

Tutela Provisória

1. "Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC

"Because Everything Alive Dies" Comments on New Brazilian Civil Procedure Act's Interim measures stability framework

(Autores)

BERNARDO SILVA DE LIMA

Mestre em Direito Público (UFBA). Doutorando em Ciências Jurídico-Civis (Universidade de Lisboa). Professor Assistente de Direito Processual Civil da Universidade do Estado da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito. Membro fundador da ANNEP - Associação Norte Nordeste de Professores de Processo. Advogado. bernardo.delima@gmail.com

GABRIELA EXPÓSITO

Especialista em Direito Processual Civil. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Salvador (UNIFACS). Membro da ANNEP - Associação Norte Nordeste de Professores de Processo. Advogada. gabrielaexposito1@gmail.com

Sumário:

- 1 Considerações Iniciais
- 2 Tutelas provisórias no NCPC: a técnica de antecipação dos efeitos das tutelas fundadas na urgência e a técnica de antecipação dos efeitos da tutela fundada na evidência
- 3 A estabilização da decisão que antecipa os efeitos da tutela no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente
 - 3.1 Inserção da estabilização no Brasil
 - 3.2 Estabilização da tutela antecipada no Direito Comparado
 - 3.2.1 Direito Italiano
 - 3.2.2 Direito Francês
 - 3.2.3 Direito Belga
 - 3.3 A estabilização da decisão antecipatória dos efeitos da tutela no NCPC.
 - 3.1.1 Ausência de aditamento e a extinção do processo: e os efeitos da decisão?

3.1.2 Estabilização: o que é?

3.1.2.1 Cognição e coisa julgada.

3.1.2.2 Regime da estabilização no NCPC

3.1.3 Um teste para o crente fiel: crede na contestação.

4 Conclusões

5 Referências

Área do Direito: Processual

Resumo:

O trabalho propõe: investigação sobre a natureza jurídica do instituto da estabilização e os efeitos práticos desse enquadramento no âmbito do procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente; identificação dos requisitos necessários à estabilização; e uma investigação sobre os impactos do exercício do direito recursal no regime da estabilização.

Abstract:

This paper aims to approach stabilization legal nature, phenomenon mentioned in the anticipatory interim measure procedure framework placed in the new Brazilian civil procedure act and seeks to identify the correspondent practical outcomes. Further on, it also intends to identify the requirements needed to compose stabilization. Last but not least, the paper advances to set an analysis on the impacts of the right to appeal in the stabilization framework.

Palavra Chave: Tutela antecipada em caráter antecedente - Estabilização - Tutela provisória - Novo Código de Processo Civil - Superestabilização.

Keywords: Anticipatory interim measure procedure - Stabilization - Provisional measures - New Civil Procedure Act - Superstabilization.

Sumário: 1. Considerações Iniciais - 2. Tutelas provisórias no NCPC: a técnica de antecipação dos efeitos das tutelas fundadas na urgência e a técnica de antecipação dos efeitos da tutela fundada na evidência - 3. A estabilização da decisão que antecipa os efeitos da tutela no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente: 3.1 Inserção da estabilização no Brasil; 3.2 Estabilização da tutela antecipada no Direito Comparado: 3.2.1 Direito Italiano; 3.2.2 Direito Francês; 3.2.3 Direito Belga; 3.3 A estabilização da decisão antecipatória dos efeitos da tutela no NCPC: 3.1.1 Ausência de aditamento e a extinção do processo: e os efeitos da decisão?; 3.1.2 Estabilização: o que é?; 3.1.3 Um teste para o crente fiel: crede na contestação - 4. Conclusões - 5. Referências.

1. Considerações Iniciais

Quando Chicó e João Grilo, personagens da narrativa de Ariano Suassuna, se deparam com a morte da cadela de seus patrões, constatam uma verdade irrefutável, que, por mais óbvia que seja, sempre causa dor.¹ No cenário em que a constatação aparece, a dor é tão impactante que justifica chantagear o pároco para emprestar à passagem do animal solenidades aplicadas à despedida dos homens.

O Novo Código de Processo Civil traz um regime inovador no âmbito da antecipação dos efeitos da tutela, que, como se verá a seguir, desafiará o estudioso sobre a compreensão acerca da vida e da morte dos efeitos da decisão judicial que a oferta.

Talvez, entretanto, no âmbito do novo regime da antecipação dos efeitos da tutela, a morte dos efeitos

apareça como um alívio e não como um sofrimento.

O regime objeto de estudo foi instituído no art. 303 do NCPC. Ali se possibilita à parte necessitada de provimento de urgência que formule um pedido autônomo de antecipação dos efeitos da tutela por demanda procedimentalmente descontextualizada daquela que veicula o pedido de tutela definitiva. Isto é, pela primeira vez o sistema processual admite que o pedido de antecipação de efeitos da tutela seja levado à apreciação do Estado-juiz sem que esteja inserido em um cenário de fundamentação de um pedido de tutela definitiva.²

Nesse contexto, se o postulante obtém a concessão da antecipação, deverá aditar a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, apresentando argumentação complementar. É dizer, com a obtenção da decisão favorável, surge o ônus³ para o autor de tornar sua postulação integral, de modo que o seu adversário se habilite a oferecer defesa também integral a compor o debate processual. É importante que se diga que, a partir desse mesmo dia a quo começa a fluir o prazo para interpor Agravo de Instrumento em favor do réu, na forma do art. 1.015, I.

Caso esse aditamento não ocorra, o processo é extinto sem julgamento do mérito (§ 2.º, art. 303). Aqui, surge uma primeira pergunta a ser respondida no desenvolvimento destes comentários: cessam os efeitos desta decisão favorável?

A seguir, aditada a inicial, o réu é citado e intimado para audiência de conciliação ou mediação (inc. II, § 1.º, art. 303). Se não houver autocomposição, seja porque autor e réu se manifestaram nesse sentido, seja porque, presentes à sessão ou audiência, não foi possível o aperfeiçoamento da transação, começa a fluir o prazo para contestar (art. 335).

A letra do *caput* do art. 304 indica, então, que diante da ausência de interposição de recurso, "a tutela antecipada torna-se estável", tendo as partes o direito de reformar ou invalidar a decisão estabilizada durante os dois anos subsequentes à intimação (art. 304, § 5.º). E, se isso ocorrer de fato, o processo será extinto (art. 304, § 1.º).

