no texto, a Constituição brasileira de 1988, que protege expressamente a coisa julgada no art. 5º, inc. XXXVI, condicionaria a produção da coisa julgada ao efetivo desenvolvimento de um processo de cognição plena e exauriente, conforme aos mencionados princípios de proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 896; TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 53.

121 Nesse sentido, ver, notadamente, GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. Cit., p. 329; GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, n. 10, 2012. p. 275 ss., com ampla menção à lição da doutrina italiana (Lucio Lanfranchi, Andrea Proto Pisani e Antonio Carratta).

122 Para um aprofundamento, remete-se a GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Cit., § 10 ss.; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. II. Cit., p.



329.

123 Nesse sentido, ver também ROCHA, Thais Guimarães Braga. Procedimentos especiais: ação monitória. In: THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro. Cit., p. 512 ss. Além disso, visto que o CPC (LGL\2015\1656) prevê, no seu art. 701, § 1º, o cabimento da ação rescisória em relação ao mandado monitório não embargado, podemos utilizar no sistema brasileiro um dos argumentos empregados por GARBAGNATI, Edoardo. Il procedimento d'ingiunzione. Milano: Giuffrè, 1991. p. 5 ss., para sustentar na Itália a aptidão do referido mandado monitório para ser acobertado pela coisa julgada. O reverenciado doutrinador italiano escrevia que: a "revocazione" (a ação rescisória) é um meio de impugnação para atacar a coisa julgada e que, dessa forma, não faria sentido prever-se o cabimento desse meio processual em relação a um provimento que não possui a aptidão para fazer coisa julgada ou, de qualquer maneira, uma forma menor de incontrovertibilidade e estabilidade. Esse mesmo argumento vem sendo utilizado, mais recentemente, por MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. Diritto processuale civile. v. III. Cit., p. 55, os quais salientam também que o alcance do mandado monitório não embargado coincide com aquele da sentença condenatória, tanto em relação aos limites objetivos quanto a respeito dos limites subjetivos. Trazendo o referido raciocínio ao Brasil, podemos sustentar que não faria sentido prever a admissibilidade da ação rescisória contra o mandado monitório não embargado, se este não tivesse aptidão para ser acobertado pela coisa julgada. Todavia, em sentido crítico ao entendimento de Garbagnati, ver a análise de TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória. Cit., p. 94. Vale lembrar que, em relação à aptidão do mandado monitório não embargado a ser acobertado pela coisa julgada, a doutrina brasileira não é concorde. Em sentido afirmativo, veja-se: THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. II. Cit., p. 403; MARCATO, Antonio Carlos. O procedimento monitório brasileiro. Cit.; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação monitória. Cit., p. 91, segundo o qual o mandado monitório não embargado "se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença potencialmente condenatória". Mas, em sentido contrário, excluem a aptidão do mandado monitório não embargado a ser acobertado pela coisa julgada: TALAMINI, Eduardo. Tutela monitória. Cit., p. 92 ss.; TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. Cit., p. 133, escreve que, se os embargos não forem oferecidos, "não fica obstado o exercício de uma ação autônoma destinada a impugnar a existência do crédito ou a validade dos atos do processo executivo ou monitório". Com referência ao CPC de 2015, TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 225, exclui que mandado monitório não embargado produza efeitos extraprocessuais, tratando-se de um provimento que "é acobertado apenas por preclusão, tendo em vista seus efeitos endoprocessuais, que não obstam a discussão do crédito em sede de ação autônoma de impugnação (...) para anulação do processo monitório e para repetição do resultado obtido na via executiva". A autora exclui que se possa deduzir a aptidão para fazer coisa julgada do mandado monitório não embargado em razão do cabimento da ação rescisória.

124 A única consequência jurídica do decurso do prazo de dois anos, do art. 304, § 5º, seria a impossibilidade de propor a ação revisional perante o mesmo juiz que proferiu a medida antecipatória de urgência e, conseqüentemente, o ônus de instaurar uma ação autônoma perante outro juiz, para rever, reformar ou invalidar o conteúdo da medida sob enfoque.

125 No mesmo sentido, considera a presença do prazo de dois anos como um elemento que impede de qualificar a eficácia da medida como indefinidamente protraída e sempre provisória, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 296, segundo quem seria inútil: "prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em prazo até mesmo maior, capaz de produzir



rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu”.

126 Sobre essa opção interpretativa, ver: GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 207, o qual recorda que: “os §§ 2º a 5º do artigo 304 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, (...) passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada”; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil . v. II. Cit., p. 363; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 292 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 903; MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. Cit., § 4.3.4; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Cit., p. 864; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 175; SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC (LGL\2015\1656). Cit., p. 186, escreve que, no caso de não propositura da ação principal para rediscutir o provimento no prazo de dois anos, “a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada”.

127 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 670, fala de “efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada” e de “equivalência com a coisa julgada”.

128 REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 298, do qual, para maior clareza da exposição, citamos a seguinte passagem: “A nova lei optou por conferir, às partes, um lapso de 2 anos dentro do qual, apesar de proferida sentença definitiva, não há formação de coisa julgada material, permitindo, durante esse interregno, a alteração dos efeitos da tutela estabilizada por meio de simples ação de modificação (art. 304, §§ 5º e 6º), sem natureza de ação rescisória. Esse interregno de 2 anos sem formação de coisa julgada material, apesar de proferida sentença terminativa, deve-se, exatamente, ao fato de decisão que concedeu a tutela (posteriormente estabilizada) ter sido fundada em cognição não exauriente. Ora, após esgotado in albis também esse prazo de 2 anos, não vemos como deixar de concluir que passa a ocorrer uma imutabilidade e indiscutibilidade do mérito, formando-se, assim, coisa julgada material”.

129 Sobre as funções negativa e positiva da coisa julgada, a literatura é interminável, tanto no Brasil quanto na Itália. Ver, entre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 64; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11; THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 1102; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 513 ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. Giudicato (dir. proc. civ.). In: ENCICLOPEDIA Giuridica Treccani. Roma: Treccani, 1989. v. XV; PUNZI, Carmine. Il processo civile. Cit., p. 56; MENCHINI, Sergio. Il giudicato civile. 2. ed. Torino: UTET, 2002.

