

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

LISANGELA MARIA DA SILVA

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Brasília

2016

LISANGELA MARIA DA SILVA

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Brasília

2016

LISANGELA MARIA DA SILVA

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Brasília-DF, 08 de agosto de 2016.

Comissão Avaliadora:

Profa. Ma. Janete Ricken Lopes de Barros
Avaliadora

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago
Avaliador

Aprovada pelos membros da banca
examinadora em ___/___/___, com
menção (_____)

Dedico este trabalho ao meu esposo,
José Marcelo, e aos meus filhos, Lucas
Marcelo e Lais Maria, pelo apoio e
compreensão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter me dado saúde, coragem, força de vontade para concretização do tão sonhado curso de especialização. Neste ano da Pós-Graduação, foram momentos de alegria e superação; muitos foram os obstáculos e dificuldades e Ele me ajudou a vencê-los.

Ao meu esposo Marcelo, amor da minha vida, meu alicerce, um incentivador e torcedor do meu crescimento profissional.

Aos meus filhos Lucas e Lais, meus torcedores, sempre me estimulando a seguir em frente.

À minha querida mãe Lindinalva, agradeço pelas orações e palavras de sabedoria.

Aos meus irmãos Luciana e Elson, pelas palavras de incentivo para meu aperfeiçoamento acadêmico.

À professora Me. Janete Ricken de Barros, sua ajuda foi primordial, pela escolha do tema instigante e ao mesmo tempo empolgante, pelo seu apoio e dedicação despendidos a mim.

Ainda, a todos os meus professores do curso de Direito Processual Civil, que enriqueceram meu conhecimento acadêmico.

E, por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a postura do legislador na criação do instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente prevista no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, como espécie de tutela provisória, e ainda a atuação do magistrado e demais operadores do Direito diante dessa inovação na modalidade de requerimento da tutela. Para tanto, serão analisadas as demais espécies de tutela provisória previstas no CPC já em vigor, suas principais características e em um estudo mais aprofundado da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, será possível verificar o motivo de diversas questões que surgiram a respeito da sua natureza jurídica, da aplicação dos seus efeitos, da sua estabilização, e da possibilidade de se propor ação visando sua revisão, reforma ou invalidação.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional Provisória. Código de Processo Civil de 2015. Tutela Antecipada. Requerimento antecedente. Novo CPC. Lei 13.105/2015.

ABSTRACT

This work aims to analyze the legislature stance on the institute's creation of the injunctive relief requested in previous character provided for in the Civil Procedure Code of 2015, as a kind of interim protection, and also the role of the judge and other operators of the right on this innovation in the guardianship application mode. Therefore, the other species of interim protection provided for in the CPC will be demonstrated already in place, its main characteristics and further study of the injunctive relief requested in previous character, you can check the cause of various issues that have arisen regarding their nature legal, the application of its effects, their stability, and the possibility of proposing action to their review, reform or invalidation.

Keywords: Jurisdictional trusteeship Provisional. Civil Procedure Code of 2015
Injunctive Relief. Previous application. New CPC. Law 13.105 / 2015.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	11
2.1	Espécies de Tutela	12
2.1.1	Tutela de Urgência	12
2.1.2	Tutela Provisória Cautelar	15
2.1.3	Tutela Provisória de Evidência	17
2.2	Influência dos princípios constitucionais no plano das tutelas provisórias	18
2.3	Princípio da Efetividade	20
3	TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	23
3.1	Natureza Jurídica	24
3.2	Estabilização dos efeitos da Tutela Antecipada	26
3.3	Reversibilidade dos Efeitos da Decisão	29
4	COISA JULGADA	33
4.1	Limites Objetivos	34
4.2	Limites Subjetivos	36
4.3	Coisa Julgada (?) da decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente	37
4.3.1	Posição doutrinária a favor que não se constitui coisa julgada a tutela antecipada antecedente	39
4.3.2	Posição doutrinária a favor que se constitui coisa julgada a tutela antecipada antecedente.....	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

É sabido por todos que a demasiada morosidade no trâmite processual é certamente um dos maiores, senão o maior, dos dissabores experimentados por aqueles que recorrem ao Poder Judiciário. A demora na prestação da tutela jurisdicional acaba por desferir às partes prejuízos, tanto na esfera material quanto em outras esferas, a exemplo da compensação por danos morais sofridos, vez que, como diz o brocardo jurídico, “justiça tardia não é justiça”. E a própria celeridade processual é recomendada no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Tal mora processual decorre de inúmeras situações ainda não superadas, tais como a falta de aparelhamento estatal, milhares de processos, inúmeros recursos acumulados nos tribunais, falta de infraestrutura para servidores e magistrados, acarretando em descumprimento dos prazos impróprios.

Com o intuito de promover uma maior agilidade ao andamento dos processos judiciais, o Poder Legislativo empenhou-se em atualizar o Código de Processo Civil (CPC), com vistas, dentre outros objetivos, à promoção da celeridade na tramitação processual brasileira, de tal forma que foi sancionada a Lei nº 13.105/2015 pela chefe do Poder Executivo, no dia 16 de março de 2015, que entrou em vigor neste ano de 2016.

Assim, surgiu um Código Processual voltado para a promoção, dentre outros aspectos, de maior agilidade ao trâmite processual, democratização do acesso à justiça, diminuição do formalismo jurídico e destravamento do aparato judicial brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia as figuras da antecipação de tutela e da tutela cautelar como principais combatentes à morosidade do sistema judiciário, enquanto o Novo Código de Processo Civil de 2015 buscou simplificar e unificar tais institutos por meio da previsão da tutela provisória, como gênero, das quais são espécies: a tutela de urgência, a tutela antecipada em caráter antecedente, a tutela cautelar em caráter antecedente e a tutela de evidência (vide arts. 294 a 311 do novo CPC).

Além de ser primordial à efetividade do processo, à celeridade e à razoabilidade da duração do processo são ainda direitos e garantias essenciais e fundamentais, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previstos no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII.

No entanto, uma vez que o Estado avocou para si o compromisso de aplicação de normas e controles sociais para a devida aplicação do direito, este tem o dever-poder de prestar a tutela jurisdicional adequada e célere em defesa dos interesses de quem bate a sua porta, independente de quem acionou o Estado-juiz.

A possibilidade de se postular a tutela antecipada em caráter antecedente é inovação no mundo jurídico que certamente dará margem a muitos debates acerca de sua natureza jurídica e do procedimento em si. A começar pelos ditames trazidos expressamente de que a decisão judicial proferida em caráter antecedente não fará coisa julgada, mas se tornará estável, desde que não haja interposição de recurso cabível no prazo legal, e após transcorrido o prazo de dois anos sem a propositura da ação, objetivando a sua revisão, reforma ou invalidação.

O objetivo da presente monografia, então, foi o de estudar e concluir sobre a aplicação desse instituto da tutela provisória apresentada pelo Novo Código de Processo Civil, mais especificamente, da espécie de tutela antecipada em caráter antecedente.

Esse anseio social por uma justiça mais célere na prestação jurisdicional veio a ser atendido, espera-se, com a inovação da possibilidade de requerer, agora, a tutela antecipada em caráter antecedente. Isto tem por objetivo, pode-se dizer, propiciar um novo dinamismo à atividade jurisdicional ao permitir uma solução em um tempo hábil, assegurando o resultado útil do processo.

Neste ponto, aparece o objeto de estudo ou hipótese a ser perseguida, a fim de se chegar a uma conclusão: não faz coisa julgada a Antecipação da Tutela prevista no art. 303 do novo Código de Processo Civil, em consonância com o enunciado dito no § 6º do art. 304, do mesmo diploma legal, ou se faz coisa julgada a Antecipação da Tutela prevista no art. 303 do novo Código de Processo Civil, contrariando o enunciado dito no § 6º do art. 304, do mesmo diploma legal.

Essa pesquisa se justifica porque o teor do § 6º do art. 304 do novo Código de Processo Civil deixa uma dúvida para os operadores, já que preconiza o exposto:

Art. 304. Omissi

(...)

§6º. **A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada**, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do parágrafo segundo deste artigo (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Essa dúvida se torna relevante haja vista que o Estado-juiz já concedeu o direito pretendido, de modo que não haverá mais direito a ser reivindicado e assim, pela satisfação do direito material, ficará muito tênue a linha demarcatória de que essa satisfação do bem da vida perseguido não é, ao final, o julgamento de mérito da ação interposta.

Logo, este trabalho acadêmico apresenta, além desta Introdução, quatro outras seções, a saber: seção 1, intitulada **Tutela provisória no novo código de processo civil**; seção 2, **tutela antecipada requerida em caráter antecedente**; seção 3, **Coisa Julgada**; e, a seção 4, **Considerações Finais**.

Buscam esclarecer as particularidades desse novo instituto jurídico da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, trazido pelo legislador e já positivado no Código de Processo Civil de 2015.