Daqui, se extraem três perguntas fundamentais para a compreensão desse mecanismo novo: a) poderá o operador ser um crente fiel da letra do *caput* do art. 304? b) como catalogar, isto é, compreender os contornos dessa espécie exótica que ora aparece no texto do CPC, ali batizada de "estabilização"? Uma advertência: não deve o leitor criar expectativas de aqui identificar possíveis problemas práticos a serem enfrentados pelos operadores do Direito no que toca à Administração da Justiça. Este trabalho propõe uma análise teórica - e não do ponto de vista da gestão do Judiciário - do instituto da estabilização à luz das bases da Teoria do Processo.

Advertência registrada, eis o plano de trabalho: antes de resolver os problemas propostos, a compreensão da estabilização implica conhecer as características do ambiente em que foi inserida, o que nos obrigará a visitar o tema das tutelas provisórias e conhecer as suas origens, o que determinará ainda que façamos referências a estudos de Direito Comparado promovidos pela doutrina brasileira. Quando esse trabalho estiver concluído, passaremos então a responder: a) o que é a estabilização, seu contexto e alguns de seus desdobramentos; b) se a estabilização se viabiliza diante da mera ausência de interposição do recurso, como indica o art. 304.

Ao trabalho.

2. Tutelas provisórias no NCPC: a técnica de antecipação dos efeitos das tutelas fundadas na urgência e a técnica de antecipação dos efeitos da tutela fundada na evidência⁴

O NCPC trouxe importantes modificações sobre a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, sistematizando a tutela da evidência e trazendo novidades no regime das tutelas de urgência.

No Livro V, o texto apresenta o regime das Tutelas Provisórias, indicando, no art. 294, que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou em evidência.⁵ Nessa passagem do texto, o termo "tutela de urgência" é utilizado em referência à tutela antecipada e à tutela cautelar.

Em breve definição, pode-se dizer que a tutela antecipada⁶ é uma técnica utilizada para atender demandas inaptas a aguardar a resolução judicial definitiva, porque a ausência de imediato acesso ao objeto da postulação tem aptidão de impor sobre o postulante um grave dano ou um dano de difícil reparação (antecipação de tutela satisfativa) ou, ainda, porque há imediata necessidade de conservar o bem jurídico objeto da disputa, sob pena de perda do resultado útil do processo (antecipação de tutela cautelar).

A técnica de antecipação, como se vê, pode ser utilizada tanto em procedimentos que buscam atingir a tutela satisfativa, isto é, procedimentos que objetivam determinar o consumo do objeto da postulação, quanto em procedimentos que objetivam a prestação de tutela jurisdicional cautelar, cuja missão é conservar o direito acautelado, sem, entretanto, satisfazê-lo, porque o seu foco é a proteção do direito material à cautela.⁷

A outra espécie de tutela provisória regulada pelo NCPC é a tutela da evidência, regulada pelos arts. 311 e ss. do texto.

A antecipação dos efeitos da tutela fundada na evidência possui um grau de plausibilidade da pretensão tão elevado que não é necessário que se demonstre o perigo para que a pretensão do autor seja satisfeita.⁸ Em outras palavras, a tutela da evidência não se funda nos dois pressupostos para concessão da tutela de urgência: *fumus boni iuris* (art. 273, *caput*, do CPC/1973) e *periculum in mora* (art. 273, I, do CPC/1973), mas apenas em um, qual seja, o *fumus boni iuris*.

A sistematização do tema *tutela de evidência* é atribuída a Luiz Fux, que, em sua tese de titularidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defendeu que a tutela da evidência se concede pela apresentação do direito evidente, ou seja, aquele direito que pode ser demonstrado por prova documental, como o direito líquido e certo do mandado de segurança.⁹

Em análise ampla sobre o instituto da tutela da evidência, ao tocar o tema da sumariiedade, Fux sugere que não há corte cognitivo vertical no caso da tutela da evidência. Para ele, a decisão liminar, nesses casos, é proferida por meio de cognição exauriente, diferente do que ocorre nas tutelas de urgência.¹⁰

Oferecendo uma outra perspectiva, Eduardo José da Fonseca Costa trata a *evidência* como sinônimo de *fumus boni iuris*,¹¹ de modo a se configurar como um requisito para a aplicação da técnica de antecipação dos efeitos da tutela. Para o autor, a antecipação de tutela com base na evidência requer a análise da simples verossimilhança num grau altíssimo,¹² suficiente para levar o juiz ao convencimento. Ele não coloca, de forma correta, a nosso juízo, o requisito do direito evidente (ou da prova documental) para tal concessão.

O tratamento dado à tutela da evidência no NCPC, parece, partiu de premissa distinta daquela elaborada por seu sistematizador. É que o art. 296, dispositivo integrante das "disposições gerais" da "Tutela Provisória", estatui que "A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada". Isto é, regulando as disposições gerais também a tutela da evidência, não há como negar que a decisão que concede ou nega tutela da evidência poderá ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada, característica típica de decisão proferida com o emprego de cognição sumária.

Definidos - ainda que brevemente - os traços distintivos entre as tutelas de urgência e a tutela da evidência,¹³ é o momento de passar à análise do procedimento autônomo de obtenção de antecipação dos efeitos da tutela.

3. A estabilização da decisão que antecipa os efeitos da tutela no procedimento da tutela

antecipada requerida em caráter antecedente

O NCPC abre, no Livro V, que regula a tutela provisória, três títulos: o primeiro para tratar das disposições gerais aplicáveis às tutelas de urgência e de evidência; o segundo para tratar especificamente da tutela de urgência e o terceiro para tratar especificamente da tutela de evidência. No segundo título, o texto então se subdivide em três capítulos: o primeiro estatui disposições gerais sobre a tutela de urgência; o segundo regula o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e o terceiro regula o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

O objeto de investigação desse trabalho, como se viu, é estudar os contornos do instituto da estabilização, inserido no regime do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, cujo funcionamento foi visto com brevidade nas nossas Considerações Iniciais.

Antes de avançarmos sobre esse objetivo, ainda, impõe-se estudar: a) o histórico de tentativas de inserção da estabilização no regime brasileiro; b) as experiências de tratamento dadas a institutos análogos pelo Direito Comparado.

3.1. Inserção da estabilização no Brasil

A primeira proposta de inserção da estabilização apareceu nas Jornadas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, realizadas em Foz do Iguaçu, entre 04 e 08 de agosto de 2003. Aí foi constituído um grupo de trabalho, composto por Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni e Kazuo Watanabe,¹⁴ que produziria uma proposta de alteração do art. 273 do CPC vigente, nele inserindo a previsão do procedimento autônomo de antecipação de tutela e, no seu regime, a estabilização. Tal proposta foi transformada no Projeto de Lei 186/2005 do Senado Federal, arquivada com o término da legislatura e não reeleição do seu autor em 2006,¹⁵ o Senador Antero Paes de Barros.

