

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

BRUNA VENÂNCIO

**A CONTROVÉRSIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA
ANTECEDENTE À LUZ DA LEI 13.105/2015**

**CURITIBA
2018**

BRUNA VENÂNCIO

**A CONTROVÉRSIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA
ANTECEDENTE À LUZ DA LEI 13.105/2015**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

Orientadora: Prof^a. Ma. Tatiana Denczuk

**CURITIBA
2018**

BRUNA VENÂNCIO

**A CONTROVÉRSIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA
ANTECEDENTE À LUZ DA LEI 13.105/2015**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____
Professora Ma. Tatiana Denczuk

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Antes de iniciar o presente trabalho, gostaria de expor meus sinceros sentimentos de gratidão a todos que me estiveram ao meu lado e contribuíram para a obtenção de sucesso nessa complexa jornada.

Primeiramente, agradeço a minha família por me dar toda a estrutura necessária, incentivo aos estudos, e mesmo com todos os obstáculos jamais me deixando desistir, e além de tudo, sempre me fazendo compreender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Do mesmo modo, a professora Tatiana Denczuk, por me proporcionar todo o conhecimento necessário para desenvolver este estudo, por estar a todo momento a disposição, analisando cada redação de forma minuciosa, além de prestar todo o auxílio necessário, enfim, orientando com graciosidade e extrema competência. Agradeço inclusive, por todas as críticas construtivas que serviram como incentivo e me fizeram progredir cada vez mais.

Por fim, a todos meus companheiros de faculdade, demais professores e colegas profissionais, que desde o início me acompanham, e sem dúvidas farão parte da minha formação e estarão ao meu lado colhendo os frutos de todo esforço e dedicação.

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar as mudanças ocorridas no ordenamento civil em decorrência da entrada em vigor do CPC/2015, em 18 de março de 2016, mais especificamente no tocante às medidas provisórias, em especial as tutelas de urgência e a tutela antecipada antecedente, em virtude da inovação apresentada pelo legislador, a qual permite a estabilização dos seus efeitos em determinada situação, gerando grande controvérsia na doutrina. Para tanto foi analisada a evolução histórica das tutelas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os fundamentos utilizado para justificar a reforma do CPC, nesse aspecto. Para uma melhor compreensão do leitor foi realizada uma diferenciação entre conceitos básicos que envolvem a temática, além de um compilado de todas as características necessárias para obtenção da referida tutela de urgência. Por fim, analisado o método de estabilização da tutela, com seus pressupostos e efeitos gerados, expondo se ocorre a formação de coisa julgada ou não e, encerrando com os métodos revisionais e de invalidade.

Palavras-chave: CPC/2015, medidas provisórias, tutelas de urgência, estabilização da tutela, formação de coisa julgada.

LISTA DE SIGLAS

ARTS.	– Artigos
CF	– Constituição Federal
CPC	– Código De Processo Civil
CDC	– Código de Defesa do Consumidor
DL	– Decreto-Lei
LC	– Lei Complementar
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	5
LISTA DE SIGLAS	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	9
2.1 NOÇÕES GERAIS A RESPEITO DA PROVISORIEDADE DA TUTELA	9
2.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL	14
2.2.2 O CPC/73 e o Tratamento Dado às Tutelas Provisórias	21
2.2.3 Tutelas Provisórias no CPC/2015	25
3 TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA	27
3.1 CAUTELARIDADE E SATISFATIVIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA.....	29
3.2 FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO	31
3.2.1 Perigo de Dano ou Ilícito (<i>Periculum in Mora</i>)	33
3.2.2 Probabilidade do Direito (<i>Fumus Boni Iuris</i>).....	35
3.2.3 Efetivação das Tutelas	37
3.3 TÉCNICA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	40
3.3.1 Irreversibilidade dos Efeitos	40
3.4 MOMENTOS PARA REQUISIÇÃO (TUTELAS DE FORMA ANTECEDENTE E INCIDENTAL).....	43
4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	46
4.1 NOÇÕES GERAIS	46
4.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA ESTABILIZAÇÃO.....	48
4.3 ESTABILIZAÇÃO E A COISA JULGADA.....	52
4.3 MÉTODOS REVISIONAIS E DE INVALIDAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ESTABILIZADA	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A legislação processual civil passou atualmente por uma cobiçada mudança com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, um ano após ser sancionada, em 16 de março de 2015, popularmente conhecida como Código de Processo Civil.

O antigo ordenamento, substituído por referida lei, entrou em vigor em 11 de janeiro de 1973, com uma diferença aproximadamente de 33 anos do atual. É evidente que alguns de seus artigos não condiziam com a realidade, estavam em desuso e necessitavam de adequação. Após muitos estudos, juristas e doutrinadores concluíram que a mudança deveria ocorrer e decidiram ainda que o foco do novo ordenamento deveria ser reformulado, visando dar maior eficácia e contemplação à justiça, além de principalmente fornecer celeridade processual, diminuindo ao máximo o tempo de violação ao direito, fato que antes era prejudicado pelo procedimento aplicado.

É de vasto conhecimento que ao longo dos anos o mundo jurídico tenta reduzir a violação ao direito através de técnicas processuais que permitam ao julgador, permitindo a antecipação daqueles efeitos que somente seriam alcançados ao final, a fim de coibir as partes a utilizarem meios diversos, como a autotutela, para solucionar seus conflitos, pois seria um retrocesso do direito

Dentre as diversas alterações, as tutelas provisórias encontram-se em destaque, pois é resultado de uma grande evolução. Foram modificadas e restauradas com base no princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, visando contemplar o direito à efetividade e à prestação jurisdicional.

Os fundamentos utilizados para tais alterações são oriundos da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual impõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa dizer que o direito garantirá a tutela reparatória e preventiva, não agirá apenas após a violação, como também evitará a violação por meio de mecanismos existentes. O inciso LIV da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e o inciso LXXVIII que determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua

tramitação” garantem a todos o direito de obter uma tutela jurisdicional em tempo justo sem maiores delongas.

As tutelas provisórias atuam com o intuito de dar maior prestação jurisdicional e agilidade ao procedimento, e são temas controversos, já que é uma maneira antecipada de requerer uma tutela durante o transcurso do processo, podendo ocorrer em momentos com enxuta ou ampla cognição exauriente, de forma provisória e com a possibilidade de ser revista quando necessária, até a decisão definitiva.

A tutela provisória é um gênero que possui algumas espécies, de urgência e evidência, podendo ser requerida de forma antecipada ou incidental, dentre as quais este trabalho decidiu focar na tutela antecipada antecedente de urgência, tendo em vista a possibilidade de sua estabilização, pois gerou grande debate e controvérsia entre juristas e doutrinadores. Dessa forma, merecendo um estudo aprofundado acerca de suas modificações.

No tocante à estabilização da tutela, a polêmica envolve basicamente os seguintes aspectos: qual seria o procedimento necessário para que a tutela antecipada antecedente, que tem como característica a provisoriedade, se estabilize? Uma vez estabilizada, essa tutela teria como consequência a formação de coisa julgada ou não? Além disso, existiria a possibilidade de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada?

Este projeto foi a fundo no estudo referente à tutela antecipada antecedente, iniciando o primeiro capítulo com uma apresentação geral sobre as tutelas provisórias, a diferenciação entre cautelaridade e satisfatividade, após um longo relato histórico a respeito do surgimento das tutelas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, sua evolução e a transição do código de 1973 para o de 2015.

Já o segundo capítulo trata detalhadamente sobre a tutela de urgência, distinguindo conceitos como cautelaridade e satisfatividade, e em seguida aprofundando-se nos requisitos para obtenção da referida medida, e concluindo com o momento de requisição.

Por fim, o último capítulo aborda o assunto central deste trabalho, a estabilização da tutela, com seus pressupostos, efeitos gerados, qual a natureza dos efeitos e até mesmo os métodos revisionais e de invalidade.

2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

2.1 NOÇÕES GERAIS A RESPEITO DA PROVISORIEDADE DA TUTELA

Falar a respeito de tutela provisória automaticamente remete a questões temporais. O tempo tem se tornado um fator muito importante no processo, pois uma solução à lide atrasada pode solucionar o problema das partes em muito pouco ou quase nada.¹

Inclusive, como afirma Luiz Guilherme Marinoni, a demora processual acaba privilegiando a parte que não tem razão, a qual deseja a manutenção da situação e a não aplicação do direito, pois lhe trará prejuízos.²

Sendo assim, o processo civil foi se adequando para tentar evitar danos durante o percurso processual, então o legislativo proporcionou o direito e o judiciário, quando é provocado, deve tornar efetivos os direitos, uma das formas utilizadas é por meio de concessão das tutelas provisórias.³

O processo vive em constante conflito, pois em determinados casos precisa primar pela segurança jurídica das partes, já em outros prioriza a duração razoável do processo, sendo considerado justo quando harmoniza esse conflito. Precisa, ainda, exercer sua função e distribuir de forma isonômica e adequada o ônus do tempo no processo.⁴

Diante disto, o Código de Processo Civil se preocupou em realizar uma sistematização formal das tutelas possíveis de concessão antecipada, conseqüentemente, alterando a estrutura dos procedimentos cíveis e até mesmo criando alguns. Uma das modificações mais discutidas foi a unificação de algumas tutelas por meio de um gênero Tutelas Provisórias, que se subdivide em duas

¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória: Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**: A tutela jurisdicional provisória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/108723056/v2/document/117717122/anchor/a-117717122>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 20-22.

³ MARINONI, loc. cit.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/105867603/v3/document/120916468/anchor/a-120916468>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

espécies, urgência e evidência. No primeiro caso, unindo a satisfatividade e cautelaridade, e na segunda sendo apenas satisfativa.⁵

A primeira espécie de tutela provisória, qual seja, a de urgência, tem ainda mais duas subdivisões, sendo satisfativa e cautelar, conforme expõe o artigo 294 do CPC.⁶

Essa nomenclatura utilizada pelo legislador desagradou em muito os doutrinadores, que acreditam ser um retrocesso ao direito. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “Ao preferi-la o legislador deu vários passos atrás e optou ver o processo por uma perspectiva interna de análise em detrimento de uma preocupação com uma efetiva tutela dos direitos”.⁷

É necessário demonstrar em qual momento cognitivo essas tutelas podem ser concedidas, pois no direito processual clássico a efetivação de um direito era possível apenas em um momento em que se obtivesse a certeza, ou seja, em que fosse possível cognição exauriente, que somente é possível quando se dá às partes oportunidade de exercício pleno do contraditório e ampla defesa, para se manifestarem e comprovarem o seu direito.⁸

A técnica de cognição é um exame fundamentado, por meio do qual o julgador forma um juízo de valor através de todos os elementos e alegações apresentados pelas partes. O ato cognitivo é um ato de cognição, conhecimento e compreensão do julgador para formular a melhor decisão possível. Alexandre Freitas Câmara define-a da seguinte forma: “Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidilas”.⁹

Essa atividade do juiz é bem exemplificada por Teori Zavaski, nos seguintes termos:

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Lage Fernando. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? **Revista de Processo**. São Paulo, v. 262, p. 03, dez.2016.

⁶ Art. 294, CPC: A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395.

⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

⁸ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**: do processo cautelar, arts. 796 a 812. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 83.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p. 249.

Na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado.¹⁰

A cognição possui dois enfoques, quais sejam, o aspecto horizontal, que considera a amplitude da cognição, que pode ser ampla ou parcial; e o aspecto vertical, que considera a profundidade da cognição, que pode ser exauriente ou sumária.¹¹

No plano horizontal, é considerada a amplitude da cognição, tem-se como elemento básico a sua extensão, a qual é basicamente a estipulação de quais matérias poderão ser analisadas na ação. É a extensão do conteúdo que envolve o objeto em litígio passível de apreciação.¹²

Nesse contexto, a cognição pode ser ampla (plena) ou parcial (limitada). Será a primeira quando o objeto for a integralidade do conflito existente, não enfrentando limites quanto a matéria a ser arguida. Sendo assim, será a segunda quando o objeto da demanda for apenas parcela do conflito, enfrentando limitações em relação a matéria trazida à lide.¹³

A regra geral é a cognição ser ampla, mas em algumas situações por determinações da lei será parcial. Nesse caso terá limitações em elementos objetivos do processo. Nos procedimentos especiais o campo das pretensões de direito material podem ser limitados, e, conseqüentemente, das alegações de defesa, como por exemplo o caso das ações possessórias onde a lei determina a impossibilidade de se discutir o domínio.¹⁴

Já no plano vertical, a classificação é feita com base no grau de profundidade, sendo exauriente a que possui profundidade completa e a sumária incompleta.¹⁵

A cognição exauriente se baseia em um exame aprofundado do conjunto probatório, por consequência, entre o pedido e a entrega será necessário um

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografia/s/119230263/v1/document/119470563/anchor/a-119470563>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

¹² ZAVASCKI, op. cit., p. 19.

¹³ ZAVASCKI, loc. cit.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Atualizada, 2005. p. 127.

¹⁵ WATANABE, loc. cit.

transcurso de tempo, por mais eficiente que seja o judiciário. Esse conhecimento efetiva os diversos princípios processuais, como por exemplo o do contraditório e ampla defesa. Em síntese, essa cognição é a qual atinge “o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor segurança”¹⁶.