Dessa forma, para elaboração desta monografia foi utilizado o tipo de pesquisa dogmática ou instrumental, pois as fontes de pesquisa incluem, além da legislação específica, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil, Constituição Federal de 1988, doutrina e artigos científicos relacionados aos institutos das tutelas cautelar e antecipada, com enfoque em autores na linha do processo civil contemporâneo.

2 TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil (CPC) regulamentou a matéria da Tutela Provisória em sua parte geral no Livro V, trazendo todas as inovações a partir da leitura dos arts. 294 e seguintes.

Insta salientar que a Tutela Provisória pode ser fundamentada em duas modalidades: urgência e evidência. A urgência é concedida quando evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, mesmo que seja em cognição sumária ou superficial, desde que o juiz observe a plausibilidade do direito vindicado bem como sua reversibilidade.

Com a entrada em vigor do Novo CPC, algumas alterações ocorreram quanto aos requisitos e, basicamente, na nomenclatura da tutela antecipada que passou a ser tratada pelo legislador como Tutela de Urgência, de natureza antecipada (satisfativa).

Assim, importante colacionar alguns artigos deste novo CPC, esclarecedores e autorizadores da tutela de urgência de natureza antecipada. A previsão expressa dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela se encontra nos arts. 294 e 300, nos quais são:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
[...]

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

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, acerca da tutela de urgência de natureza antecipada no Novo CPC, Teresa Arruda Alvim Wambier (2015) traz o seguinte ensinamento:

Feita essa breve explicação, volta-se ao dispositivo legal em comento. O caput do art. 300 traz os requisitos para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), quais sejam evidência de probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.

Noutras palavras, para a concessão da tutela de urgência cautelar e da tutela de urgência satisfativa (antecipação de tutela) exigem-se os mesmos e idênticos requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

[...]

Nesse passo, não se pode deixar de considerar que a antecipação de tutela deve ser entendida como o adiantamento dos efeitos do futuro provimento de mérito – pedido final que deve ser desde logo indicado – permitindo a fruição imediata, pelo Autor, daquilo que só teria possibilidade de usufruir ao final, mediante a procedência do pedido e esgotados eventuais recursos com efeito suspensivo.

Outrossim, notoriamente evidenciado à parte detentora da tutela jurisdicional emergente, se preencher todos os requisitos autorizadores da tutela de urgência de natureza antecipada, quais sejam, a existência de elementos que evidenciam a probabilidade do direito, além do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, terá o direito de ter sua tutela de urgência deferida.

Além do mais, importante salientar que o novo CPC mantém a possibilidade do deferimento liminar da tutela de urgência de natureza antecipada, conforme prevê o § 2º do art. 300, autorizando que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia.

A intenção do legislador foi em dar um tratamento uniforme para as tutelas de urgência, cautelar e antecipatória, como se ambas fossem provisórias.

Ademais, a tutela provisória é aquela que tem como premissa fática sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitividade sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exauriente.

2.1 Espécies de Tutela

2.1.1 Tutela de Urgência

Como já exposto acima, o legislador de 2015 promoveu alterações quanto aos requisitos específicos para a concessão da tutela provisória na modalidade de urgência, posto que para a antecipação de tutela, o CPC/73 exigia como pressuposto a “prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação”.

No entanto, tal expressão utilizada pelo legislador de 1973 não seria a mais adequada, se analisada de forma literal, pois uma prova inequívoca deve conduzir a uma certeza e não à mera verossimilhança da alegação. E como se sabe, certeza é de todo incompatível com a natureza da tutela antecipada, as quais são plasmadas por uma cognição não exauriente (BUENO, 2015, p. 13).

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 624) definem prova inequívoca de forma bastante similar:

Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova -, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.

Portanto, o melhor significado para a expressão “prova inequívoca” seria o de tratar-se como prova robusta, convincente e contundente, e não aquela indiscutível, com valor absoluto. Nesse sentido, deve ser feita uma interpretação à luz do relativismo inerente ao sistema de provas e sua hierarquia, embora tal expressão conduza a uma ideia de certeza, isso porque o texto legal pretende abrandar a expressão de prova inequívoca, fazendo uma correlação a um conceito de verossimilhança (RIBEIRO, 2015, p. 141).

Com relação à verossimilhança, a interpretação que se dá é a de uma ideia de aparência de verdade capaz de encerrar um juízo de probabilidade do direito que se pretende alcançar com o pedido. Nos entendimentos de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2008, p. 627), a verossimilhança nasce de um juízo crítico positivo dos fundamentos jurídicos da pretensão posta, ou seja, das alegações "de direito".

É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante.

Trata-se, então, de um pressuposto objetivo de concessão da tutela: o magistrado deverá demonstrar que há provas nos autos, com tais características suficientes para justificar a conclusão pela verossimilhança das alegações. É possível dizer, portanto, que a mera alegação do litigante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja.

Bueno (2015, p. 39) finaliza o raciocínio, dizendo que por essa razão é que parece importante sempre entender, compreender, interpretar e aplicar as duas expressões em conjunto, pois é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação.

Combinando-se ambas as expressões, é possível concluir que, conforme redação do Código de 1973, para a concessão da antecipação de tutela, exige-se prova robusta, segura, da qual decorra forte probabilidade do direito alegado.

Acertadamente, o CPC de 2015, sepultou toda essa confusão a respeito dos conceitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Nos termos do art. 300, do novo CPC, 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.

Surge, então, um avanço positivado nos ditames do Código de 2015, o qual abandonou de vez a gradação que o CPC de 1973 pretendia estabelecer entre os requisitos da cautelar e da antecipação de tutela, sugerindo-se um *fumus* mais robusto para a concessão dessa última. E com relação ao perigo na demora, a doutrina não estabelece à luz do CPC/73 qualquer distinção entre a tutela cautelar e antecipação de tutela, e nem poderia fazê-lo à luz do novo Código de Processo Civil (RIBEIRO, 2015, p. 145).

Dessa forma, de acordo com o Código de Processo em vigor, não há nenhuma distinção, quanto aos requisitos para a concessão da tutela antecipada e da cautelar. Ao se tratar de tutela de urgência, seja esta de natureza cautelar, ou de tutela antecipada, exige-se a evidência da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

No novo Código Processual Civil, como já se sabe, a tutela de urgência pode ser de natureza cautelar e ou de antecipação de tutela (satisfativa). Portanto, tanto para a concessão da tutela de urgência cautelar quanto para a tutela de urgência satisfativa, os requisitos exigidos são os mesmos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A tutela de urgência satisfativa (tutela antecipada de urgência) destina-se a permitir a imediata realização prática do direito pleiteado pelo autor, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial.

2.1.2 Tutela Provisória Cautelar

O novo Código de Processo Civil eliminou o livro que trata do processo cautelar, unificando o instituto a fim de evitar a duplicação de atos processuais. No entanto, não significa que o conteúdo desse livro tenha sido totalmente descartado. Restou ainda no novo CPC o poder geral de cautela, bem como algumas cautelares específicas.

A tutela de urgência cautelar pode ser definida como: “[...] meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 562).

Denomina-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, ou seja, a tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade.

A tutela cautelar, então não visa à satisfação imediata de um direito, mas sim, assegurar a sua futura satisfação, protegendo o bem da vida tutelado. Dessa forma, distingue-se da tutela satisfativa não apenas por terem objetos distintos, mas também pelo fato de a cautelar possuir duas características peculiares: a referibilidade e a temporariedade (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 562).

Como já foi dito, a tutela cautelar é um meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, ou seja, o objeto da tutela satisfativa. É, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, diverso daquele tutelado à própria cautela. Existe, portanto, nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2008, p. 562): “o direito à cautela e o direito que se cautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar, já o direito que se cautela, ou o direito acautelado, é o direito sobre o qual se recai a tutela cautelar”.

Outra característica da tutela cautelar é a temporariedade, por ter sua eficácia limitada no tempo. A duração da tutela cautelar é justamente o tempo necessário para a preservação a que propõe. Uma vez cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além do mais, extingue-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva, ou seja, com a resolução da ação principal em que se discute o direito assegurado pela medida cautelar.

A tutela provisória de urgência cautelar tem previsão expressa no art. 301 do novo CPC/2015 que prevê, taxativamente, as cautelares específicas de sequestro, arresto, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens, que

passaram de processos para procedimentos cautelares, bem como mantém outras medidas idôneas para assecuração do direito baseado no poder geral de cautela do magistrado, mesmo que não apareça com essa nomenclatura.

O novo CPC de 2015 trouxe a previsão ainda da possibilidade de concessão de tutela cautelar requerida em caráter antecedente, conforme os arts. 305 a 310.

Quando houver interesse em postular a medida cautelar antes mesmo do ajuizamento da demanda de tutela final, será plenamente cabível a chamada tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Nessas situações, prevê o Código que a petição inicial deverá indicar a causa principal, com o fundamento legal e a exposição sumária do direito para o qual se buscará proteção, além de preencher os requisitos do perigo de dano ou risco para o resultado útil do processo (art. 305).

