

Tutela Provisória

1. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias

La stabilità, il cambiamento e la negoziazione di tutela (provvedimento) di urgenza richiesta all'inizio della causa di merito

BRUNO GARCIA REDONDO

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio, em Advocacia Pública pela UERJ (ESAP/PGERJ) e em Direito Público e Direito Privado pela Emerj (TJRJ/Unesa).

Professor de Direito Processual Civil e Direito Processual Tributário nas graduações da PUC-Rio e da UFRJ. Presidente da Comissão de Estudos em Processo Civil, Conselheiro e Procurador da OAB/RJ. Procurador da UERJ. Advogado.

Sumário:

1. Introdução
2. Procedimentos antecedentes de tutela provisória de urgência no CPC/2015
3. Tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente: linhas gerais
4. Controvérsias que envolvem a estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente
5. Controvérsia a respeito da modificação da tutela antecipada antecedente estabilizada
6. Negócios jurídicos processuais envolvendo a tutela de urgência
7. Referências bibliográficas

Área do Direito: Processual

Resumo:

Este ensaio examina os principais aspectos da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Riassunto:

Questo studio si occupa di esaminare la stabilità e il cambiamento di tutela (provvedimento) di urgenza richiesta all'inizio della causa di merito.

Palavra Chave: Tutela provisória - Tutela de urgência - Tutela antecipada - Tutela antecipada requerida em caráter antecedente - Tutela antecedente - Estabilização da tutela antecedente - Modificação da tutela antecedente - Negócio jurídico processual.

Parole Chiave: Provvedimento cautelare - Tutela (provvedimento) di urgenza - Stabilità - Cambiamento - Negozio processuale.

Recebido em: 26.04.2015

Aprovado em: 08.06.2015

1. Introdução

Uma das mais significativas novidades do CPC/2015 envolve o tema da tutela provisória.

O CPC/1973 regulamentava a tutela de urgência de forma separada, isto é, em locais distintos. A tutela de urgência não satisfativa (“cautelar”) era tratada no Livro III, que regulava o “processo cautelar”, no qual havia disposições sobre o dever-poder geral de cautela, a teoria geral da cautelar, as cautelares inominadas (atípicas) e as cautelares nominadas (típicas) em espécie. Já o Livro I, que regulava o “processo de conhecimento”, tratava da tutela de urgência satisfativa (“antecipada”) no art. 273 (em sua nova redação conferida pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002). Dito dispositivo, em verdade, fazia muito mais do que meramente regular a tutela de urgência satisfativa. Além de versar sobre a tutela satisfativa (art. 273, I), também dispunha sobre a tutela da evidência (art. 273, II) o julgamento imediato parcial de mérito (art. 273, § 6.º) e a fungibilidade (art. 273, § 7.º) entre as tutelas de urgência satisfativa (“antecipada”) e não satisfativa (“cautelar”).

O CPC/2015 trata do tema tutela provisória de forma significativamente diferente, cabendo, neste momento, uma mera enunciação das inovações, sem maiores detalhes por fugirem ao objeto do presente estudo: extinção de Livro especificamente destinado ao “processo cautelar” (não há, no novo Código, qualquer correspondente ao Livro III do CPC/1973); extinção da regulamentação de todas as cautelares nominadas/típicas (em espécie); consagração de cláusula geral de atipicidade das medidas cautelares, resultante da manutenção do dever-poder geral de cautela do juiz (art. 297); unificação do regime da “tutela provisória” (arts. 294 e ss.), que se tornou o gênero de 2 (duas) espécies (tutelas “de urgência” e “da evidência”); unificação do regime da tutela de urgência, com tratamento conjunto das tutelas “antecipada” e “cautelar” (arts. 300 a 310), inclusive no que tange aos seus pressupostos/requisitos e à fungibilidade; criação da tutela antecipada “antecedente” (arts. 303 e 304), com possibilidade de estabilização de seus efeitos; ampliação das hipóteses de tutela “da evidência” (art. 311); criação do julgamento “antecipado” (*rectius*: imediato) parcial de mérito (art. 356), ainda que a sentença seja recorrível por agravo de instrumento (art. 356, § 5.º), com possibilidade de formação de coisa julgada material e execução definitiva (art. 356, § 3.º) se não interposto o recurso.

Tutela provisória é um tema demasiadamente rico, sendo possível estudar, em separado e com profundidade, cada um dos temas acima apontados, além de muito outros sequer mencionados nesta breve enunciação. No presente ensaio, iremos abordar, especificamente, algumas das principais polêmicas que envolvem o tema da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, em especial sua estabilização, modificação e negociação.

2. Procedimentos antecedentes de tutela provisória de urgência no CPC/2015

O CPC/1973 permitia a formulação de pedido antecedente (“preparatório”) somente se a tutela de urgência pleiteada tivesse natureza cautelar (arts. 800 e 806), inexistindo previsão expressa para o cabimento de uma demanda antecedente satisfativa.

Inovando em relação ao anterior sistema, o CPC/2015 criou a possibilidade de requerimento antecedente de

tutela provisória de urgência satisfativa (“antecipada”). Ainda que se trate de inovação no plano legislativo, essa nova técnica já constava de anteriores Projetos de Lei¹ e já era defendida, inclusive de *lege lata* à luz do art. 273, I, do CPC/1973, por alguns estudiosos do tema.²

Assim é que o novo Código passou a prever, expressamente, 2 (dois) procedimentos preparatórios de tutela provisória urgência: o da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (arts. 305 a 310) e o da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304).

Apesar de haver inegáveis semelhanças entre ambos (pertencem ao mesmo gênero “tutela provisória” e são procedimentos igualmente antecedentes), a regulamentação é diferente por dois motivos relevantíssimos: (i) a natureza das tutelas é diferente – a “antecipada” é satisfativa do pedido, enquanto a cautelar não o satisfaz, sendo meramente acessória, destinada a garantir a efetividade de outra espécie de tutela jurisdicional; e (ii) o requerimento de cautelar antecedente exige, obrigatoriamente, a formulação do pedido (satisfativo) principal em 30 dias (art. 308), enquanto o requerimento de tutela antecipada antecedente pode dispensar a formulação do pedido principal em determinada hipótese (art. 304), que será adiante explicada.

3. Tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente: linhas gerais

O requerimento de tutela provisória pode ser formulado de duas formas (arts. 294, parágrafo único, e 299): incidentalmente (seja concomitantemente à formulação do pedido principal, na própria petição inicial, seja após a distribuição da demanda principal, por simples petição), ou antecedentemente, caso em que deve o requerimento ser formulado ao juízo que terá competência para conhecer do pedido principal.