130 Superando a solução do CPC de 1973 quanto à limitação do alcance objetivo da coisa julgada apenas ao dispositivo da decisão, o Código de 2015 resolveu ampliar os limites objetivos também às questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no processo, desde que sejam respeitadas as condições, cumulativamente previstas nos §§ 1º e 2º do art. 503, quais sejam: que a questão prejudicial tenha sido necessária e determinante para a resolução da lide; que sobre a questão tenha sido desenvolvido o



contraditório prévio e efetivo; que o processo não tenha se desenvolvido à revelia do réu; que o juiz tenha competência em razão da matéria para decidir a questão prejudicial em via principal; que a cognição sobre a questão prejudicial tenha sido plena e exauriente, sendo expressamente excluída a extensão da coisa julgada em caso de sumariedade da cognição, a saber, quando no processo houver “restrições probatórias ou limitações que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Como consequência da introdução da regra sobre a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, em doutrina foi proposta a distinção entre: a “coisa julgada comum” que diz respeito ao dispositivo da sentença; a “coisa julgada excepcional” que, ao recorrer das condições previstas pela lei, diz respeito às questões prejudiciais acobertada pela preclusão máxima. Para essa distinção, ver: DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, 2015. p. 87.; LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, fev. 2016. p. 79 ss. Sobre o art. 503 do CPC (LGL\2015\1656), vejam-se: BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. Cit., p. 171 ss., publicado também na *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 2, 2015. p. 121 ss.; REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC (LGL\2015\1656). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, out. 2015. p. 43 ss.; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Cit., p. 1291; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*. v. 2. Cit., p. 622; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Cit., p. 1106 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Cit., p. 523 ss. Para a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada no CPC de 1973, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 244; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Cit., p. 50 ss.; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *O processo: estudos & pareceres*. Cit., p. 105.

131 Sobre os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, ver THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Cit., p. 1016.

132 Sobre a exceção de coisa julgada no sistema brasileiro, ver THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Cit., p. 793.

133 Como indicado, aqueles que admitem a aptidão da medida antecipatória de urgência para fazer coisa julgada consideram que a ação rescisória seja cabível contra o provimento em exame depois do decurso do prazo de dois anos (previsto para a propositura da ação revisional). Nesse sentido, ver: GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Cit., p. 207; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II. Cit., p. 363; MACIEL JR., Vicente de Paula. As tutelas de urgência no novo CPC (LGL\2015\1656) brasileiro. Cit., § 4.3.4; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Cit., p. 297; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. Cit., p. 670; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 903; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil. Cit., p. 175. Sobre a ação rescisória, ver, entre outros: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo*



rescisório no direito positivo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2005; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 3, 2015. p. 53 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. Cit., p. 587 ss.; TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. Cit., p. 137 ss.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 824.

134 De maneira similar ao que ocorre no CPC italiano (art. 395, n. 5), como é sabido, no ordenamento brasileiro é possível propor a ação rescisória a respeito de uma decisão transitada em julgado em caso de "ofensa à coisa julgada" (art. 966, inciso IV), ou seja, em caso de contrariedade com uma precedente decisão transitada em julgado. Em particular, o art. 966 do CPC (LGL\2015\1656) brasileiro dispõe que: "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV – ofender a coisa julgada". Sobre o assunto, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 832; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 2. Cit., p. 591.

135 Nesse caso, é bastante útil recordar a lição de CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: RT. 1998, p. 41, que salienta a necessidade de se adotar uma terminologia apropriada na descrição dos fenômenos jurídicos: "Um dos fatores que mais complicam, sob vários aspectos, o estudo do direito é a imprecisão terminológica".

136 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 122; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada". Cit., p. 187, fala de "estabilidade qualificada".

137 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 133, falam de "estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada".

138 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 612, falam de uma "estabilidade processual distinta da coisa julgada".

139 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 426, o qual, uma vez decorrido o prazo de dois anos para o exercício da ação revisional, fala de uma "quase coisa julgada" e de "superestabilização" da medida antecipatória de urgência, que possui uma "irradiação de efeito equivalente ao de coisa julgada", ou seja, de um "efeito externo semelhante ao de coisa julgada".

140 Fala de estabilização dos efeitos e exclui a produção da coisa julgada material, SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de direito processual civil. Cit., p. 234, segundo o qual haveria "uma mera coincidência (não identidade)" dos regimes jurídicos sob análise.

141 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. Cit., p. 490; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. Cit., p. 524, para quem, decorrido o prazo de dois anos, o provimento antecipatório torna-se "marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extinguir o direito de ajuizar ação para rever, reformar ou anular a decisão que concedeu a liminar".

142 DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. Cit., p. 29, entendem que a estabilidade da medida de urgência se "fortalecerá, mas não coincidirá com atributos idênticos à eficácia preclusiva e à função positiva" da coisa julgada.

143 TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 216.



144 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Cit., p. 493.

145 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo. Cit., p. 524, fala de imutabilidade.

146 DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Cit., p. 496.

147 ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 17. ed. São Paulo, RT, 2017. p. 726 ss.

148 Fazem referência ao argumento textual, do art. 304, § 6º, que leva a excluir a aptidão do provimento antecipatório de urgência para fazer coisa julgada, também NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 80.

149 Em sentido contrário: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 83, consideram que há um obstáculo constitucional à atribuição de coisa julgada a um provimento sumário.

150 Para considerações análogas no ordenamento italiano, ver BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. Cit., p. 569, segundo o qual “não haveria nenhum obstáculo real em atribuir à decisão antecipatória – uma vez exaurida a fase recursal e sem que as partes tivessem a intenção de introduzir o juízo de mérito – a eficácia da coisa julgada. Há, entretanto, uma compreensível timidez do legislador em fazê-lo (...) trata-se, todavia, de um limite político, não de um limite estrutural” (tradução nossa).

151 Assim, NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 90, segundo os quais: “A ausência de formação de coisa julgada viabiliza, como ocorre de institutos análogos no direito estrangeiro, que a técnica se apresente como um relevante expediente prático para resolver situações momentâneas sem o risco de estabilização total”.