Caso o magistrado entenda que a medida postulada em juízo não seja um caso estritamente cautelar, mas satisfativo deverá, após a oitiva do demandante, determinar que seja observado o regime previsto no art. 303, do novo CPC.

Tal dispositivo deve ser interpretado de forma ampla, possibilitando também a aplicação de situação inversa, isto é, tendo o demandante se valido da técnica prevista no art. 303 para postular uma medida de urgência em caráter antecedente que o juiz repute cautelar, deverá o magistrado, após ouvir quem postulou, determinar que se observe o art. 305 (CÂMARA, 2015, p. 167).

Ocorrerá, portanto, uma convertibilidade entre essas duas técnicas processuais, sendo possível que o demandante tenha escolhido se utilizar de uma delas, e por decisão judicial, a via eleita seja posteriormente convertida na outra opção.

Apesar de se parecer muito com o princípio da fungibilidade já conhecido e tratado como fungibilidade no Código Processual de 1973, com previsão no § 7º, do art. 273, Alexandre Câmara (2015, p. 167) prefere se utilizar atualmente da expressão “convertibilidade”, em suas palavras,

não se trata, aqui, propriamente, de fungibilidade, já que não será o caso de admitir-se o emprego de uma técnica em substituição a outra. O que se tem é, mesmo, convertibilidade, já que a técnica equivocadamente empregada será convertida em outra (CÂMARA, 2015, p. 167).

2.1.3 Tutela Provisória de Evidência

O Código de Processo Civil de 1973 não tratou o tema da tutela de evidência de uma forma muito coesa, nem se preocupou em agrupar os casos em tela em um dispositivo legal. São várias as previsões dispersas que traduzem tal tipo de tutela, como por exemplo, a hipótese de tutela antecipada fundada no direito de defesa do art. 273, II; a liminar nas ações possessórias e a liminar na ação de depósito.

A hipótese do inciso II, do art. 273, mais especificamente, trata, por expressa disposição legal, de uma hipótese de antecipação de tutela quando ficar “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Portanto, o direito do autor fica ainda mais evidenciado, em razão da defesa inconsistente ou procrastinatória apresentada pelo réu, emergindo daí, maior probabilidade de êxito da sua pretensão. Trata-se, pois, de uma antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional plasmada na ideia de evidência e não na ideia de urgência. Ao falar de evidência, surge a probabilidade de se conceder, desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final (BEDAQUE, 2009, p. 326).

A tutela de evidência é satisfativa e diz respeito às hipóteses em que haverá a concessão de antecipações mesmo que não esteja presente o requisito da urgência. Para que haja a dispensa do elemento “urgência”, portanto, é necessária a comprovação das alegações do demandante.

O Ministro do Supremo, Luiz Fux (1996, p. 310), ao abordar sobre o tema de direito evidente, cita como exemplos: o “direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente”. Ponderou ainda, posteriormente, “[...] não excluir a tutela da evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado” (1996, p. 310).

Luiz Fux (2000, p. 8) esclarece o que é um direito evidente, da seguinte forma:

[...] demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em “manifesta ilegalidade”, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutra processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.

Conclui-se, portanto, nas próprias palavras do Ministro, que “evidência é um critério à frente da probabilidade” (FUX, 2000, p. 8). Efetivamente, as hipóteses trazidas no código, autorizam o deferimento de uma tutela, cujo grau de probabilidade é tão alto que beira a certeza.

Quatro são as “evidências” capazes de justificar a concessão da tutela provisória de evidência e estão elencadas nos incisos do art. 311, do novo CPC (BRASIL, 2015). São elas:

- I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

É técnica que serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária. Nestes casos, a evidência é tão clara que se dispensa a demonstração de urgência ou de perigo. Por isso, há quem prefira compreender a tutela provisória de evidência simplesmente como aquela para cuja concessão se dispensa a demonstração de perigo (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 618).

2.2 Influência dos princípios constitucionais no plano das tutelas provisórias

O estudo da tutela provisória pressupõe em um primeiro momento, uma colisão entre os princípios consagrados na Constituição Federal (BRASIL, 1988) que em conjunto com a aplicação do novo Código de Processo Civil de 2015, são fundamentais para a eficiência da tutela.

Um princípio de extrema relevância é o da razoável duração do processo, que é amparado tanto pela Carta Magna (art. 5º, LXXVIII), com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; como pelo CPC/15 (arts. 4º e 139, II), com a seguinte redação: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Assim, a efetividade da prestação jurisdicional está intimamente ligada ao direito de acesso à justiça, bem como aos princípios constitucionais da celeridade ou da razoável duração do processo, do devido processo legal e da segurança jurídica. Nas palavras de Bedaque (2007, p. 49-50):

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado do direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que somente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo. Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficiência e com o menor dispêndio de energia possível.

Tamanha é a preocupação com a excessiva demora nas demandas judiciais, que o próprio *Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos), assinada em 1969, e aderido pelo ordenamento jurídico brasileiro, já previa um prazo razoável de duração processual como garantia judicial, se não, vejamos:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

O Código de Processo Civil de 2015, ao dimensionar o alcance do princípio da razoável duração do processo, vai ainda além da norma constitucional, não apenas para a certificação do direito, mas também para a sua satisfação, ou seja, a entrega efetiva do bem da vida tutelado.

No entanto, o que pode ser considerado como tempo razoável do processo? A legislação não positivou um tempo real, fato este que poderia abrir um amplo leque de interpretações divergentes. Todavia, a atividade das partes em prol da atividade de prazo razoável da prestação jurisdicional, no entendimento do professor Fábio Victor Monnerat (2015, p. 181), deve ser, não só estimulada, como também controlada pelo juiz, cabendo

a este impedir a prática de atos processuais inúteis, infundados, ou meramente protelatórios.

Além disso, tal possibilidade de condução temporal do processo pelo magistrado, também já foi positivada no CPC/2015, em seu art. 297 e parágrafo único:

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

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

Depreende-se da leitura deste artigo se tratar do chamado dever-poder geral de cautela que poderá ser empregado pelo magistrado tanto para fins de assegurar o resultado útil do processo, quanto para fins antecipatórios do próprio bem reivindicado, adotando para isso medidas adequadas para efetivação da tutela provisória.

2.3 Princípio da Efetividade

Outro princípio de fundamental importância para a efetivação da tutela provisória é o princípio da efetividade, consagrado não só na Constituição Federal de 1988, como também, positivado no novo Código Processual de 2015, com previsão no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

De acordo com Leonardo Ferres Ribeiro (2015, p. 61), efetividade “é o equilíbrio entre segurança e celeridade, sem perder de foco a necessidade de o processo dar vazão plena ao direito material, por essa razão que se fala em princípio constitucional da efetividade”.

Bedaque (2006, p. 49) também conceitua o processo efetivo, não muito distante, como sendo “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.

Segundo entendimento de Teori Zavascki (2009, p. 66) sobre efetividade no processo, ele conceitua assim,

[...] que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à justiça ou direito à ordem justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

É possível inferir, portanto, que a efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice, possuindo ainda a seu dispor, meios adequados para a obtenção de um resultado útil, ou seja, suficiente para assegurar a determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Direito à efetividade, é um direito protegido constitucionalmente, com o objetivo de satisfazer uma prerrogativa por via da tutela antecipada, pois existem casos específicos em que a parte requerente almeja a satisfação do bem da vida sem poder suportar o tempo ao final do processo.

Pregam-se tanto por um processo justo, célere, em um tempo razoável de duração, mas, o sistema jurisdicional do Estado, necessitava de formas de atuação firmes para prestação jurisdicional, como preconiza Marinoni (2009, p. 196), “essa distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos. Era necessária a sistematização das formas de tutela sumária”.

Outro princípio, não menos relevante, é o princípio da isonomia. No plano do processo civil, o princípio da isonomia se manifesta expressamente na regra contida nos arts. 139, I, do novo CPC, ambos com idêntica redação: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 2015, Art. 7º).

O novo CPC ainda reforça tal preocupação, prevendo expressamente no art. 7º a paridade de tratamento. Tais dispositivos impõem ao magistrado a observância de uma igualdade material e não meramente formal.

No entanto, existe uma falsa ideologia de que, com o advento da antecipação de tutela, exista uma quebra no princípio da igualdade, na proporção em que a possibilidade de adiantamento dos efeitos do pedido estaria significando um tratamento privilegiado tão somente ao autor, vez que igual benefício não é outorgado ao réu.

É sabido que o instituto da antecipação de tutela é vocacionado a travar uma luta contra o tempo, visando minimizar as eventuais consequências que a demora na outorga da prestação jurisdicional definitiva poderá acarretar ao bem litigioso. Por isso, o legislador muniu o magistrado do poder de antecipar a ocorrência de certos efeitos externos ao processo, isto é, propiciar a imediata satisfação do bem tutelado.