Quando se tratar de tutela antecipada, e a urgência for “contemporânea” (rectius: anterior ou contemporânea) à propositura da demanda, tem o autor duas opções: (i) formular, já de uma vez, o pedido principal cumulando-o com o requerimento incidental de tutela antecipada (ainda que *inaudita altera parte*),³ ou (ii) limitar-se a apresentar o requerimento de tutela antecipada antecedente, sem formulação rigorosa do pedido principal (art. 303).

Caso deseje limitar-se ao requerimento de tutela antecipada antecedente, deve o autor destacar, expressamente na petição inicial (art. 303, § 5.º), que está se valendo desse procedimento mais simplificado, para uma identificação mais clara, inclusive por parte do Judiciário, de que não se trata da demanda principal, mas do procedimento antecedente.

A petição inicial do procedimento antecedente deve limitar-se ao requerimento da tutela antecipada antecedente 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 (*caput* do art. 303), devendo indicar, ainda, o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4.º).

Se o juiz entender que não há elementos para a concessão de tutela antecipada antecedente, deve determinar a *emenda* da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da exordial e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6.º).

Importante notar que o prazo para a emenda, nesse caso em específico, é mais reduzido do que o geral: enquanto o art. 321 consagra o prazo geral de 15 (quinze) dias para a emenda da inicial, o art. 303, § 6.º, prevê o prazo diminuído de 5 (cinco) dias para a emenda, caso o juiz considere inexistentes elementos para a concessão da tutela antecedente, prazo esse que, apesar de reduzido, pode ser excepcionalmente dilatado pelo juiz, com base no art. 139, VI.⁴

Antes de determinar a emenda da inicial (indeferindo, assim, o pedido de tutela antecedente), pode o juiz, excepcionalmente, determinar a realização de audiência de justificação (art. 300, § 2.º), para a produção de prova oral pelo autor, a fim de complementar as provas destinadas a demonstrar suas alegações.⁵ Realizada a justificação prévia e convencendo-se o juiz da aparência do direito e do risco de dano, deve ser

deferida a tutela antecipada antecedente. Somente se, a despeito da realização da audiência de justificação, o juiz considerar inexistentes os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, é que deve ser intimado o autor para emendar a inicial, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

O conteúdo (alcance) dessa “emenda” é o mais amplo possível,⁶ tendo em vista a inexistência de citação do réu. Pode o autor modificar (ampliar ou reduzir) o requerimento de tutela antecipada, formular pedido de tutela da evidência (incs. II ou III do art. 311) e, ante o permissivo do art. 329, modificar inclusive os elementos da demanda (partes, causa de pedir e o pedido de tutela final), sendo-lhe permitido, ainda, juntar novas provas que embasem os pleitos.

Entendemos, ainda, que a “fungibilidade” entre as tutelas provisórias de urgência (antecipada e cautelar) deva ser recíproca. O parágrafo único do art. 305 estabelece que, quando o autor, a título de tutela cautelar antecedente, formular requerimento cuja natureza seja, na realidade, de tutela antecipada antecedente, deverá o juiz – após decisão que submeta o tema ao contraditório e possibilite a emenda, por interpretação sistemática dos arts. 10 e 321 – ajustar o procedimento à sistemática do art. 303. A recíproca, por consequência, deve ser verdadeira. Se o autor requerer tutela antecipada antecedente e o juiz considerar que a petição veicula requerimento de tutela cautelar antecedente, deve o magistrado oportunizar a adaptação do procedimento para que a causa tramite pelo procedimento dos arts. 305 e ss.⁷

Concedida, *inaudita altera parte*, a tutela antecipada antecedente e, vindo o réu a apresentar impugnação contra a decisão liminar (§ 1.º do art. 303 c/c *caput* do art. 304, *a contrario sensu*), deve o autor, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, *aditar* a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final. Esse aditamento deve operar-se nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais⁸ (art. 303, § 3.º).

Sobre o pedido formulado na petição de aditamento, cabe indagar: deve o autor, na petição aditiva, limitar-se a *confirmar* o pedido principal, ou é possível a modificação ou ampliação do pedido antes indicado na petição de requerimento de tutela antecedente? Viu-se que a lei exige que a petição de requerimento de tutela antecedente indique qual será o pedido de tutela final (*caput* do art. 303). Essa indicação, a nosso ver, é limitadora e vinculante, sendo vedado ao autor, na petição de aditamento que apresenta o pedido de tutela final, *modificar* (ampliar ou reduzir) o pleito que havia sido indicado na petição que requereu a tutela antecedente.⁹ A redação do inc. I do § 1.º do art. 303 é esclarecedora: “o autor deverá aditar a petição inicial, com (...) a *confirmação* do pedido de tutela final (...)”.

Aditado o pedido pelo autor, deve o réu ser citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334 e, caso inexista autocomposição, o prazo para contestação deve ser contado na forma do art. 335 (art. 303, § 1.º, I, II e III).

Não realizado o aditamento pelo autor, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2.º), cessando imediatamente, por consequência lógica, a eficácia da tutela antecipada antecedente.¹⁰

Caso o réu não apresente impugnação contra a decisão *inaudita altera parte*, a tutela antecipada antecedente concedida integralmente torna-se estável e o processo é extinto (art. 304). Por se tratar de uma sistemática nova, sem correspondente no CPC/1973, iremos analisá-la, com maiores detalhes, no próximo tópico.

4. Controvérsias que envolvem a estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente

Como visto, pode o juiz conceder, *inaudita altera parte*, a tutela de urgência antecipada antecedente (art. 303). Caso o réu não impugne a decisão concessiva, a tutela antecipada antecedente torna-se estável (*caput* do art. 304) e o processo é extinto (art. 304, § 1.º).

A nosso ver, há alguns pontos relevantes que merecem atenção especial a respeito da estabilização da

tutela antecipada antecedente.

Importante destacar, de início, situações em que é descabida a concessão de tutela antecipada de forma antecedente e/ou a sua estabilização: (i) quando o réu for citado por edital ou com hora certa, se for incapaz sem representante legal (ou com interesses colidentes) ou se estiver preso;¹¹ (ii) quando se tratar de direito indisponível¹² ou for o caso de situação em que, ainda que inexistisse contestação, ficaria impedida a produção do efeito material da revelia; e (iii) quando o pedido antecedente referir-se a tutela declaratória ou constitutiva, para as quais se entende, majoritariamente, que não cabe a técnica da antecipação de efeitos.¹³

A nosso ver, é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, por alguns fundamentos.¹⁴ Primeiramente, porque o CPC/2015 (art. 700, § 6.º) consagrou o entendimento de que cabe ação monitória contra o Poder Público (na linha do que já constava da Súmula 339 do STJ). Além disso, não há formação imediata de coisa julgada, sendo permitido, à Fazenda, propor ação de modificação em até 2 anos. Somente se o Poder Público ficar inerte durante o biênio é que haverá formação de coisa julgada material.