152 Nessa linha, ver também TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 216.

153 Compreendem que o provimento antecipatório de urgência é dotado somente da função negativa da coisa julgada e excluem a positiva: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização de tutela antecipada”. Cit., p. 187; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 612; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 216, para quem, “afastando-se a conformação de coisa julgada (...) refuta-se, por um lado, a atribuição de eficácia positiva a essa decisão, no sentido de que não imporá sua observância em processos futuros em que eventualmente apareça como questão prejudicial”. ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. Cit., p. 726 ss., salienta que a “estabilização não se confunde com coisa julgada material, esta ostenta os efeitos negativo e positivo. A tutela estabilizada, certamente, não possui essa feição positiva, e, de certo modo, tem a eficácia negativa limitada aos efeitos práticos do provimento antecipatório, nos estritos limites almejados na tutela de urgência”. Em realidade, 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. Cit., p. 28; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 897, acolhem também essa perspectiva da definitividade e



intangibilidade do resultado e dos efeitos da medida antecipatória de urgência. Os autores escrevem, de fato, que, decorrido o termo de dois anos para propor a ação revisional, não poderá ser mais rediscutido o que foi decidido com o provimento antecipatório e oferecem o seguinte exemplo: “passados os dois anos sem a propositura da ação de revisão da ordem de pagar alimentos, haverá a decadência do direito à desconstituição. Mas ainda será possível que qualquer das partes promova ação tendo por objeto a relação jurídica de filiação. Se, nesse contexto, a sentença vier a declarar a inexistência da relação de filiação, estará eliminada essa dúvida objetiva – e esse comando sentencial deverá ser considerado em outras ações futuras. Mas essa sentença não afetará a tutela antecipada que se estabilizou”. Portanto, na perspectiva dos referidos doutrinadores, admite-se uma definitividade intangível dos efeitos criados pelo provimento antecipatório de urgência, negando-se, contudo, a aptidão para ser acobertado pela coisa julgada.

154 No sentido da exclusão da extensão da incontrovertibilidade do provimento antecipatório de urgência às questões prejudiciais, ver também: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 613; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. v. 2. Cit., p. 897; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 83; DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Cit., p. 496, exclui que a incontestabilidade da medida atinja os antecedentes lógicos necessários.

155 Para a utilização das expressões “a monte” e “a valle”, fomos inspirados nas palavras de LUISO, Francesco Paolo. Diritto processuale civile. v. IV. Cit., p. 156, em relação à tese sobre a incontestabilidade reduzida do mandado monitorio não embargado (tese, aliás, que o autor não acolhe).

N.T.: O autor utiliza as expressões italianas “a monte” e “a valle”, que, ao pé da letra, significam, respectivamente, as posições mais alta e mais baixa de um rio. Em sentido figurado, as expressões indicam argumentos ou fatos que se sucedem cronológica ou logicamente.

156 Como se sabe, a elaboração da figura da preclusão pro iudicato é atribuída a: REDENTI, Enrico. Profili pratici del diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1938, p. 135; REDENTI, Enrico. Diritto processuale civile. Milano: Giuffrè. 1952 e 1954. v. 1. p. 71-72, e também v. 3. p. 25-26 e p. 41-45. Na Itália, acatam a tese da preclusão pro iudicato em relação aos provimentos sumários também: ANDRIOLI, Virgilio. Commento al codice di procedura civile. 3. ed. Napoli: Jovene, 1964. v. IV. p. 113 ss.; MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. 2. ed. Torino: UTET, 1994, p. 260; PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Cit., p. 80-81; BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione. Milano: Giuffrè, 1996. p. 316 ss.; RONCO, Alberto. Struttura e disciplina del rito monitorio. Torino: Giappichelli, 2000. p. 579 ss. A tese italiana sobre a preclusão pro iudicato é conhecida também no Brasil, sendo reportada nas seguintes monografias dedicadas à preclusão: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 15 e p. 19 ss.; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83, o qual afirma que Redenti elaborou a expressão preclusão pro iudicato para individuar o conteúdo de alguns provimentos que, não se revestindo de forma de sentença, “podem, em virtude do seu conteúdo, gerar efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litígio, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores, mas com efeitos menos intensos que os da coisa julgada material (embora a eles de certa forma equiparados)”; o autor lembra mais adiante (p. 278) que: “o termo preclusão ‘pro iudicato’ foi cunhado para situações particulares de eficácia extraprocessual de determinadas decisões não passíveis de ser cobertas pela coisa julgada material”; RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. Porto



Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 44 ss.; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 48. Vale salientar, todavia, que nem toda doutrina italiana acolhe a tese da preclusão pro iudicato, considerada uma solução de compromisso e substancialmente injusta, sendo mais oportuno atribuir plena aptidão à formação de coisa julgada também aos assim ditos "provimentos sumários decisórios" (como o mandado monitório não embargado e a ordem de despejo), chamando atenção para, além da impugnabilidade dos provimentos sumários decisórios com os meios "extraordinários" de impugnação, também para a equivalência entre o efetivo desenvolvimento da cognição plena e o seu potencial desenvolvimento (ao qual a parte livremente renuncia, não tendo interposto o recurso). Para essa perspectiva, ver: MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. Diritto processuale civile. v. III. Cit., p. 55-56; LANFRANCHI, Lucio. La roccia non incrinata. Cit.; GARBAGNATI, Edoardo. Il procedimento d'ingiunzione. Cit., p. 5 ss.; PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (dir. vig.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1968. v. XVIII. p. 838 ss.; MENCHINI, Sergio. Regiudicata civile. In: DIGESTO discipline privatistiche. Torino: UTET, 1997. v. XVI. p. 404 ss., espec. p. 423 ss.; CONTE, Riccardo. Del procedimento d'ingiunzione. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 265 ss. Na jurisprudência, ver: Corte de Cassação. 13.02.2002, n. 2083. Giurisprudenza italiana, Torino: UTET, 2003, p. 243.

157 Assim, MONTESANO, Luigi. La tutela giurisdizionale dei diritti. Cit., p. 260, com considerações desenvolvidas a propósito da diferença entre a sentença condenatória e o mandado monitório irrevogável, porque não embargado. O autor parte do pressuposto de que "o ordenamento parece ligar, indissolúvelmente, a declaração jurisdicional ao provimento conclusivo do processo, em cujo bojo foram dadas às partes aquelas que o próprio ordenamento põe como máximas garantias de desenvolvimento da ação e das paritárias defesas contrapostas, e, por isso, exclui aquela declaração onde, como na cognição sumária, as ditas garantias são menores do que aquelas consentidas no âmbito dos instrumentos normais de tutela dos direitos" (p. 261, tradução nossa).

158 MENCHINI, Sergio. Regiudicata. Cit., p. 404 ss., espec. p. 425, nota 96, o qual, todavia, não acolhe a tese da preclusão pro iudicato.