A cognição sumária, por sua vez, pode ter como característica a postergação do princípio do contraditório e ampla defesa, pois pode ser requerida em um momento de urgência, onde a demora da tutela poderá gerar danos à parte, requerendo uma decisão prévia. É uma análise superficial, sendo assim, o juiz se prende aos requisitos necessários de verossimilhança e probabilidade do direito, ou em alguns casos pode utilizar-se da evidência para decidir. Sendo aprofundada e apta para formar coisa julgada apenas posteriormente, após uma maior compreensão dos fatos e direitos. Essa cognição é típica dos provimentos provisórios.¹⁷

Após aliar as duas modalidades de cognição, estaria o juiz pronto para realizar o julgamento processual definitivo, apto para formar coisa julgada. Nesse sentido,

Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais. Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses buscada por provimento que se assente em cognição exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição.¹⁸

Ocorre que, em algumas situações, o juiz precisa decidir antecipadamente, como acontece nas tutelas provisórias, ou seja, em um momento de cognição sumária, e nesses casos a lei prevê uma eficácia temporal provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, diferentemente das decisões obtidas em cognição exauriente que são definitivas.¹⁹

Nesse sentido, a principal característica das tutelas satisfativas e cautelares são, em virtude desse momento de cognição sumária em que são concedidas,

¹⁶ ZAVASCKI, 2009.

¹⁷ MARINONI, 2017.

¹⁸ WATANABE, 2005, p 129.

¹⁹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Das técnicas de cognição e do grau de estabilidade das decisões judiciais. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, v. 34, p. 33-34, dez. 2006.

respectivamente, provisoriedade e temporariedade, as quais não devem ser confundidas.²⁰

As tutelas antecipatórias são chamadas de provisórias pois dependem de uma futura decisão que as confirmem ou revoguem. Já as tutelas cautelares são consideradas como temporárias porque estão diretamente ligadas ao tempo, ou seja, até o momento em que seja necessária, dura enquanto o direito estiver sendo violado.²¹

Existem diferentes limites temporais para as tutelas provisórias. O principal é a duração do processo, pois após seu deslinde não terá mais razão para existir. Existe também a questão da finalidade, pois uma vez atingido o seu objetivo por definitivo deixará de ser útil.²²

Os ensinamentos de Antônio Cláudio da Costa Machado referentes ao tema dão uma maior clareza:

Provisoriamente não se confunde com temporariedade, pois enquanto o temporário é simplesmente aquilo que não dura para sempre, que possui em si mesmo uma duração limitada, independentemente da perspectiva de que um outro fato sobrevenha, o provisório é aquilo que está estabelecido para durar apenas até que surja um evento sucessivo, em vista e em espera do qual o estado de provisoriedade subsiste.²³

As tutelas provisórias não são protegidas pela coisa julgada material, pois são decorrentes de cognição sumária, tendo como característica a mutabilidade.²⁴

É possível dizer então “que tal conceito contrapõe-se ao de definitividade. Uma tutela provisória não tem o condão de consolidar a situação jurídica pretendida pela parte, com aptidão para se tornar imutável. Nesse contexto inserem-se tanto a tutela cautelar quanto a antecipada”.²⁵

Diante desta explicação, podemos dar início aos estudos acerca das medidas provisórias previstas no direito processual civil Brasileiro.

²⁰ SAMPAIO JUNIOR, José Herval **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares de acordo com o projeto de novo CPC. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97.

²¹ ZAVASCKI, 2009, p. 35.

²² Ibid., p. 36.

²³ MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 293.

²⁴ MARINONI, 2017.

²⁵ RIBEIRO, 2017.

2.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL

2.2.1 Tutelas Provisórias Antes do Advento do CPC/73

Visando uma melhor compreensão a respeito do tema, é importante, em um primeiro momento, realizar um esclarecimento sobre a origem das tutelas provisórias na legislação brasileira.

Há muito tempo existe a necessidade de efetivar e garantir de alguma forma o resultado do processo, pois o transcurso de prazo para elucidar a lide, apesar das constantes modificações, costuma estender-se por anos, muitas vezes ocasionando danos às partes em virtude dessa delonga.

Os primeiros vestígios de tutelas provisórias no direito foram vistos na lei das XII Tábuas. Darci Ribeiro Guimarães explica de uma forma clara como o intuito estava presente: “ através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*. No *addictus* a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito.”²⁶

Posteriormente foi notada a sua presença nas vertentes romanas, onde a execução se dava apenas após um extenso processo de cognição, quando realmente não existisse dúvidas na controvérsia imposta pelas partes litigantes. O processo era basicamente dividido em duas etapas: um declaratório do direito e outro para possibilitar a sua efetivação.²⁷ Contudo, já nesse direito visualizava-se traços de medidas de antecipação do direito material, o denominado *interdicto*, que era utilizado para possibilitar a satisfação prévia do pedido inicial do autor. Vale ressaltar que o processo tinha natureza privada.²⁸

Assim, no direito italiano, na vigência do CPC italiano de 1865, diversos autores discutiram sobre o processo cautelar e sua finalidade, concluindo que as medidas

²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, p. 56-57, abr-jun. 1997.

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 342, p. 107-120, 1998.

²⁸ CARMIGNANI. Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2001. p. 05.

provisórias atuavam com o objetivo de garantir a vontade da lei aplicada no processo principal, sendo assim acessória, mas sem perder sua autonomia.²⁹

O Brasil resistiu até determinado momento, quando começou aos poucos a incorporar medidas de antecipação de tutela, as quais atuavam apenas em caráter excepcional, e exclusivamente em procedimentos especiais.³⁰

A partir da Constituição Federal de 1934, a competência legislativa processual passou a ser exclusivamente da União. Em decorrência da novidade, veio a ser editado o Código de Processo Civil de 1939. Esse foi o marco inicial de introdução do poder geral de cautela no ordenamento brasileiro, em seu artigo 675^{31, 32}.

Referido código fez a previsão, inclusive, das chamadas medidas preventivas, que consistiam em:

Arresto de bens do devedor, no sequestro de coisa móvel ou imóvel, na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito, na prestação de cauções, na exibição de livro, coisa ou documento, em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam, em obras de conservação em coisa litigiosa, na prestação de alimentos provisionais, no arrolamento de bens, na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, na separação de corpos e no depósito de filhos em casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.³³

Porém, parte da doutrina não compreendeu no artigo 675, a presença de um poder geral de cautela, pois não ficou clara a possibilidade do juiz atuar em situações contrárias aos casos tradicionais previstos expressamente. Por sorte, a maior parte dos doutrinadores identificaram a presença desse poder, entretanto os Tribunais

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Booseller, 1998. p. 273.

³⁰ THEODORO JUNIOR, 1998.

³¹ Art. 675, CPC: Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando o estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa. BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

³² CUNHA, Leonardo Carneiro. **Tutela jurisdicional de urgência no Brasil**: relatório nacional (Brasil). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 219, mai. 2013.

³³ CUNHA, 2013.

agiram de forma contrária, não se sensibilizando com a necessidade de utilização, concedendo minimamente medidas cautelares que ultrapassassem o artigo 676.³⁴

Posteriormente, foi editado o Código de Processo Civil de 1973, o qual vigorou até pouco tempo. Em sua redação originária, este código determinava que os incidentes de urgência fossem resolvidos através da ação cautelar.³⁵

No entanto, os advogados diante da ausência de previsão de medidas antecipatórias, acabavam por postular medidas satisfativas, por meio de ações cautelares. Entretanto, parcela da doutrina era desfavorável, pois a medida cautelar tinha o objetivo de garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional, não sendo de sua natureza a execução provisória da ação.³⁶

Diante disso, em seguida foram também concebidos certos procedimentos especiais, com a reforma do artigo 273, que tutelavam situações emergenciais, por meio de medidas antecipatórias.³⁷

O procedimento ordinário era, enfim, ineficaz para casos de urgência, sendo inoperante para elidir uma ameaça ou evitar a concretização de um dano iminente. Em virtude dessa ineficácia, os interessados passaram a valer-se de ações cautelares, desvirtuando sua finalidade, justamente porque eram utilizadas para efetivar, desde logo, o direito da parte, contendo insólito cariz satisfativo, incompatível com sua desejada feição instrumental e acessória.³⁸

Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni³⁹ destaca que “parcela da doutrina, fiel à natureza da tutela cautelar, não admitiu que o juiz concedesse medidas sumárias satisfativas com base no art. 798” e, assim as denominadas ações cautelares inominadas atuavam como forma de obtenção das tutelas de urgências não previstas no capítulo “Dos Procedimentos Cautelares Específicos”.

Erroneamente, parcela dos doutrinadores denominou essas demandas de ações cautelares satisfativas, que abrangiam tanto os casos de cognição exauriente com liminar, como cognições sumárias satisfativas, apesar da grande diferença entre os procedimentos.⁴⁰

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. jun. 2012. **Marinoni Advocacia**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

³⁵ CUNHA, 2013.

³⁶ MARINONI, 2012.

³⁷ CUNHA, 2013.

³⁸ CUNHA, 2013.

³⁹ MARINONI, 2012.

⁴⁰ MARINONI, 2012.

Em seguida, as reformas realizadas no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994⁴¹, inseriram no ordenamento jurídico a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, o legislador optou por garantir a efetividade e os resultados do processo, independente dos riscos que a concessão da medida antecipatória poderia apresentar, pois poderia ser concedida em momento de cognição sumária. Nesse momento julgava-se ser menos impactante os riscos de injustiça que fossem provenientes de uma antecipação de tutela incorreta do que os riscos advindos de uma resposta jurisdicional intempestiva, pois por mais célere que o processo consiga fazer, ainda sim requer uma demora inevitável. Entretanto, visando reduzir os riscos, desenvolveram pressupostos precisos e condições para se obter a antecipação da tutela.⁴²

Nas palavras de Teori Albino Zavascki “mais que uma simples alteração de um dispositivo do Código, a nova lei produziu, na verdade, uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual”.⁴³ A alteração foi tão significativa que passaram a estar presentes não somente em procedimentos especiais, mas em qualquer processo.

Ainda, essas reformas já previam, “no inciso II do art. 273⁴⁴, modalidade de tutela da evidência, fundada na verossimilhança da alegação e no propósito protelatório ou na natureza abusiva da defesa do réu”.⁴⁵ Por aquele dispositivo, cabia ao juiz conceder a antecipação da tutela quando estivesse presente prova inequívoca,

⁴¹ A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, atribuiu nova redação ao art. 273 e nele incluiu os incisos I e II e os §§ 1º a 3º.

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 454.

⁴³ ZAVASCKI, 2009, p. 74.

⁴⁴ Art. 273, CPC: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. §1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo**. Brasília, ano 48, n. 190, abr-jun. 2011. **Portal do Senado**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/22902/000925568.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 set. 2017.

que o convencesse da verossimilhança das alegações apresentadas pela parte requerente.

O magistrado deveria agir com prudência e atenção ao nível de complexibilidade que a antecipação a ser concedida envolveria. As provas exigidas deveriam ser mais completas que as solicitadas em tutela cautelar, não bastando apenas a mera aparência.⁴⁶

No mesmo sentido, dever-se-ia atentar ao perigo de irreversibilidade do provimento, como advertia a respeito Luiz Guilherme Marinoni:

O princípio da probabilidade não pode desconsiderar a necessidade de ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível do réu. Definir, na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando ela pode trazer prejuízos irreversíveis ao réu impediria a consideração das particularidades do 'caso concreto' e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada.⁴⁷

Referida lei fazia previsão expressa, por meio do artigo 461⁴⁸, da possibilidade de o magistrado conceder medidas, em um momento de cognição sumária, previamente à citação do réu, que objetivassem a futura contemplação do direito.

Tal modificação representou muito mais, desencadeou uma mudança nos rumos ideológicos do processo, pois a universalização da tutela rompeu com o

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 114.

⁴⁸ Art. 461, CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

sistema originário que tratava de forma separada, em ações e processos autônomos, de conhecimento, cautelar e de execução. Pois muitos desses procedimentos foram transportados para dentro do processo de conhecimento.⁴⁹ Ou seja, “Muito mais importante e apropriado será considerá-la nas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados: como tutela definitiva ou como tutela provisória”⁵⁰.

Continuou sendo estudada a possibilidade de reforma das antecipações de tutela, desencadeando as alterações em 2002 através da Lei 10.444. Novamente o artigo 273 passou por modificações, tendo destaque a inclusão do parágrafo 7⁵¹, o qual previu expressamente a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelares e a as tutelas antecipadas.

Além desses instrumentos citados, a Constituição Federal também merece destaque no desenvolvimento histórico das tutelas provisórias, pois o legislador do processo tem o dever de seguir as garantias impostas por ela. Conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno, “o processo tem como finalidade, como objetivo, algo que lhe é exterior. Ele não vale por si próprio; sua finalidade é aplicar o direito material corretamente, realizando-o concretamente.”⁵²

Isso se justifica, pois “em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados.”⁵³

Os princípios constitucionais que baseiam as tutelas provisórias, são resumidamente, o direito à razoável duração do processo, disposto no art. 5.º, LXXVIII, da CF, e o direito à devida tutela, disposto no art. 5.º, XXXV.⁵⁴

⁴⁹ ZAVASCKI, 2009, p. 09.

⁵⁰ ZAVASCKI, loc. cit.

⁵¹ Art. 273, §7º, CPC/73: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código do Processo Civil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 04.

⁵³ ZAVASCKI, 2009, p. 60-62.

⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**: Capítulo II. Tutela provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104783476/v3/document/118785923/anchor/a-118785923>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, popularmente conhecida como “A reforma do Judiciário”, instaurou na Constituição o princípio da razoável duração do processo⁵⁵, o qual pode ser concretizado por meio do instituto das tutelas antecipadas.⁵⁶

Inquietos, os legisladores continuaram estudando e tentando promover alterações para viabilizar o procedimento:

A continua reflexão sobre o tema gerou o Projeto de Lei do Senado n. 186/2005, sobre a estabilização da tutela antecipada, que teve origem em proposta formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Embora o Projeto não tenha sido convertido em lei, teve decisiva influencia no Projeto que gerou o novo Código de Processo Civil.⁵⁷

Diante das necessidades, o Senado Federal, em conjunto com o Governo Federal, decidiu que seria elaborado um novo Código de Processo Civil, que, conforme explica José Herval Sampaio Junior “foi feito sem qualquer parâmetro estrangeiro e para a realidade atual, retirando claramente os excessos do cientificismo, simplificando ao máximo os procedimentos”⁵⁸.

O projeto inicial que apresentou a proposta de reforma do Código de Processo Civil tramitou pelo Senado sob o número 166, chegando após muitas modificações na Câmara dos Deputados com o n. 8.046, com alterações significantes em relação às tutelas provisórias. Entre as principais alterações estava a distinção entre os institutos, onde a tutela antecipada, como gênero, compreenderia mais duas espécies, a tutela de urgência e a tutela de evidência. Possuindo dois momentos de requerimento, antecedente ou incidental. A tutela antecipada do código de 1973 passou a ser a tutela antecipada satisfativa. Já a tutela cautelar corresponde à tutela antecipada cautelar.⁵⁹

⁵⁵ Art. 5º, LXXVIII, CF: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. CÉSPEDES, 2017, p. 09-10.

⁵⁶ BUENO, 2009, p. 05.

⁵⁷ SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 07-08.

⁵⁸ SAMPAIO JUNIOR, loc. cit.

⁵⁹ BUENO, op. cit. p. 31-35.

Inovou inclusive, com a possibilidade da tutela antecipada de urgência em caráter antecedente se estabilizar, em casos em que haja ausência de resistência da parte adversa, tendo como consequência a extinção do processo. Entretanto, não formando coisa julgada material.

Posteriormente, referido projeto retornou ao Senado, momento em que foram concluídas as alterações, sendo submetido à sanção presidencial, resultando na Lei nº 13.105, de 16/03/2015, que entrou em vigor um ano após.

2.2.2 O CPC/73 e o Tratamento Dado às Tutelas Provisórias

Como mencionado, o Código de Processo Civil de 1973 foi o primeiro a implementar tutelas provisórias. Primeiramente, referido ordenamento, destinou o livro III ao Processo Cautelar, que era dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro trazia disposições gerais”, referente ao procedimento cautelar comum, e o segundo tratava de procedimentos cautelares específicos”, ou, como também conhecido, procedimentos cautelares nominados, os quais eram discriminados na lei.⁶⁰

O livro destinado aos procedimentos cautelares visava proteger a efetividade do direito ao final do processo, evitando danos decorrentes da demora processual.⁶¹ Enrico Tullio Liebman consignou que essa tutela se destinava “a assegurar, a garantir o curso eficaz e o resultado útil das outras duas, concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição”.⁶²

Essa tutela cautelar integrava o gênero tutela preventiva, e possuía finalidade de conceder a proteção jurisdicional ao direito subjetivo, ou até mesmo a outros interesses classificados como legítimos, mas que não se confundam ou se identifiquem com os direitos subjetivos.⁶³

Em relação ao momento de obtenção, a tutela cautelar poderia ser concedida desde uma cognição sumária, pois no instante em que a proteção do direito fosse

⁶⁰ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Volume 3. Brasília: Saraiva, 2011. p.114.

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 36

⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 216.

⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Assumpção. **Curso de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 05.

invocada, a cognição exauriente que o julgador tivesse que desenvolver não seria compatível com a urgência que se presumia existir, sendo elemento indispensável para a concessão da tutela cautelar. Referida exigência de cognição aprofundada acabaria tornando o procedimento ordinário inadequado.⁶⁴

No entanto, esta não é a única característica da tutela cautelar, não é suficiente que esta medida tenha sido concedida em um momento de prévia cognição, é indispensável que não satisfaça o direito material, para que possa ter essa condição de cautelar.⁶⁵ Humberto Theodoro Júnior seguia no mesmo “jamais ocorrerá, pois são neutras diante do resultado do processo principal”.⁶⁶

Já no âmbito de duração das medidas, é importante ressaltar que as concedidas em sede de processo cautelar tinham eficácia temporal e limitada estando submetidas à duração da situação de risco apresentada no processo, ou seja, com o fim da situação pendente a causar dano, a cassação da medida era de rigor.⁶⁷

O procedimento cautelar era autônomo e sempre vinculado ao processo principal, o qual continuava prosseguindo sem interferências, ou seja, quem precisasse de uma tutela precisaria propor duas ações. Ademais, o processo cautelar era a única forma de se obter uma tutela preventiva.⁶⁸

Uma segunda previsão neste ordenamento era o processo cautelar inominado, utilizado para se obter tutelas cautelares que não estavam expressamente reguladas no livro III, e que seguia o rito do procedimento cautelar comum.⁶⁹

Em síntese, o processo cautelar era caracterizado pela autonomia, pois precisava ser requerido autonomamente por meio de petição inicial; por ser acessório, tendo em vista que era dependente da ação principal; pela sua sumariedade, pelo momento de cognição sumária em que era concedido; provisoriedade, em virtude da necessidade de decisão posterior que a revogasse ou confirmasse; e, por fim, função na maioria das vezes preventiva.⁷⁰

⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, 2008.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela: tutela antecipatória e tutela cautelar**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75363605/v12/document/76212171/anchor/a-76179484>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 67.

⁶⁷ CÂMARA, 2016.

⁶⁸ MARINONI, 2011.

⁶⁹ DESTEFENNI, 2011, p.115.

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais**. 14. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 53.

O procedimento de conhecimento comum não contava com mecanismos de antecipação de tutela, resultando sempre em um dos três modelos de sentença, condenatória, declaratória e constitutiva.⁷¹ Como explica Luiz Guilherme Marinoni:

Tal procedimento não possuía liminar antecipatória porque a execução, segundo a doutrina clássica, somente poderia iniciar depois de exaurido o processo de conhecimento o qual era destinado à averiguação da existência dos direitos. Não seria possível a execução antes de finda a fase de conhecimento porque não teria cabimento invadir a esfera jurídica do réu sem a ele ter sido conferida ampla oportunidade de defesa.⁷²

Esse modelo processual não impedia alguém de violar o direito de outro durante o tramite da ação, desencadeando a transformação da legislação para formular proteções.

Diante disto, implementaram na prática jurídica as chamadas “cautelares satisfativas” utilizada para obter desde logo a proteção do direito em procedimentos cautelares, prática duramente criticada por doutrinadores, que afirmavam o desvio de finalidade das ações cautelares.⁷³

Em virtude disso, a antecipação de tutela foi posteriormente implementada de forma expressa no CPC de 1973, após a reforma de 1994, através da Lei nº 8.952/1994, passando a ser cabível em qualquer ação de conhecimento. Luiz Guilherme Marinoni justificou as alterações da seguinte forma: “não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa.”⁷⁴

Entretanto, o instituto já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro, em procedimentos específicos.

Uma das formas preexistente às modificações de 1994, era a possibilidade em ações possessórias, caso preenchidos os requisitos de se manter ou reintegrar na posse do bem antes da decisão final de mérito.⁷⁵

⁷¹ MARINONI, 2011.

⁷² MARINONI, 2011.

⁷³ ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thoms.onreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128266057/v1/document/133565035/anchor/a-133565035>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁷⁴ MARINONI, 2017.

⁷⁵ CUNHA, 2013.

Além dessas previsões do CPC, algumas leis extravagantes regiam formas de antecipação de tutela como a lei do Mandado de Segurança, da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Civil Pública, da Ação Popular.⁷⁶

O Código de Defesa do Consumidor apresentou em seu artigo 84⁷⁷, a possibilidade de antecipação da tutela em casos referentes à obrigação de fazer ou não fazer, inclusive, serviu de inspiração para o CPC, que modificou o artigo 461⁷⁸, indo no mesmo sentido do CDC.⁷⁹

Para a concessão da antecipação, o artigo 273, do CPC de 1973, por sua vez, disciplinava que teria que ser feita a requerimento da parte.⁸⁰

Além disso, os requisitos necessários para a concessão das medidas eram o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, indispensável para a tutela antecipada, aliado à prova inequívoca que gerasse verossimilhança.⁸¹

Esse é o conhecido contexto de probabilidade, cabendo ao juiz identificar os requisitos necessários. Daí as seguintes expressões legais: “verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”⁸²

No tocante ao tempo de duração, a antecipação de tutela não era definitiva, assim como a tutela cautelar, mas ambas não devem ser confundidas, pois a antecipação da tutela depende de uma decisão superveniente que a confirme ou revogue.⁸³

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97-100.

⁷⁷ Art. 84, CDC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. [...]. CÉSPEDDES, 2017, p. 812.

⁷⁸ Art. 461, CPC/73: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código do Processo Civil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

⁷⁹ MARINONI, 2011.

⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado do direito processual civil**. Vol. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: código de processo civil - Lei nº 13.105/2015**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 212.

⁸² LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Portal do Senado**. Brasília, ano 48, n. 190, p. 184, abr-jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 06 out. 2017.

⁸³ CÂMARA, 2016.

O CPC/73, em seu artigo 273, era vago sobre os momentos e os limites temporais para obter a de antecipação da tutela, não esclarecendo se poderia ser requerida logo ao início do processo, ou até mesmo *inaudita altera parte*, além de não esclarecer se poderia ser concedida até a prolação da sentença, ou também posterior a ela. A resposta formulada pela doutrina é de que caso fosse possível, seria mais prudente aguardar a manifestação da parte contrária para formular uma decisão mais precisa, mas, não sendo, poderia ser antecipada desde logo de forma excepcional, pois esbarram no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, poderia também ser concedida a qualquer momento no decurso processual, desde que necessária.⁸⁴

Das decisões que concedessem ou negassem a antecipação de tutela caberia recurso. Caso concedida em sentença poderia ser recorrível por apelação juntamente com os demais pedidos, ou em apartado por agravo, caso contrário apenas por agravo de instrumento, que seria destituído de efeito suspensivo.⁸⁵

Cabe ressaltar, que nesse ordenamento a antecipação de tutela possuía mais de uma natureza jurídica. A determinada pelo perigo de dano, que tinha natureza satisfativa e era caracterizada pela presença do *periculum in mora*. A tutela pelo abuso do direito de defesa, era uma espécie de tutela de evidência, também satisfativa, mas condicionada pela alta probabilidade do direito. Existia ainda, a determinada pela incontrovérsia do pedido, que se revestia do verdadeiro julgamento antecipado. E por fim, as fundadas em obrigações de fazer ou não fazer, quando havia um receio de ineficácia do provimento final.⁸⁶

Conclui-se então que o Código de Processo Civil de 1973, possuía medidas cautelares e antecipatórias, que passaram por modificações até tornarem-se o modelo atual do CPC 2015.

2.2.3 Tutelas Provisórias no CPC/2015

⁸⁴ DINAMARCO, 2003. p. 79.

⁸⁵ Ibid., p. 84.

⁸⁶ RIBEIRO, 2017.

A primeira mudança apresentada pelo CPC/2015 no âmbito das tutelas provisórias foi em relação à nomenclatura, criando um gênero tutela provisória, com duas espécies, sendo a primeira a tutela de urgência e a segunda tutela de evidência.

Em seguida, fez-se a unificação dos institutos, retirando a autonomia do procedimento cautelar através da supressão do livro que fazia previsão dessa medida. Agora tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada devem ser buscadas no processo principal, de forma antecedente ou incidental.⁸⁷

Ao realizar essa unificação, o legislador automaticamente criou um título específico para tratamento das tutelas provisórias, subdividindo-as em tutelas provisórias de urgência e tutelas provisórias de evidência apresentando as condições gerais aplicáveis às tutelas de urgência nos artigos 300 e 310 e as de evidência no artigo 311 do CPC/2015.⁸⁸

O objetivo do novo ordenamento foi viabilizar o procedimento, simplificando o sistema e, conseqüentemente, o tornando mais célere, reconhecendo que a tutela antecipada e a cautelar possuem a mesma natureza jurídica, qual seja, a proteção do interesse das partes.⁸⁹

A tutela de urgência exige, para sua concessão, o elemento perigo da demora. Já a tutela de evidência dispensa o perigo, mas, por não ser objeto do presente trabalho, não será abordada. A tutela de urgência, por sua vez, será melhor aprofundada no capítulo seguinte.

⁸⁷ RIBEIRO, 2017.

⁸⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/104421858/v2>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁸⁹ ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017.

3 TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

Inicialmente, cumpre realizar uma explicação sobre em que consiste a urgência em questão.