A tutela com efeitos antecipatórios é a verdadeira expressão do princípio da igualdade material. Como bem preconiza João Batista Lopes (2001, p. 52), “a tutela antecipada surgiu para privilegiar o pólo ativo da ação com o escopo declarado de

dividir o ônus da demora processual”. É nítido que o instituto nasceu para debelar uma situação de desigualdade, distribuindo melhor o ônus da demora do processo entre as partes que antes recaía exclusivamente sobre o autor.

E, por último, mas não menos significativa, vem o princípio da proporcionalidade. Trata-se de um princípio constitucional, ínsito ao sistema, que pode ser inferido de outros princípios constitucionais afins. Não consta expressamente na Constituição, mas tem previsão infraconstitucional, como por exemplo, a Lei 9.784/99 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – prevê a obediência ao princípio em questão.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, também prevê no art. 8º:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Como bem sintetiza Nelson Nery Júnior (2010, p. 197):

Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de “lei da ponderação”, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade revela-se como fundamento constitucional autorizador para tutelar a urgência, em situações excepcionais, sacrificando-se momentaneamente a segurança em prol de outros valores que, à luz do caso concreto, mereçam preponderância (RIBEIRO, 2015, p. 60).

Assim, por força desse princípio, o juiz ante o conflito, deve analisar os valores e interesses em questão e dar prevalência àquele que, conforme as particularidades do caso concreto, e de acordo com a ordem jurídica, apresentar maior relevo.

3 TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Entende-se, pelo visto no texto legal do código processual em estudo, que o legislador pretendeu implantar a possibilidade de antes mesmo de existir um processo principal em curso, a formulação pela parte do requerimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ou seja, uma figura nova com procedimento semelhante à tutela cautelar existente no CPC de 1973.

Preconiza o art. 303 do novo CPC, que uma vez feita à análise do caso concreto pelo magistrado, se for verificada plausibilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, poderá conceder a antecipação da tutela.

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

Notadamente, o Código de Processo Civil de 2015 consagra, como já falado anteriormente, dentre outros princípios, a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional, admite que o direito perseguido venha a ser concedido em cognição sumária, satisfativa, ou seja, antes da propositura da demanda principal.

Se a urgência for contemporânea e a parte não dispuser de tempo hábil para conseguir elementos necessários e contundentes a fim de formular o pedido de tutela definitiva, então será cabível tal medida, para que o direito não pereça.

Nos ensinamentos de Fredie Didier (2015, p. 567),

O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência. Essa seria a função constitucional das tutelas provisórias: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

Vale ressaltar a vontade do legislador em diminuir os efeitos maléficos do tempo do processo, estabelecendo importante técnica processual, a saber: a antecipação dos efeitos finais da tutela definitiva, que possibilita o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva.

Ademais, entende-se por tutela definitiva aquela prestada ao final do processo e que depreende em uma atuação plena processual exercida em cognição exauriente, completa, em que houve o contraditório e ampla defesa, ou seja, exercida com o

devido processo legal, no qual são oportunizadas às partes o direito de produzir provas em juízo.

Portanto, a decisão que concede tutela provisória é baseada em cognição sumária, fundada em um exame menos profundo que será substituída por uma tutela definitiva que a confirme, revogue ou a modifique.

Por essa razão, Didier (2015, p. 568) expõe que a tutela provisória é indicada por três particularidades:

- a) A sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade
- b) A precariedade. A princípio a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, caput, CPC);
- c) E, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Logo, desses desdobramentos podemos concluir, que a tutela antecipada quando for concedida contemporaneamente à propositura da ação principal, dar-se-á em caráter de sumariedade e precariedade, pois o que se pretende é antecipar provisoriamente os efeitos da decisão ao longo do processo.

Ademais, a tutela antecipada antecedente satisfativa se destina a possibilitar a imediata consumação prática do direito alegado pelo demandante, mostrando-se apropriada em casos nos quais se afigure existente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial.

3.1 Natureza Jurídica

Ainda não há um consenso concreto na doutrina a respeito da natureza jurídica da tutela antecipada, no entanto, a posição que os doutrinadores parecem optar, pelo material bibliográfico pesquisado, é no sentido de que esta implica o adiantamento dos efeitos do provimento definitivo.

Não se trata, pois, de antecipar a própria tutela, isto é, obter previamente o provimento judicial encarregado por definir a relação jurídica, tampouco de apenas assegurar o resultado, como faz a medida cautelar.

A tutela antecipada encontra-se justamente no meio termo, e por isso, presta-se à concessão antecipada do bem da vida tutelado, do pedido mediato e não do pedido imediato (RIBEIRO, 2015, p. 113).

Uma das principais características do instituto da antecipação de tutela reside na sua possibilidade de precipitar os efeitos materiais próprios ao direito substancial postulado em juízo. A medida é, portanto, satisfativa, mesmo que obtida em caráter provisório, seja do próprio direito material ou de parte dele.

A vantagem maior da utilização desse método antecipatório é a desnecessidade de se aguardar uma decisão final apta a ser executada, para só então obter, no presente, o pedido mediato, qual seja o bem da vida.

Importante registrar que no CPC de 1973, a antecipação da tutela com antiga previsão no art. 273, apresentava mais de uma natureza jurídica: a de tutela de urgência com função satisfativa do inciso I (perigo de dano); e a de tutela satisfativa do inciso II, que não está tarifada pela urgência, mas pela alta probabilidade da existência do direito e pelo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, atualmente caracterizada pela tutela de evidência (RIBEIRO, 2015, p. 114).

Além dessas duas espécies de provimento antecipado, rotulados no antigo CPC, ainda se fazia possível uma terceira modalidade de concessão, que tinha previsão no § 6º do conhecido art. 273, a determinada antecipação de tutela pela incontrovérsia do pedido, que se reveste pela natureza jurídica de julgamento antecipado da lide, no entender de Leonardo Ribeiro (2015, p. 114).

Por fim, ainda era previsão no CPC/73, no § 3º do art. 461, a possibilidade de concessão da tutela antecipada nas ações que tivessem por objeto principal o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, *in verbis*:

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Essa quarta possibilidade de concessão da medida em caráter antecipatório trata de uma norma especial destinada a disciplinar tal matéria nas ações de obrigação de fazer e não fazer, sendo, portanto, de aplicação subsidiária ao antigo art. 273 que regulamentava o instituto da tutela antecipada.

O novo CPC, por sua vez, procurou dar um tratamento mais uniforme e racional à tutela antecipada, de forma a abranger os institutos de antecipação em conjunto, e por essa razão, a tutela antecipada de urgência é tratada com a tutela cautelar, em

uma visão que defende que ambas são espécie do mesmo gênero (arts. 300 a 310, do NCPC), segundo Ribeiro (2015, p. 114).

O legislador do novo Código trouxe para o nosso ordenamento processual, o instituto denominado de tutela de evidência, previsto no art. 311, disciplinando de forma mais ampla do que fazia o CPC/73, porquanto a hipótese prevista no inc. II do art. 273 do antigo Código é apenas uma das quatro situações previstas no art. 311 do Código em vigor.

Por fim, a situação do pedido incontroverso respaldado pelo § 6º do art. 273 do CPC de 1973 é hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito no novo CPC, art. 356, e não é mais tratada como antecipação de tutela como sugeria o Código anterior.

3.2 Estabilização dos efeitos da Tutela Antecipada

Dentre vários assuntos doutrinários pesquisados sobre o novo Código de Processo Civil (2015), conclui-se, sem olvidar de outras conclusões, que haverá nos julgamentos futuros muita polêmica sobre os efeitos em tela, o que, certamente, gerará muitas polêmicas acerca da estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente.

A estabilização da tutela antecipada poderá acarretar muito ceticismo entre os processualistas operadores do direito, vez que provoca várias convicções arraigadas no cotidiano jurídico, como é o caso da coisa julgada e da extinção do processo com ou sem resolução do mérito.

Mostra-se irrefutável que o novo instituto já está sendo alvo de críticas e preocupações por parte da classe jurídica, sua inovação no ordenamento jurídico traz preocupações para que não ocorra imprecisão quanto à visualização de suas possibilidades e aplicabilidade no caso concreto.

A matéria vem estampada no art. 304 do novo CPC (2015), que diz:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.
§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.
§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

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

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

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

A norma, como se vê, prevê que a estabilização da decisão ocorrerá quando não houver o desafio pela via recursal. Sugerindo, assim, que a interposição do recurso venha a ser uma obrigação e não uma opção para evitar a estabilização, como se auffera da literalidade do artigo transcrito.

Os objetivos da estabilização, no entendimento de Didier Júnior (2015, p. 606), são: i) afastar o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu.