Essa proposta previa o deferimento da tutela antecipada incidentalmente ou em procedimento prévio, e, havendo omissão das partes quanto ao prosseguimento do processo ou à propositura da demanda cognitiva, a decisão formaria coisa julgada material.¹⁶

Justificava-se a inserção do instituto pela aptidão de definitividade do comando estabelecido na decisão antecipatória, sendo a antecipação total ou parcial. A intenção era deixar que as próprias partes decidissem sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição. De acordo com a construção proposta, se o ponto definido na decisão antecipatória era o que as partes pretendiam - pretensão configurada a partir do comportamento que adotassem, ter-se-ia por solucionado o conflito, ficando coberta pela coisa julgada a decisão proferida.

José Roberto dos Santos Bedaque, comentando referida proposta afirma, a respeito do instituto da estabilização, que "não iniciado o processo de cognição exauriente, a sentença proferida no processo sumário adquirirá imutabilidade, verificando-se o fenômeno da coisa julgada material (...)".¹⁷ Adiante, explica que "se a antecipação for deferida no curso do processo de cognição plena, ocorrendo a preclusão, poderá qualquer das partes postular o procedimento no prazo de 30 dias, objetivando o julgamento do mérito".¹⁸ Caso nenhuma das partes demonstrasse interesse em prosseguir com o debate processual, a decisão transitaria em julgado e a consequência lógica seria a submissão das respectivas decisões, inclusive as interlocutórias, à ação rescisória.¹⁹

Essa passagem é reveladora. O autor parece indicar que entende por estabilização a aptidão que a decisão antecipatória possuiria, no regime proposto, à formação de coisa julgada material. A estabilização, nesse contexto, seria uma etapa anterior à imutabilidade definitiva, confirmada pelo comportamento omissivo das partes.

A proposta construída pelo Grupo de Trabalho nas Jornadas de Foz do Iguaçu lançou as bases que permitiram a configuração do regime da estabilização e, assim, os trabalhos da comissão de juristas²⁰

instituída em 2009, pelo então presidente do Senado Federal, José Sarney, mediante edição do Ato no 379, a fim de elaborar um projeto de Novo Código de Processo Civil (que se tornaria, mais tarde, o Projeto de Lei 166/2010), comissão essa presidida pelo ministro Luiz Fux²¹ e que de fato inseriu a estabilização no ordenamento brasileiro.

3.2. Estabilização da tutela antecipada no Direito Comparado

3.2.1. Direito Italiano

A perspectiva da autonomia do provimento sumário, que veicula tutela cautelar do tipo antecipatório surgiu na Itália, onde existem dois tipos de provimentos propriamente cautelares: os meramente conservatórios das situações de fato ou de direito sobre os quais incidirá a futura sentença e aqueles antecipatórios da satisfação do direito.²²

Na realidade, no Código de Processo Civil Italiano, o poder geral de cautela foi concebido como instrumento de tutela de urgência apenas de natureza conservativa. Porém, para viabilizar a efetividade da tutela jurisdicional, a doutrina elasteceu a compreensão da cautelar genérica, incluindo, quando necessário, a antecipação da tutela.²³

No Decreto Legislativo 5/2003, consolidado pela Lei 80/2005, foi instituída uma tutela chamada de sumária, prestada em processo autônomo ou mesmo no âmbito dos procedimentos de cognição plena. Essa tutela seria suficiente para resolver a crise do direito material sem o sequenciamento e desdobramento necessário do processo de cognição plena. A tutela sumária, que antes era deferida em caráter acessório, passa a ter força própria tornando a cognição plena meramente eventual, trazendo uma solução mais célere às partes, mas não excluindo a possibilidade de existência da cognição plena por escolha das partes.²⁴

Posteriormente, a Lei 69/2009 revogou o Decreto 5/2003. Apesar disso, subsistiu a possibilidade de estabilização autônoma do provimento antecipatório dentro do procedimento cautela. A Lei 69/2009 criou um novo procedimento sumário, de natureza simplificada quanto à instrução, mas cujas decisões são baseadas na cognição plena, hábeis a formação de coisa julgada (caso haja a vontade expressa das partes em continuar a fase de cognição exauriente haverá coisa julgada,²⁵ ou seja, a estabilização propriamente dita não tem condão, no direito italiano, de formar coisa julgada).

3.2.2. Direito Francês

O sistema italiano buscou inspiração no procedimento do *référé* do direito francês para quebrar em 2003 o vínculo necessário entre tutela de cognição sumária e exauriente. O *référé* era ligado à necessidade de obtenção de tutela célere em casos de urgência.²⁶

Enquanto o direito italiano buscava incluir no poder geral de cautela a possibilidade de medidas com caráter satisfativo, o direito francês aperfeiçoava o *référé* que tem como característica básica autonomia frente ao processo principal.²⁷

Atualmente cogita-se que no direito francês existem três tipos de *référé*: o tradicional baseado na urgência; o *référé* cuja urgência é presumida, não havendo necessidade de demonstração no caso concreto e o modelo de *référé* em que a urgência é dispensada (*provision* e *injonction*).²⁸

O *référé* é instaurado (sem a obrigatoriedade de representação por advogado) de forma prévia à instauração do procedimento de cognição plena, porém a jurisprudência mais recente admite instauração durante o processo de cognição plena. A tutela concedida é provisória e, logo, não faz coisa julgada.²⁹

Segundo Érico Andrade e Humberto Theodoro Jr., o grande destaque do *référé* é que, uma vez concedida a tutela provisória do direito material, não há necessidade de instauração do processo de cognição plena. A decisão é completa no que diz respeito à executividade. Assim, ainda de acordo com o entendimento dos

autores, se as partes ficarem inertes, a decisão continuará produzindo todos os seus efeitos até se tornar definitiva em razão do decurso do prazo prescricional. Seguem afirmando que tal decisão não é provisória, já que produz efeitos indefinidamente até que venha a ser ou não desconstituída por cognição plena.³⁰

A finalidade do *référé* não é uma composição definitiva do conflito; é, pois, a estabilização de uma situação de fato. Tudo é feito de forma sumária, sem aspiração de definitividade. Portanto, tal decisão é desprovida de aptidão à formação de coisa julgada. Cabe às partes, assim como no modelo italiano, decidir sobre a instauração ou não do processo principal.³¹

3.2.3. Direito Belga

O direito belga no que tange tutela de urgência segue muito o direito processual francês.

Existem as medidas provisórias que se caracterizam pela urgência, pela natureza provisória e pela ausência de coisa julgada; a medida é obtida por meio de ação própria em que é proferida decisão com base na urgência, mas sem prejudicar a decisão do processo com cognição exauriente.