A espécie tutelas provisórias de urgência abarca tanto as tutelas cautelares como as antecipadas. Ao pé da letra, essa tutela serve para combater o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.⁹⁰

O legislador utiliza-se das expressões perigo de dano e resultado útil do processo e é certo que ambas não possuem um significado jurídico exato, mas representam que, no decorrer do processo, pode ocorrer gravame que apresente alguns riscos.⁹¹

Luiz Guilherme Marinoni critica o emprego desses termos, pois segundo ele a tutela antecipada não serve para combater um ou outro apenas, podendo em alguns casos combater ambos os perigos.⁹²

Ademais, afirma que entendeu o legislador que a tutela cautelar tem como objetivo proteger o resultado útil do processo, como se o requerimento não visasse a realização do próprio direito. Entretanto, a tutela cautelar não serve para proteção do processo, é uma tutela do direito da parte, o direito material. Devendo a expressão risco ao resultado útil ao processo significar, portanto, que sem a tutela provisória poderá não atingir o resultado almejado.⁹³

Alega o mesmo autor que apenas a expressão perigo de demora abrangeria tanto uma tutela contra o ilícito quanto uma contra o dano. Pois, como é claro, é preciso decidir de forma provisória por não poder esperar, não sendo possível conviver com a demora e suas consequências.⁹⁴

Conclui-se, então, nas palavras de referido autor, que a expressão mais correta para representar a urgência seria o “perigo de demora (*periculum in mora*)”, pois se a tutela demorar, poderá ocorrer o ilícito, continuar ocorrendo, se repetir e podendo até ser irreparável ou de difícil reparação.⁹⁵

⁹⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

⁹¹ MARINONI, 2017.

⁹² MARINONI, 2017.

⁹³ MARINONI, 2017.

⁹⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

⁹⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

Daniel Mitidiero confirma essa teoria, dizendo que a tutela baseada na urgência está maculada com um vício de nomenclatura, por uma duplicação conceitual.⁹⁶

De acordo com ele, é incontroverso que se tenha como base o *periculum in mora*, ou o perigo de demora, porém é incorreto realizar a distinção entre o perigo de tardância e o perigo de infrutuosidade, já que o único pressuposto é o perigo de demora da prestação de tutela jurisdicional, diante do perigo a ela inerente.⁹⁷

Dessa forma, o conceito importante para a presente tutela é o perigo de demora, diante da impossibilidade de espera, sob pena de futura frustração de obtenção e satisfação da tutela principal almejada. Sendo assim é o perigo ligado à espera que acarreta atos ilícitos.⁹⁸

Por fim, concluiu o evidente equívoco do legislador da seguinte forma⁹⁹:

Daí o equívoco da opção do legislador ao falar em perigo de dano e perigo ao resultado útil do processo, os quais acabam restringindo de forma equivocada a *infrutuosidade da tutela do direito* que se pretende evitar com a alusão ao *perigo na demora* ao campo temático do fato danoso, deixando descobertas as inúmeras tutelas ligadas ao ato ilícito

Na tutela cautelar o perigo de dano exige que a tutela devida ou a situação tutelável ao direito material esteja exposta ao perigo, ou seja, quando o autor passa a temer pela inefetividade da tutela final, diante de ações do réu para frustrar de alguma forma o resultado.

Já na tutela antecipada, o perigo de dano se apresenta como a possibilidade de dano ao bem que se pretende ver entregue ao final, entretanto, aqui a tutela se torna imprescindível para evitar danos ao direito conexo ao direito objeto da tutela final.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/78238675/v3/document/124349514/anchor/a-124349514>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁹⁷ MITIDIERO, 2017.

⁹⁸ MITIDIERO, 2017.

⁹⁹ MITIDIERO, 2017.

3.1 CAUTELARIDADE E SATISFATIVIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA

Analisada a questão da urgência, cumpre-se fazer uma distinção entre os termos cautelaridade e satisfatividade, os quais são encontrados em espécies diversas de tutela e não podem ser confundidos, pois por mais que ambas as tutelas provisórias – cautelar e satisfativa - sejam antecipadas em relação à tutela final, não são colocadas no mesmo patamar.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “existe direito à satisfação dos direitos e existe direito à sua assecuração, que é um direito referível aquele”, ou seja, é possível ter tutela satisfativa ou cautelar.¹⁰⁰

Pode a parte pretender uma realização imediata do seu direito, denominada então como técnica antecipatória, viabilizando uma prestação de tutela satisfativa. Em oposto, caso pretenda simplesmente assegurar o direito para sua realização futura, seria adequada a prestação de tutela cautelar.¹⁰¹

A tutela cautelar é destinada a assegurar futura satisfatividade do direito material, por esse motivo possui como característica a referibilidade. Ela atua como um acessório da tutela satisfativa, objetivando sua frutuosidade. Ou seja, visa a realização futura de uma tutela requerida, ou que será solicitada, a qual é acautelada/assegurada pela medida cautelar.¹⁰²

Em outras palavras, a medida cautelar sempre estará fazendo referência a uma tutela que já foi requerida no início da ação. Dessa forma, não pode ser satisfativa, apenas assegurando a realização de uma tutela jurisdicional de direito. Na ausência de referibilidade, inexistente, descaracteriza-se a tutela cautelar.¹⁰³

O conceito de referibilidade originou-se da ideia de ligação assecurativa da tutela cautelar a uma tutela do direito.¹⁰⁴

Assim, o “campo temático próprio da tutela cautelar, portanto, é o da tutela contra o dano. Com o seu emprego, não se evita a prática do ato capaz de frustrar a

¹⁰⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

¹⁰¹ MITIDIERO, 2017.

¹⁰² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

¹⁰³ MARINONI, 2017.

¹⁰⁴ MARINONI, 2017.

realização futura da tutela”. Sendo assim, não é uma medida preventiva, ela apenas conserva.¹⁰⁵

Já a satisfatividade diz respeito à própria realização do direito. A tutela de urgência concedida de forma antecipada permite satisfazer, ou seja, realizar o direito material em momento anterior, e não meramente permitir que ele seja satisfeito no futuro. Sendo assim, o direito antecipado é o direito final, ele não almeja além disso.¹⁰⁶

O entendimento majoritário é de que a tutela satisfativa adianta os efeitos do provimento definitivo. Assim, tem-se como característica principal a “possibilidade de precipitar os efeitos materiais, exteriores ao processo, próprios ao direito substancial postulado em juízo. Tem-se a satisfação, mesmo que em caráter provisório, do próprio direito material ou de parte dele.”¹⁰⁷

A tutela satisfativa pode gerar tutelas preventivas contra o ilícito, repressiva do ilícito, ressarcitória e até a tutela do adimplemento.¹⁰⁸

Conforme expõe Daniel Mitidiero, a tutela antecipada possibilita a realização do direito invocado em um momento prévio, ou seja, ela satisfaz um direito. Já a tutela cautelar apenas assegura, protege a satisfação de um direito futuro.¹⁰⁹

Entretanto, Kazuo Watanabe em seus estudos revelou que a referibilidade estava presente em grande parte dos processos de conhecimento, considerados satisfativos, estando em contraposição às cautelares, que são meramente assecuratórias. Afirma que existe um caráter satisfativo também na medida cautelar, pois satisfaz de certa forma uma pretensão específica.¹¹⁰

Em contrapartida, na visão de Luiz Guilherme Marinoni, “A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não-referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa.”¹¹¹

A título exemplificativo da tutela cautelar, está o arresto inserido no art. 301 do CPC, que tem a finalidade de evitar que os bens do devedor sejam alienados ou transferidos para terceiros, objetivando evitar a frustração da execução ou a lesão dos

¹⁰⁵ MITIDIERO, 2017.

¹⁰⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

¹⁰⁷ RIBEIRO, 2017.

¹⁰⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017.

¹⁰⁹ MITIDIERO, 2017.

¹¹⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 105.

¹¹¹ MARINONI, 2012.

credores.¹¹² Ou seja, o arresto trata-se de uma medida que não permite a imediata fruição do direito, mas sim que o direito possa ser exercido / fruído no futuro, através da apreensão de bens.

Outro exemplo, mas neste momento de tutela antecipada, seria em um processo onde a mãe, separada do pai, pretende obter autorização para que o filho menor de idade possa sair do país em viagem, porém não possui tempo hábil para esperar, em virtude da proximidade da data.

Por fim, tem-se que a tutela cautelar jamais irá antecipar a entrega da prestação do direito, pois são neutras em relação ao resultado principal da ação, tendo como fim assegurar uma futura prestação jurisdicional satisfativa. Bem como a tutela antecipada, antecipa a decisão sobre o direito inicialmente invocado, possui esta natureza, autorizando uma espécie de execução provisória.¹¹³

Sendo assim, conclui-se que a “tutela antecipada também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material”.¹¹⁴

3.2 FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO

Para a concessão da medida em questão, a tutela antecipada de urgência, são necessários alguns requisitos, dentre eles está o perigo de dano ou de ilícito e a probabilidade do direito, presentes de forma expressa no *caput* do artigo 300¹¹⁵ do CPC, os quais serão explicados adiante.

¹¹² CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria Fagundes; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; et al. **Curso de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128147379/v1/document/135774526/anchor/a-135774526>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹¹³ ZAVASCKI, 2009, p. 43.

¹¹⁴ MARINONI, 2017.

¹¹⁵ Art. 300, CPC: A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo [...]. CÉSPEDES, 2017, p. 395.

Deve ficar claro, inicialmente, que ao decidir sobre a tutela almejada, o magistrado pode trabalhar com elementos não exaurientes, sendo assim, o autor precisa convencer o juiz da necessidade e probabilidade de seu direito.¹¹⁶

Muitas vezes o magistrado utiliza-se da proporcionalidade para sopesar os argumentos das partes, tentando analisar em qual hipótese os danos serão menores.¹¹⁷

Cumprе salientar que referidos requisitos são analisados separadamente e posteriormente somados, motivo pelo qual existe uma influência entre eles. Ou seja, são independentes, mas se relacionam.¹¹⁸

Alguns autores utilizam uma analogia para explicar o nível de importância de cada requisito, denominada como uma “gangorra”, onde “numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão acerca da concessão da tutela”.¹¹⁹

Cabe ainda não apenas verificar a presença dos requisitos aqui tratados, o nível de cognição, mas também analisar a importância do bem jurídico a ser protegido para então deliberar sobre a antecipação de tutela.¹²⁰

De acordo com José Miguel Garcia Medina esse elemento pode estar presente em dois momentos:¹²¹

1) *prima facie*, por ocasião da análise do *fumus*, e, também, 2) quando se tiver que decidir sobre dois bens jurídicos, sobretudo quando a medida a ser concedida tender a produzir efeitos irreversíveis, hipótese em que a importância do bem jurídico dirá respeito ao *periculum*.

¹¹⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93643589/v17/document/122654088/anchor/a-122654088>>. Acesso em: 01 set. 2017.

¹¹⁷ ALVIM, 2017.

¹¹⁸ MEDINA, 2017.

¹¹⁹ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/12230608/v1>>. Acesso em: 02 set. 2017.

¹²⁰ MEDINA, 2017.

¹²¹ MEDINA, 2017.

Quanto a sua fundamentação, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ambos devem ser fundamentados com elementos objetivos, sendo possível sua exposição de forma racional. Não apenas com meras conjecturas de ordem subjetiva.¹²²

Por fim, não se deve ficar preso a uma ideia de escala de grau de convencimento do juiz, cada caso deve ser analisado de forma independente, de acordo com sua especificidade. Tendo como variáveis a profundidade de conhecimento, o nível de probabilidade e a intensidade de perigo.¹²³

3.2.1 Perigo de Dano ou Ilícito (*Periculum in Mora*)

A expressão perigo de demora é utilizada em sentido amplo para representar dois fatores, seja para conceder a tutela em virtude da possibilidade de dano com a demora processual ou por estar diante de uma situação de risco.¹²⁴

Em síntese, o perigo de demora representa os riscos apresentados ao processo diante da espera de uma decisão definitiva, ou ainda, por aguardar o julgamento de uma apelação com efeito suspensivo para só posteriormente realizar o direito que lhe foi reconhecido.¹²⁵

No perigo de demora, caso não seja concedida a tutela, a parte acaba tendo que suportar o ônus do tempo do processo, no sentido de que, enquanto não for deferida a medida, ela sofre com as consequências fáticas da relação jurídica entre os litigantes.¹²⁶

Para que esse perigo fundamente a antecipação de tutela precisará ser objetivo, concreto, atual e grave. Explica-se, é objetivo quando vem baseado em elementos da realidade. Concreto quando de ocorrência hipotética. Atual quando a infrutuosidade da tutela do direito é iminente. É grave quando capaz de colocar em risco a frutuosidade do direito. Ausentes os referidos requisitos se torna desnecessária a concessão da medida.¹²⁷

¹²² MARINONI, 2017.

¹²³ WAMBIER, 2016.

¹²⁴ MEDINA, 2017.

¹²⁵ ALVIM, 2017.

¹²⁶ ALVIM, 2017.

¹²⁷ MITIDIERO, 2017.

O perigo de dano, como dito anteriormente para legitimar uma antecipação de tutela, ocorre nos casos em que se quer proteger o direito final. Afim de impedir uma conduta ilícita, ou até mesmo a prorrogação de seus efeitos concretos.¹²⁸

Tal perigo de dano possui três principais distinções:

i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.¹²⁹

Ademais, o dano deve ser irreversível ou de difícil reparação.

De acordo com José Miguel Garcia Medina, em alguns casos as duas formas de perigo podem estar presentes, ou ainda existir apenas uma das formas. Por isso ambas não podem ser confundidas.¹³⁰

Luiz Guilherme Marinoni exemplifica esta possibilidade da seguinte forma: em um acidente automobilístico onde a vítima fica impossibilitada de trabalhar e manter seu próprio sustento, ajuíza uma ação de indenização, sendo antecipada a tutela lhe concedendo a pecúnia, visando proteger o direito a saúde que é conexo com o de indenização.¹³¹

Como nas situações onde requer-se uma tutela inibitória antecipada, não possuindo o perigo de dano como fundamento, pois se baseia no perigo de prática, repetição ou continuação do ato contrário ao direito. Sendo suficiente a demonstração da probabilidade, pois a mera probabilidade de ocorrer o ilícito já configura atômica a possibilidade de danos e evidencia a presença de risco ao resultado útil do processo.¹³²

Esses requisitos estão diretamente relacionados com a utilidade da medida, sendo concedida a tutela apenas quando for útil ao processo. Pois, via de regra quem requer a tutela de urgência, precisa de maneira mais rápida uma decisão que determine a obrigação da parte contrária.¹³³

¹²⁸ MARINONI, 2017.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 610.