Há outras situações em que, apesar de ser possível a adoção da técnica da estabilização da tutela antecedente, não haverá cabimento para a extinção do processo, que deverá prosseguir rumo à resolução do mérito: (i) quando o pedido de tutela antecedente referir-se a somente parte do mérito (a apenas parcela do pedido formulado ou a apenas um dos pedidos cumulados), não sendo, assim, o único objeto da demanda,¹⁵ e (ii) quando o pedido de tutela antecedente for concedido apenas parcialmente.¹⁶

Outra polêmica que existe é a que envolve a natureza jurídica do ato de resistência do réu que seja capaz de impedir a estabilização da tutela e a extinção do processo. O *caput* do art. 304 indica que o réu deve interpor “recurso” a fim de impedir a estabilização. Seria possível interpretar-se extensivamente o termo “recurso” para englobar outros atos processuais de outra natureza?

Há quem defenda que somente a interposição de *agravo de instrumento* (art. 1.015, I) seria capaz de impedir a estabilização.¹⁷ Outros autores sustentam que, onde se lê “recurso”, deve-se ler impugnação em grau recursal, a fim de incluir, além do recurso, também o *sucedâneo recursal* (e.g., suspensão de segurança). De modo ainda mais amplo, há quem leia recurso como sinônimo de “impugnação *lato sensu*”, pelo que, apesar da não interposição de recurso, o simples protocolo de *contestação* ou *reconvenção*, no prazo do agravo, já seria capaz de afastar a estabilização.¹⁸

Não podemos deixar de mencionar uma curiosidade do processo legislativo que deu origem ao CPC/2015. A versão aprovada no Senado em 2010 (arts. 281, § 1.º e 282 do PLS 166/2010) referia-se à “impugnação”, enquanto a versão aprovada na Câmara em 2014 (art. 305 do PL 8.046/2010) passou a referir-se somente ao “recurso”. A versão posteriormente aprovada pelo Senado, em dezembro de 2014, que veio a ser objeto da sanção presidencial em março de 2015 (tornando-se a Lei 13.105/2015), manteve a restrição terminológica operada pela Câmara, vindo o art. 304 do CPC/2015 a mencionar “recurso”, em vez de “impugnação”.

Não obstante essa modificação de nomenclatura ao longo do procedimento legislativo, a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo *lato sensu* do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo: seja a interposição de *agravo de instrumento*, seja a apresentação de *sucedâneo recursal* (v.g., suspensão de segurança), seja a propositura de *demanda impugnativa autônoma* (no caso, apenas a reclamação, já que ação rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pelo fato de a lei prever agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de *contestação* ou *reconvenção*.

A estabilização da tutela antecedente é uma sanção pela inércia do réu. Vindo ele a resistir ao pedido do autor por meio de qualquer dos atos acima mencionados (recursais ou não recursais), desde que dentro do

prazo para agravo, fica impedida a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente e afastada a extinção do processo.

Importante observar, ainda, que inexistirá estabilização quando o réu for inerte, mas houver impugnação recursal por parte de litisconsorte passivo ou assistente litisconsorcial ou simples do réu cujos fundamentos de defesa aproveitem, igualmente, o réu inerte.¹⁹

Outro aspecto relevante gira em torno da extinção do processo. Quando o autor não adita a inicial, o § 2.º do art. 303 indica, expressamente, que a sentença extintiva é *sem* resolução do mérito. De modo diverso, quando o réu não apresenta impugnação e a tutela se estabiliza gerando a extinção do processo, o § 1.º do art. 304 não menciona a natureza da sentença, se terminativa (sem resolução do mérito) ou definitiva (com resolução do mérito). Além disso, não esclarece se há imposição do dever de arcar com os ônus da sucumbência (despesas processuais e honorários advocatícios), nem qual a parte que deveria arcar com os mesmos.

Nossa primeira impressão é a de que a extinção do processo deve se operar *com* resolução de mérito.²⁰ Afinal, sentença terminativa (art. 485) é decisão que extingue o processo em razão de vício processual insuperável e, por consequência, deveria gerar o encerramento dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecedente. Ocorre que, no caso do art. 304, inexistente qualquer vício processual que macule a relação processual, tampouco devem ser cessados os efeitos da tutela, os quais, pelo contrário, devem ser prolongados.

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.

Quanto à responsabilidade pelas despesas processuais, existe entendimento no sentido de que o réu deveria ser dispensado de seu pagamento, em razão de aplicação analógica do § 1.º do art. 701, que trata da ação monitória.²¹ A nosso ver, a regra do referido dispositivo é infeliz e, além disso, essa analogia se revela descabida ante o princípio da causalidade. Tendo o réu dado causa à demanda, obrigando o autor a ingressar no Judiciário para obter a tutela pleiteada, o razoável é que seja condenado a reembolsar as despesas processuais com as quais o autor tiver arcado, aplicando-se, na espécie, a regra do § 2.º do art. 82, (há “sentença” extintiva e há “vencedor”), sob pena de a nova sistemática da tutela antecedente, em vez de vantajosa, vir a tornar-se indevida e economicamente prejudicial ao vencedor.

No que tange aos honorários advocatícios, é evidente que o trabalho do advogado do vencedor deve ser remunerado. Não obstante, deve ser estimulada (e, portanto, recompensada) a opção do réu de não oferecer resistência à estabilização da tutela antecedente e à extinção do processo. Cabível, assim, em interpretação sistemática e teleológica, a aplicação da sanção premial de redução dos honorários pela metade do mínimo geral, tal como previsto, pelo próprio CPC/2015, para outras hipóteses em que o réu não opõe resistência ao cumprimento (ainda que não espontâneo) da obrigação, como se dá no caso do reconhecimento da procedência do pedido com o cumprimento da obrigação (§ 4.º do art. 90), cumprimento do mandado monitório no prazo, sem a oposição de embargos (art. 701) e pagamento integral da execução (título extrajudicial) em 3 dias (§ 1.º do art. 827). Desse modo, se o réu não impugnar a decisão

concessiva da tutela antecedente, gerando a estabilização da tutela e a extinção do processo, a sentença extintiva (§ 1.º do art. 304) deve condenar o réu em honorários advocatícios correspondentes à metade do mínimo geral, isto é, 5% (cinco por cento).²²

A execução da decisão que concede a tutela antecipada antecedente deve seguir o regime previsto para o cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522), com as eventuais adaptações que se façam necessárias.

Outra relevante controvérsia gira em torno do confronto entre os *termos iniciais* dos prazos para o réu recorrer (*lato sensu*) da decisão concessiva da tutela antecedente (art. 304), sob pena de estabilização e extinção do processo e para o autor aditar a inicial (art. 303, § 1.º), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito e extinção dos efeitos da tutela antecedente. Da maneira como estão redigidos os dispositivos, parece haver uma inviabilização prática da estabilização da tutela antecedente. Afinal, o prazo para o autor aditar a inicial parece começar a correr, em regra, antes do prazo para o réu recorrer da decisão.