No entanto, de acordo com o nobre processualista, para que isso ocorra, é preciso que estejam presentes determinados pressupostos.

- a) É preciso que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente. Somente ela tem aptidão para estabilizar-se nos termos do art. 304 do CPC;
- b) É preciso que o autor não tenha manifestado, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da pretendida tutela antecipada. Trata-se de pressuposto negativo.
- c) É preciso que haja decisão concessiva da tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente.
- d) É necessária a inércia do réu diante da decisão que concede tutela antecipada antecedente (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 606).

Geralmente, a estabilização é algo positivo para o autor da demanda. Ela permite a conservação de efeitos executivos e antecipa os efeitos de tutela condenatória, mostrando-se útil e satisfatória, se concretizada.

Entretanto, é possível também vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, ou seja, ao não impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, estará sucedendo na diminuição do custo do processo, desde que sua inércia gere a estabilização de forma efetiva (RIBEIRO, 2015, p. 113). Sendo assim, poderá simplesmente aceitar a decisão, eximindo-se de impugná-la.

Tal interpretação viabiliza um estímulo ao demandado a não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, vez que, mesmo estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma, prevista expressamente no § 2º do art. 304 do CPC.

Importante é, no entanto, entender, logo no início do curso processual, qual é a real intenção do demandante da ação. Pois, se o autor manifestar, desde a inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não ensejará tal estabilização.

Além disso, cumpre ressaltar que, somente a decisão positiva pode se tornar estável, em outras palavras, a decisão denegatória da tutela provisória antecipada (satisfativa) em caráter antecedente não é capaz de produzir o efeito da estabilização.

O CPC de 2015 prevê que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, nos moldes do art. 334, e somente em caso das partes não firmarem uma solução consensual abrirá então o prazo de 15 dias para eventual contestação, conforme os ditames do inciso III, § 1º dos arts. 334 e 335.

Embora o art. 304, do CPC trate apenas da não interposição de recurso, a inércia necessária para estabilizar os efeitos da tutela antecipada, vai além disso pois é necessário que o réu não tenha se valido de recurso e nem de outro meio de impugnação algum da decisão, como por exemplo, pedido de reconsideração (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 608).

Em outras palavras, a estabilização da tutela antecipada ocorre quando concedida em caráter antecedente e não seja impugnada pelo réu. Pela literalidade da lei, não basta que a demanda sofra contestação, pois se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e, conseqüentemente, o processo será extinto, com ou sem contestação (RIBEIRO, 2015, p. 220).

Sendo assim, para que ocorra o impedimento da estabilização da tutela antecipada, o réu terá que se utilizar da via do agravo de instrumento, cujo prazo será de 15 dias, antes mesmo de se cumprir o rito previsto no art. 334 (NEVES, 2015, p. 211).

Não importa se a decisão concessiva foi proferida por juízo de primeiro grau ou por decisão colegiada em recurso de agravo de instrumento, importando apenas que tudo isso ocorra antes de o autor aditar a inicial complementando seu pedido definitivo. Tampouco importa se a decisão foi proferida liminarmente ou não, pois mesmo que a decisão tenha sido proferida após justificação prévia, para cujo acompanhamento o demandado deverá ser citado, estará apta para a estabilização (NEVES, 2015, p. 211).

O Código trata, então, da “estabilização” da decisão que concede a antecipação de tutela, na hipótese, então, de não-interposição do recurso de agravo

de instrumento, caso em que o processo será extinto. Ocorre que haverá uma tutela não exatamente provisória, mas que também não é definitiva (NUNES; NOBREGA, 2015).

Caso o réu tenha permanecido inerte e a tutela antecipada tenha sido concedida ao autor, este deverá aditar a peça inicial com a complementação da sua argumentação, além de juntadas de novos documentos, e a confirmação do pedido de tutela final em 15 dias ou em outro prazo maior que o magistrado fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 303, § 2º.

3.3 Reversibilidade dos Efeitos da Decisão

Ao lado dos pressupostos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, deve-se observar ainda, um terceiro: a reversibilidade da medida.

Inicialmente, é importante destacar que o § 3º do art. 300, do novo CPC é absolutamente claro ao afirmar que não será concedida a medida quando houver o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, conseqüentemente, trata-se de um pressuposto negativo, evitando assim, que se gere um dano irreparável ao réu, garantindo assim segurança jurídica.

Entende Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 247):

No fundo irreversível não é uma qualidade do provimento, na medida em que toda decisão num determinado sentido comporta decisão em sentido contrário, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser resposta no status quo ante, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar.

Para Nelson Nery Junior e Andrade (2003, p. 646):

a norma fala da inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque é provisório e revogável. O que pode ser irreversível, são as consequências de fato ocorridas pela a execução da medida.

Didier Júnior (2015, p. 600) aponta o assunto da seguinte forma:

Já que a tutela provisória satisfativa é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação -, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao status quo ante, sem prejuízo para a parte adversária. Conceder uma tutela

provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva, uma contradição em termos.

O problema que se encontra quanto à irreversibilidade é saber se ela é fática ou jurídica. Outra questão, também problemática, está relacionada a um direito fundamental das partes interessadas na demanda, qual seja a segurança jurídica. Porém, não se pode anuir que o Poder Judiciário ignore a probabilidade de um dano irreparável ao direito do autor, ainda mais em se tratando de choque entre direitos fundamentais.

Portanto, faz-se necessário saber se em não havendo possibilidades práticas de regressar ao *status quo ante*, o juiz estará impedido de decidir pela antecipação, ou se existem parâmetros que devem ser tomados em ponderação de interesses nas tutelas de urgências irreversíveis.

Nesse sentido, salienta Alexandre Câmara (2015, p. 159),

É preciso, então, perceber a lógica por trás da regra que veda a concessão de tutela provisória satisfativa irreversível, o que permitirá compreender as exceções a ela. É que a vedação à concessão de tutela de urgência satisfativa irreversível resulta da necessidade de impedir que uma decisão provisória produza efeitos definitivos. Casos há, porém, em que se estará diante da situação conhecida como de irreversibilidade recíproca. Consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis. É o que se dá, por exemplo, no caso da fixação de alimentos provisórios.

Outrossim, o legislador oportunizou que o perigo de dano irreparável se aplique quando comparado ao direito provável no caso concreto, pois existem algumas situações em que o risco de dano irreparável deverá ser suportado pelo demandado.

Alerta, ainda, o professor Câmara, que não é admissível tutela de urgência satisfativa que seja capaz de produzir efeitos irreversíveis, conforme interpretação literal do §3º do art. 300, pois “não se revela compatível com uma decisão baseada em cognição sumária a produção de resultados definitivos, irreversíveis” (CÂMARA, 2015, p. 159).

Diante disso, cuida-se, portanto, de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, e não propriamente, irreversibilidade do provimento.

Vale ressaltar que irreversibilidade é conceito vago ou indeterminado, uma vez que a identificação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, devendo, portanto, o magistrado avaliar.

E já é sabido que diante de qualquer conceito jurídico indeterminado, apesar disso, sempre haverá uma zona de certeza negativa e positiva, na qual será possível o controle para afastar as interpretações e aplicações incorretas.

Como observa João Batista Lopes (2007, p. 83):

É evidente que quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em apenas duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível. A sustação de protesto é reversível com uma simples penada, cassando a decisão e liberando o cartório extrajudicial a prosseguir com as anotações devidas; a suspensão de realização de algum ato processual pedida, por exemplo, em embargos de terceiro, mandado de segurança, ou medidas cautelares, igualmente pode ser reversível sem grande dificuldade. São estes exemplos algumas das situações em que a reversibilidade da medida atinge o seu maior grau, trazendo, como único gravame à parte contrária o decurso do tempo.

Nessas situações, é perfeitamente viável a antecipação de um dos efeitos da tutela, qual seja o tratamento urgente reclamado, vez que, o juiz não pode negar proteção ao autor em situações excepcionais como essa, sob pena de condená-lo à morte, sendo esta situação verdadeiramente irreversível.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) explicita no enunciado 419, o seguinte: “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

É necessário, portanto, compreender o raciocínio lógico que se estabelece por trás da regra que veda a concessão de tutela provisória satisfativa irreversível, para tão somente perceber as suas exceções.

A vedação à concessão de tutela de urgência satisfativa irreversível resulta da necessidade de impedir que uma decisão judicial provisória produza efeitos definitivos. No entanto, existem casos em que nos encontraremos diante de uma situação tratada por Câmara (2011, p. 159) como irreversibilidade recíproca.

Bedaque (2009, p. 373) ressalta que: “A reversibilidade dos efeitos gerados pela tutela antecipada está vinculada à necessidade de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu”.

Em conformidade com o artigo sobredito, Humberto Teodoro Júnior (2010, p. 677) esclarece que “[...] adiante-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide”.

Daniel Neves (2011, p. 173), explica que

Situação mais delicada para o juiz ocorre quando a não concessão de tutela antecipada pode gerar um sacrifício irreversível ao pretense direito daquele que requer a tutela de urgência e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao réu.