159 PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Cit., p. 80-81.

160 Cumpre ressaltar que, no Brasil, alguns doutrinadores utilizam a fórmula preclusão pro iudicato em sentido diverso daquele indicado por Redenti. Segundo uma parte da doutrina brasileira, a preclusão pro iudicato indicaria aquela preclusão que se cria em relação ao juiz dentro do próprio processo e viria a coincidir com a irretratabilidade do provimento pelo juiz que o proferiu. Nessa linha, ver o entendimento do MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 9. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 179, segundo o qual a preclusão pro iudicato indica o tipo de preclusão que é produzida pela decisão sobre o processo, não mais recorrível, tratando-se de sentença ou decisão interlocutória; o autor assinala que "a preclusão pro iudicato não se confunde com a coisa julgada, porque os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da res iudicata material se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal"; segundo essa perspectiva, a preclusão pro iudicato tem efeitos limitados somente no processo em que é criada e diz respeito às decisões de conteúdo processual que não são mais recorríveis; assim descrita, a preclusão pro iudicato se identifica com a irretratabilidade e impossibilidade de modificação de uma decisão (sobre o processo) e coincide com o conceito de exaurimento do poder decisório. Recorda NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o juiz. Cit., p. 24, que tal confusão na utilização da expressão preclusão pro iudicato deriva da influência, sobre o pensamento de Frederico Marques, da tese de RICCIO, Stefano. La preclusione processuale penale. Milano: Giuffrè, 1951. p. 100. Sobre esse ponto, ver também as considerações de TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 48. Para uma síntese das opiniões da doutrina brasileira sobre o assunto, remetemos a: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. Cit., p. 84 ss. De qualquer modo, concordamos com NEVES, Daniel Amorim Assumpção.



Preclusões para o juiz. Cit., p. 20 ss., que a fórmula preclusão pro iudicato deve ser reservada ao fenômeno da irrevogabilidade-incontrovertibilidade extraprocessual, similar e análoga à coisa julgada.

161 Na mesma perspectiva do texto ver também TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 216, a qual evita o uso da fórmula “preclusão pro iudicato”, preferindo falar de uma estabilização que produz “efeitos extraprocessuais”.

162 Para a parte que aqui interessa, o art. 487 dispõe que: “Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”. Ver THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I, Cit., p. 1028 ss. Pela aplicação do art. 487, inciso II, ver: SICA, Heitor Vitor. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização de tutela antecipada”. Cit., p. 188; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC (LGL\2015\1656) e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. Cit., p. 82.

163 Sobre o assim dito “julgamento de improcedência liminar”, do art. 332, que permite ao juiz rejeitar a demanda do autor sem ter previamente instaurado o contraditório com o réu, ver: THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Cit., p. 759 ss. O mencionado art. 332, § 1º, dispõe que: “O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição”.

164 Para o descabimento da ação rescisória a respeito da medida antecipatória de urgência, embora esta tenha adquirido a situação processual de definitividade, ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 613; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 436; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de direito processual civil. Cit., p. 234, o qual recorda que a ação rescisória é uma “técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses”; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 433; TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil. Cit., p. 216. No mesmo sentido, ver o Enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis do Brasil, com base no qual: “não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”. O cabimento da ação rescisória em face do provimento antecipatório de urgência é, naturalmente, excluído na perspectiva daqueles autores que negam qualquer forma de incontrovertibilidade da medida em exame, como: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. Cit., p. 567. Como indicado, aqueles doutrinadores que admitem a aptidão da medida antecipatória de urgência a ser acobertada pela coisa julgada, conceituam que a ação rescisória seja cabível contra o provimento em exame, depois do decurso do prazo de dois anos para a propositura da ação revisional. Vale lembrar a diversa perspectiva de YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC (LGL\2015\1656) 2015. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. Cit., p. 155 ss., espec. p. 157, segundo o qual a ação rescisória poderia ser proposta já antes do decurso do prazo de dois anos, do art. 304, § 5º, pois as hipóteses de cabimento da ação rescisória seriam diversas das hipóteses da ação para rever, reformar e invalidar o provimento antecipatório de urgência; o autor baseia o entendimento dele também sobre a diversa competência dos juízes: “a demanda referida pelo art. 304 é da competência do juízo singular – aliás, ditada por critério funcional; a rescisória, ainda que contra decisão monocrática, é da competência do tribunal”.

165 Para essa observação, ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 433.

166 Como é sabido, a ação rescisória no sistema brasileiro deve ser proposta dentro do prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão de mérito que se pretende



impugnar, salvo no caso de falsidade da prova, em que se aplica um prazo máximo de cinco anos (art. 975, do CPC (LGL\2015\1656)).

167 Para essa observação ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. Cit., p. 613. De qualquer modo, à luz do disposto no art. 503 do CPC (LGL\2015\1656), a declaração contida no mandado monitório não embargado não se estende às questões prejudiciais do direito deduzido em juízo.

168 Alguns estudiosos duvidam da efetiva utilidade da técnica da estabilização da tutela antecipada de urgência e consideram que no futuro será pouco utilizada na vida prática do processo civil brasileiro. Ver nesse sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC (LGL\2015\1656): grandes mudanças? (IX), Cit., segundo o qual "o instituto tenderá a perder relevância, quer porque há outros meios mais vantajosos de se proporcionar verdadeira tutela, quer pelo potencial a gerar controvérsias de que o instituto é portador. É o que me diz o otimismo fruto da idade"; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". Cit., p. 115; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada". Cit., p. 195-196; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. Cit., p. 895, o qual não esconde a própria desconfiança sobre a efetiva possibilidade de que o instituto da estabilização reduza realmente o número de processos, considerando que a praxe brasileira é aquela de interpor recursos contra os provimentos e, assim, os casos de estabilização de uma medida antecipatória de urgência serão extremamente reduzidos.

A CONCEPÇÃO DA URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MIRNA CIANCI (*)

URGÊNCIA , na lição de HOUAISS¹, significa “qualidade ou condição de urgente; necessidade que requer solução imediata; pressa; situação crítica ou muito grave que tem prioridade sobre outras; emergência”.

O termo é precisamente definido por DE PLÁCIDO E SILVA²: “Do latim *urgentia*, de *urgere* (urgir, estar iminente), exprime a qualidade do que é urgente, isto é, é premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado, sob pena de provocar, ou ocasionar um dano, ou um prejuízo. Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, conseqüentes de maiores delongas, ou protelações”.

O avanço da tecnologia apascentou a humanidade a um ritmo cuja celeridade, todavia, concebe o termo URGÊNCIA em lato sentido, de modo a ser considerado não só em razão da premência, mas em torno de um significado de maiores proporções, capaz de solucionar de plano situações tão somente pelo injustificado retardamento imposto pela máquina judiciária.

