

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA¹

STABILITY OF ANTICIPATION OF TUTELAGE

Pedro Losa Loureiro Valim

Defensor Público no Estado de São Paulo

Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia

Universidade Católica (PUC/SP)

pedrovalim@outlook.com

RESUMO: O texto examina o instituto jurídico da estabilização da tutela antecipada, à luz do ordenamento jurídico francês (*procédure en référé*), bem como da própria Lei nº 13.105/15 (o novo Código de Processo Civil), analisando-se as suas principais características, bem como o modelo de funcionamento normatizado pelo Congresso Nacional em 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilização da tutela antecipada. Direito comparado. Principais características.

ABSTRACT: The text examines the ability to grant stability to the decisions taken in anticipation of tutelage, considering the French Law (*procédure en référé*), as also the Brazilian Law (including the new Code of Civil Procedure and its main characteristics)

KEYWORDS: Anticipation of tutelage; Stability; Comparative Law; New Code of Civil Procedure; Main Characteristics.

SUMÁRIO: I. Duração razoável do processo e meios garantidores da celeridade de sua tramitação. II. Delineamentos gerais da tutela antecipada. III. Estabilização da tutela antecipada e direito comparado (*référé* francês) IV. Conclusão. V. Referências bibliográficas

¹ Artigo recebido em 05/07/2015 e aprovado em 22/11/2015.

I. Duração razoável do processo e meios garantidores da celeridade de sua tramitação.

A prestação jurisdicional imprescinde de um encadeamento de atos processuais a fim de, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, serem debatidos os assuntos controvertidos entre as partes processuais, tendo como fim último a prolação de decisão judicial definitiva e imutável. O processo, portanto, intrinsecamente, carece de um certo lapso temporal para maturação. Entretanto, a adoção de estratégias protelatórias por parte do demandado, por exemplo, pode alargar excessiva e desnecessariamente o decurso temporal necessário para o encerramento do trâmite processual.

É notória, neste contexto, a importância do conceito de duração razoável do processo. O provimento jurisdicional não basta ser adequado, devendo ser prestado no momento adequado, em um prazo razoável. A solução judicial definitiva, caso seja concedida de forma morosa e tardia, pode não ser útil para a concretização do direito material tutelado, em virtude do perecimento deste ao longo do trâmite processual.

Ressaltando o caráter pernicioso da prestação jurisdicional morosa e tardia, o jurisconsulto Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, realça que:

“a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (...) Em comentários ao artigo 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana.”²

A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 2004, realizou diversas modificações estruturais no Poder Judiciário, tendo também inserido o inciso LXXVIII³ no bojo do rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

² MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

Analisando tal inovação normativa, o doutrinador Humberto Dalla Bernardina de Pinho, em sua obra “Direito Processual Civil Contemporâneo”, tece os seguintes comentários:

“em atenção ao mandamento da efetividade processual, o Princípio da Tutela Tempestiva foi introduzido no artigo 5º de nossa Constituição através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à Justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva”⁴

O próprio artigo 4º da Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) infraconstitucionaliza o disposto no LXXVIII do artigo 5º, consoante se infere de sua redação: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Consta-se, portanto, que a disciplina infraconstitucional confere um passo além, estabelecendo que a duração razoável do processo não se restringe única e exclusivamente à fase cognitiva, devendo a prestação jurisdicional executiva ser também pautada por uma duração razoável e proporcional. Na obra “Projetos de Novo Código de Processo Civil – comparados e anotados”, o doutrinador Cássio Scarpinella Bueno ressalta que “a expressa menção à atividade satisfativa é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com a sua concretização”⁵.

A previsão do princípio da duração razoável do processo não encontra previsão normativa apenas na Constituição Federal. Consoante se infere do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecido tal declaração de direitos humanos como Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil no dia 25 de setembro de 1992, “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”, não sendo tal garantia processual exclusiva do direito processual penal. O citado dispositivo normativo estende tal princípio textualmente não apenas aos processos instaurados para “a apuração de qualquer acusação penal formulada” contra o cidadão, como

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, volume 1: Teoria Geral do Processo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

também na “determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

A importância de um processo que se desenvolva em uma duração pautada nas balizas normativas da proporcionalidade e da razoabilidade é ressaltada no próprio funcionamento dos meios de acesso dos cidadãos ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Diversamente do sistema europeu, o cidadão não tem acesso direto ao órgão com poder jurisdicional do sistema interamericano (no caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Assim, no caso de uma violação da Convenção Americana por algum de seus Estados-partes, o indivíduo, o grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida legalmente em um ou mais Estados-membros da Organização deve acionar a Comissão Interamericana, mediante o protocolo de petição, descrevendo as denúncias ou queixas de violações aos direitos humanos reconhecidos e resguardos pelo sistema normativo interamericano.