Explica-se: o prazo de 15 dias para autor aditar a inicial corre já da “concessão” da tutela (art. 303, § 1.º), isto é, de sua intimação sobre a prolação da decisão (na pessoa de seu advogado, por meio de publicação em *DJe* ou de intimação pelo portal eletrônico). De modo diverso, o prazo de 15 dias para o réu apresentar impugnação recursal (art. 304) começa a fluir de momento muito posterior ao da decisão e sua publicação, iniciando seu curso somente após a sua comunicação (que, conforme art. 231, flui, em regra da juntada, aos autos, com comprovante de sua citação/intimação, ou dia útil seguinte ao término do prazo do edital, do acesso ao portal ou do término do prazo para consulta).

Em outras palavras, quando a decisão for publicada no *DJe* ou no portal eletrônico (começando a correr o prazo para o autor aditar), o prazo do réu apresentar impugnação ainda não terá começado a fluir, uma vez que, na prática, o mandado de citação/intimação provavelmente ainda estará sendo digitado e, após, o oficial de justiça ainda terá que se deslocar ao local da diligência, localizar o réu, comunicá-lo, devolver o mandado ao juízo e ser procedida a sua juntada aos autos.

Na prática, o autor será obrigado a aditar, gerando já a instauração da demanda principal, antes de ser possível verificar se o réu viria a deixar de recorrer e, assim, gerar a extinção do processo com a estabilização da tutela. Ocorre que, *data venia*, o objetivo da criação dessa nova técnica (estabilização da tutela com extinção do processo) parecia ser, exatamente, o de se evitar o aditamento da inicial (que ensejaria a instauração da demanda principal e o seu curso rumo à resolução do mérito com cognição exauriente).

Por essa razão, o prazo que deveria começar a correr em primeiro lugar deveria ser aquele para o réu impugnar a decisão em grau recursal (e não o prazo para o autor aditar a exordial). Não havendo impugnação, o processo já seria extinto e a tutela se estabilizaria, evitando-se um possível desperdício de atividade jurisdicional com o desenvolvimento da demanda principal. Somente se houvesse recurso da decisão é deveria começar a correr o prazo para o autor proceder ao aditamento, formulando o pedido principal, sob pena de extinção sem resolução do mérito.

Imperioso, portanto, buscar-se uma interpretação do texto legal que permita o alcance do objetivo buscado pela criação dessa nova técnica, que seja estimular-se a estabilização da tutela com extinção do processo, dispensando-se a formulação do pedido processual. A solução exige, inegavelmente, a postergação do termo *a quo* do prazo para o aditamento pelo autor, havendo, em nosso sentir, duas formas de se adiar esse marco inicial: uma de *lege lata*, outra de *lege ferenda*.

De *lege lata*, é possível postergar-se o termo *a quo* do prazo para o aditamento pelo autor mediante simples releitura da expressão utilizada no § 1.º do art. 303. Onde se lê “concedida”, deve-se ler, na realidade, *efetivada* a tutela antecipada, por analogia ao art. 308, que utiliza exatamente essa palavra ao regulamentar a tutela cautelar antecedente.²³ Essa, a nosso ver, é a interpretação adequada do § 1.º do art. 303. Vindo

prazo para o autor aditar a inicial, começa a correr somente depois da *efetivação* da tutela antecipada antecedente, provavelmente, na prática, já terá começado a correr, anteriormente, o prazo para o réu impugnar a decisão em grau recursal, pois a sua citação, em tese, já terá se concretizado. Assim, poderá o autor, antes do início do curso de seu prazo para aditamento, verificar se o réu recorreu ou não. Inexistindo impugnação recursal pelo réu, o autor ficará dispensado do aditamento, a tutela será estabilizada e o processo será extinto (art. 304, *caput* e § 1.º).

Já de *lege ferenda*, a solução seria ainda melhor, mediante alteração da redação dos incs. I e II do § 1.º do art. 303, para que passassem a apresentar as seguintes regras: I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias *contados de sua intimação para contraditório ao agravo de instrumento ou à resposta do réu*; e II – *realizado o aditamento pelo autor*, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334.

De acordo com nossa proposta, inexistindo impugnação pelo réu, haveria estabilização da tutela antecedente e extinção do processo sem necessidade de formulação de pedido principal pelo autor (sendo ônus exclusivo do réu a propositura de ação modificativa), consagrando-se, pela primeira vez no Direito Processual Civil brasileiro, a possibilidade de *tutela satisfativa autônoma*.²⁴

A nosso ver, esse procedimento satisfativo autônomo deveria, inclusive, permitir uma formação mais célere de coisa julgada material, já de imediato ou em até 60 dias (em linha assemelhada à da proposta original de antigo Anteprojeto de Lei resultante de grupo de estudos do IBDP,²⁵ formado por Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni), em vez da prolongada *provisoriedade* que caracteriza as *medidas autosatisfativas* do Direito argentino,²⁶ a *tutela sumária italiana (provvedimenti d'urgenza com strumentalità attenuata)*,²⁷ o *référé* e *requête* franceses²⁸ e o longo prazo de 2 anos que veio a ser adotado pelo Direito brasileiro no CPC/2015.

O legislador de 2015 perdeu uma excelente oportunidade de consagrar, expressamente, a possibilidade de utilização da técnica da estabilização (com extinção do processo) em duas outras esferas: (i) para a tutela antecipada que, concedida *incidentalmente*, não viesse a ser impugnada tempestivamente, tal como ocorre nos Direitos italiano e francês;²⁹ e (ii) para a tutela da *evidência*, que deveria ser passível de requerimento em caráter antecedente.³⁰ Consideramos que, com as necessárias adaptações procedimentais, é possível – *de lege lata*, em interpretação sistemática – a adoção da técnica da estabilização (com eventual extinção do processo) para a tutela antecipada incidental e a formulação de requerimento antecedente de tutela da evidência, com possibilidade de estabilização de efeitos e extinção da demanda.³¹

5. Controvérsia a respeito da modificação da tutela antecipada antecedente estabilizada

Como explicado anteriormente, inexistindo impugnação recursal pelo réu contra a decisão que concede integralmente a tutela antecipada antecedente, a medida se estabiliza e o processo é extinto (art. 304, *caput* e § 1.º).

A parte que desejar a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela antecipada antecedente estabilizada, deverá propor uma nova demanda, destinada à modificação da tutela (art. 304, § 2.º). Após a estabilização da tutela e a extinção do processo, fica inviabilizada a apresentação de simples petição, nos próprios autos originais, para formulação de pedido de modificação da tutela estabilizada. É essencial, para tal finalidade, a propositura de nova ação. Em outras palavras, os efeitos da tutela antecipada estabilizada ficam conservados enquanto não houver revisão, reforma ou invalidação da tutela em sede de decisão proferida na ação de modificação (art. 304, § 3.º).