(*) Procuradora do Estado de São Paulo Aposentada; Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora e Coordenadora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Membro do Conselho do CEAPRO Centro de Estudos Avançados de Processo; Membro do Conselho Assessor da Procuradoria Geral do Estado; Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP. Advogada em SP.

¹ <<http://houaiss.uol.com.br/busca>>, Acesso: 22.08.2008

² *Vocabulário jurídico*, v. IV. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p. 1.611.

Mais modernamente, URGÊNCIA revela a necessidade daquilo que não pode ser postergado também em razão da *evidência* que não convive com o retardamento, o que torna indispensável a tutela jurídica para satisfazer situações que reclamam pronta atuação da jurisdição, para garantir efetividade de sua prestação.

A garantia de acesso à justiça, contemplada no art. 5º, inciso XXV e segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” compreende essa significação, revelando em seu espectro o direito de invocar a prestação jurisdicional qualificada como ordem jurídica *justa e efetiva*.

KAZUO WATANABE refere que o princípio da inafastabilidade do controle pelo poder judiciário traz ínsito no sentido do acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo, a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de degeneração da justiça³.

Estabelecida num juízo de proporcionalidade, a nova ordem processual compactua com o princípio da efetividade, de modo que o acesso à justiça não mais encontra satisfação no aspecto puramente formal, mas insere no sistema o direito de utilização de todos os meios instrumentais disponíveis e capazes de conferir verdadeira adequação da tutela jurisdicional, à sombra do direito material tutelado.

Nesse cenário, situa-se hoje o novo desenho do processo civil brasileiro, modernamente sintonizado com a utilidade, ciente de que o direito subjetivo pode sofrer volatilização em razão do tempo, de que a celeridade fundada na razoável duração do processo, a simplificação dos procedimentos e a efetividade são coroas básicas⁴.

Cumprido ao processo, em sua moderna acepção, servir ao papel instrumental, de modo a conferir o usufruto da justiça e do justo, aqui encarado

³ WATANABE, KAZUO. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In*: TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁴ Trecho de nosso *As principais reformas do processo civil brasileiro* (sob o enfoque do acesso à justiça). São Paulo: Saraiva, 2009, P. 29

como método de agilização da tutela jurisdicional, no sentido do que CAPPELLETTI, muito oportuno, mencionou ao concluir que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde à igualdade apenas formal, mas não efetiva.”⁵

Esse padrão de destaque à celeridade da máquina judiciária não figura novidade no sistema processual brasileiro. O Código de Processo Civil historicamente sempre retratou hipóteses em cuja moldura coube a abrangência dessa concepção, ora em casos cuja demora tinha como resultado o ensejo à mais completa inutilidade da prestação jurisdicional, ora quando considerasse prioritário o gozo do direito, independente da demonstração de irreversibilidade.

A preocupação do legislador vinha retratada em textos esparsos; em procedimentos especiais e na tutela cautelar, esta entendida como medida hábil a resguardar o direito, municiando o jurisdicionado de meios capazes de manter intacto o bem da vida, até que a não raro morosa cognição, seguida do processo de execução, viesse a finalmente a proporcionar a sua definitiva fruição.

Insuficiente a tutela cautelar (e a providência liminar) para dar albergue a casos das mais variadas espécies e desacobertados das leis especiais, por longo período foi esta utilizada de modo inadequado, com ares de satisfatividade, buscando evitar deixar ao desabrigo casos em que a demora na prestação jurisdicional, desprovida de meios antecipatórios, pudesse traduzir injustiças resultantes da ação do tempo no processo.

Nesse cenário sobreveio a mais revolucionária mudança do processo civil brasileiro, consagrando a possibilidade de, presentes os requisitos

⁵ CAPPELLETTI, MAURO. GARTH, BRYAN, *Acesso à Justiça*. Trad. ELLEN GRACIE NORTHFLEET, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 09. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE afirma que “ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV) significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançar esse resultado.” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22

legais, propiciar a antecipação da tutela⁶, resultado do disposto no artigo 273 do diploma processual revogado, atual art. 300 do CPC/2015.

Com a inovação, surgiu na doutrina e na jurisprudência intenso debate acerca do significado dos requisitos legais – verossimilhança do direito e irreparabilidade do dano -, de modo a tornar evidenciada a distinção com os pressupostos da tutela cautelar – plausibilidade do direito e o perigo da demora -, colocando estes em patamar de menor graduação (*rectius* intensidade) em relação àqueles, não obstante de idêntico significado. Isso porque, para a concessão da antecipação do próprio direito, mais seria exigível do que simplesmente a mera “fumaça do bom direito”, hábil tão somente a prevenir o risco do tempo na atividade jurisdicional.

Certo que a verossimilhança deveria ser exigível em ambos os casos, todavia, com a teleologia adequada a cada um deles, ou seja, no caso da tutela cautelar, será demonstrada a verossimilhança do risco; no caso da tutela antecipatória, a do direito.

Na realidade, a verdadeira distinção de tais tutelas raras vezes veio a ser detectada na doutrina e, em especial na jurisprudência. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE estabelece uma identidade funcional, considerando ambas cautelares em sentido amplo, vez que destinadas ao idêntico fim de “eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição”. Cautelar e antecipada são, ademais, estruturadas de maneira igual, uma vez que provisórias e passíveis de modificação ou revogação a qualquer tempo⁷.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, conquanto destaque a função de “prevenção do dano ao direito da parte”, também localiza as duas tutelas num gênero comum, ao mencionar que “Se a palavra ‘cautelar’ e o próprio conceito aí

⁶ ARAKEN DE ASSIS a respeito menciona que “mister se afigura proclamar que, dentre as inovações introduzidas pelo CPC, a antecipação de tutela representa a única, realmente, a merecer a designação de revolucionária”. (Antecipação de Tutela. In: WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (coord). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997, p.14).

⁷ *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização), op. cit., p. 298.

implicado revela-se impróprio para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico”, afirmando ser bastante adequado falar-se em “tutela de urgência”⁸.