Observa-se, então, que o requisito negativo da irreversibilidade para concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, além de impulsionado pelos princípios inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, foi criado também com o intuito de garantir ao réu seu direito fundamental de defesa em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, pois de nada adiantaria antecipar e efetivar por um lado e tornar impossível e irreversível para o outro.

Assim, resta demonstrada a importância da real observância e análise minuciosa do magistrado concernente ao presente requisito ao deferir ou indeferir uma tutela de urgência de natureza antecipada, devendo ser ressaltado que essa foi uma forma que o legislador encontrou de assegurar ainda mais o direito a ser resguardado, gerando uma maior segurança jurídica e ampliando com efetividade a tutela jurisdicional.

Entretanto, havendo a caracterização do perigo de irreversibilidade, e caso seja possível o regresso ao *status* anterior, com reparação pecuniária, a solução seria exigir-se caução da parte que tiver a tutela deferida em seu favor. Isso para que se houver a necessidade de reverter a situação, a parte contrária já tenha algo garantido, possibilidade que está prevista inclusive no §1º, do art. 300 do novo CPC, que dispõe:

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Dessa forma, o juízo fica assegurado para eventual ressarcimento dos danos que o demandado possa vir a sofrer com o deferimento da tutela de urgência, fato esse que comprova a preocupação do legislador com ambas as partes do processo.

4 COISA JULGADA

A coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade desta que torna a parte dispositiva imutável. Trata-se de uma qualidade negativa que não permite que se discuta, em nenhum processo futuro, tal parte da sentença que já tenha sido abarcada pelos efeitos da coisa julgada. Está pautada, portanto, em um fator de segurança jurídica.

Coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos. É efeito jurídico que decorre da lei, que torna a decisão como apenas um de seus pressupostos, de acordo com Talamini (2005, p. 45).

Ao invés de prever que a coisa julgada é a eficácia da sentença que a torna imutável e indiscutível, o art. 502, do novo CPC, menciona a autoridade da sentença. A substituição do termo “eficácia” por “autoridade” busca deixar clara a distinção entre coisa julgada e efeitos da decisão (NEVES, 2011, p. 315).

A coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida outra vez pelo Poder Judiciário, e caso seja posta para uma nova apreciação do magistrado, a parte prejudicada poderá arguir afirmando que já houve coisa julgada sobre o assunto, com o intuito de impedir o reexame do que fora decidido.

Portanto, a coisa julgada torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta definida na decisão judicial.

A doutrina divide ainda a coisa julgada em formal e material. Para a parte majoritária da doutrina, coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma decisão no âmbito do processo em que foi proferida, ou seja, é uma estabilidade da decisão conferida ao processo, e por isso se distingue da coisa julgada material, propriamente dita, pois essa última se projeta para fora do processo em que foi produzida (efeitos panprocessuais), conforme Didier Júnior (2015, p. 517).

Nesse sentido, explica Didier Júnior (2015, p. 517):

Coisa julgada formal é uma espécie de preclusão, a que se sujeita qualquer decisão – inclusive aquela que não pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada (material). Coisa julgada formal é, então, o trânsito em julgado, um dos pressupostos para a formação da coisa julgada.

Luiz Mourão (2006, p. 107) compreende a coisa julgada formal como a autoridade que torna indiscutível e imutável as decisões de conteúdo processual; e coisa julgada material então tornaria indiscutível e imutável as decisões de mérito.

Ainda, para Mourão, tanto a coisa julgada material quanto a coisa julgada formal, projetam-se para fora do processo em que a decisão fora proferida e não haveria sequer distinção entre elas; a distinção seria somente entre os respectivos objetos.

Portanto, compreende-se então que a coisa julgada, por estabelecer a segurança jurídica e projetar os efeitos da decisão para fora do processo é de natureza diversa da tutela antecipada, pois esta, como se observa neste estudo, não houve a possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

4.1 Limites Objetivos

A imutabilidade da coisa julgada processual possui alguns limites (objetivos e subjetivos) que devem ser compreendidos, ou seja, é preciso verificar o que se torna imutável e indiscutível com a coisa julgada fundamentada na sentença judicial.

Para que a decisão judicial gere coisa julgada material, o magistrado deve observar no caso concreto, os requisitos previstos pelos incisos do art. 503, § 1º, do novo CPC.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

O dispositivo contido no inciso I prevê que a decisão da questão prejudicial só gerará coisa julgada se de sua resolução depender o julgamento do mérito, sendo justamente essa a condição que torna a questão prejudicial.

A exigência que se faz no inciso II é a de que a respeito da questão prejudicial tenha ocorrido contraditório prévio, não se aplicando no caso de revelia. No entanto, no entendimento de Daniel Neves (2015, p. 316), essa hipótese só se aplica no caso de revelia, e ainda assim se o réu revel deixar de comparecer ao processo, já que o comparecimento, mesmo que tardio, poderá ainda garantir o respeito ao contraditório.

De toda forma, o surgimento da questão prejudicial diante de revelia do réu ou não, é algo no mínimo curioso, pois a controvérsia do ponto se dá em regra na contestação apresentada pelo demandado, sendo apenas excepcional a controvérsia surgir de outra espécie de resposta ou por outro sujeito.

No inciso III, exige-se ser indispensável para que a coisa julgada material não seja resultante de atividade de juízo absolutamente incompetente. De acordo com o dispositivo, o juízo deve ser competente em razão da matéria e da pessoa para ser capaz de resolver a questão prejudicial como questão principal.

Além dos três incisos previstos no § 1º, do art. 503 do CPC/15, o § 2º também se preocupou em apresentar um requisito para que a decisão de questão prejudicial produzisse coisa julgada material, qual seja a exigência de que não existam restrições probatórias no processo ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Existem casos em que a resolução de questão prejudicial ao mérito será também alcançada pela coisa julgada material, independentemente de pedido formulado de forma expressa por qualquer uma das partes, pois, nem sempre a questão prejudicial se relaciona com uma questão de mérito. No entanto, quando isso ocorrer, sua resolução se tornará imutável e indiscutível, sendo alcançada pela autoridade da coisa julgada material (CÂMARA, 2015, p. 306).

Nas palavras de Alexandre Câmara (2015, p. 306),

Em primeiro lugar, para que a resolução da questão prejudicial seja tida por incluída nos limites objetivos da coisa julgada, é preciso que o juízo prolator da decisão tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, III).

Importante ressaltar ainda, que o art. 504, do novo CPC, assim como o art. 469 do antigo, prevê duas situações que não fazem coisa julgada, que são os motivos ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Ademais, remanesce o direito da parte em buscar a mera declaração com força de coisa julgada em ação própria, desde que cumpridos os requisitos legais para que a decisão da questão prejudicial produza a *res iudicata*.

Nesse sentido, o enunciado 111 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), afirma: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.

4.2 Limites Subjetivos

Com relação aos limites subjetivos, o art. 506 do CPC em vigor, responsável por regular tais limites da coisa julgada, trouxe acertadamente algumas novidades que devem suscitar questionamentos a esse respeito. O referido artigo dispõe: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros".

Tem-se então, a regulamentação dos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, a lei trouxe expressamente a determinação das pessoas que se sujeitam à coisa julgada, não podendo tornar a discutir o que tenha sido decidido.

São eles os sujeitos da demanda decidida pelo pronunciamento que alcança a autoridade de coisa julgada, e por essa razão, somente as partes da demanda são abarcadas pelo manto da coisa julgada. Outras partes do processo que não sejam consideradas partes da demanda não se sujeitam à coisa julgada (CÂMARA, 2015, p. 311).

O atual dispositivo retira a segunda parte do art. 472 do CPC de 1973, que versava sobre a possibilidade da sentença produzir coisa julgada em relação a terceiros, nas causas relativas ao estado de pessoa, e em litisconsórcio necessário.

Portanto, mantendo somente a primeira parte do dispositivo, é possível interpretar que a coisa julgada não prejudica terceiros, uma vez que foi suprimido do texto legal tal prejuízo. Significa dizer então, que terceiros poderá se aproveitar da coisa julgada material, não podendo apenas prejudicá-los, tornando regra à exceção atualmente prevista no art. 274, do novo CPC (NEVES, 2015, p. 317).

Câmara (2015, p. 312) afirma que nos casos de substituição processual, isto é, naqueles casos em que um legitimado extraordinário atua no processo no lugar do legitimado ordinário, a coisa julgada alcança ambos, tanto o substituto quanto o substituído. O substituto por ser parte da demanda e o substituído por ser o verdadeiro titular do interesse em disputa.

A redação atual do disposto no art. 506 foi substancialmente modificada no que dispunha o Projeto do novo CPC no Senado Federal, sendo previsto apenas que, havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial, dando a entender que esse terceiro estará sujeito à coisa julgada material, independentemente de ter tido ciência do curso de um processo.