A petição inicial da ação de modificação deve ser dirigida, por prevenção, ao juízo em que a tutela antecipada foi concedida (critério funcional³² e, assim, absoluto de fixação de competência), sendo permitido a qualquer das partes, se os autos processuais forem físicos, requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para que possam ser extraídas cópias destinadas a instruir a petição

inicial da ação de modificação (art. 304, § 4.º).

As regras contidas nos §§ 5.º e 6.º do art. 304 têm sido objeto de intensa controvérsia. O § 5.º afirma que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada (§ 2.º) extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 1.º). Já o § 6.º diz que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2.º deste artigo”.

Esse prazo bienal, previsto para a propositura da ação de modificação, tem natureza *decadencial* (não admitindo suspensão nem interrupção)³³ e começa a correr da intimação, das partes, sobre a decisão que determina o arquivamento dos autos.³⁴

A qual das partes cabe o *onus probandi* nesta nova demanda, destinada à modificação da tutela estabilizada? Há especialistas que sustentam que o ônus da prova cabe ao autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu da ação antecedente),³⁵ enquanto outros estudiosos defendem que o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos permanece com o autor da ação originária, mesmo que ele venha a ser o réu da ação de modificação.³⁶

A nosso ver, deve ser observada a regra geral dos incs. I e II do art. 373, cabendo o ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos (delineados na petição inicial da ação de modificação), àquele que estiver na posição de autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu do pedido antecedente), salvo se houver distribuição dinâmica (art. 373, §§ 1.º e 2.º c/c art. 357, III) ou negócio processual relativo ao *onus probandi* (art. 373, §§ 3.º e 4.º c/c art. 190).

Proposta a ação de modificação, em qual momento pode ser revista a tutela antecipada antecedente, até então estabilizada: cabe decisão liminar nesta nova demanda, ou a modificação pode vir somente na sentença final desta ação? Ora, do mesmo modo que o juiz se convenceu liminarmente dos argumentos do autor do requerimento de tutela antecedente, pode o magistrado convencer-se, de início, dos fundamentos do autor da ação de modificação, de modo a rever a decisão sobre a tutela antecipada, ainda que provisoriamente, já no início da ação de modificação. Em outras palavras, a tutela antecipada estabilizada pode ser alterada em qualquer fase da ação de modificação, tanto liminarmente *inaudita altera parte*, quanto incidentalmente no curso dessa nova demanda, como ainda ao final da mesma, na sentença final, dependendo do momento em que o juiz se convença da presença dos elementos que devem gerar a modificação da tutela até então estabilizada.³⁷

Há polêmicas girando em torno das consequências resultantes do esgotamento do prazo de 2 anos sem a propositura da ação de modificação. Já há, ao menos, 3 (três) entendimentos sobre o tema. Primeiramente, alguns estudiosos defendem que, encerrado esse prazo, deixa de caber qualquer ação, seja a ação rescisória, seja uma demanda autônoma destinada a debater o mérito.³⁸ Outros especialistas sustentam que inexistente coisa julgada e, por essa razão, não cabe ação rescisória, sendo possível, porém, a propositura de uma ação destinada a debater o mérito (formulação de pedido em sentido diverso), dentro do prazo prescricional ou decadencial do direito material.³⁹ Há processualistas, ainda, que defendem a formação de coisa julgada material⁴⁰ e, por consequência, o cabimento exclusivo de ação rescisória, e não de ação objetivando discutir o mérito.

Há estudiosos que tem defendido que, esgotado o prazo de 2 anos sem a propositura da ação de modificação, deixa de caber qualquer ação. Seria descabida, de início, demanda autônoma destinada a debater o mérito (e, no plano prático, a modificar os efeitos da tutela estabilizada). Também seria descabida ação rescisória porque, para essa corrente, não haveria formação de coisa julgada material,⁴¹ por alguns fundamentos: a tutela antecedente fundar-se-ia em cognição não exauriente; a coisa julgada recairia sobre o conteúdo da decisão, e não sobre seus efeitos; e o § 6.º do art. 304 indicaria a impossibilidade de formação de coisa julgada. É nesse sentido, inclusive, que esses autores têm interpretado o Enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁴²

Em sentido parcialmente contrário, há autores que também consideram inexistir formação de coisa julgada material após os 2 anos sem a propositura de demanda de modificação, razão pela qual seria descabida a propositura de ação rescisória. Essa corrente, porém, defende que, pelo fato de não haver coisa julgada material, seria cabível a propositura de uma demanda autônoma destinada a discutir o direito material, formulando pedido em sentido contrário (o que, no plano prático, poderia ensejar a modificação dos efeitos da tutela estabilizada), cabível durante o prazo prescricional ou decadencial correspondente ao direito substancial debatido em juízo. Nesse caso, poderia haver inversão do ônus da prova, que passaria a caber a quem se apresentasse como autor dessa ação posterior ao prazo de 2 anos para a ação de modificação.⁴³

Como se vê, ambos os posicionamentos entendem que inexistiria coisa julgada material após transcorridos 2 anos sem o ajuizamento de ação de modificação, razão pela qual ambas defendem o descabimento de ação rescisória. A diferença entre elas é a de que, para a primeira corrente, tampouco cabe uma demanda destinada a debater o direito material, enquanto a segunda sustenta a possibilidade da propositura dessa ação dentro do prazo prescricional ou decadencial previsto na lei material.

Ambos os posicionamentos apresentam alguns inconvenientes.

Para a primeira corrente, após o esgotamento do prazo de 2 anos não haveria formação de coisa julgada, razão pela qual não caberia ação rescisória. Ocorre que também sustenta o descabimento de ação destinada a debater o direito material (formulação de pedido em sentido contrário), pelo prazo prescricional ou decadencial do direito material. Ou seja, esta corrente sustenta uma imutabilidade plena e absoluta após os 2 anos, vindo a decisão a tornar-se integralmente “inimpugnável”. Essa imutabilidade “inominada” não seria “coisa julgada”, mas, na prática, seria mais forte do que ela. Afinal, a decisão estabilizada não poderia ser atacada sequer por ação rescisória (sendo, assim, mais forte do que a coisa julgada), e ainda impediria a propositura de ação autônoma para debater o direito material (produzindo o mesmo efeito processual da coisa julgada, apesar de não ser coisa julgada).