A partir dessa formulação, o elemento URGÊNCIA sempre foi considerado traço comum, capaz de imprimir cognição imediata, à margem da dilação probatória e dos demais trâmites subsequentes. A propósito, DONALDO ARMELIN⁹ menciona que “a adoção da técnica de cognição sumária em processo autônomo, por inábil a gerar a certeza e segurança indispensáveis às soluções definitivas e de eficácia pan-processual, deve ater-se àquelas situações em que a urgência da tutela sobrepõe-se àquelas qualidades jurídicas”. Conclui a respeito que “a exigência de uma cognição plena não é por si só e sempre um empeco à celeridade da prestação jurisdicional”, cujo retardamento tem raízes outras e, por vezes acentuadamente determinantes de sua ocorrência”.

Não se acomoda a cognição exauriente com a tutela cautelar e antecipada, já que baseadas em juízo de probabilidade ou verossimilhança, e não de certeza. Como observa Dinamarco, “para fazer *logo*, embora com o risco de não fazer tão bem (Calamandrei), é preciso que o juiz se contente com uma cognição da qual lhe resulte apenas a sensação de uma probabilidade suficiente, não a sensação de uma certeza tranqüila e definitiva”¹⁰.

A URGÊNCIA como sinônimo da possibilidade de dano irreparável, todavia, nem sempre tomou o sentido estrito do termo, abarcando o diploma processual situações como a prevista na concessão de liminares na tutela da posse nova, nos embargos de terceiro, na execução provisória e em medidas esparsas, nas quais a imediata percepção do direito reclama pressupostos específicos e a urgência decorre da importância que o legislador conferiu ao tema, numa seara que se resolve, portanto, em questão de política legislativa .

⁸ *Perfil dogmático da tutela de urgência*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 30 maio 2008. Ambas as providências, contudo, são funcionalmente distintas. A cautelar jamais satisfaz, apenas assegura a viabilidade da realização de um direito.

⁹ Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, v. 65. São Paulo, 1992, p. 52.

¹⁰ O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 356, jul.-ago. 2001, p. 47.

E não apenas no direito objetivo; também empiricamente verifica-se a concessão de medidas liminares sem a preocupação com a demonstração de urgência em sentido estrito, mas apenas diante da tutela de evidência, por abuso de direito, pressupostos do artigo 311, I do CPC ou sendo o caso de julgamento parcial de mérito em caso de incontrovérsia (CPC art. 356, § 1º).

Na verdade, o termo URGÊNCIA revela “prioridade”. FEDERICO CARPI¹¹, a respeito, já afirmava que “*In termini generalissimi tutti sanno che l’urgenza pone due esigenze fondamentali che influenzano la funzione e la struttura del processo che ne è informato: evitare un pregiudizio e, per evitare il pregiudizio, derogare a regole generali. Come notava Calamandrei, la lunghezza del processo ordinario può determinare un pericolo che il provvedimento sai tardivo.*”

Sua área de abrangência é definida não só pelo risco de dano em razão da ausência de fruição imediata do direito, ou risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, mas, como bem demonstra TEORI ALBINO ZAVASKY¹², pelo risco à regular prestação da tutela jurisdicional, pela indevida oposição de embaraços. A isso se acrescem os *danos marginais* do processo.

Sob esse pálio, o tempo pode causar efeitos deletérios ao consumidor da prestação jurisdicional em razão da inutilidade do provimento jurisdicional a ser emitido ao final do processo, pela irreversível consumação do mal temido. Ademais disso, a espera pela tutela jurisdicional pode prejudicar a disposição dos meios indispensáveis à correta realização do processo ou ao seu exercício útil.¹³

¹¹ La tutela d’urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di mérito. *La tutela d’urgenza*, Atti Del XV.o Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985, Rimini, Maggioli Editores, p. 39.

¹² *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30. LUIZ ORIONE NETO preconiza que “o conceito de urgência não está obrigatoriamente vinculado à provável existência de um perigo de dano (*periculum in mora*). Esta função só ocorre quando ela possuir uma função cautelar. A urgência, no sentido que aqui se preconiza, permeia qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição (*Tratado das medidas cautelares*, v. III, t. I. São Paulo: Lejus, 2000, p. 175). Candido Rangel Dinamarco, com outro enfoque, demonstra que a concessão de medidas antecipatórias não se liga sempre a uma situação de urgência, ou *periculum in mora*. Essa é apenas uma das hipóteses básicas em que elas devem ser concedidas (atual art. 300. Mas têm cabimento também, independentemente de qualquer situação de perigo, (a) como sanção à malícia processual do demandado que procura retardar o fim do processo (atual art. 311,I) ou (b) como modo de prestigiar um direito que a ordem jurídica reputa mais forte e digno de maiores atenções, como as hipóteses de posse turbada ou esbulhada (interditos possessórios)” (O regime jurídico das medidas urgentes . *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69).

¹³ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. O regime jurídico das medidas urgentes, op.cit., p. 32.

No segmento temporal entre a incoação da prestação jurisdicional e o seu desfecho, podem ainda ocorrer os denominados *danos marginais* do processo provocados à parte que tem razão, e que, não obstante a ausência de lesividade decorrente do *periculum in mora*, será obrigada a suportar o tempo para ver o seu direito satisfeito.¹⁴ Como afirma MARINONI “quanto maior é a demora do processo, mais tempo o bem almejado é mantido no patrimônio do réu. Ou melhor, quanto maior for a demora no processo, maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior o benefício conferido ao réu”.¹⁵

Para remediar esses danos marginais, o sistema processual prevê, dentre outras técnicas, a execução provisória, a tutela antecipada sancionatória, a tutela antecipada fundada em pedido incontroverso, a técnica monitoria, etc. Todas evidenciam hipóteses em que não há URGÊNCIA em sentido estrito, mas URGÊNCIA em larga concepção, aqui concebida como a inadmissibilidade de submeter ao tempo o gozo do direito, em situações legalmente previstas.

Esse assunto mereceu importante foco em alentado artigo, no qual EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA destaca capítulo onde examina de modo pragmático a concessão de medidas liminares “sem urgência”, concluindo que, não raro, são elas concedidas sem a presença da iminência de risco. Afirma o doutrinador que “o foco de atenção é atraído para o *fumus boni iuris*, como se o *periculum in mora* não fosse propriamente um requisito para a concessão de liminares”. Em seguida, detecta essa conduta numa atuação do Judiciário segundo uma “pauta ética”, no sentido de que o tempo deve atuar ao lado de quem demonstra a titularidade do direito ou revela, desde logo, a razão a seu lado¹⁶.

¹⁴ Ver a respeito Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, p. 61-63

¹⁵ *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 18.