4.3 Coisa Julgada (?) da decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente

O art. 502 do novo CPC trouxe a definição de coisa julgada da seguinte forma: "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

Didier Júnior (2015, p. 517) traz ainda dois conceitos acerca do tema, um conceito negativo e um conceito positivo, ensinando que "o efeito negativo da coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida novamente", e "o efeito positivo da coisa julgada determina que a questão indiscutível pela coisa julgada, uma vez retornando como fundamento de uma pretensão (como questão incidental, portanto), tenha de ser observada, não podendo ser resolvida de modo distinto.

De acordo com Didier Júnior (2015, p. 517), a coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica, "a coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, consolidando um 'direito adquirido' reconhecido judicialmente". Para o autor, há ainda, uma dimensão objetiva de proteção da segurança jurídica que se relaciona à coisa julgada: "a coisa julgada é inviolável por lei; a inviolabilidade da coisa julgada por lei posterior é um direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF/1988)".

Uma vez concedida a tutela antecipada nos moldes do novo CPC, essa decisão ficará acobertada pelo manto da coisa julgada ou não? E se houver efetiva extinção do processo por ausência de recurso, e houver também transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação com a finalidade de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada? Uma decisão provisória é capaz de fazer coisa julgada ou não? A perplexidade sobre o assunto é grande.

A doutrina brasileira consolidou posicionamento no sentido de que somente têm capacidade para produzir coisa julgada as decisões proferidas em processo de cognição exauriente, razão pela qual negava, rigorosamente, que a decisão judicial proferida em processo de cognição sumária fizesse coisa julgada material. Cumpre informar que esse consenso encontrou oposição bem fundamentada ao ponto de firmar a opinião de que a maioria dos doutrinadores acolhem a coisa julgada material nessa hipótese.

A ideia que prospera atualmente, portanto, é a de que não havendo recurso da decisão que concedeu total ou parcialmente a tutela, tornar-se-ia imutável, ou seja,

atingiria o *status* de coisa julgada. Esta proposta de estabilização busca tornar definitivo o comando estabelecido pela tutela antecipada.

Entretanto, uma vez concedida a tutela antecipada antecedente poderá o réu recorrer. Não o fazendo, o processo deverá ser extinto, sem o julgamento do mérito. Optou o legislador, nesta hipótese, por conferir estabilidade aos efeitos da liminar concedida, mesmo após a extinção do processo (art. 304, caput e § 1º do novo CPC).

De acordo com o art. 303, caput, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a peça inicial pode limitar-se tão somente ao requerimento da antecipação de tutela e à indicação do pedido da tutela que se almeja alcançar ao final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Nesse caso, deferida a medida, o autor deverá dentro do prazo de quinze dias, aditar a sua petição inicial, conforme previsão no inciso I do § 1º do referido artigo. Em contrapartida, vislumbra-se a situação do autor que não tem a intenção de dar prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva, mas tão somente a estabilização dos efeitos da decisão, e por isso não adita a petição inicial no prazo de 15 dias, como sugere o texto legal do novo CPC.

À guisa de exemplo, vejamos a situação em que o autor da demanda necessitando em realizar uma cirurgia de urgência e que o plano de saúde não autoriza tal procedimento, o magistrado vislumbrando elementos que evidenciem o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, e ainda verifique a probabilidade do direito, concede então a tutela antecipada.

Uma vez concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o autor da demanda faz jus a um direito que só teria ao final do processo em cognição exauriente, gozando dos efeitos da decisão. No caso de se obter de forma antecipada uma decisão para realizar uma cirurgia, por exemplo, o autor já estaria com o direito reivindicado, e por isso, não teria o interesse em aditar a petição inicial uma vez que já se beneficiou de tal decisão.

Eis que surge, então a seguinte indagação com relação ao procedimento: extinto o processo sem resolução do mérito, essa decisão faz coisa julgada formal ou material?

Para responder a esta pergunta se fez necessário confrontar alguns posicionamentos doutrinários.

4.3.1 Posição doutrinária a favor que não se constitui coisa julgada a tutela antecipada antecedente

Parte da doutrina apontada, como a de Didier Júnior (2015, p. 612), defende que: “não houve coisa julgada, os efeitos que se tornam estabilizados, pois a coisa julgada, por sua vez recai sobre o conteúdo da decisão, e não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”.

No mesmo sentido, Câmara (2015, p. 163) insere,

Significa isto dizer que, concedida a tutela de urgência satisfativa nos termos do art. 303 (isto é, com base em uma petição inicial incompleta em razão da extrema urgência existente ao tempo da propositura da demanda) e não tendo o réu interposto recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada, esta se tornará estável, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 304, §1º). A decisão concessiva da tutela de urgência estável não faz coisa julgada (isto é, não se torna imutável e indiscutível), como estabelece expressamente o art. 304, § 6º, o que é consequência inexorável do fato de ter sido ela proferida com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente (sendo esta essencial para que a decisão judicial alcance a autoridade da coisa julgada).

Esta estabilidade processual distingue-se da coisa julgada, embora possua também efeitos panprocessuais, ou seja, para fora do processo, por isso, da decisão que concede a tutela antecipada e extingue o processo sem resolução de mérito, não caberá ação rescisória, mesmo após transcorrido o prazo de dois anos para rescindi-lo. Porém, em que pese o processo já tenha sido extinto, e os efeitos da tutela antecipada tenham sido estabilizados, o parágrafo 2º do art. 304 do novo CPC permite ainda que as partes proponham ação com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Essa permissão, sem dúvida, impediria a formação da coisa julgada sobre a tutela antecipada concedida, pois a ela não se agregaria, até então, ao selo da indiscutibilidade e da imutabilidade processual, vez que ainda seria cabível tal ação.

Se partirmos da primeira ideia de que a coisa julgada é a proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto (arts. 337, §1º e §4º e art. 502 do novo CPC), em processos futuros, não há dúvida de que a mera possibilidade de rediscussão da tutela antecipada, pela repropositura de nova ação, elide a *res iudicata* (MOURÃO, 2015).

Para Daniel Mitidiero (2014), em seu artigo *Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil*, há duas vertentes a serem

observadas: após dois anos depois de exarada a decisão, sem contestação, então entende ele que se está diante de coisa imutável ou julgada; e até dois anos, a decisão não transitará em julgado.

[...]

Por fim, conforme refere o § 6º do art. 302, “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”. O legislador refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada (será apenas estável), mas seus efeitos não poderão ser afastados de modo nenhum se, depois de dois anos, não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição (MITIDIERO, 2014).

No mesmo sentido, entende Elaine Harzheim Macedo (2015), em seu artigo *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Neste trabalho, ela trata que não faz coisa julgada as decisões provisórias, para ela trata sim é de perempção do direito de ação.

[...]

Não há que se falar em coisa julgada material porque decorrido o binário estabelecido pela lei processual sem que as partes tenham provocado a ação do § 2.º. Decisão que se submete a indiscutibilidade e imutabilidade que definem a coisa julgada são as decisões definitivas, jamais as decisões provisórias. Essas não contam com os elementos necessários para a sua eternização. Remanesce, porém, o comando impositivo da lei processual: a ação para discutir o direito subjetivo que foi atendido, em caráter sumário e por decisão provisória, se esgota no prazo de 2 (dois) anos.

[...] Trata-se, portanto, a perempção de hipótese absolutamente distinta da coisa julgada, que torna indiscutível e imutável o que foi decidido, não apenas em relação aos sujeitos interessados, mas também em relação aos próprios juízes, irrelevante se a questão decidida transita em julgado for arguida em sede de petição inicial ou de contestação, tanto assim que a coisa julgada pode produzir efeitos negativos ou positivos. No caso da perempção, também se alcança uma estabilização, mais voltada para o processo do que para a ação. Mas os fundamentos são outros, pois enquanto a coisa julgada se volta para a estabilização dos conflitos, a perempção se volta para estabilizar a (inconsequente) provocação do Judiciário.

4.3.2 Posição doutrinária a favor que se constitui coisa julgada a tutela antecipada antecedente

Entretanto, como é sabido, este direito de rediscussão da tutela antecipada tem prazo de validade, a saber, dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, § 5º do novo CPC).

Sendo assim, esgotado o prazo de dois para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do § 2º do art. 304 do novo CPC, concretiza-se a proibição

de reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes, tornando-a indiscutível e imutável. Essa nova situação jurídica, aos entendimentos de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (2015), chama-se, indiscutivelmente, de coisa julgada.

Todavia, a parte inicial do § 6º, do art. 304 do novo CPC, parece contradizer a afirmação anterior. O legislador parece encaminhar o tema, previamente, para inadmissão de formação da coisa julgada material.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

O texto literal de lei expresso no parágrafo acima, de fato, representa um perigo para o leitor desacautelado, se não for interpretada em consonância com o sistema normativo no todo, principalmente as normas dos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 304, combinado com o parágrafos 1º e 4º do artigo 337 do novo CPC.