Vemos duas incongruências nesse posicionamento: (i) essa estabilidade fundada em cognição não exauriente ser “superior” à coisa julgada (impedindo, até mesmo, ação rescisória); e (ii) essa estabilidade, sem ter natureza de coisa julgada, produzir o efeito de impedir a propositura de ação autônoma destinada a debater o direito material. Se assim for, se faz essencial que esses estudiosos, por coerência, modifiquem seus conceitos de “pressupostos processuais”, passando a incluir, como requisito de validade (objetivo extrínseco) “negativo” (isto é, impeditivo de demanda), não apenas a coisa julgada material, mas, também, a “estabilidade” resultante de tutela antecipada antecedente.

Já a segunda corrente defende o descabimento de ação rescisória (por também entender que não há coisa julgada material), mas sustenta o cabimento de uma ação autônoma destinada ao debate do direito material (formulação de pedido em sentido contrário). O inconveniente dessa posição, a nosso ver, é esvaziar as regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do art. 304, claras no sentido de que a modificação da tutela estabilizada *somente* é possível por meio de uma ação de modificação (§§ 2.º, 3.º e 5.º), que deve ser proposta em até 2 anos (§ 6.º).

Note-se: se couber demanda destinada a debater o direito material mesmo após 2 anos, ficarão, sem qualquer utilidade, as regras de não menos do que quatro parágrafos (§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º) do art. 304. Essas regras seriam inócuas, incapazes de gerar qualquer consequência jurídica ou qualquer sanção (processual) em caso de seu descumprimento. Afinal, qual seria a sanção por ter sido esgotado, em branco, o prazo de 2 anos para a ação de modificação da tutela antecipada estabilizada, se, após esse prazo, fosse possível ajuizamento de ação destinada a debater o direito material, (no âmbito da qual poderá haver, por consequência lógica e prática, a modificação dos efeitos da tutela estabilizada)? Não vemos utilidade em a lei prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em maior até mesmo maior, capaz de produzir rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu.

Importante notar a clareza da redação do § 3.º: “a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não

revista, reformada ou *invalidada* por decisão de mérito proferida *na ação* de que trata o § 2.º. Mesma linha segue o § 6.º: “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a *estabilidade* dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida *em ação* ajuizada por uma das partes, *nos termos do § 2.º*. A lei é clara: o § 6.º diz que *somente* se modifica os efeitos da tutela estabilizada por meio de uma ação autônoma específica, *referida no § 2.º*, que deve ser proposta em *até 2 anos*, conforme § 5.º.

A redação desses dispositivos impossibilita conclusão no sentido de que, mesmo após esgotado o prazo de 2 anos, ainda seria cabível ação autônoma destinada a, do ponto de vista prático, modificar os efeitos da tutela estabilizada

Ora, se a conjugação das regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º leva ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada *somente* pode ser *modificada* dentro de *2 anos* por meio de uma *demanda específica*, somos obrigados a concluir que, após o esgotamento desse prazo, fica absolutamente impossibilitada a discussão do próprio direito material, sob pena burla àquelas regras, já que o debate do direito material poderia, por consequência inafastável, levar à modificação (prática e jurídica) da tutela estabilizada, o que está vedado por aqueles quatro dispositivos. E, como essa inexorável conclusão segue no sentido da impossibilidade de propositura de ação destinada a debater o direito material, somos obrigados a denominar como *coisa julgada material* esse fenômeno que surge com o esgotamento *in albis* do prazo bienal.

A nosso ver, não há maiores dificuldades em se sustentar a formação de coisa julgada material após o encerramento do prazo de 2 anos sem a propositura da ação de modificação.

A própria regra do § 6.º do art. 304 não impede essa conclusão. Dito dispositivo não afirma que jamais existirá, a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não há coisa julgada *somente durante o período* de 2 anos previsto para a ação de modificação. Afinal, poderiam surgir duas dúvidas: (i) se, tendo em vista a não impugnação pelo réu e a extinção do processo (art. 304, *caput* e § 1.º), haveria formação de coisa julgada; e (ii) caso houvesse coisa julgada, se seria descabida uma ação de modificação da tutela, restando ao réu, apenas o ajuizamento de ação rescisória. O propósito do § 6.º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe, durante 2 anos, a propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau, em vez da propositura de ação rescisória.

É nesse sentido que o referido dispositivo diz que não há 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 § 2.º deste artigo”. A referência a não formação de coisa julgada, acompanhada do advérbio “mas” conectado ao trecho seguinte, que diz que a estabilidade pode ser afastada pela ação de modificação, esclarecem que a referência que o § 6.º faz (à inexistência de coisa julgada) restringe-se ao período em que a ação de modificação pode ser proposta, isto é, dentro dos 2 anos após a extinção do processo.

Se, dentro dos 2 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, o Teoria Geral do Direito Processual denomina *coisa julgada material* o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento de mérito.

Alguns dos defensores da não formação de coisa julgada após os 2 anos baseiam-se no entendimento clássico de que a coisa julgada material seria exclusiva de decisões fundadas em cognição exauriente. Ocorre que o próprio conceito de cognição exauriente já é controvertido em doutrina, havendo quem a entenda como a cognição típica de qualquer sentença (seja terminativa, seja definitiva), sendo mero sinônimo de juízo de certeza, enquanto outros a veem como a cognição presente, exclusivamente, na sentença definitiva, que resolve o direito material.

É importante notar que o entendimento que defende que a coisa julgada material seria exclusiva de cognição exauriente foi firmado sob a égide dos anteriores Códigos, que não previam essa nova e complexa técnica: estabilização de efeitos de decisão fundada em cognição não exauriente + extinção do processo + previsão de prazo de 2 anos para propositura de ação destinada a modificar os efeitos da tutela estabilizada. Ora, à luz de novas regras processuais, sem precedentes até então no Direito Processual Civil brasileiro, parece essencial atualizar-se as lições de então.

Não se nega que a decisão interlocutória, concessiva da tutela antecipada antecedente seja fundada em cognição não exauriente. Ocorre que ela é, inegavelmente, decisão de mérito, pois reconhece e concede o direito material. Se o réu não apresentar impugnação recursal, ocorre uma estabilização da tutela antecedente (*caput* do art. 304), que gera a extinção do processo. A sentença extintiva deve ser capitulada como solucionadora do mérito (art. 487, I). E, de acordo com nosso conceito de cognição exauriente, ela é típica e própria de qualquer sentença, sendo, portanto, capaz de formar coisa julgada (formal, se terminativa, ou material, se definitiva).

A nova lei optou por conferir, às partes, um lapso de 2 anos dentro do qual, apesar de proferida sentença definitiva, não há formação de coisa julgada material, permitindo, durante esse interregno, a alteração dos efeitos da tutela estabilizada por meio de simples ação de modificação (art. 304, §§ 5.º e 6.º), sem natureza de ação rescisória. Esse interregno de 2 anos sem formação de coisa julgada material, apesar de proferida sentença terminativa, deve-se, exatamente, ao fato de decisão que concedeu a tutela (posteriormente estabilizada) ter sido fundada em cognição não exauriente. Ora, após esgotado *in albis* também esse prazo de 2 anos, não vemos como deixar de concluir que passa a ocorrer uma imutabilidade e indiscutibilidade do mérito, formando-se, assim, coisa julgada material.