¹⁶ *Revista de Processo*, n. 140, outubro de 2006. São Paulo: RT, p. 12-13. Ressalta o autor que “Para o pensamento cartesiano - que ainda formata a estrutura mental dos operadores jurídicos -, existe identidade entre o certo e o verdadeiro. Ora, de vez que as decisões liminares são proferidas sob cognição não-plena e mediante mero juízo de verossimilhança (ao contrário de decisões definitivas, que são proferidas sob cognição plenária e mediante juízo de certeza), tendem elas a perder seu valor heurístico aos olhos da comunidade investigativa. Não haveria interesse no estudo jurídico-científico da *ratio decidendi* liminar, portanto, ela nada mais seria do que arremedo de verdade. No entanto, hodiernamente, esta postura epistemológica não mais se sustenta: por um lado, hoje se revela filosoficamente inaceitável a identidade entre a certeza e a verdade; por outro lado, a lentidão da justiça empurra o foco de atenção para as liminares, pois é por meio delas que o Estado regulará provisoriamente o litígio até que (sabe-se lá quando) haja entrega definitiva da tutela jurisdicional pretendida pelo autor da demanda” (idem).

Sob o crivo da efetividade, URGÊNCIA, neste caso, serve ao *direito evidente*. O legislador “arrasta” para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança, no sentido da “concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador.”¹⁷ Ou, ainda, abrevia o rito – e o decurso do tempo - para evitar a “lesão” ao direito evidente, como ocorre no mandado de segurança, na monitória, e na execução imediata.

Não resume-se a tanto o sentido político-abrangente do termo URGÊNCIA pretendido pelo legislador. O artigo 356 do Código de Processo Civil prevê que a ação manifestamente improcedente merecerá julgamento de plano, independente da triangularização da relação jurídico-processual; o artigo 932 do CPC, que ampliou os poderes do relator, de modo a permitir o imediato julgamento do recurso manifestamente improcedente, de modo que a atuação singular e à margem da pauta do Colegiado possam conferir maior celeridade na decisão sobre tema que não mereça delongas, porque antevista a sorte da pretensão deduzida.

O julgamento de processos repetitivos (CPC, art.1036) e bem assim a exigência de repercussão geral para a submissão dos recursos à Alta Corte (Emenda Constitucional 45/2004 (art. 102, §3º), da mesma forma, são medidas de reforma que prestigiaram a necessidade de urgência da jurisdição que resulta do desafogo da máquina judiciária.

No âmbito da execução, foi afastada a suspensividade da defesa (embargos - CPC, art. 919 - ou a impugnação – CPC, art. 525 § 6º) sempre que não evidenciado, de plano, o direito objeto de inconformismo, privilegiando a certeza que se supõe a favor do título executivo, em detrimento da morosidade causada pelos embaraços revelados, não raro, pelo artil utilizado sob o amparo da ultrapassada técnica.

A mesma urgência toma outra face nas demandas propostas contra a Fazenda Pública, onde o interesse público ganha relevo, a par do

¹⁷ Cf. Luiz Fux. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

tratamento sistemático-constitucional da matéria (CF, art. 100) , de modo a tornar restrita a fruição antecipada do direito nos casos legais¹⁸.

O regime de tutelas diferenciadas, nomenclatura de lavra de PROTO PISANI¹⁹, revelou essa preocupação de adequação do papel instrumental do processo, com a necessidade da adoção de uma sorte de mecanismos diversos, cada um trazendo em si as especificidades necessárias para melhor atendimento à questão de direito material.

OVÍDIO BAPTISTA traduz CARNELLUTTI que preconizava “a construção de um processo *a struttura elástica*, ao colocar em dúvida a utilidade de tratamento uniforme a processos de dimensão e estrutura diferenciada²⁰ .

Significa admitir que a cognição poderá também dar a medida da urgência do processo, posto que o portador , *e.g.*, de um direito líquido e certo pode dispor do mandado de segurança, de rito célere, de modo a obviar o gozo do direito evidente, à margem da ordinariedade. Neste caso, URGÊNCIA conclama a mera

¹⁸¹⁸ Proibição de medidas urgentes contra a Fazenda Pública: 1) reclassificação de equiparação de servidores públicos, concessão ou aumento ou extensão de vantagens. Veto inicialmente restrito a mandados de segurança (Lei 4348/64 e Lei 5021/66), posteriormente estendido às medidas cautelares (Lei 8437/92); 2) Recurso voluntário ou reexame necessário da decisão que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo. Originalmente apenas cabível em mandado de segurança (Lei 4348/64), depois estendida ao processo cautelar (Lei 9494/97); 3) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público restrito a prestações vincendas depois da propositura da ação; 4) vedação de concessão de liminares se não houver requisito apropriado ao mandado de segurança (direito líquido e certo). (Lei 8437/92 para cautelares e 9494/97 para mandado de segurança). 5) Tutela de urgência em primeiro grau, quando estiver sendo impugnado ato de autoridade sujeita, por mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei 8437/92 – medida cautelar e 9494/97 – processo cautelar); 6) vedação de medida liminar que importe em esgotamento, no todo ou em parte, do objeto da ação (Leis 8437/92 e 9494/97); 7) medida liminar em processo cautelar ou tutela antecipada que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei 8437/92 e 9494/97); 8) vedação de medida liminar que permita a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, mediante entrega à parte interessada (Lei 2770/56). O atual CPC ordinariizou tais tutelas, a teor do disposto no **Art. 1.059**: “*À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*”.

¹⁹ ANDREA PROTO PISANI, Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: Cedam, 1979, p. 537.

²⁰ O Processo Civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (coord). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 414. Segundo CARNELLUTTI “*come il più intenso dei miei sforzi sai stato quello di adeguare, per quanto è possibile, La struttura dele processo a quella della lite, costruendo, per cosi dire, um processo ‘a struttura elástica’ (mirna, falta citação)*”.

abreviação de rito, sem sacrifício da verticalidade da cognição, dando vigor aos denominados “juízos plenários rápidos”²¹

A mesma evidência fundamentava a *tutela antecipada de pedido incontroverso*²² e hoje vem regrada como hipótese de julgamento parcial de mérito (CPC art. 356, § 1º), a qual privilegia a celeridade, e não o risco de dano. Trata-se de uma parte do pedido cumulado que, pela sua evidência, está em condições de julgamento, o que autoriza o julgamento antecipado.