O artigo 46 estabelece uma série de requisitos que devem ser preenchidos para a superação do juízo de admissibilidade por parte da Comissão. Um deles é prevista na alínea “a” do supracitado dispositivo normativo – a necessidade de prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna. Entretanto, a imposição do esgotamento dos recursos internos é mitigada pela alínea “c” do artigo 46.2, justamente nos casos em que “houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”. Assim, na sistemática de tutela dos direitos humanos na seara internacional, a prestação jurisdicional morosa e tardia é assemelhada à ausência de solução jurídica. Configuraria ônus excessivo ao cidadão condicionar o acesso à Comissão Interamericana, quando a omissão e a inércia forem imputados não a uma atitude omissiva sua, mas sim imputada ao Estado, que não prestou a jurisdição necessária tempestivamente.

O caráter indenizatório por eventual descumprimento estatal do dever prestacional imposto em prol da consecução da duração razoável do processo assume caráter divergente na doutrina. Em que pese a ausência de regulamentação infraconstitucional específica que venha a estabelecer as balizas normativas acerca da configuração de tal responsabilidade civil, o doutrinador Cássio Scarpinella Bueno, em sua obra “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil”, ressalta a importância do §6º do artigo 37 da Constituição Federal, determinando-se a responsabilidade estatal objetiva, bem como a desnecessidade de

regulamentação infraconstitucional para a vinculação estatal quanto ao dever jurídico de conferir razoável duração às relações processuais:

“E mais: que se trata de um princípio constitucional do direito processual civil e, portanto, inderrogável por qualquer norma infraconstitucional e que, como tal, independe de lei para ser implementado em todos os sentidos (...) A discussão relativa à possibilidade de indenização a ser paga pelo Estado pela não duração razoável do processo, pela não observância, portanto, do princípio expresso no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, por isto mesmo, não parece ter, pelo menos à falta de lei expressa que regulamente os parâmetros concretos de uma tal indenização, maior expressividade. Um tal dever indenizatório não pode ser denegado, até por causa do que dispõe o art. 37, §6º, da Constituição Federal, mas o que o princípio aqui examinado – que é direito fundamental – quer é que se criem condições, as mais variadas, concretas de atingimento de uma dada finalidade. Enfocá-lo como uma cláusula de mera indenização apequena a sua própria função no Estado brasileiro. Por ora, portanto, é mais importante revelar o seu conteúdo prestacional”⁶

Analisando os parâmetros para a averiguação quanto possível violação da cláusula da duração razoável do processo, o doutrinador Eduardo Arruda Alvim ressalta que “o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fixou três importantes critérios para se aferir se houve ou não dilação indevida do processo, a saber: a) complexidade do assunto versado na causa; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores; e c) a atuação e comportamento do órgão jurisdicional”⁷ Indo ao encontro das balizas adotadas pelo sistema europeu de proteção dos direitos humanos, realçadas pelo ilustre doutrinador, pode-se agregar os parâmetros elencados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na análise de alguns dos precedentes envolvendo o Estado brasileiro no polo passivo, como o caso “Ximenes Lopes” e “Nogueira de Carvalho” (ambos em face do Brasil). Em ambos os precedentes, depreende-se que a Corte adotou balizas para avaliação quanto à possível

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

violação da garantia processual prevista no artigo 8º da Convenção Americana: (i) a complexidade da matéria posta à apreciação do Judiciário; (ii) atividade processual adotada por ambas as partes (procrastinatória ou cooperativa); (iii) a conduta das próprias autoridades judiciais.

A primeira parte do inciso LXXVIII realça a importância da duração razoável do processo. A parte final do dispositivo normativo, por sua vez, visa à concretização e efetivação de tal comando constitucional, ao prever a necessidade de criação e aperfeiçoamento de meios garantidores da celeridade da tramitação processual. Não é suficiente apenas explicitar, com força normativa constitucional, a importância da duração razoável do processo. A fim de que este seja efetivo, adequado e célere, impõe-se ao Estado, como dever prestativo vinculado, a criação, estruturação, organização e aperfeiçoamento de tutelas processuais adequadas às peculiaridades de cada um dos direitos materiais que se pretende resguardar ou tutelar. A instrumentalidade das garantias procedimentais e das tutelas processuais em prol da efetividade processual deve ser uma meta constante do ordenamento jurídico. Trata-se do princípio da eficiência, a fim de gerenciar a atividade jurisdicional a fim de tornar mais eficiente o trâmite processual, conferindo maior agilidade e celeridade, desde que sempre respeitadas as balizas normativas do contraditório e da ampla defesa, nos seus mais diversos graus.