A formação de coisa julgada material após transcorrido *in albis* o biênio referido no art. 304 impõe que seja *definitiva*, e não meramente provisória, a execução da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

A conjugação das claras regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do art. 304 leva, portanto, às seguintes conclusões: (i) após a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida mediante decisão interlocutória fundada em cognição não exauriente (*caput* do art. 304) e a extinção do processo mediante sentença definitiva (art. 304, § 1.º c/c art. 487, I), começa a correr o prazo decadencial de 2 anos (art. 304, § 5.º) – dentro do qual não há formação de coisa julgada material (§ 6.º do art. 304 e Enunciado 33 do FPPC) – para a propositura de ação autônoma destinada à modificação dos efeitos da tutela estabilizada e ao debate do direito material (§§ 2.º e 3.º); e (ii) após o transcurso de 0 anos (§ 5.º e 6.º) sem a propositura da referida demanda (§ 2.º), há *decadência* do direito de se apresentar a ação de modificação da tutela e debate do direito material e, ainda, forma-se *coisa julgada material*,⁴⁴ tornando-se cabível, apenas, a propositura de ação rescisória (desde que presentes seus pressupostos de cabimento, conforme art. 966), sendo descabida qualquer ação autônoma destinada a rediscutir o direito material.

6. Negócios jurídicos processuais envolvendo a tutela de urgência

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, permite-se que as partes capazes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (*caput* do art. 190). A regra geral é a de eficácia imediata dos negócios processuais, sendo desnecessária homologação judicial, salvo quando a lei a expressamente exigir (art. 200). O controle judicial dos negócios processuais é, em regra, *a posteriori*, podendo o juiz negar aplicação ao negócio somente quando identificar vício relacionado aos planos da existência ou da validade (art. 190, parágrafo único).

Um dos pontos que mais gerará polêmica, pelos próximos anos, no âmbito da processualística civil, refere-se ao objeto (alcance) dos negócios jurídicos processuais, uma vez que o art. 190 foi redigido de modo propositalmente genérico, para que ali viesse a ser consagrada uma verdadeira *cláusula geral* de *atipicidade* de negócios jurídicos processuais.

Como a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos veio consagrada mediante o estabelecimento de uma cláusula geral, não há limites previamente estabelecidos pelo legislador de modo claro, pormenorizado e específico. O art. 190, ao empregar o pronome possessivo “seus”, indica apenas que o objeto dos negócios processuais devem ser ônus, poderes, faculdades e deveres *das partes*. Não há identificação, porém, sobre quem é o titular de cada situação ou ato processual *lato sensu*, se são exclusivamente as partes, ou se o seriam terceiros (jugador, órgão jurisdicional, terceiros interessados etc.).

Em um dos estudos que fizemos sobre tema⁴⁵ tivemos a oportunidade de alertar para a absoluta necessidade de rompimento com o anterior sistema do CPC/1973, para que as novas premissas, em que o Código de 2015 se baseou, possam ser observadas e, com isso, os novos institutos possam desfrutar do alcance e da amplitude que efetivamente merecem. O novo Código deve ser lido com novos olhos, já que não há como caminhar para frente mirando-se o retrovisor.

Com base nessas premissas, cabe, nesta parte final deste breve ensaio, analisar os limites dos negócios processuais envolvendo as tutelas de urgência.

É lícita, primeiramente, a renúncia (unilateral ou bilateral) à própria tutela provisória, seja ela da evidência ou de urgência (antecipada ou cautelar, antecedente ou incidental). Afinal, nada impede que a(s) parte(s) abra(m) mão de direitos que são a ela(s) assegurados.

Também é lícita convenção destinada a ampliar as hipóteses em que se admite a estabilização, a fim de englobar, *v.g.*, a tutela da evidência e a tutela antecipada deferida incidentalmente.

Tampouco há impedimento para a celebração de negócio processual destinado a modificar o regime da tutela antecedente. No caso da tutela antecipada, podem as partes alterar o regime de estabilização, *e.g.*, convencionando no sentido do descabimento integral da estabilização, apesar da inexistência de impugnação pelo réu. É possível, ainda, convenção para indicar as espécies de atos de resistência (apenas o agravo de instrumento, somente a contestação, exclusão da reconvenção etc.) que são capazes de impedir a formação da estabilidade.

Cabe, também, negócio processual destinado a alterar a técnica da modificação da tutela antecedente estabilizada. Podem as partes convencionar, por exemplo, no sentido da renúncia ao direito de propor demanda autônoma de modificação (§§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º), a fim de que a coisa julgada material se forme já de imediato, assim que extinto o processo com base no art. 304, § 1.º. Também é possível negócio processual destinado a alterar o prazo de 2 anos para a propositura da ação de modificação da tutela estabilizada, seja para reduzi-lo, seja para ampliá-lo (caso em que o novo prazo, convencionado, não poderá ultrapassar o limite máximo, previsto na lei material, para a prescrição ou a decadência do direito debatido em juízo). Cabe, finalmente, negócio processual destinado a regular o ônus da prova (art. 373, §§ 3.º e 4.º) na ação de modificação.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*. vol. 179. ano 35. p. 175-216. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. Tutelas de urgência satisfativas autônomas. *Revista de Processo*. vol. 227. ano 39. p. 141-168. São Paulo: Ed. RT, jan. 2014.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 14. ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez. 2014.

_____. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. vol. 121. ano 30. São Paulo: Ed. RT, mar. 2005.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Revista de Processo*. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. vol. 202. ano 36. p. 233-266. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 2.

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

MITIDIERO, Daniel. Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

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

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? *Revista de Processo*. vol. 242. ano 40. p. 225-250. São Paulo: Ed. RT, abr. 2015.

PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*. vol. 203. ano 37. p. 99-118. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012.

PEYRANO, Jorge W. La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil. In: GREIF, Jaime (org.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Eds., 2002.

_____. La medida autosatisfactiva forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

_____. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Il Foro Italiano*. vol. 129. 5. p. Roma: Società editrice Il Foro Italiano, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*. s. 2. vol. 58. Padova: Cedam, 2003.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC; da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. *Revista de Processo*. vol. 235. ano 39. p. 151-186. São Paulo: Ed. RT, set. 2014.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de Processo*. vol. 206. ano 37. p. 13-59. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. *Revista de Processo*. vol. 231. ano 39. p. 125-141. São Paulo: Ed. RT, maio 2014.