¹³⁰ MEDINA, 2017.

¹³¹ MARINONI, 2017.

¹³² MARINONI, 2017.

¹³³ ALVIM, 2017.

O *periculum in mora* deve ser eminentemente jurídico, sendo capaz de obstar o sucesso e a eficácia do requerimento principal, ou também prejudicar o equilíbrio entre as partes. Entretanto pode ser como por exemplo, de conotação econômica.¹³⁴

3.2.2 Probabilidade do Direito (*Fumus Boni Iuris*)

A doutrina é unânime ao determinar que uma tutela antecipada pode ser obtida através de um direito provável. Esse requisito trabalha através da aparência do direito, viabilizando um juízo de probabilidade.¹³⁵

Existe esse requisito em virtude do momento de cognição, que pode ser sumário, não sendo sempre possível um esclarecimento total do litígio. A imposição de elementos necessários foi a forma pela qual o legislador se utilizou para ter um critério de alcançar uma decisão justa, tentando diminuir a possibilidade de danos a parte contrária.¹³⁶

Dessa forma, a cognição sumária e o juízo de probabilidade, presentes na antecipação de tutela, nos fazem enfrentar conceitos de verdade, probabilidade e verossimilhança.¹³⁷

Sendo assim, a parte precisa demonstrar a plausibilidade do seu direito e, conseqüentemente, convencer o juiz de que é mais vantajoso ao processo que a medida seja concedida. Dessa forma, em casos onde o juiz esteja cercado de dúvidas é possível que a parte adversa tenha razão, e por cautela pode não conceder a tutela.¹³⁸

A doutrina define a probabilidade do direito da seguinte forma¹³⁹:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100352779/v1/document/106696074/anchor/a-106410617>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹³⁵ MITIDIERO, 2017.

¹³⁶ MITIDIERO, 2017.

¹³⁷ MITIDIERO, 2017.

¹³⁸ ALVIM, 2017.

¹³⁹ DIDIER JR; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2016, p. 608-609.

conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). (...) Inicialmente, é necessária a *verossimilhança fática*, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor.

Luiz Guilherme Marinoni explica que a parte precisa convencer o magistrado de que há grande possibilidade de, ao final do processo, o direito ser declarado a seu favor, desta forma fazendo jus à antecipação.¹⁴⁰

É necessária a distinção entre os termos probabilidade e verossimilhança. O primeiro constitui descrição aproximada da verdade, podendo ser em graus distintos de proximidade, a proposição corresponde à verdade. O segundo, em oposto, não faz referência a verdade, apenas indica a conformidade da afirmação, demonstra o que geralmente acontece, vinculada com a simples possibilidade.¹⁴¹

O magistrado, ao deliberar sobre a concessão de uma medida mais leve ou mais agressiva tem que observar a importância do bem jurídico a ser protegido em frente ao direito defendido pelo réu, dessa forma é necessária a justificação coerente para obter a antecipação de tutela.¹⁴²

Expõe Daniel Mitidiero que ao analisar o pedido “é preciso valorar a adequação da hipótese afirmada pela parte, analisar as provas produzidas, e promover um confronto entre hipóteses e provas”. Independente da possibilidade de concessão com grau de confirmação menor, deve a parte comprovar ou no mínimo convencer o juiz da existência do seu direito.¹⁴³

A exigência da probabilidade está diretamente relacionada com a urgência, sendo assim, quanto maior for a urgência, menos se exigirá em relação a demonstração de probabilidade, da existência do direito.¹⁴⁴

É permitido que ocorra a presunção judicial, ao valorar a alegação de ameaça ao ilícito, reconhecendo dos argumentos empregados uma possibilidade de ocorrer o dano/ilícito. Devendo ser caracterizada a ameaça em termos objetivos.¹⁴⁵

Nos casos onde a probabilidade do direito não tenha sido demonstrada, pode o juiz requerer a realização de uma audiência de justificação, onde serão esclarecidos

¹⁴⁰ MARINONI, 2017

¹⁴¹ MITIDIERO, 2017.

¹⁴² MEDINA, 2017.

¹⁴³ MEDINA, 2017.

¹⁴⁴ MEDINA, 2017.

¹⁴⁵ MITIDIERO, 2017.

os fatos visando reunir os elementos necessários para a concessão da tutela. Podendo utilizar-se de depoimentos de testemunhas, do autor ou solicitar esclarecimentos a parte que requereu a tutela.¹⁴⁶

3.2.3 Efetivação das Tutelas

O objetivo da antecipação de tutela como bem consignado anteriormente é a fruição imediata de um resultado prático à parte. Entretanto, o principal desafio das antecipações é a forma de colocar em prática o que foi decidido, diante das previsões de medidas processuais existentes.¹⁴⁷

O termo efetivação da tutela foi utilizado em substituição do termo execução, pois a decisão que concede uma antecipação de tutela, de cognição sumária, não constitui um título executivo, sendo assim Luiz Guilherme Marinoni propôs a utilização deste atual termo.¹⁴⁸

Tal palavra vem consignada de forma expressa no artigo 275¹⁴⁹ do CPC, e, segundo o autor referenciado, o importante é saber que o objetivo das tutelas antecipadas deve ser alcançado através de meios executivos que sejam adequados à sua natureza e à situação de urgência.¹⁵⁰

Para entender essa execução de tutela provisória é importante ter clara as três premissas existentes: primeiramente, o título é provisório, portanto, sujeito a mudanças; em seguida, o tipo de medida executiva depende da natureza da obrigação; e, por fim, em alguns casos de urgência, em virtude do princípio da proporcionalidade pode ser relativizado o da tipicidade e adequação, visando a efetivação.¹⁵¹

Previu o legislador técnicas para o cumprimento das decisões antecipatórias, disponibilizando meios sub-rogatórios, coercitivos e sancionatórios. Nessa perspectiva, Daniel Mitidiero julga que o sistema processual civil brasileiro para a

¹⁴⁶ ALVIM, 2017.

¹⁴⁷ MITIDIERO, 2017.

¹⁴⁸ MARINONI, 2017

¹⁴⁹ Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio [...]. CÉSPEDES, 2017, p. 393.

¹⁵⁰ MARINONI, 2017.

¹⁵¹ WAMBIER; WAMBIER, 2016.

“efetivação e execução da antecipação da tutela é um dos mais ricos da tradição ocidental”, tendo evoluído de uma rigorosa tipificação de obrigações e meios executórios para um momento de versatilidade na adequação entre técnica processual e tutela dos direitos.¹⁵²

Da redação do artigo 275 extrai-se que cabe ao juiz determinar as medidas necessárias para efetivar a tutela concedida. Entretanto, isso não significa deixar o magistrado livre para escolher toda e qualquer medida que julgar importante desrespeitando a tipicidade dos atos executivos.¹⁵³

Existe uma diferenciação ao executar a medida, feita de acordo com a natureza da sua obrigação, tendo cada qual seu instrumento previsto em lei.¹⁵⁴

Existe distinção entre as técnicas de execução para medidas de execuções pecuniárias e as não pecuniárias. Para as primeiras, utiliza-se, na maioria das vezes, da técnica sub-rogatória, principalmente a expropriatória, sendo em grande parte típicas. Já para as segundas, utiliza-se de medidas coercitivas e de técnicas sub-rogatórias, sendo em geral atípica.¹⁵⁵

Em particular, nos casos onde a tutela de urgência determine uma obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa, os meios executivos são regidos pelos artigos 536 ao 538 do CPC, podendo o juiz atuar de ofício ou a requerimento das partes, e dentre outras modalidades aplicar a multa.¹⁵⁶

Quando se tratar de forçar o réu a entregar coisa imóvel ou móvel de forma antecipada, serão utilizados os mecanismos do artigo 538.¹⁵⁷

Ao condenar uma obrigação de fazer ou não fazer, de forma urgente onde não exigir dispêndio de dinheiro e depender exclusivamente do comportamento da parte, pode o juiz fazer sob pena de prisão, fixando seu prazo. Tal meio executivo só pode ser adotado caso nenhum outro se mostre capaz de efetivar a decisão.¹⁵⁸

Já no tocante as decisões que determinam o pagamento de soma em dinheiro, é possível notar três principais medidas executivas: a expropriação, principalmente

¹⁵² MITIDIERO, 2017.

¹⁵³ WAMBIER; WAMBIER, 2016.

¹⁵⁴ WAMBIER; WAMBIER, 2016.

¹⁵⁵ MITIDIERO, 2017.

¹⁵⁶ MARINONI, 2017.

¹⁵⁷ ALVIM, 2017.

¹⁵⁸ MARINONI, 2017.

por penhora *on line*, os meios executivos especiais para os alimentos no direito de família; e, 3- e as execuções sob pena de multa.¹⁵⁹

A última alternativa, coerção por meio de multa, é muito eficaz para dar efetividade à antecipação de tutela de soma. Deve o julgador estabelecer prazo máximo para o adimplemento, podendo o réu requerer a dilação do mesmo. No entanto só é interessante quando o devedor possui patrimônio suficiente para arcar com o crédito. Sendo assim, o juiz deve dar a oportunidade ao réu de justificar a ausência de pagamento.¹⁶⁰

A coerção por meio de multa pode ocorrer de duas formas, fixa ou periódica, a periódica podendo ser progressiva ou estática. É fixa nos casos em que o descumprimento ensejar uma única parcela de multa. Periódica ocorre quando é relacionada com o tempo, um determinado valor por um determinado tempo. Já a questão estática é quando o valor se mantém e progressiva quando vai aumentando com o decorrer do tempo.¹⁶¹

Já na penhora online, o juiz possui acesso aos dados bancários por meio do banco central, tendo informações a respeito de contas disponíveis, aplicações financeiras, e podendo até determinar bloqueios e desbloqueios de contas. Para utilizar-se desse mecanismo não precisa o credor ter esgotado todas as medidas necessárias para tentar localizar bens penhoráveis.¹⁶²

Ademais, visando que os devedores desviem o dinheiro disponível em contas ao ter ciência de que ele pode ser penhorado, o CDC prevê a incidência de multa de até vinte por cento sobre o valor do débito atualizado quando o credor se opõe maliciosamente ou embaraça à execução.¹⁶³

Falando-se de técnicas sub-rogatórias, tratando-se de tutela do direito à coisa, temos como exemplo a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, quando não observada a decisão judicial. E utilizada tanto para tutela definitiva quanto para a provisória.¹⁶⁴

Entretanto, houve uma conexão entre os dispositivos de efetivação das tutelas provisórias com outros do CPC, com o objetivo de tornar o processo mais efetivo.

¹⁵⁹ MARINONI, 2017.

¹⁶⁰ MARINONI, 2017.

¹⁶¹ MITIDIERO, 2017.

¹⁶² MARINONI, 2017.

¹⁶³ MARINONI, 2017.

¹⁶⁴ MITIDIERO, 2017.

Assim, conferindo uma flexibilidade ao juiz para escolher os meios executivos que irá se valer, desde que esteja presente a adequação ao caso específico.¹⁶⁵

Dessa forma, pode se considerar que existe uma fungibilidade entre os meios executivos, podendo em algumas situações executar uma obrigação com os instrumentos previstos em uma de outra natureza.¹⁶⁶

Ao determinar o meio executivo que será utilizado deverá o magistrado utilizar-se da proporcionalidade, a qual se estrutura por três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶⁷

A responsabilidade civil do autor é objetiva, sendo assim, independe de culpa ou dolo dele, em relação aos danos gerados ao réu decorrente da concessão da medida. Dessa forma, pode ensejar indenização e restituição das partes ao status *quo ante*, não sendo possível, caberá ao réu pleitear ressarcimento dos danos gerados.¹⁶⁸

Finalizando, tem-se claro que a regra geral que guia os atos executivos das tutelas provisórias determina que seja aplicada a menos gravosa para o réu, isso dentre vários meios igualmente idôneos. Em contrapartida “entre o meio mais idôneo e o mais gravoso e o meio menos idôneo e menos gravoso, deve o juiz preferir o emprego do meio mais idôneo, ainda que mais gravoso ao demandado”.¹⁶⁹

3.3 TÉCNICA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

3.3.1 Irreversibilidade dos Efeitos

O legislador foi prudente ao se preocupar com os efeitos da concessão da medida, tendo em vista que é obtida em um momento de cognição sumária. Sendo assim, regulamentou no artigo 300, § 3º, do CPC¹⁷⁰ a impossibilidade de concessão quando existir o perigo de irreversibilidade dos efeitos.

¹⁶⁵ ALVIM, 2017.

¹⁶⁶ WAMBIER; WAMBIER, 2016.

¹⁶⁷ MITIDIERO, 2017.

¹⁶⁸ ALVIM, 2017.

¹⁶⁹ MITIDIERO, 2017.

¹⁷⁰ Art. 300, §3º, CPC: A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. CÉSPEDES, 2017, p. 395.