Através da análise das inúmeras reformas legislativas realizadas ao longo da vigência do atual Código de Processo Civil, compreende-se a introdução de inúmeros instrumentos processuais, arquiteturas organizacionais, tutelas diferenciadas, a fim de viabilizar a concretização da duração razoável do processo. Com o advento da Lei nº 11.232/05, por exemplo, houve a adoção de um modelo arquitetural diferenciado do existente anteriormente, não sendo necessária a propositura de ação autônoma para a execução do comando previsto no dispositivo sentencial. Visando a uma maior celeridade e racionalidade no processo executivo, após o trânsito em julgado (ou mesmo antes do mesmo, no caso da execução provisória), inaugurar-se-ia uma mera fase processual, no bojo da mesma relação jurídica processual já então existente, sendo o devedor intimado, nos moldes do artigo 475-J do Código de Processo Civil, a efetuar o pagamento da quantia certa no prazo de quinze dias, sob pena de cominação da multa legal prevista no mesmo dispositivo normativo, no montante de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação.

Com arrimo na necessidade de efetivação da duração razoável do processo, bem como na incorporação de uma concepção gerencial do sistema judiciário, houve expresse reconhecimento constitucional quanto à possibilidade de delegação aos servidores da prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório, nos moldes do inciso XIV do artigo 93. Com tal delegação, agrega-se o princípio da eficiência (outroza visto única e exclusivamente sob o viés da Administração Pública, em virtude do disposto no artigo 37 da Constituição Federal) também à esfera do Poder Judiciário, intentando-se obter o máximo da prestação jurisdicional com o dispêndio do tempo estritamente necessário para a prestação da tutela jurisdicional.

A prioridade na tramitação em todas as instâncias conferida à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, considerada como idosa, nos moldes da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), ou portadora de doença grave configura também um passo em prol da concretização da duração razoável do processo. Apesar de se tratar de uma medida incipiente, porquanto tendo como destinatária apenas parcela da população (idosos e portadores de doença grave), não se trata de um discriminem odioso ou inconstitucional. Pelo contrário. Levando em consideração a idade já avançada ou a possibilidade de agravamento do quadro clínico (inclusive com possibilidade de falecimento) do portador de doença grave, o Poder Judiciário deve conferir prioridade na tramitação processual de tais feitos, com arrimo no princípio da igualdade material. No mundo do dever-ser, seria imperioso que a todos fosse garantida a duração razoável do processo. Entretanto, levando em consideração a realidade ainda vigente, é evidentemente proporcional e razoável a concessão de prioridades de tramitação a uma parcela da população em situação mais calamitosa.

O processo eletrônico, introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.419/06, também configurou um instrumento de agilidade à tramitação processual. Em virtude do imperioso peticionamento por meio eletrônico, a depender da regulamentação delineada pelos órgãos do Poder Judiciário, ganhou-se em eficiência, bem como economia de materiais (especialmente, sulfite), em prol da preservação do meio ambiente. Com a informatização do processo judicial, há um incremento na agilidade da tramitação dos processos, recrudescimento na produtividade, bem como a minoração dos custos dispendidos pela tramitação processual. Permite-se o acesso simultâneo por todas as partes processuais, evitando os inconvenientes da impossibilidade carga no caso de prazo comum,

nos moldes delineados no §2º do artigo 40 do Código de Processo Civil⁸, com a redação dada pela Lei nº 11.969/09. Pode-se, portanto, perfeitamente correlacionar a informatização do processo judicial com a celeridade na resolução dos conflitos e com a própria prestação da tutela jurisdicional, viabilizando, por conseguinte, a efetivação e a concretização do princípio da duração razoável do processo.

O próprio incentivo à composição amigável e extrajudicial dos conflitos representa também uma busca de celeridade processual, a fim de concretizar a duração razoável do processo. A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre os particulares, como meio de solução de controvérsias, bem como estabelece a normativa para a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O novo Código de Processo Civil, consoante se infere do §2º do artigo 3º, estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. O §3º do mesmo dispositivo normativo prevê que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

II. Delineamentos gerais da tutela antecipada.

Junto a estes meios garantidores da duração razoável do processo, é importante ressaltar a importância da tutela cautelar e da tutela antecipada. Consoante visto anteriormente, o tempo, dependendo da hipótese, pode ser encarado como um obstáculo à consecução e concretização do direito material a que se visa resguardar com o ajuizamento da ação. Dependendo do lapso temporal transcorrido, a utilidade da prestação jurisdicional pode se esvaír, tornando-se a morosidade e a intempestividade da solução judicial um obstáculo para a própria efetividade.