Pesquisas do Editorial

- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO MAGISTRADO EM RELAÇÃO ÀS TUTELAS DE URGÊNCIA E AS INOVAÇÕES PROPOSTAS PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Nathália Castelumchi - RT 923/2012/145
- AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Desirê Bauermann - RePro 224/2013/425
- BREVE ANÁLISE SOBRE AS RECENTES PROPOSTAS DE ESTABILIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA, de Horival Marques de Freitas Junior - RePro 225/2013/179
- ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA NO PROJETO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NO NOVO CPC, de Artur César de Souza - RePro 230/2014/127
- TUTELAS DE URGÊNCIA:, de Gabriel Carmona Baptista - RePro 233/2014/99
- ANTECIPAÇÃO DA TUTELA POR EVIDÊNCIA E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, de Lucas Buriel De Macêdo - RePro 242 2015/523

FOOTNOTES

1

Referimo-nos à proposta que gerou maior repercussão no meio processual, constante do PL 186/2005.

2

Confira-se, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73-74: "(...) Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5.º, XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, *caput* e I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízes, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8.º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional 'dentro do prazo razoável'".

3

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 862.

4

Em sentido contrário, defendendo a impossibilidade de ampliação, pelo juiz, do prazo de 5 dias para emenda, NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 863.

5

Igualmente admitindo a realização de audiência de justificação no procedimento de tutela antecipada antecedente, antes da determinação no sentido da emenda da inicial, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 509; e BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 225.

6

Defendendo, em sentido parecido, que a expressão “emenda” seja interpretada em sentido bastante amplo, MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 487.

7

Da mesma forma, MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 486-487.

8

Acenando no sentido de possível inconstitucionalidade, na perspectiva tributária, no que diz respeito às taxas judiciárias devidas às Justiças Estaduais, BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 224. Criticando o regime de antecipação de custas para o pedido antecedente e dispensa de custas para o pedido principal, MACHADO, Marcelo Pacheco. *Revista de Processo*. vol. 202. ano 36. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011. p. 233-266.

9

Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 508. Em sentido contrário, sustentando que o pedido principal, formulado no momento do aditamento, pode conter mais minúcias ou ser mais amplo do que o indicado no requerimento de tutela antecedente, MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 486-487.

10

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 512.

11

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 209, ano 37. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012. p. 29; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 2, p. 609.

12

TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 29.

13

Idem, *ibidem*.

14

Em sentido contrário, YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. *Revista de Processo*. vol. 231, ano 39. São Paulo: Ed. RT, maio 2014. p. 125 e ss.

15

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 864.

16

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 608.

17

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC; da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. *Revista de Processo*. vol. 235. ano 39. São Paulo: Ed. RT, set. 2014. p. 151-186; MACHADO, Marcelo Pacheco. Op. cit., p. 233-266; e OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? *Revista de Processo*. vol. 242, ano 40. São Paulo: Ed. RT, abr. 2015. p. 225-250. Aparentemente também nesse sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 224 e 226.

18

Considerando que qualquer ato impugnativo do réu, não apenas o recurso, como também a contestação ou a reconvenção, seria capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente e a extinção do processo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 512; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 609; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 2, p. 216; MITIDIERO, Daniel. Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 789; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 29; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 2, p. 362-363; e GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 14, ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez. 2014. p. 304.

19

Dessa forma, TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 29; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 609.

20

No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 216; e SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 151-186. Em sentido contrário, defendendo que a sentença seria terminativa, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 612.

21

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 605.

22

No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 605.

23

Em sentido contrário, defendendo que o prazo não poderia/deveria correr da *efetivação*, mas da intimação do requerente sobre a *concessão* da tutela antecipada antecedente, SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 151-186.

24

Defendendo, também de *lege ferenda*, igual necessidade de consagração, no Direito Processual Civil brasileiro, da tutela de urgência satisfativa autônoma, CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. Tutelas de urgência satisfativas autônomas. *Revista de Processo*. vol. 227, ano 39. São Paulo: Ed. RT, jan. 2014. p. 141 e ss.

25

A original versão do referido Anteprojeto de Lei do IBDP (que não corresponde, com exatidão, à versão derradeira do posterior PL 186/2005) encontra-se publicada no seguinte trabalho: GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. vol. 121, ano 30. São Paulo: Ed. RT, mar. 2005. p. 35-37.

26

Importante fazer referência aos estudos iniciais de Jorge Peyrano sobre o tema: PEYRANO, Jorge W. La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil. In: GREIF, Jaime (org.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Eds., 2002. p. 215 e ss. Posteriormente, atualizando e aprofundando seu estudo sobre o tema, tem-se mais dois trabalhos do referido Professor, publicados em coletânea destinada ao estudo específico das *medidas autosatisfactivas*, que conta com trabalhos de outros estudiosos argentinos: PEYRANO, Jorge W. La medida autosatisfactiva forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 13 e ss; e PEYRANO, Jorge W. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.). Op. cit., p. 33 e ss.

27

Referimo-nos principalmente, mas não exclusivamente, ao art. 669-octies do *Codice di Procedura Civile*. Confrontando a tutela sumária italiana com a tutela provisória brasileira, ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*. vol. 179, ano 35. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010. p. 175-216. No Direito Processual Civil italiano, confira-se, dentre tantos estudos sobre o tema, RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*. s. 2., v. 58. Padova: Cedam, 2003, p. 211-226; e PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Il Foro Italiano*. vol. 129, 5. p. Roma: Società editrice Il Foro Italiano, 2006, p. 53-59.

28

O procedimento *de référé* vem no arts. 485 a 493, enquanto o *sur requête* encontra-se nos arts. 493 a 498 do Código francês. Para aprofundamento do estudo dessas técnicas francesas, em texto escrito em língua portuguesa, PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*. vol. 203, ano 37. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012. p. 99-118.

29

Da mesma forma, THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de Processo*. vol. 206, ano 37. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012. p. 13-59; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 511-512.

30

No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 512. Em sentido contrário, sustentando o descabimento de requerimento antecedente de tutela da evidência, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 214; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 787.

31

Dessa forma, MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 489 e 503.

32

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 612.

33

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 513.

34

SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 151-186.

35

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Op. cit., p. 125 e ss. Aparentemente também nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 611; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 218; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 13-34; e MACHADO, Marcelo Pacheco. Op. cit., p. 233-266.

36

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 513; e THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. Op. cit., p. 13-59.

37

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 2, p. 363; e GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 14, ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez. 2014. p. 304.

38

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 612; SOUZA, Artur César de. Op. cit., p. 151-186; e OLIVEIRA, Weber Luiz de. Op. cit., p. 225-250.

39

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 513-515; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 218; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 790-791; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 864; e TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 27-29.

40

GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 305.

41

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Op. cit., p. 225-250.

42

Enunciado 33 do FPPC: "(art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência".

43

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit., p. 514.

44

Da mesma forma, GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 305.

45

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 269-278.