Em tais casos, como observa MARINONI, “seria injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.” Assim, “se o processo prosseguir, não obstante a evidência de um direito, a tutela antecipatória é o único instrumento, dentro do atual sistema processual, que permite que o procedimento comum atenda ao direito constitucional à tempestividade da tutela constitucional, evitando que o autor seja obrigado a esperar indevidamente a tutela de um direito controvertido.”²³

A evidência, aqui, labora em favor da correta distribuição do tempo no processo entre as partes, sem suprimir, no entanto, o direito de defesa. O mesmo se dá com a *execução provisória*. Para dimensionar o tempo no processo, e assim garantir a desejada efetividade da prestação jurisdicional, o legislador conferiu execução imediata à sentença sujeita a recurso sem efeito suspensivo, priorizando, com isso, o autor, que a princípio tem razão, laborando a seu favor a evidência, legalmente categorizada como situação de urgência²⁴.

²¹ Cf. LUIZ ORIONE NETO, *Tratado das medidas cautelares*, op.cit., p. 212.

²² Art. 273, § 6º: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

²³ *Tutela antecipatória e julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo, RT, 2002, p. 178-179.

²⁴ Cf. a respeito, as oportunas considerações de MARINONI, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda*. Ob. cit., p. 178-179. Segundo o autor, a distribuição do tempo no processo sempre pode impor uma situação de risco às partes. Porém, “se o autor é prejudicado pelo tempo do primeiro grau, não há motivo plausível para o sistema prejudicá-lo ainda mais, desconsiderando a necessidade de execução imediata da sentença [...]. Mais adiante refere que “o recurso, na hipótese de sentença de procedência, serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor – que já teve o seu direito declarado – continue sofrendo os males da lentidão da justiça”. (*Idem*).

Ao admitir a execução imediata da sentença, o legislador não objetivou, propriamente, evitar o perigo de retardamento da prestação jurisdicional, em razão de possíveis riscos de dano. A execução imediata, ausente a suspensividade da apelação, se instaura *ope legis*, a requerimento do credor, independentemente de demonstração de *periculum in mora*.

Nada mais representam essas técnicas senão a justa adaptação da forma à substância, na medida exata, sob o molde dos meios processuais adequados à tutela jurisdicional, perspectiva na qual caberá maior ou menor celeridade do processo, tal qual o legislador tenha considerado dentro de um contexto histórico-axiológico.

Esse panorama que se descortina no processo civil resulta de um poder reformador, inquietação que supera fronteiras, como na lição de OWEN FISS, ao retratar “*Um Novo Processo Civil*”²⁵, resultando de toda a sua obra a preocupação com a modernidade adaptada.

Sob tal espectro, revela-se que as situações de emergência resultam não do perigo na demora, mas da importância que toma o princípio da efetividade no processo civil, hábil a convolar em urgência situação que não justifica a postergação da fruição.

Nesse cenário, evidenciado o direito, seja pela atitude do réu, seja pela incontrovérsia, ou pela decisão de primeiro grau favorável, desaparece motivo para a espera. Em outras hipóteses, pela natureza do direito (posse nova; hígidez do

²⁵ *Um novo processo civil*. São Paulo: RT 2004, *passim*.

título, etc.), também conferiu o legislador ao jurisdicionado a maior celeridade no trato da questão submetida ao poder jurisdicional.

Em tais casos, haverá premência no gozo do direito, não pelo perigo ou pela irreversibilidade, revelando-se a *urgência por equiparação legal*. Será então viabilizada a imediata fruição do direito, ou porque permitida a execução provisória, ou ainda porque concedida a antecipação por força da simples evidência, ou em casos outros, assim considerada a *tutela de urgência em sentido lato*.

Acrescente-se a tudo o que foi aqui dito – e sob a forma de coroa -, que o legislador constitucional expressamente equiparou a razoável duração do processo aos meios processuais capazes de conferir celeridade aos ritos (art. 5º, inciso LXXVIII), de sorte que todos os tipos de abreviação previstos no diploma processual (tutela antecipada, cautelar, execução provisória, etc.) são considerados técnicas de *aceleração* e, portanto, traduzem a urgência reclamada pela Carta Magna, na consecução desse princípio. São, portanto e como dito alhures, casos de *urgência por equiparação legal*, de urgência ínsita.

Em conclusão, não deixa de ser requisito a necessidade de demonstração da emergência como pressuposto para a aceleração do processo, apenas e tão somente o detentor do direito deverá demonstrar a subsunção da pretensão ao conceito de URGÊNCIA em sentido lato (ou por equiparação legal), capaz de dar albergue a situações que retratem a efetividade consagrada pela norma constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Perfil dogmático da tutela de urgência*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 30 maio 2008.

ARMELIN, DONALDO. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 45-58, 1992.

ASSIS, ARAKEN DE. Antecipação de Tutela. In: WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (coord). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1.997.

BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO. O Processo Civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (coord). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do processo civil. In: *Revista de Processo*. N. 81. São Paulo: RT, 1996.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, SÉRGIO. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BERTOLDI, MARCELO. Tutela Antecipada, Abuso do Direito e Propósito Protelatório do Réu. In: WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (coord). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 1997.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

CAPPELLETTI, MAURO. GARTH, BRYAN. *Acesso à Justiça - Trad. ELLEN GRACIE NORTHFLEET*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARPI, FEDERERICO. La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di mérito. *La tutela d'urgenza*, Atti Del XV.o Convegno Nazionale. Bari, 4-5 Ottobre 1985, Rimini, Maggioli Editores.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. Tutela de urgência. São Paulo: RT, 2008.

CIANCI, MIRNA. *As principais reformas do processo civil brasileiro* (sob o enfoque do acesso à justiça). São Paulo: Saraiva, no prelo.

DE PLÁCIO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Forense: Rio de Janeiro, 1980, v. IV.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 356, p. 29-50, jul.-ago. 2001.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FISS, OWEN. *Um novo processo civil*. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA COSTA, EDUARDO JOSÉ DA. *Revista de Processo*. n. 140, outubro de 2006. São Paulo: RT.

FORNACIARI JR, CLITO. *A reforma processual civil* – artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, LUIZ. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUSMÃO CARNEIRO, ATHOS. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HOAUISS, ANTONIO. *Dicionário Houaiss* <<http://houaiss.uol.com.br/busca>>. Acesso: 22.08.2008.

LIMA GUERRA, MARCELO. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo, RT, 2002.

ORIONE NETO, LUIZ. *Tratado das medidas cautelares*. São Paulo: Lejus, 2000, v. III, t. II.

PROTO PISANI, ANDREA. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, 1979.

WATANABE, KAZUO. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKY, TEORI ALBINO. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997