No *référé* belga cabem tanto medidas conservativas (do processo cautelar) como medidas satisfativas, mas, no direito belga, para a concessão das medidas satisfativas, fala-se na necessidade de direito evidente para provar a urgência.³²

3.3. A estabilização da decisão antecipatória dos efeitos da tutela no NCPC.

Através da breve análise feita acima, pode-se perceber que a estabilização da tutela antecipada não é um instituto nascido na legislação brasileira. Como se viu, se no Projeto de Lei 186/2005 do Senado Federal se construía uma tendência de modificação do perfil do instituto da estabilização no Brasil, as alterações posteriores do texto, sobretudo a que prevaleceu no texto definitivo do NCPC, demonstram que as experiências europeias foram, pelo menos na notocorda, acolhidas no ordenamento brasileiro.

3.1.1. Ausência de aditamento e a extinção do processo: e os efeitos da decisão?

Formulamos uma pergunta quando descrevemos o funcionamento do mecanismo do pedido autônomo de antecipação dos efeitos da tutela: afinal, o que sucede com os efeitos da decisão que acolhe o pedido diante da ausência de complementação da postulação do demandante, de modo a compor circunstanciadamente as razões que sustentam o pedido de tutela definitiva?

Embora o Código não responda à indagação expressamente, o resultado da extinção do processo sobre os efeitos da decisão só pode ser equivalentes àqueles que se deduzem da extinção do Processo Cautelar, previstos no art. 808 do CPC vigente, especificamente no seu inciso I. Ali, cessa o efeito da medida cautelar concedida porque o autor não demonstra interesse em perseguir a certificação do direito acautelado pela medida já concedida. O direito à cautela surge em um contexto em que a utilidade da conservação está respaldada pela persecução do reconhecimento do objeto da conservação. Se o sistema enxerga no comportamento da parte que busca a conservação a satisfação pela conservação, a conclusão é a de que a manutenção da cautela não se justifica, porque assim se desnatura a sua referibilidade. Essa é uma escolha que o sistema faz, em função dos imperativos constitucionais estatuídos pelo devido processo legal. Não parece compatível constitucionalmente um regime que defira à parte incapaz de criar subsídios fáticos e jurídicos para a pretensão que veicula satisfação integral e definitiva sobre um bem jurídico.

Dessa anotação não se extraia que a realidade regulada pelo art. 303 é idêntica. Em comum entre os dois cenários existe o dado de a urgência atrair a descrição de probabilidade de razão sobre as alegações do autor em conjunto com a apresentação do perigo do retardamento de obtenção da tutela e a opção feita pelo sistema em desfavor do postulante que não fundamenta o seu pedido integralmente, de modo a legitimar o benefício atribuído pela decisão. Mas a função dessa descrição se bifurca a partir daí. No processo cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* conformam a causa de pedir remota da

demanda cautelar e enquadram, assim, com a afirmação da existência do direito à cautela, o *thema decidendum*. No pedido autônomo de antecipação, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são meros requisitos de autorização de utilização da técnica antecipatória. O *thema decidendum* se preserva para debate posterior, a depender do comportamento do réu.

Assim, cessa a eficácia da decisão que antecipa os efeitos da tutela, na forma do art. 303, uma vez o postulante não promova o correspondente aditamento no prazo legal. O objetivo é permitir que, intimado da decisão antecipatória, o réu tenha condições de reagir com mais subsídios à sua disposição na sua peça de defesa.

Quando intimado da decisão antecipatória, o réu só terá à sua disposição os fundamentos iniciais do pedido autônomo de antecipação de tutela para compor o seu Agravo de Instrumento voltado à reversão da decisão, porque o seu prazo para agravar (art. 1.003, § 5.º) corre simultaneamente com o prazo para o autor aditar a inicial, se o juiz não conceder prazo maior, caso em que o autor terá prazo superior ao prazo de Agravo. Isto é, dificilmente o réu conhecerá as razões integrais do pedido de tutela definitiva ao agravar.

Essa constatação justifica que o aditamento da inicial não é postura incompatível com a estabilização, porque, quando o autor se vale do procedimento previsto no art. 303, nele ingressa sabendo que o destino do processo depende da postura que o réu adotar. Isso significa que, mesmo que construa as razões integrais do seu pedido de tutela definitiva, ainda poderá ele ver a extinção do processo sem que essa tutela definitiva tenha sido prestada, porque o réu não se insurgiu contra a decisão. Esse resultado só não se implementará se o autor, fundado no seu direito constitucional de ação, indicar que, mesmo diante da ausência de reação do réu, deseja apreciação sobre o pedido de tutela definitiva,³³ hipótese em que deve o juiz reconhecer os efeitos da revelia, se for o caso, e julgar antecipadamente o mérito, nos termos do art. 355, II.

Essa mesma constatação justificará, como se verá no item 3.3.3, que o *caput* do art. 304 não pode ser interpretado literalmente.

3.1.2. Estabilização: o que é?

Como já dito anteriormente, o § 6.º do art. 304 enuncia que a decisão liminar com efeitos estabilizados não faz coisa julgada.

Discussão de importância metodológica, didática e com repercussão prática, como se verá a seguir, diz respeito à natureza jurídica da estabilização.

Nesse sentido, pergunta inicial buscará fixar a compreensão sobre o objeto da estabilização. Ou seja: o que se estabiliza?

A resposta exige abordagem sobre alguns conceitos da Teoria do Processo.

3.1.2.1. Cognição e coisa julgada.

Como se viu, é importante recobrar algumas premissas de ordem teórica que habilitam o decisor a atuar, de modo que o sistema venha a reconhecer legitimidade - no sentido luhmaniano do termo - sobre o ato que gera a desconhecida estabilização.

Uma delas é o caráter da cognição que conforma esse ato decisório. Na técnica antecipatória, seja ela para ter efeitos estabilizados ou não, se emprega cognição sumária.³⁴

Embora as construções de Ovídio Baptista da Silva³⁵ e Kazuo Watanabe³⁶ sobre o fenômeno da cognição apresentem notas bastante destoantes, ambos convergem para a conclusão de que haverá sumariedade da cognição diante da impossibilidade (aqui identificada pelo primeiro autor pela expressão *corte horizontal*)

de aprofundamento na análise de questões, seja por ausência de tempo hábil para tanto, seja porque não foram expostos todos os argumentos das partes a que se pretendia ter acesso.

O pedido de antecipação de efeitos da tutela fundado na urgência revela exatamente a impossibilidade de aprofundamento na análise de questões porque não há tempo hábil para tanto (o postulante corre risco de dano).