Tal irreversibilidade deve ser interpretada no sentido prático de realização do direito, sendo impossível o retorno ao *status quo ante*, caso a medida venha ser revogada, pois no sentido normativo é possível a revogação da decisão que a concedeu.¹⁷¹ Nesse mesmo sentido se manifestou Luiz Guilherme Marinoni, o qual afirma que a irreversibilidade dos efeitos jurídicos e dos efeitos fáticos não se misturam.¹⁷²

Ou seja, a concessão de tutela sumária não pode prejudicar a futura tutela final de cognição exauriente, a qual é o objetivo principal da ação. Vai além de um prejuízo final, é a criação de alguns efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial objeto da tutela.¹⁷³

A irreversibilidade necessária para obstar a concessão da medida é a de fato, pois quando for de direito pode em tese, sem concedida, nos casos em que puder ser resolvida por perdas e danos. Um exemplo de irreversibilidade de fato é a antecipação que determina a demolição de um prédio histórico, onde uma futura construção não substitui o velho.¹⁷⁴

Parte da doutrina entende que não se considera irreversível quando puder ser convertida em perdas e danos. Dessa forma, restringindo a aplicação do artigo 300 aos casos em que perdas e danos é inadmissível.¹⁷⁵

Existem hipóteses de antecipação vedadas pelo ordenamento, como por exemplo a antecipação da desconstituição do casamento ou a desconstituição de uma relação de filiação. Igualmente, não pode ocorrer nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.¹⁷⁶

Tal requisito já era discutido muito antes do CPC/2015. Candido Dinamarco consignou que o direito não tolera sacrifício de direitos, mas sim a possibilidade da existência de algum risco de lesão que se possa assumir. Como nas hipóteses de antecipação não se existe um direito, sendo assim existe a proteção de um direito provável.¹⁷⁷

¹⁷¹ ALVIM, 2017.

¹⁷² MARINONI, 2017.

¹⁷³ MARINONI, 2017.

¹⁷⁴ NERY JUNIOR; NERY, 2015.

¹⁷⁵ MEDINA, 2017.

¹⁷⁶ MARINONI, 2017.

¹⁷⁷ DINAMARCO, 1995, p. 144.

O principal fundamento para criação desse obstáculo foi a Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, LIV, e LV, pois diante da irreversibilidade estaria uma pessoa condenada sem a oportunidade do contraditório e o devido processo legal.¹⁷⁸

Entretanto tal situação pode ser superada, em casos extremos, quando o direito a ser defendido seja superior ao ser violado, como por exemplo quando requerida a autorização para transfusão de sangue emergencial, de um menor, onde um dos pais, por questões religiosas não autoriza, o bem em questão é a vida. Nesses casos poderá a parte prejudicada requerer a solução por meio de perdas e danos.¹⁷⁹

Existe uma discussão importante em relação aos direitos fundamentais, possuindo duas teorias. A interna afirma que o direito fundamental já nasce com seus limites estabelecidos, que seriam imanentes. Já a externa segue no sentido de que o direito deve ser analisado além do direito em si, junto com suas restrições.¹⁸⁰

Independente da dificuldade de definir os seus limites, acredita-se que os direitos fundamentais não podem ser sacrificados em nenhuma hipótese. Assim, evita-se que alguma cláusula constitucional seja eliminada no juízo de ponderação, encaixando-se na teoria absoluta, que vai em confronto com a teoria relativa, onde entende que o direito fundamental só pode ser analisado frente aos conflitos concretos.¹⁸¹

É importante destacar que em qualquer das hipóteses, concedendo ou não, haverá o dano, cabendo ao juiz realizar uma valoração comparativa dos riscos, devendo optar pelo que gere menos mal.¹⁸²

Existe uma crítica a possível vedação do poder tão amplo de decidir do juiz por parte de Luiz Guilherme Marinoni, afirma que em alguns direitos do exterior é possível porque então no Brasil não seria viável? Insurge-se quanto ao desejo de parte da doutrina de estabelecer um simples burocrata ao invés de um juiz. Na sua opinião, não é dado nada ao magistrado, sendo o poder de decidir inerente a sua função.¹⁸³

¹⁷⁸ ALVIM, 2017.

¹⁷⁹ ALVIM, 2017.

¹⁸⁰ MEDINA, 2017.

¹⁸¹ MEDINA, 2017.

¹⁸² WAMBIER; WAMBIER, 2016.

¹⁸³ MARINONI, 2017.

3.4 MOMENTOS PARA REQUISIÇÃO (TUTELAS DE FORMA ANTECEDENTE E INCIDENTAL)

A tutela em questão pode ser concedida em dois momentos processuais, antecedente e incidental, sendo regulamentadas pelo artigo 303 do CPC, o qual dispõe sobre os aspectos procedimentais de requerimento.¹⁸⁴

A requisição de forma antecedente acontece já no primeiro momento, por meio da petição inicial, a qual pode limitar-se ao requerimento da antecipação de tutela, aditando posteriormente e explicando os fatos e direitos da ação. Isso ocorre, pois, o advogado em uma situação de urgência pode não ter a possibilidade de fazer uma petição inicial por completo.¹⁸⁵

Tal possibilidade é criticada por Luiz Guilherme Marinoni, segundo ele esse requerimento por meio de petição inacabada poderá ocasionar uma generalização na prática, pois a urgência contemporânea é algo complexo para ser medido. Dessa forma poderá a parte sem a existência de urgência, mascarar a situação e requerer antecipação de tutela mesmo sem qualquer chance de ser vencido no processo. Pois a parte autora tem o poder de extinguir a ação sem formação de coisa julgada, apenas com a inercia posterior, sem emendar.¹⁸⁶

A medida antecedente deve ser endereçada ao juízo competente para julgar o pedido principal, segundo Cassio Scarpinella Bueno, pode-se afirmar que as regras de competência para julgar a tutela provisória seguem as mesmas genéricas do CPC.¹⁸⁷

Nessa hipótese antecedente, caso concedida a liminar, deverá o autor confirmar o pedido antes requerido, por meio de uma petição de aditamento da inicial em regra no prazo máximo de 15 dias, prazo esse que o juiz poderá fixar de forma diversa.¹⁸⁸

¹⁸⁴ MEDINA, 2017.

¹⁸⁵ MARINONI, 2017.

¹⁸⁶ MARINONI, 2017.

¹⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250.

¹⁸⁸ MEDINA, 2017.

Dessa forma, é possível que não exista perfeita correspondência entre o pedido antecipado com o final, pois a parte pode ter dificuldade em definir com precisão o que será apresentado em definitivo.¹⁸⁹

Apresentado o pedido principal, poderá esse ser mais amplo que o anteriormente apresentado, pois neste momento o demandante terá mais noção da extensão da causa, conseqüentemente, caso necessário poderá ser revista a liminar.¹⁹⁰

O não aditamento da petição inicial gera a extinção da ação, com a conseqüente revogação da liminar concedida, perdendo assim, seus efeitos.¹⁹¹

Entretanto, caso o réu não se oponha a decisão de concessão da antecipação a medida será estabilizada, em tese, tornando-se desnecessária a emenda e confirmação do pedido principal. Nesse caso a emenda será mera faculdade do demandante.¹⁹²

Já na hipótese de indeferimento da liminar, deve da mesma forma ser feita a emenda à inicial, pois a ausência dos pressupostos para concessão da antecipação de tutela não conduz ao indeferimento da ação. Podendo posteriormente requerer de forma incidental a antecipação.¹⁹³

O termo emenda não deve ser confundido, pois ele nos remete à correção de algo, nesse caso ele apenas significa acrescentar itens novos. Devendo ser interpretada em sentido amplo, podendo inclusive, ampliar o pedido de o próprio requerimento de antecipação de tutela.¹⁹⁴

A antecipação de tutela pode ainda ser requerida no decorrer do processo, por simples petição, dessa forma é denominada como incidental. Essa palavra reforça a ideia de que incidental é tudo que for requerido sem ser na petição inicial.¹⁹⁵

Nessa hipótese a requisição será independente do pagamento de custas, conforme extrai-se do artigo 295 do CPC.

¹⁸⁹ MEDINA, 2017.

¹⁹⁰ MEDINA, 2017.

¹⁹¹ MEDINA, 2017.

¹⁹² MEDINA, 2017.

¹⁹³ MEDINA, 2017.

¹⁹⁴ MEDINA, 2017.

¹⁹⁵ MARINONI, 2017.

Quanto ao endereçamento da tutela incidental, deve ser “endereçada ao próprio juízo ou órgão do tribunal que conduza a demanda e que seja competente para apreciar o mérito da causa”.¹⁹⁶

É importante destacar que essa forma de requerer a antecipação de tutela não se submete à preclusão temporal, sendo assim, pode ser formulado a qualquer tempo.¹⁹⁷

Independente da forma em que for requerida a antecipação, poderá ser feita com ou sem a oitiva da parte adversa. A postergação do princípio do contraditório só é possível quando o dano ou o ilícito podem ocorrer imediatamente ou antes da oitiva do réu, mas pode também quando o prazo para o réu contestar possibilite a frustração de alcançar seu objetivo.¹⁹⁸

Entretanto, por se tratar de violação a esfera jurídica de outro, só pode ser postergado quando for indispensável para o alcance dos resultados almejados pela tutela. Sendo assim, é possível de forma excepcional.¹⁹⁹

Outra possibilidade é ser concedida ainda, sem a oitiva da parte adversa, porem com realização de uma justificação prévia. Serve para em casos mais complexos, o juiz consiga ter um maior domínio sobre a situação fática que ampara o pedido.²⁰⁰

¹⁹⁶ DIDIER JR; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2016, p. 586.

¹⁹⁷ Ibid., p. 585.

¹⁹⁸ MARINONI, 2017.

¹⁹⁹ MARINONI, 2017.

²⁰⁰ MARINONI, 2017.

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Após um aprofundado estudo sobre as características da tutela antecipada antecedente, momento de requisição, pressupostos, passa-se ao estudo da possibilidade de estabilização dos seus efeitos.

4.1 NOÇÕES GERAIS

O atual Código de Processo Civil promoveu uma grande inovação ao possibilitar que uma tutela que é concedida em um momento de cognição sumária, torne-se estável, podendo até ser imutável, estando essa alteração expressamente prevista no artigo 304²⁰¹.

A estabilização da tutela possui como objetivo principal o não prolongamento e a necessidade de trabalho estatal para prosseguir com uma demanda em que não existe a oposição da parte requerida.²⁰² Dessa forma, torna eventual e facultativa a cognição exauriente para solucionar o conflito.

Ou seja, visa que a decisão proferida em âmbito de antecipação de tutela produza e mantenha seus efeitos, não dependendo da continuidade do processo ou uma decisão que a confirme.²⁰³

Sendo assim, o legislador, por meio de apoio da doutrina, conseguiu atingir o objetivo de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada antecedente, dando preferência para uma cognição sumária como meio de prestação de tutela.²⁰⁴

Essa autonomia seria funcional, consignada por meio do artigo 305 do CPC.

É importante destacar que apenas tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente podem se estabilizar, portanto, todas as tutelas antecipadas requeridas

²⁰¹ Art. 304, CPC: A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. CÉSPEDES, 2017, p. 396.

²⁰² MARINONI, 2017.

²⁰³ WAMBIER; WAMBIER, 2016.

²⁰⁴ MITIDIERO, 2017.

de forma incidental, cautelares e de evidência estão fora do rol de possibilidades de referido artigo.²⁰⁵

No entanto, alguns doutrinadores acreditam que o legislador foi na contramão da função destinada à estabilização ao optar que apenas tutelas de urgência se estabilizem, pois a antecipação da tutela decorre de uma situação de necessidade, que visa a proteção de uma situação jurídica de urgência. Já as tutelas de evidência decorrem de uma probabilidade, sendo mais capazes de representar uma decisão justa, em comparação com a tutela de urgência.²⁰⁶

Já quanto a tutela cautelar, não é possível estabilizar-se pelo fato de não ser uma medida que visa antecipar uma tutela final, sendo apenas uma forma própria de tutela para garantir os resultados do processo.²⁰⁷

Em relação à diferenciação feita entre as tutelas e momentos de requisição, é criticada por doutrinadores como Humberto Theodoro Junior, segundo ele nada justifica a distinção feita no tratamento, pois ambas as tutelas, requeridas de forma incidental ou antecedente não possuem diferenciação substancial, pois nas duas situações são concedidas com base nos mesmos requisitos e cumprem a mesma função.²⁰⁸

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que a diferenciação existente na interpretação literal da lei é correta, pois é justamente com o requerimento de forma antecedente que extrai-se, automaticamente, a intenção do requerente em ver a estabilização da tutela.²⁰⁹

Entretanto, por não haver previsão expressa no dispositivo de lei, limita-se a aplicação do instituto de estabilização nos requerimentos de forma antecedente.

É evidente que a estabilização está diretamente relacionada com a inércia do réu, diante da sua ausência de interesse, representando a manutenção atemporal dos efeitos da tutela. Porém mais uma vez, a doutrina diverge ao definir a expressão inércia.²¹⁰

²⁰⁵ MITIDIERO, 2017.

²⁰⁶ LESSA, Guilherme Thofehr. Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 259, set. 2016.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39-51.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012.

²⁰⁹ DIDIER JR; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2016, p. 618-619.

²¹⁰ MARINONI, 2017.

Por fim, faz-se necessária a distinção entre termos, pois eficácia não se confunde com estabilidade, a partir do momento em que é concedida não existe dúvidas de que a medida já possui eficácia, ensejando uma execução provisória. Já uma tutela estabilizada enseja uma execução definitiva.²¹¹

4.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA ESTABILIZAÇÃO

Para que a tutela possa de fato se estabilizar são necessários alguns requisitos, os quais não estão presentes de forma clara no dispositivo de lei, dando margem para diversas interpretações. Existe uma grande divergência doutrinária acerca dos requisitos, os quais serão expostos nesse momento.