O que o CPC em vigor quis dizer é que não há coisa julgada enquanto for possível a repositura da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC de 2015. O real intuito do legislador é apenas corroborar com a estabilidade dos efeitos da tutela provisória, após a extinção do processo (MOURÃO, 2015).

À medida que perdurar o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, não há que se falar em coisa julgada. Esgotado o direito, a tutela liminar será selada com a autoridade da coisa julgada.

Jorge Nunes e Guilherme da Nóbrega (2015) também debateram acerca da possibilidade ou não dos efeitos da coisa julgada sobre a decisão que deferiu a tutela antecipada em caráter antecedente, de forma a aceitar a imposição desse efeito imutável da decisão, quando publicaram artigo com os seguintes dizeres:

Admitindo, como admitimos, que a coisa julgada material se opera sobre o teor declaratório da decisão, parece-nos viável a formação de coisa julgada nos processos sumários, todos eles calcados, sejam quais forem os efeitos preponderantes da decisão proferida, em parte substancialmente declaratória. Em outras palavras, não é crível admitir como correto o raciocínio no sentido de que juízos de cognição sumária dispensam o teor declaratório da decisão.

Didier Júnior (2015, p. 564) também se posicionou acerca do tema no sentido de ser favorável à existência de coisa julgada cautelar ou liminar, afirmando em sua obra que a temporariedade da tutela cautelar não exclui sua definitividade.

Nas palavras de Didier Júnior (2015, p. 564),

Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (como exige a fumaça do bom direito). A probabilidade do direito (tradicionalmente chamada *fumus boni iuris*) é elemento do suporte fático do direito à cautela. Ou seja, para que seja reconhecido o direito à tutela cautelar de outro direito, é necessário mostrar que esse outro direito, ou direito acautelado, é provável. Uma vez concretizado esse suporte fático (probabilidade do direito acautelado), o direito à cautela pode ser certificado com definitividade.

Isto quer dizer que, o fato de ter um suporte fático integrado pela plausibilidade ou probabilidade não implica que o direito que dele decorre não possa ser reconhecido em decisão fundada de cognição exauriente. Dessa forma, se houve decisão cautelar de mérito com cognição exauriente, e não está mais sujeita a recurso algum, haverá coisa julgada cautelar.

Em suma, a decisão judicial proferida seja em processo cautelar, seja em processo de conhecimento com pedido de antecipação de tutela de urgência, possui efeitos temporários, no entanto, não deixam de possuir cunho definitivo.

A decisão final cautelar viabiliza uma tutela definitiva, segundo Didier Júnior (2015, p. 564), dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) encontra-se perfeitamente apta a tornar-se imutável.

Sendo assim, essa decisão não pode ser tida como decisão final cautelar provisória ou precária, pois não possui essa característica para, posteriormente ser substituída por uma decisão definitiva que a confirme, modifique ou a revogue, pois para essa questão, essa decisão é final e definitiva.

Bruno Garcia Redondo (2015) expressa sua opinião dizendo que a decisão antecipada antecedente somente produz coisa julgada após o interstício de dois anos de sua proferição. Seguem suas palavras transcritas:

[...]

Por essas razões, a sentença que extingue o processo e mantém os efeitos da tutela antecipada antecedente deve ser definitiva (art. 487), já que o direito material foi anteriormente reconhecido ao autor (na decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente que veio a estabilizar-se) e o pedido foi integralmente acolhido (não obstante a tutela ter sido deferida, na decisão interlocutória anterior, com base em cognição não exauriente e ainda ser possível a eventual modificação dos efeitos da tutela). A capitulação da sentença extintiva deve indicar o inc. I do art. 487, e não o art. 485. Não há qualquer empecilho em se reconhecer que se trata de sentença definitiva apesar de a mesma ser incapaz de gerar, de imediato, coisa julgada material. Afinal, há regra excepcional clara e expressa esclarecendo que, durante o

lapso de 2 anos (art. 304, § 5.º), não haverá formação imediata de coisa julgada, apesar de proferida sentença (que, como dissemos, é definitiva). Como se sabe, cabe à lei definir o momento em que ocorre o trânsito em julgado e, nesse caso, o art. 304 houve por bem considerá-lo como ocorrido após o esgotamento do biênio sem a propositura da ação de modificação (REDONDO, 2015, p. 177).

Percebe-se então, que há posicionamentos doutrinários divergentes para todos os lados, pois há quem reconheça que faz coisa julgada a estabilização da tutela antecipada em cognição sumária e outros não reconhecem o instituto da coisa julgada, uma vez que não houve cognição exauriente da decisão judicial.

Só nos resta aguardar qual será o posicionamento jurisprudencial sobre a matéria através dos Tribunais Superiores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia teve como objetivo analisar de forma aprofundada e sistemática a Estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente e a efetividade da prestação jurisdicional previsto nos arts. 294 e seguintes, do novo Código de Processo Civil.

O novo CPC acertadamente trouxe a simplificação e unificação da tutela antecipada trazendo como nomenclatura a Tutela Provisória, como gênero, das quais são espécies: a tutela de urgência, a tutela antecipada em caráter antecedente, tutela cautelar antecedente e a tutela de evidência.

A inquietação dos operadores do direito por uma justiça mais célere na prestação jurisdicional trouxe a inovação da possibilidade de requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, vindo a propiciar um novo entusiasmo por uma atividade jurisdicional a ser perquirida em um tempo mais hábil assegurando o resultado útil do processo.

Como já exposto ao longo deste trabalho, o CPC de 2015 consagra dentre outros princípios, a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional

O objeto de estudo foi o de se chegar a uma conclusão se não faz coisa julgada a antecipação da tutela prevista no art. 303 do novo CPC, em consonância com o enunciado dito no § 6º do art. 304 do mesmo diploma legal, ou se faz coisa julgada a antecipação da tutela prevista no artigo 303 do novo CPC, contrariando o enunciado dito no § 6º do art. 304 do mesmo diploma legal.

É sabido por uma vez que o instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial, pois esta além de se assentar em uma análise superficial também é precária, portanto é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada. O que se pretende é antecipar provisoriamente os efeitos da decisão ao longo do processo.

Um dos assuntos que foram tratados de forma mais contundente foi a estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente, fica claro que o art. 304 do CPC de 2015, carece de maior explanação para que, não somente estudiosos da matéria, mas aqueles que fazem uso do sistema na prática possam lidar com o tema de modo mais sistemático e lógico.

Geralmente, a estabilização é algo positivo para o autor da demanda. Ela permite a conservação de efeitos executivos e antecipa os efeitos de tutela condenatória, mostrando-se útil e satisfatória se concretizada.

Entretanto, é possível também vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, ou seja, ao não impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, estará sucedendo na diminuição do custo do processo, tal interpretação viabiliza um estímulo ao demandado a não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, vez que, mesmo estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma, prevista expressamente no § 2º do art. 304 do CPC.

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando concedida em caráter antecedente e não seja impugnada pelo réu, litisconsortes ou assistente simples. Não basta que a demanda sofra contestação, pois se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável.

Trata, então, o código da estabilização da decisão que concede a antecipação de tutela, na hipótese de não interposição do recurso de agravo de instrumento, caso em que o processo será extinto. O núcleo então do trabalho é saber se essa decisão da estabilização faz coisa julgada material ou não? Pois haverá uma tutela não exatamente provisória, mas que também não é definitiva.

Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente, a coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, CF/1988, como um direito fundamental.

A imutabilidade da coisa julgada, não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pode desenvolver.

Perceba-se, por fim, que, é consequência inexorável para que seja atribuída a imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada, o fato de ter sido proferida em cognição exauriente sendo esta essencial para que a decisão judicial seja alcançada pela autoridade da coisa julgada.

Finalizando, portanto, que a ideia que prospera atualmente entre diversos posicionamentos doutrinários enfrentados neste trabalho demonstra que o assunto ainda gerará muitas discussões doutrinárias e acadêmicas, uma vez que ambas posições têm aplicação, ou seja, a tutela antecipada antecedente tem efeito de coisa julgada somente decorrido o lapso temporal após dois anos depois de sua exaurição;

e antes desse prazo a mesma não se perfaz ou se constitui em coisa julgada, independentemente da estabilidade da decisão.

Enquanto permanecer o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, não há que se falar em coisa julgada, somente quando exaurido o lapso temporal de dois anos, a tutela liminar será selada com a autoridade da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 jan. 1973, republicado em 27 jul. 2006.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre Código do Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil. Volume 2, Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FPPC. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

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

_____. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ano 2, n. 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 250, ano 40, dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. Doutrina. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 63, p. 24-29, nov.-dez. 2014.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7349>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Art. 8º. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 244, jun. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres. **Tutela Provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

TEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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