Ora, se a cognição é superficial, se o decisor não teve contato com todos os dados que suportariam uma análise satisfatória, a seu juízo, das questões postas à sua apreciação, de modo a gerar o conforto que o leve a formar convencimento, é fundamental reconhecer a fragilidade de sua decisão. Portanto, o sistema não atribuiria, via de regra, a uma tal decisão aptidão de formar coisa julgada.

Naturalmente, essa não é uma conclusão que decorre da Filosofia do Processo. Nem sempre o emprego da chamada cognição sumária implicará a impossibilidade de formação de coisa julgada. Há situações que podem ocorrer no curso de um processo em que o decisor simplesmente é autorizado pelo sistema a abandonar a sua atração pela descoberta dos índices que o levarão a formar convicção para deixar o destino atuar sobre as partes. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz aplica a regra de distribuição estática do ônus da prova, após identificar a ausência de contribuição das partes para a constituição do material probatório. Ele julga para formalmente marcar o cumprimento do dever que a Lei lhe impõe de dar definição ao caso posto, não propriamente para atender ao chamado constitucional da prestação da tutela jurisdicional. O sistema, nesse ponto, parte do pressuposto que a prestação jurisdicional é dever de execução dependente de contribuição dos demais sujeitos processuais. Se eles não oferecem a contribuição, o Estado se exime do dever de investigação e julga conforme uma presunção - fragilíssima, a nosso juízo - estatuída pela regra de distribuição estática do ônus da prova.

Não é, portanto, construção lógica inafastável que o emprego de cognição superficial não gera decisão acobertada pela coisa julgada, ao passo que a cognição profunda a viabiliza. Essa será sempre uma opção do legislador e é por isso que, no regime brasileiro, embora a regra oriente, no maior número de casos, a formação de coisa julgada uma vez constatada a chamada cognição exauriente, por vezes o legislador constatará a conveniência de atribuir imutabilidade e indiscutibilidade a decisões produzidas com o emprego de cognição superficial - basta uma olhadela no regime da Monitoria no NCPC para constatar a assertiva.

Perguntar-se-ia, então, a seguir, o que vem a ser coisa julgada, para que se viabilize a identificação de traços distintivos que permitam conformar a estabilização.

Coisa julgada³⁷ é o efeito declaratório³⁸ da decisão irrecorrível que resolve questão,³⁹ desde que o sistema viabilize, após a reunião desses dois requisitos prévios, o reconhecimento da imutabilidade e indiscutibilidade da parte dispositiva da decisão. Essa ressalva pode parecer precipitada, mas, se buscarmos outros regimes de instituição de coisa julgada que não o proposto pelo CPC/1973, chegaremos à conclusão de que a afirmativa procede. No âmbito do Direito Processual Coletivo, por exemplo, a coisa julgada apresenta um comportamento bem diferente do que ocorre na codificação vigente. Ali, a coisa julgada se forma, via de regra, sobre decisão irrecorrível e que aprecia questão, mas esses dois dados não são suficientes para determinar o alcance da imutabilidade e indiscutibilidade. Um terceiro se apresenta necessário para atingir o objetivo: a integridade do material probatório produzido. Se não for constatada produção de suporte probatório suficiente - isto é, se o decisor não julgar vinculadamente a uma investigação ampla e profunda - o sistema não atribuirá a uma decisão com esse perfil a imutabilidade e indiscutibilidade que o CPC/1973 atribuiria de "olhos vendados". Por outro lado, se viu linhas acima que, mesmo diante da ausência de material probatório no processo, em outros casos a ordem jurídica atribuirá à decisão imutabilidade e indiscutibilidade, de maneira que o requisito da cognição exauriente, eventualmente indicado pela doutrina para a formação de coisa julgada só será válido se estiver em causa a análise sobre o que de ordinário se regula no CPC-73. Para identificar a aptidão de formação de coisa julgada de uma decisão, o intérprete terá sempre a dificuldade de identificar o regime regulatório da

decisão específica com que se depara. Só depois de realizada essa tarefa poderá ele chegar à conclusão a respeito da referida aptidão.

Assim, dois são os requisitos sempre presentes para atender ao suporte fático da formação da coisa julgada: a irrecorribilidade da decisão e a resolução de questão. Eles, contudo, sozinhos não se bastam, porque o legislador ainda terá de esclarecer se a presença dos dois requisitos, no caso, ensejará a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão. Em resumo, sendo a coisa julgada um fenômeno operado a partir de engrenagem jurídico-positiva, é sempre na Lei que se encontra o seu fundamento, que terá seu suporte na avaliação das características da decisão.⁴⁰

3.1.2.2. Regime da estabilização no NCPC

A decisão que antecipa os efeitos da tutela resolve questão de mérito, mas, como se viu, não emprega cognição exauriente. Por isso mesmo, provavelmente, terá optado o legislador por esclarecer que essa decisão não teria aptidão à formação de coisa julgada (art. 304, § 6.º).

A estabilização, portanto, há que ser definida com outros contornos. Se a coisa julgada conforma a imutabilidade do efeito declaratório, como dissemos, o que se estabiliza na decisão que antecipa os efeitos da tutela a partir de pedido autônomo?

A estabilização se opera sobre os efeitos jurídicos emergentes da decisão antecipatória (art. 304, *caput* e § 6.º, segunda parte). Com isso não se defende que tais efeitos se apresentem imutáveis. Efeito antecipatório de nenhuma ordem será imutável. O que é imutável é infinito e imortal. Mas os efeitos nascem para morrer. Os efeitos da decisão antecipatória provocada por pedido autônomo, estabilizados ou não, servem ao estabelecimento de um estado de coisas pretendido pelo autor. Se o réu cumpre a decisão, cessa o dever nela fixado. Se o réu não cumpre a decisão e contra ela não se insurge, o efeito permanece operativo, até que, eventualmente venha ele convencer o juízo, por ação autônoma "com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada", no prazo de 2 anos (§ 5.º do art. 304).

Supondo que o réu não reaja à decisão a seguir à intimação/citação, diz o Código, a decisão se estabiliza e o processo é extinto.⁴¹ Se, no período de dois anos, as partes não reacenderem o debate perante o Poder Judiciário, perderão o direito de rever, reformar ou invalidar a decisão. Isso significa que a estabilização ocorre antes de a parte perder esse direito. Ou seja, a estabilização *não é a perda do direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que promove a tutela antecipada*. É, ao contrário, um fenômeno antecedente.