Inicialmente, cumpre-se demonstrar quais decisões estariam aptas a se estabilizar, obviamente as concessivas de antecipação de tutela requerida de forma antecedente, as proferidas em juízo de primeiro grau, em sede recursal em julgamento de agravo de instrumento (antes de ser ditada a inicial), colegiada ou monocrática, ou ainda em ações de competência originária do tribunal. Todas concedidas de forma liminar.²¹²

O procedimento para a estabilização inicia-se com o requerimento da parte autora, o qual necessariamente precisa ser de forma antecedente, da antecipação de tutela, ou seja, de forma autônoma, anteriormente ao protocolo da petição inicial. Após concedida a tutela, o autor terá o prazo de 15 dias ou outro que o juiz determinar, para aditar a petição inicial, com a complementação da sua fundamentação e com a confirmação do desejo da tutela final. Na ausência de aditamento a ação será extinta sem a resolução do mérito.²¹³

Após devidamente realizado o aditamento pelo requerente, será o réu intimado acerca do deferimento da tutela. Neste caso, se apresentado o recurso cabível de agravo de instrumento, será intimado para a audiência de conciliação ou mediação. Em caso de não autocomposição entre as partes, iniciará o prazo para contestar.²¹⁴

²¹¹ MARINONI, 2017.

²¹² DIDIER JR; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2016, p. 620.

²¹³ MITIDIERO, 2017.

²¹⁴ MITIDIERO, 2017.

Entretanto, se após devidamente intimado o réu não apresentar impugnação por meio de agravo de instrumento, a decisão que antes era provisória tornar-se-á estável, ou seja, é indispensável a inércia da parte adversa.²¹⁵

O recurso não precisa ser necessariamente interposto pela própria parte sucumbente no pedido de antecipação de tutela, mas inclusive por terceiro prejudicado, conforme expõe o artigo 966 do CPC.²¹⁶

No entanto, nos casos de tutela antecedente, a doutrina minoritária que confronta o entendimento dos tribunais, afirma que o prazo para contestar inicia-se apenas após o aditamento da petição inicial, sendo assim, caso o réu, após intimado acerca da efetivação da tutela, apresente peça processual impugnando o cabimento da tutela, mesmo que não interponha o agravo, justificará a impossibilidade da tutela estabilizar-se.²¹⁷

Conclui-se através dessa doutrina minoritária em especial, que a manifestação do réu, mesmo não sendo por meio de recurso, tem a mesma função de obstar a estabilização da tutela, mesmo que ainda não esteja aberto o prazo legal para contestar a ação, o qual iniciará apenas após a audiência de conciliação. Em ambas as situações a vontade do réu em exaurir o debate por meio do prosseguimento da ação é evidente.²¹⁸

Nesse tocante, também existe divergência doutrinária, onde parcela entende que apenas o recurso de agravo de instrumento obsta a estabilização, e outra entende que até mesmo um pedido de reconsideração seria o suficiente, não bastando apenas a ausência do recurso ou contestação.²¹⁹

Arruda Alvim representa o entendimento majoritário da doutrina, considerando que deve ser feita uma interpretação flexível do dispositivo de lei, onde o termo recurso pode ser considerado como qualquer oposição ou impugnação por parte do réu.²²⁰

Mesmo diante da inércia, existem alguns casos em que a doutrina impõe limites e a tutela não será estabilizada.

Em situações em que a citação do réu ocorra por modalidade ficta, os efeitos não poderão se estabilizar em caso de não comparecimento ao processo, devendo

²¹⁵ MARINONI, 2017.

²¹⁶ ALVIM, J. E. Carreira. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil. **Revista de processo**. São Paulo, v. 259, set. 2016.

²¹⁷ MARINONI, 2017.

²¹⁸ MARINONI, 2017.

²¹⁹ DIDIER JR; BRAGA; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, 2016, p. 621-623.

²²⁰ ARRUDA, 2017.

ser designado curador especial, o qual deverá adotar medidas em defesa da parte requerida. A mesma medida será aplicada em casos de réu incapaz sem representante legal, ou estiver preso.²²¹

Quando se referem à tutela contra a Fazenda Pública, o regime de estabilização de tutela não se aplica integralmente. Caso não haja a apresentação de recurso, a tutela se estabilizará, entretanto, nos casos em que seja baseada em fatos que não foram plenamente investigados nunca se tornará imutável em face desse órgão. Independe do prazo de 2 anos para revisar.²²²

Ademais a sistemática em relação a este ente tem muitas características da técnica monitória, de acordo com Eduardo Talamini:

a) Há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) A falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) Nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) Não haverá coisa julgada material.²²³

Importante ressaltar que de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a parte autora não precisa requerer expressamente a estabilização diante da inércia do réu, pois essa atitude gera o efeito automático, independente da solicitação.²²⁴

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover discorda, segundo ele deve ser feita outra interpretação dos artigos, analisando sempre a vontade das partes, não somente a do réu, nessa linha seria indispensável o requerimento por parte do autor.²²⁵

Arruda Alvim também segue o entendimento de que a parte autora precisa demonstrar de forma expressa seu interesse pela estabilização da tutela, pois dessa forma estará abrindo mão de uma cognição exauriente caso o réu não impugne a concessão.²²⁶

²²¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, v. 209, jul. 2012.

²²² MARINONI, 2017.

²²³ TALAMINI, 2012.

²²⁴ MARINONI, 2017.

²²⁵ RIBEIRO, 1997, p. 56-57.

²²⁶ ALVIM, 2017.

Referido autor leciona no sentido de que caso o autor não faça a ressalva acerca do seu desejo de estabilizar a tutela, o réu terá a opção, estando livre para não interpor o recurso se sujeitando apenas a execução provisória.²²⁷

Em relação à extinção do processo, o artigo 304 do CPC determina que quando se referir à tutela antecipada antecedente estabilizada o processo será extinto.²²⁸

A referida extinção, por óbvio, é feita com a resolução do mérito da demanda processual, favorável ao demandante.²²⁹

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni existem alguns problemas que decorrem dessa estabilização, pois como seria nas hipóteses de concessão parcial da antecipação? Nessa situação o processo não poderá ser totalmente extinto, por existir uma parcela que ainda necessita de uma solução. Para que não fosse necessário continuar, precisaria de uma posição ativa do réu, em outras palavras, o reconhecimento jurídico do pedido.²³⁰

A mesma dúvida surge quando o autor requer tutela antecipada parcial, não abrangendo todo o mérito da demanda, nessa hipótese também deverá prosseguir a demanda para obter uma apreciação dos demais pedidos não atingidos pela antecipação de tutela.²³¹

Sendo assim, tem-se que a extinção do processo, em todos os casos anteriormente citados, deve ser declarada apenas em relação às matérias atingidas pela antecipação da tutela que for estabilizada.²³²

Nota-se que uma vez deferida a tutela e estabilizada, desde logo produz efeitos para além do processo. Dessa forma, passa a ser independente, não podendo ser discutida ou revogada na mesma ação.²³³

Tal efeito é denominado como ultratividade da tutela, pois produz efeitos não somente no processo onde foi estabilizada, mas em todos os demais, os quais perduram se não for modificada a decisão que lhe concedeu.²³⁴

Surge uma situação peculiar, pois essa decisão provisória após estabilizada não precisa de uma decisão baseada em uma cognição exauriente que a confirme.²³⁵

²²⁷ ALVIM, 2017.

²²⁸ MARINONI, 2017.

²²⁹ MITIDIERO, 2017.

²³⁰ MARINONI, 2017.

²³¹ MARINONI, 2017.

²³² MARINONI, 2017.

²³³ MITIDIERO, 2017.

²³⁴ MEDINA, 2017.

²³⁵ MEDINA, 2017.

Exemplificando, o juiz, após provocado, concede uma antecipação de tutela para sustar o protesto de um título de crédito, decisão não impugnada pelo réu após devidamente intimado, gerando sua efetivação e estabilização, extinguindo-se o processo. Não existirá uma decisão declarando a inexistência de dívida, porém o suposto credor não poderá protestar o título. Permanecem os efeitos por tempo indeterminado, até que o réu promova os atos necessários para revisão, revogação da decisão.²³⁶

Por fim, é evidente a presença de quatro principais pressupostos para que a tutela tenha seus efeitos estabilizados, quais sejam, o requerimento por parte do autor da tutela antecipada, a concessão da tutela requerida, a concessão de forma liminar/ e a não interposição de recurso por parte do réu.²³⁷

4.3 ESTABILIZAÇÃO E A COISA JULGADA

A maior controvérsia instaurada após a inovação do Código de Processo Civil foi no tocante a formação ou não de coisa julgada após a estabilização da tutela e extinção do processo.

A doutrina majoritária é decisiva ao consignar que não existe a formação de coisa julgada, o que ocorre seria apenas a extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela estabilizada, conforme expressamente previsto no artigo 304 do CPC.²³⁸

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni,

Admitir a estabilização da tutela antecipada, portanto, significa apenas aceitar que os efeitos exauridos da tutela e os efeitos processuais que ainda podem ser produzidos para o seu integral alcance não podem ser questionados sem a propositura da ação de reforma ou invalidação da tutela.²³⁹

²³⁶ TALAMINI, 2012.

²³⁷ MARINONI, 2017.

²³⁸ Art. 304, CPC: A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...] §6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo. CÉSPEDES, 2017, p. 396.

²³⁹ MARINONI, 2017.

Para a obtenção de força coisa julgada é indispensável a cognição exauriente, para proteger a segurança jurídica, dessa forma a antecipação de tutela em que é concedida antes mesmo da manifestação da parte contrária não pode ter essa imutabilidade.²⁴⁰

É evidente que a cognição presente na tutela em questão é sumária, além do mais, em se tratando de medida *inaudita altera parte* é deferida em momento de cognição superficial e parcial, pois não houve o aprofundamento necessário e se baseou apenas nas alegações do autor.²⁴¹

Existe uma problemática, pois após a preclusão do direito de questionar a tutela antecipada, a o caráter provisório da tutela será substituído por definitivo, entretanto não há possibilidade de simplesmente se tornar uma cognição exauriente, conforme explica Guilherme Thofehn Lessa:

Haverá cognição exauriente apenas quando no processo em curso estiverem inseridos meios hábeis para que se alcance um nível razoável de contraditório. Exauriente é a cognição que recaiu sobre níveis razoáveis de debate e instrução probatória, permitindo que o juiz alcance maior grau de confirmação das hipóteses fornecidas pelas partes. [...] O direito à ação autônoma é, portanto, o direito à cognição plena e exauriente – é o direito ao processo justo, previsto constitucionalmente.²⁴²

Muitos problemas surgiram através da redação do referido artigo, mais especificamente sobre qual seria a consequência após decorrido o prazo de dois anos sem a interposição de ação. Mas a doutrina é unânime ao considerar que nada tem a ver com a formação de coisa julgada.²⁴³

A dúvida surge, pois após o prazo de dois anos, sem a interposição de ação de cognição exauriente, a estabilidade concedida à tutela tornar-se-ia, em princípio, inafastável, imutável ou indiscutível, mesmo não se tratando de imutabilidade de coisa julgada.²⁴⁴ . Após os dois anos para interpor a ação, caso não feito, os efeitos da tutela antecipada serão inafastáveis.

²⁴⁰ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 263, jan. 2017.

²⁴¹ LESSA, 2016.

²⁴² LESSA, 2016.

²⁴³ MARINONI, 2017.

²⁴⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 217.

Isso ocorre porque o legislador não quis dar força de coisa julgada, não devendo ser interpretado e suposto que depois de decorrido os dois anos obteria essa forma de coisa julgada material. Isso apenas extingue o direito de reaver, reformar ou invalidar a tutela antecipada.²⁴⁵

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier:

Há uma relação inegável entre o grau de profundidade da cognição e a estabilidade da decisão. Normalmente, decisões que são baseadas em *fumus boni iuris* não fazem coisa julgada. O preço a pagar pela possibilidade de o juiz decidir quando ele ou ela ainda não tem certeza sobre se o autor tem o direito que afirma ter é que essas decisões não produzem coisa julgada no processo civil brasileiro.²⁴⁶

No entanto, com o prazo de dois anos decorrido, “a questão jurídica decidida enquanto prejudicial para a concessão da tutela antecipada só pode voltar a ser analisada enquanto pedido ou mesmo como questão prejudicial à formulação de pedido em ação de cognição exauriente”.

A ausência do direito de modificar a tutela, é diferente de não poder mais rebater o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito poderá ser rediscutido em qualquer outro processo, desde que não seja para reformar ou invalidar.²⁴⁷

Entretanto, é presente na doutrina divergências acerca da formação ou não de coisa julgada após a decorrência dos dois anos.

O CPC apresenta tratamento similar ao Código Italiano ao afirmar que a tutela antecipada não impugnada conserva sua eficácia em caso de extinção do processo.²⁴⁸

Entende-se que a tutela no formato que temos está mais próxima de julgamento antecipado parcial do mérito do que uma tutela de cognição sumária, dessa forma não deveria existir tanta preocupação quanto à imutabilidade da decisão.²⁴⁹

²⁴⁵ MARINONI, 2017.

²⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 230, p 75-89, abr. 2014.

²⁴⁷ MARINONI, 2017.

²⁴⁸ MARINONI, 2017.

²⁴⁹ MARINONI, 2017.

Por fim, tem-se que a procedência do pedido de revisão pode gerar não apenas a reforma ou a invalidação, mas inclusive levar à determinação judicial de restituição ao estado anterior, até com ressarcimento.²⁵⁰

4.3 MÉTODOS REVISIONAIS E DE INVALIDAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ESTABILIZADA

Conforme anteriormente exposto, após estabilizada a tutela antecipada, ela se tornará autônoma, podendo ser incluída no debate da ação na qual foi requerida ou em outras, sem, contudo, com a intenção de reformar ou invalidar, com a exceção da ação específica para esses fins.

Entretanto, o legislador fez a previsão de métodos revisionais, sendo possível após a estabilização, dentro do prazo de dois anos a propositura de ação visando exaurir a cognição, ou seja, desejando aprofundar o debate iniciado.²⁵¹

A possibilidade de revisão por ação autônoma decorre do direito de cognição plena e exauriente, basicamente é o direito ao processo justo, contido expressamente na constituição federal.²⁵²

As controvérsias estão presentes desde o início, com a denominação de referida ação. Alguns autores divergem entre revisional, ação de revisão, ação de modificação, ou ainda ação revocatória.²⁵³

Segundo J. E. Carreira Alvim “A ação que servirá ao cumprimento desse objetivo terá dupla natureza, sendo uma ação revisional, se pretender qualquer das partes apenas “rever” a tutela antecipada satisfativa, ou uma ação anulatória, se a pretensão for de reformar ou invalidar a decisão”.²⁵⁴

²⁵⁰ MARINONI, 2017.

²⁵¹ MITIDIERO, 2017.

²⁵² LESSA, 2016.

²⁵³ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 273, nov. 2017.

²⁵⁴ ALVIM, 2016.

Sendo assim, após extinto o processo nada impede que a decisão seja levada novamente a juízo. Tal iniciativa pode ser tomada por ambas as partes, tanto o autor como o réu da ação onde houve a concessão da tutela.²⁵⁵

De início, pode parecer que o autor não teria interesse em rever a decisão de concessão da tutela, porém poderá ter o intuito de confirmar a tutela em nível de cognição exauriente, a qual será apta a formar coisa julgada material.²⁵⁶

De acordo com Eduardo Talamini, “cabará ao réu da ação monitória provocar a atuação cognitiva exauriente, para o fim de demonstrar que não existe aquele suposto direito do autor”.²⁵⁷

Já no sentido oposto, os autores Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni entendem que

Contudo, apenas o réu pode ter interesse em se voltar contra a tutela antecipada. O autor pode renunciar à tutela do direito, não tendo qualquer motivo para propor ação para reformá-la ou invalidá-la. Como é óbvio, se a tutela do direito é insuficiente ao autor, ele não fica impedido de propor ação para pleitear uma outra forma de tutela (v.g., inibitória quando antes pedida remoção do ilícito), outro modo de prestação da tutela (v.g., paralisação de atividades quando antes requerida instalação de filtro) ou a própria tutela de direito em maior extensão (v.g., ressarcitória na forma específica quando antes pedida ressarcitória pelo equivalente, ou seja, antecipação de soma).²⁵⁸

Referido prazo para rever a decisão estabilizada inicia-se após a ciência da decisão que extinguiu o processo.²⁵⁹

Porém, em alguns casos a tutela não abrangerá todo o mérito do processo, dessa forma não será extinto, pois no caso de tutela antecedente o requerente tem a possibilidade de aditar a inicial para formular todos os pedidos. Entretanto, o código

²⁵⁵ MEDINA, 2017.

²⁵⁶ TALAMINI, 2012.

²⁵⁷ TALAMINI, 2012.

²⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao CPC**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/mogografias/115969990/v1/document/116966347/anchor/a-116966347>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

²⁵⁹ MARINONI, 2017.

não fez essa previsão, apenas declara em seu artigo 304²⁶⁰ que será após a ciência da extinção da ação.²⁶¹

Dessa forma, Luiz Guilherme Marinoni entende que seria possível, nos casos de estabilização parcial, a contagem do prazo a partir da data de intimação da decisão que declara a estabilização da tutela. No entanto, para não haver contradições em relação à contagem de prazo, deve o juiz por precaução determinar a estabilização e consequentemente extinguir a demanda em relação à tutela estabilizada.²⁶²

É importante destacar que a natureza do prazo estabelecido de dois anos é decadencial, pelo fato de extinguir o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Não se tratando do biênio dentro do qual será possível ajuizar ação rescisória²⁶³

Quanto ao procedimento, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o juiz que concedeu a antecipação estará prevento para julgar a ação final, será necessário o desarquivamento da petição inicial, para que sejam verificados os limites do debate e da eficácia da decisão questionada.²⁶⁴

A ação para modificação da tutela não é semelhante à ação rescisória, pois se parece muito mais com um recurso tardio, ante a ausência de agravo de instrumento quando da sua concessão.²⁶⁵

Existe a possibilidade ao ajuizar a ação, da concessão de medida provisória antecedente ou incidental, gerando a suspensão dos efeitos da tutela antecipada estabilizada em questão.²⁶⁶

²⁶⁰ Art. 304, CPC: A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...] §5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º. CÉSPEDES, 2017, p. 396.

²⁶¹ MARINONI, 2017.

²⁶² MARINONI, 2017.

²⁶³ VASCONCELOS; VASCONCELOS, 2017.

²⁶⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 216.

²⁶⁵ VASCONCELOS; VASCONCELOS, 2017.

²⁶⁶ SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 129.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao falar de demanda judicial, somos remetidos automaticamente a questões temporais, pois uma tutela tardia pode solucionar parcialmente ou em nada o problema das partes. Sob influência do direito estrangeiro, após grande resistência, foram incorporadas no nosso ordenamento medidas de antecipação de tutela, cuja utilização se dá em caráter excepcional.

Diante da realidade do sistema judiciário brasileiro, o legislador, no decorrer dos anos, foi aprimorando o ordenamento civil, para que cada vez mais pudesse haver uma prestação efetiva de tutelas. O Código de Processo Civil de 1973 foi o primeiro a implementar tutelas provisórias, por meio do procedimento cautelar, cautelar inominado e posteriormente após uma reforma, a antecipação de tutela.

Com a introdução do novo Código de Processo Civil, em 2015, foi aperfeiçoado o instituto, através de um gênero de tutelas denominadas de provisórias, que possuem duas espécies: tutelas de evidência e tutelas de urgência, esta última possuindo duas ramificações ou subespécies, a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Basicamente, as tutelas de urgência são medidas que podem ser obtidas em um momento sem cognição exauriente, ou seja, de cognição sumária, o qual pode muitas vezes postergar princípios como o do contraditório e da ampla defesa, em detrimento de uma urgência, caracterizada pelo risco da ineficácia do provimento final ou do dano irreparável ou de difícil reparação. Sua concessão se dá através de uma decisão prévia, através de uma análise superficial, no sentido de que o juiz necessariamente se prende aos requisitos de verossimilhança e probabilidade do direito e não de verdade e certeza, que somente podem ser encontradas através de decisão final e definitiva, obtida com cognição exauriente.

A tutela de urgência que permite a satisfação antecipada do direito exige, para sua concessão, a demonstração do perigo de dano ou ilícito e da probabilidade do direito, como visto.

A novidade do CPC/2015 é que essa tutela pode ser concedida de forma antecedente, ou seja, a parte a solicita em petição inicial que pode se limitar ao pedido da tutela e posteriormente ser aditada, em 15 dias, com fatos e direitos da ação.

Neste caso, a grande inovação que gerou debate na doutrina foi a possibilidade da estabilização dos efeitos da tutela quando a parte contrária não interpuser agravo de instrumento da decisão concedida.

Referido mecanismo tem como finalidade a não extensão de uma demanda e realização de trabalho estatal, em situações onde não exista a oposição da parte adversa. Sendo assim, pode a tutela ter seus efeitos estendidos sem uma decisão de cognição exauriente que a confirme.

Tal mecanismo é criticado desde o início, quando define qual tutela terá a possibilidade de estabilização, pois autores acreditam que as tutelas antecedentes e incidentais não possuem diferenciação substancial, não justificando a diferenciação.

Para que ocorra a estabilização devem ser observados os requisitos exigidos, os quais não se encontram claros no dispositivo de lei, dando margem para interpretações. O procedimento inicia-se com o requerimento da parte autora, sendo complementado com o aditamento da petição inicial em quinze dias, após, caso não haja a apresentação de resposta pelo réu, por meio de agravo de instrumento, a decisão provisória se tornará estável. O recurso poderá ser interposto não apenas pela parte sucumbente, mas também por terceiro prejudicado.

Existe controvérsia quanto à necessidade ou não de requerimento expresso no momento de solicitação da antecipação de tutela, da estabilização dos efeitos caso o réu permaneça inerte, pois parte dos autores afirma que, se não feito expressamente, estaria o réu livre para não recorrer, sem que se operassem os efeitos da estabilização.

A doutrina diverge também a respeito do que pode ser considerado como manifestação do réu, havendo corrente minoritária que sustenta que pode ser qualquer oposição ou impugnação do réu, ou seja, que ainda que o réu não interpusesse agravo de instrumento da decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, esta não poderia ser estabilizada caso réu oferecesse outra forma de oposição.

O ponto de maior debate diz respeito aos efeitos gerados pela estabilização, no sentido de saber se essa estabilização equivaleria à coisa julgada ou não. A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que não há formação, ocorrendo apenas a extinção do direito de revogar ou invalidar, já que não houve o aprofundamento necessário para a formação de coisa julgada, sendo deferida em momento de cognição superficial e parcial.

É evidente que para formar coisa julgada uma decisão precisa estar fundada em uma cognição exauriente, ou seja, em um exame aprofundado do conjunto probatório, o qual é impossível durante a concessão de uma antecipação de tutela, em virtude da ausência de tempo e de realização do contraditório e ampla defesa de forma plena e efetiva.

Dessa forma, conclui-se que a cognição sumária, a qual é aplicada na decisão de antecipação, por ser um juízo superficial, não consegue atingir o grau mais próximo da certeza, podendo apresentar prejuízos em demasiado para a parte que se mantém inerte, caso faça a formação de coisa julgada.

Sendo assim, o legislador previu métodos revisionais após a estabilização, podendo o réu ou o autor, dentro do prazo decadencial limite de dois anos, propor ação a fim de exaurir a cognição. Tal possibilidade tem como fundamento o direito ao processo justo. Referida ação poderá ter natureza revisional ou anulatória, dependendo da pretensão. Tem-se então que a estabilização mantém apenas os efeitos da decisão até posterior decisão, não recaindo sobre o conteúdo decisório.

O prazo inicia-se após a ciência da decisão que extinguiu o processo, ou quando abranger parcialmente o mérito da demanda, será contado a partir da data de intimação da decisão que declara a estabilização da tutela.

Por fim, apesar da doutrina majoritária afirmar que não é viável a formação de coisa julgada, tal opinião talvez não esteja em conformidade com os objetivos iniciais do legislador ao possibilitar a estabilização, qual seja, a facilitação e economia processual. Porém por outro lado, a formação de coisa julgada poderia violar preceitos fundamentais e processuais. No entanto, contribui para a resolução de forma rápida de conflitos judiciais, e conseqüentemente, desafogando o poder judiciário.

Diante da novidade e do pouco transcurso de tempo desde a vigência do novo ordenamento, é possível prever que a doutrina, jurisprudência ainda encontre vários obstáculos até um posicionamento mais concreto, devendo os aplicadores da lei agirem com cautela ao tratar do instituto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93643589/v17/document/122654088/anchor/a-122654088>>.

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo**. Brasília, ano 48, n. 190, abr-jun. 2011. **Portal do Senado**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/22902/000925568.pdf?sequence=1>>.

ALVIM, J. E. Carreira. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil. **Revista de processo**. São Paulo, v. 259, set. 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128266057/v1/document/133565035/anchor/a-133565035>>.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/104421858/v2>>.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao CPC**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/115969990/v1/document/116966347/anchor/a-116966347>>.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Assumpção. **Curso de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 273, nov. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código do Processo Civil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado do direito processual civil**. Vol. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Lage Fernando. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador? **Revista de Processo**. São Paulo, v. 262, p. 03, dez.2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria Fagundes; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; et al. **Curso de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128147379/v1/document/135774526/anchor/a-135774526>>.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2001.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade mecum Saraiva**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Booseller, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Tutela jurisdicional de urgência no Brasil**: relatório nacional (Brasil). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 219, mai. 2013.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Volume 3. Brasília: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Portal do Senado**. Brasília, ano 48, n. 190, p. 184, abr-jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf?sequence=3>>.

LESSA, Guilherme Thofehrn. Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 259, set. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela: tutela antecipatória e tutela cautelar**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75363605/v12/document/76212171/anchor/a-76179484>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. jun. 2012. **Marinoni Advocacia**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/119230263/v1/document/119470563/anchor/a-119470563>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreut>>.

ers.com/launchapp/title/rt/monografias/105867603/v3/document/120916468/anchor/a-120916468>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/78238675/v3/document/124349514/anchor/a-124349514>>.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar, arts. 796 a 812**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Das técnicas de cognição e do grau de estabilidade das decisões judiciais. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, v. 34, p. 33-34, dez. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100352779/v1/document/106696074/anchor/a-106410617>>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: código de processo civil - Lei nº 13.105/2015**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, p. 56-57, abr-jun. 1997.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória: Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015: A tutela jurisdicional provisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/108723056/v2/document/117717122/anchor/a-117717122>>.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval **Tutelas de urgência: sistematização das liminares de acordo com o projeto de novo CPC**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 129.ivil. **Revista de processo**. São Paulo, v. 259, set. 2016.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo, v. 209, jul. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 342, p. 107-120, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012.

VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 263, jan. 2017.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112230608/v1>>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais**. 14. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 230, p 75-89, abr. 2014.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Atualizada, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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