Temos, então, o seguinte quadro: se a parte ré não impugna⁴² decisão que antecipa os efeitos da tutela, provocada por pedido manejado em procedimento autônomo, a antecipação da tutela concedida se estabiliza, mas a decisão que a concedeu poderá ser revista, reformada ou invalidada no período de 2 anos, de modo a reverter a estabilização. Isso, contudo, terá de ser feito mediante a propositura de uma ação nova, porque necessariamente será extinto o processo, nos termos do § 1.º do art. 304. Fosse adotada a terminologia tradicional, o que este § 1.º descreve seria uma hipótese de formação de *coisa julgada formal* sobre a decisão concessiva da tutela antecipada, porque se está diante de uma preclusão máxima, isto é, todos os sujeitos do processo perdem os seus poderes de manifestação sobre as questões do processo. Depois da constatação da ausência de impugnação do réu, só o juiz pode atuar, mesmo assim com margem cognitiva desprezível, para extinguir o processo, aplicando o efeito previsto no § 1.º do art. 304.

Contudo, as partes não perdem a oportunidade de discutir o teor da decisão - e, portanto, de manipular seus efeitos - após essa extinção. Se ajuizar uma das partes nova ação, no período de dois anos, a contar da ciência da decisão que extingue o processo, a decisão que antecipara os efeitos da tutela poderá ser revista, reformada ou invalidada.⁴³ É dizer, é possível ainda obter a substituição da decisão ou sua desconstituição apontando, supervenientemente, *error in iudicando* ou *error in procedendo* em seu conteúdo. Essa constatação deixa claro que não é possível jamais caracterizar a estabilização no âmbito da coisa julgada material, aliás, como esclarece o § 6.º do art. 304.

Dois cenários nos ajudarão a por à prova a tese de que a estabilização se opera sobre os efeitos da decisão: no primeiro, em que o réu atende ou se submete ao comando judicial, a parte terá obtido acesso à satisfação de sua necessidade, de modo que o estado de coisas pleiteado foi concretamente configurado, o que bloqueia a percepção sobre a permanência dos efeitos, porque, como vimos, eles se extinguem com a satisfação. O segundo, em que o réu não atende ao comando judicial, por outro lado, revela a força da estabilização. Passados dois anos da decisão sem que o réu tenha atendido à ordem do juiz, ele não poderá mais rever, reformar ou invalidar a decisão, mas o autor continuará podendo perseguir a efetivação da tutela antecipada conquistada mediante a veiculação de pedido autônomo. Os efeitos ficam estabilizados, porque se sustentam enquanto viva permanecer a missão para a qual eles foram criados.

A estabilização, então, se apresenta no NCPC como uma garantia de utilização dos efeitos da decisão que antecipa os efeitos da tutela, que pode ser destituída do beneficiário no prazo do § 5.º do art. 304. Depois disso, por uma opção vinculada à segurança jurídica, o direito de buscar tal destituição se extingue - algo que pode ser caracterizado como uma "super-estabilização". Essa extinção oferece repercussões práticas relevantes, como, por exemplo, o estabelecimento de um marco temporal, além do prazo prescricional instituído pela norma material, para que a parte contra quem foram impostos tais efeitos possa tomar a iniciativa de obter ressarcimento pelos danos que sofreu experimentando tais circunstâncias (art. 302).

Resta saber, por fim, após, do ponto de vista teórico, constatar que o fenômeno da estabilização não se confunde com a coisa julgada, que repercussões práticas dessa conclusão se pode extrair.

A chave do problema reside na inaptidão de a decisão que antecipa os efeitos da tutela certificar o direito material sustentado pela parte para subsidiar seu pedido de antecipação de tutela.⁴⁴ A certificação do direito material foge à moldura sobre a qual a decisão antecipatória atua. O juiz aqui trabalha sob a perspectiva da probabilidade da existência do direito sustentado apenas para fundamentar a decisão antecipatória.

Se o direito existe ou não, esse é um problema ainda a ser resolvido pelo Judiciário, caso as partes manifestem o interesse de escutá-lo a respeito disso, sobretudo porque tal certificação poderá interferir, como questão prejudicial, em uma outra ação, considerando o efeito positivo da coisa julgada. Interesse ainda mais evidente existirá se essa iniciativa for tomada antes do prazo de que trata o § 5.º do art. 304, porque a conclusão pela inexistência do direito cuja probabilidade dava suporte a decisão antecipatória terá aptidão de desconstituí-la ou reformá-la, abrindo-se a possibilidade de reverter a estabilização.

Apesar disso, diante da perda do direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que antecipa os efeitos da tutela, preserva-se a possibilidade de obtenção de decisão prestadora de tutela definitiva de natureza certificadora, ainda que eventualmente essa decisão se apresente incompatível com a decisão estabilizada. Ou seja, ainda que "superestabilizados" os efeitos da decisão, o seu teor ainda pode ser objeto de debate, porque coisa julgada nenhuma sobre ele terá sido formada.

3.1.3. Um teste para o crente fiel: crede na contestação.

Assim nos conta o art. 304: se, intimado da decisão concessiva do pedido antecipatório, o réu não recorre, fica estabilizada a antecipação da tutela.

É dizer, se interpretado como lido o texto, mesmo se o réu oferecer contestação à postulação aditada do autor, os efeitos da decisão ficarão estabilizados.

Quando o projeto do NCPC estava tramitando no Senado (Projeto 166/2010) o instituto se encontrava nos arts. 286 e ss. O art. 288, § 2.º,⁴⁵ assim como no texto definitivo, previa a extinção do processo, mas essa repercussão só se implementaria quando não houvesse *impugnação*.

Aqui reside uma diferença marcante.

Não é constitucionalmente compatível a restrição ao direito fundamental à obtenção de tutela jurisdicional

adequada, de que também é titular o réu, a partir do momento em que dirige à instância efetiva postulação.

Embora aqui e ali se observe algum fetichismo terminológico quanto aos *pedidos* (ou seriam requerimentos?) que o réu formula na peça de defesa, fugir da ideia de que esses *pedidos* vinculam a instância à sua respectiva apreciação é optar pelo distanciamento das diretrizes constitucionais do processo.

A extinção do processo, nesses casos, é, inquestionavelmente, inconstitucional.

Já é tarde para corrigir a redação do art. 304. Mas nunca será para emprestar-lhe interpretação compatível com a ordem constitucional, o que se viabilizará com a aplicação adequada das conhecidas técnicas de hermenêutica constitucional. Assim, a expressão *recurso*, ali presente, não poderá ser interpretada com o rigor técnico que se espera de um texto legal. Apesar do desconforto que a circunstância acarreta, porque a linguagem é das mais relevantes estruturas do Direito, dos males, o menor.

4. Conclusões

a) estabilização é uma garantia de utilização dos efeitos da decisão antecipatória, viabilizada por decisão que fica protegida pela coisa julgada formal;

b) a estabilização fica obstaculizada desde que o réu agrave da decisão ou conteste, ainda que o faça no prazo regular da peça de defesa;

c) a estabilização poderá ser revertida por ação autônoma no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extingue o processo;

d) estabilização não se confunde com coisa julgada material, que é a imutabilidade do efeito declaratório da decisão, de maneira que, mesmo após o prazo de dois anos disponível para revertê-la, é possível ajuizar ação de natureza declaratória;

e) o autor tem o ônus de aditar o pedido autônomo de antecipação, sob pena de cessação dos efeitos da decisão, provocada pela extinção do processo sem julgamento do mérito;

f) atendendo ao ônus de aditar o pedido, nessa oportunidade o autor poderá requerer ao juiz o julgamento definitivo, o que não implica incompatibilidade com a estabilização se verificadas as hipóteses autorizativas expostas;

5. Referências

Andrade, Érico, Theodoro Jr., Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Ed. RT, ano 37, vol. 206, abril/2012. p. 13 a 59.

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência*. In: YARSHELL, Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). Estudos em homenagem à Profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2012, p.660-683.

Cabral, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Costa, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Saraiva: São Paulo, 2011.

Didier Jr., Fredie, Braga, Paula Sarno, Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2. *e-book*.

Fux, Luiz. *Tutela de segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Morais, Gabriela Expósito Tenório Miranda de. *O juízo de simples verossimilhança como pressuposto exclusivo para a concessão dos efeitos da antecipação da tutela reintegratória*. Monografia de conclusão do Curso de Bacharelado em Direito defendida na Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2012.

Mourão, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Paim, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

Ricci, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 379-388.

Silva, Ovídio A. Baptista. *Teoria da Ação Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Silva, Ovídio Baptista da. *O Contraditório nas Ações Sumárias: da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Talamini, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, ano 37, vol. 209, julho, 2012. Editora Revista dos tribunais. p. 13-34.

Theodoro Jr., Humberto. *Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (org.). Bases Científicas para um renovado direito processual. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

Watanabe, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

Pesquisas do Editorial

- AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Desirê Bauermann - RePro 224/2013/425
- ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA NO PROJETO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NO NOVO CPC, de Artur César de Souza - RePro 230/2014/127
- A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO FORMA DE DESACELERAÇÃO DO PROCESSO (UMA ANÁLISE CRÍTICA), de Mirna Cianci - RePro 247/2015/249

FOOTNOTES

¹

"Porque tudo que é vivo, morre". Trecho de *O Auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna, nordestino que nos deixou recentemente e já deixa muitas saudades, para quem rendemos as nossas homenagens em edição da Ed. RT Nordeste com publicações exclusivas dos membros da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo.

²

À primeira vista, é possível que o intérprete aproxime o regime ora comentado do regime das cautelares autônomas previsto no CPC vigente, pelo qual a parte poderá ajuizar Ação Cautelar autônoma compondo o seu objeto apenas com o pleito de natureza cautelar, para, em momento posterior à concessão da medida, no prazo legal, ajuizar a ação principal, que veicula pedido de tutela satisfativa. Como se verá, entretanto, as técnicas são bastante distintas.

3

V. nota de rodapé n. 33.

5

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

6

Há que se ter cuidado, nesse sentido, com a redação dada pelo Código. O enunciado n. 28 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, aprovado em Salvador em 12 e 13 de novembro de 2013, esclareceu a confusão: "(arts. 294 e segs.17) Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva".

7

Por todos, Silva, Ovídio A. Baptista. *Teoria da Ação Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.11-49. Por outro lado, Eduardo Talamini afirma que a tutela cautelar e a tutela antecipatória urgente não são providências essencialmente diversas (Tutela de urgência no projeto do Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. RT, ano 37, vol. 209, julho, 2012. p.18), posição diametralmente oposta da que adotam os autores deste trabalho.

8

Talamini, Eduardo. op. cit. p.18-19.

9

Fux, Luiz. *Tutela de segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 306. Idem, p. 313-316.

10

Fux, Luiz, op. cit., p. 310.

11

Costa, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. Saraiva: São Paulo, 2011, p.71.

12

Luiz Guilherme Marinoni, em linha semelhante, apresenta a ideia de que o juízo que se exige do decisor é o de probabilidade, esteja diante de um pedido antecipatório, esteja diante de um pedido de tutela definitiva, porque "não se nega a possibilidade 'de as coisas não terem acontecido assim'". (*Antecipação da Tutela*. 12 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 167).

13

Nesse sentido, para aprofundamento, cf. obra de um dos autores deste texto, identificada pelas referências a seguir: Moraes, Gabriela Expósito Tenório Miranda de. *O juízo de simples verossimilhança como pressuposto exclusivo para a concessão dos efeitos da antecipação da tutela reintegratória*. Monografia de conclusão do Curso de Bacharelado em Direito defendida na Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2012. Além disso, v. Costa, Eduardo José da Costa. *O Direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011 e Fux, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. Saraiva, São Paulo, 1996.

14

Bedaque, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. Flávio Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (orgs.). *Estudos em homenagem à profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2012, p. 660-683, p. 660.

15

Paim, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 153.

16

Idem, p. 660.

17

Idem, p. 667.

18

Idem, p. 667.

19

Idem, p. 667.

20

A comissão foi integrada por Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

21

Talamini, Eduardo op. cit. p. 154.

22

Andrade, Érico, Theodoro Jr., Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Ed. RT, ano 37, vol. 206, abril/2012. p. 13 a 59.

23

Assim nos informa Humberto Theodoro Júnior (*Tutela Antecipada: Evolução, Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu*. In: Carneiro, Athos Gusmão e Calmon, Petrônio (org.). Bases Científicas para um renovado direito processual. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 387-403. No mesmo sentido, RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Italia. In: Armelin, Donaldo. *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 379-388.

24

Andrade, Érico, Theodoro Jr., Humberto, op. cit., p.22-23.

25

Idem, p. 24.

26

Idem, p.29.

27

Theodoro Jr., Humberto. op. cit., p. 393.

28

Andrade, Érico, Theodoro Jr., Humberto, op. cit., p. 31.

29

Idem, p. 32-33.

30

Idem, p.35-36.

31

Theodoro Jr., Humberto. op. cit., p. 394.

32

Idem, p. 395.

33

Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira defendem, a propósito, que é pressuposto da estabilização que o autor do requerimento de tutela antecipada antecedente **não** indique ter interesse no provimento de tutela definitiva (*Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. Capítulo 13, item 4.5.1 - página não identificada pelo *e-book*). Isso porque anunciam que a utilidade da técnica se vincula a casos em que o réu não tenha interesse de se defender. Nesses casos, o réu se beneficiaria de seu próprio comportamento silencioso, porque obteria a vantagem de não ser condenado ao pagamento de custas e, na pior das hipóteses, seria condenado ao pagamento de honorários de advogado, no máximo, ao percentual de 5%, em razão de analogia colhida dos arts. 700 e 701. Por isso, caso não se identificasse a ausência de requerimento do autor de julgamento definitivo, ele não poderia fazê-lo quando do aditamento previsto no inc. I do § 1.º do art. 303, na medida em que surpreenderia o réu disposto a obter o benefício. Essa surpresa seria configurada pela fluência concomitante do prazo para aditamento e do prazo para recurso que evita a estabilização, previsto no *caput* do art. 304. Optando por não recorrer para obter o benefício, o réu depois se veria vinculado, quando da sinalização de julgamento definitivo no aditamento promovido pelo autor, a eventual pagamento de custas processuais e honorários integrais, se, ao final do processo, saísse derrotado. A construção é inteligente, mas com ela não concordamos. Aliás, os próprios autores defendem que a estabilização se obstaculiza não só com o oferecimento do recurso previsto no *caput*, como também com a oferta de contestação (*Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. Capítulo 13, item 4.5.1 - página não identificada pelo *ebook*). Como nós defenderemos a seguir, isso decorre do direito fundamental à prestação de tutela jurisdicional titularizado também pelo réu. Portanto, o prazo para que ele promova o obstáculo sobre a estabilização é bem maior que o prazo de recurso - mais uma vez divergimos dos autores, que defendem, no ponto, que para a contestação alcançar esse efeito, é necessário que seu protocolo seja antecipado para o prazo recursal, o que parece ser medida exótica, porque dificilmente o réu abdicará do direito de defesa ampla, concretizado, no procedimento comum, pela possibilidade de construir contestação a partir da integralidade das razões da demanda. Daí não se pode dizer que ele sofrerá prejuízo se o autor sinalizar intenção de obter julgamento definitivo no aditamento do pedido de antecipação de tutela antecedente; quando do prazo da contestação, ele já conhecerá as intenções do autor.

34

Didier Jr., Freddie, Braga, Paula Sarno, Oliveira, Rafael, op. cit., p. 456.

35

Silva, Ovídio Baptista da. O Contraditório nas Ações Sumárias. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254-255.

36

Watanabe, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

37

Não se desconhece, obviamente, a distinção tradicional apresentada pela doutrina entre coisa julgada formal e coisa julgada material, mas não podemos reproduzi-la em razão de não compartilharmos da premissa de que se socorre a construção. Segundo essa orientação, a distinção entre a coisa julgada formal e material reside na abrangência do impacto. A coisa julgada material pressuporia a formação de coisa julgada formal, porque aquela imporia a imutabilidade e indiscutibilidade exoprocessual da decisão, de modo que, para alcançar esse objetivo, a decisão já teria que, intraprocessualmente, ter se tornado indiscutível e imutável. Além disso, difundiu-se a ideia de que a coisa julgada material acoberta a decisão sobre questão de mérito, o que, como se percebe na nota a seguir, não explica o fenômeno apontado no art. 268 do CPC/1973. Diante disso, preferiu-se, neste trabalho, usar o termo coisa julgada para representar a imutabilidade e indiscutibilidade exoprocessual da decisão, verse ela sobre questão de admissibilidade ou questão de mérito do processo.

38

Não pretendemos, nesse momento, tomar posição sobre a natureza jurídica da coisa julgada material.

39

Luiz Eduardo Mourão já demonstrou que o regime do CPC/1973 reconhece formação de coisa julgada - imutabilidade e indiscutibilidade da decisão - mesmo nas hipóteses em que a decisão se reserva a apreciar questão de admissibilidade do processo, construção viabilizada a partir da interpretação do art. 268 do CPC/1973, que obstaculiza a repropositura da ação quando identificada por prévia sentença perempção, litispêndência e coisa julgada (*Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008).

40

Essa passagem, em especial, mas não só ela, recebeu significativa contribuição do Prof. Dr. Becloute Oliveira, da Universidade Federal de Alagoas.

41

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de 12 e 13 de novembro de 2013, ocorrido em Salvador, construiu o enunciado n. 32, que extrai mais uma hipótese de estabilização, além da que se encontra expressamente prevista no Código: "(art. 304) Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente²⁰. (Grupo: Tutela Antecipada)". Isto é, diante do reconhecimento da procedência do pedido de antecipação de tutela, ou de qualquer outro ato negocial, a decisão também se estabilizaria. O enunciado elaborado privilegia a vontade das partes e a celeridade processual, o que nos parece uma excelente alternativa para casos em que o mérito principal da controvérsia judicial não precisa ser discutido, nos casos em que a executividade de uma decisão é suficiente para cumprir a tutela jurisdicional da parte a estabilização se encaixa perfeitamente, sendo mais célere e mais simples.

42

No item a seguir enfrentaremos o problema da interpretação sobre a expressão "recurso", presente no *caput* do art. 304.

43

Assim se deve interpretar o § 5.º do art. 304, quando estatui que o direito a ser perdido é o de "rever, reformar ou anular a *tutela antecipada*" (destaque nosso). A expressão tutela, como, aliás, é empregada no *caput* do art. 304, diz respeito aos efeitos emergentes da decisão antecipatória. Efeito não se anula. Efeito se mantém ou se extingue. Efeito não se reforma. Efeito se substitui. Por isso se pode concluir que os efeitos são o objeto da estabilização. Assim, o texto no § 5.º emprega a mesma expressão do *caput*, mas não se refere ao mesmo significado ali atribuído.

44

Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 52.

45

"§ 2.º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia".

4

A distinção entre tutela jurisdicional e técnica dos direitos ficou difundida entre nós pela obra de Luiz Guilherme Marinoni, que a tem entre seus pilares fundantes. Parte ele da premissa de que tutela implica acesso ao resultado pretendido, ao passo que as técnicas são instrumentos habilitantes do alcance desse resultado (*Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 30 e ss.). Essa premissa é adotada pelos autores deste trabalho. Apesar disso, se reconhece que as expressões "tutela de urgência" e "tutela de evidência" são recorrentemente utilizadas na doutrina e na legislação para fazer menção à técnica antecipatória e não à espécie de tutela jurisdicional. Por isso mesmo, em algumas passagens do nosso texto, reproduziremos esse sentido.