Em que pese as divergências doutrinárias acerca das divergências ontológicas existentes entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, é mister salientar a existência de um consenso (ainda que relativo): a tutela cautelar visa a assegurar a utilidade da prestação

⁸ Nos casos de prazo comum a ambas as partes, o §2º do artigo 40 veda a retirada dos autos do Cartório, excepcionando-se tal impedimento em três situações previamente delineadas: (i) retirada em conjunto pelas partes dos autos; (ii) mediante prévio ajuste por petição nos autos (delimitando-se, por exemplo, a possibilidade do Autor em retirar os autos do 1º dia do *dies a quo* até a metade do prazo previsto para a prática de determinado ato processual, quedando o restante do prazo para o demandado) e (iii) para a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 01 (uma) hora, independentemente de prévio ajuste, divergindo, portanto, da hipótese delineada no item (i).

jurisdicional final, ao passo que a tutela antecipada possui nítido caráter satisfativo, vindo a antecipar o que seria alcançado apenas com a prestação jurisdicional definitiva.

Analisando a distinção acima delineada, o jurisconsulto Alexandre Freitas Câmara realça que não é:

“possível a confusão entre as duas modalidades de tutela jurisdicional. Isto porque tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada prestada com base neste inciso I do art. 273 têm como fundamento de concessão o *periculum in mora*, o risco de dano. Ocorre que na tutela cautelar o que corre risco de sofrer dano irreparável (ou de difícil reparação) é a efetividade do processo, do provimento jurisdicional. O direito substancial, nesta hipótese, não está em risco. Já na tutela antecipada o que corre risco de perecer é o próprio direito material. A tutela cautelar é uma modalidade de tutela do processo, enquanto a tutela antecipada é destinada a proteger o direito substancial”⁹

É mister salientar que a redação originária do artigo 273 do atual Código de Processo Civil é deveras diversa da atualmente existente, decorrente do advento da Lei nº 8.952/94. Anteriormente à reforma legislativa mencionada, o ordenamento jurídico processual civil nacional previa o instituto da tutela antecipada apenas a determinadas hipóteses taxativamente mencionadas, como nas ações possessórias e no mandado de segurança. Não havia, como há atualmente, o poder geral de antecipação da tutela previsto no *caput* do artigo 273, com a atual redação dada pela Lei nº 8.952/94. Com arrimo no poder de adequação e na necessidade de prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, os magistrados utilizavam do poder geral de cautelar para o deferimento de cautelares com caráter nitidamente satisfativo, em que pese a incompatibilidade de tais termos entre si. Levando em consideração o poder-geral delineado no bojo do artigo 798 do Código de Processo Civil, bem como na atipicidade das medidas cautelares, inclusive, em caráter antecipatório, consoante regramento previsto no artigo 804 do CPC, lograva-se êxito na concretização e efetivação do direito material a ser resguardado, vindo a se utilizar de uma

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. 1. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

arquitetura organizacional das medidas cautelares para finalidades para as quais a mesma não foi delineada em nosso ordenamento jurídico.

Analisando, em retrospectiva histórica, o relato acima delineado, o doutrinador Fredie Didier Júnior tece os seguintes comentários:

“Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas” (...) A prática disseminou-se, a ponto de, em certos tribunais do país, algumas “cautelares satisfativas”, de tão frequentes no foro, terem ganhado inclusive “código próprio” na distribuição (é o caso, por exemplo, da “cautelar de sustação de protesto”, de nítido caráter satisfativo). Se, de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da força normativa do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria”¹⁰

Com o advento da Lei nº 8.952/94, houve a retificação de tal lacuna legislativa, colmatando-a com o estabelecimento do poder geral de antecipação satisfativo. Consoante se infere da atual redação dada ao *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, não há mais a restrição da possibilidade de tutela antecipatória satisfativa a determinados direitos materiais como outrora (ações possessórias e fixação de pensão alimentícia, por exemplo).

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

Com a reforma legislativa, inclusive com o acréscimo do §3º ao *caput* do artigo 461, houve, nos moldes delineados por Fredie Didier Jr, a “ordinarização da tutela antecipada satisfativa”, viabilizando, por conseguinte, o deferimento da tutela antecipada para qualquer direito e não mais, como outrora, apenas para aqueles que se tutelavam por determinado procedimento especial (como o caso do mandado de segurança, o procedimento especial das ações possessórias e da ação de alimentos).

Ressaltando tal diferença histórica, o professor Alexandre Câmara ressalta que “com a reforma do Código de Processo Civil, porém, passou-se a ter este instrumento como aplicável genericamente ao módulo processual de conhecimento, sendo cabível qualquer que seja o procedimento aplicável, comum (ordinário ou sumário) ou especial.”¹¹

É interessante notar que, antes da reforma legislativa de 1994, não havia, portanto, um delineamento geral, irrestrito e amplo da tutela antecipada. Houve, com a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, o reconhecimento textual e expresso da possibilidade de deferimento da tutela antecipatória (com arrimo em cognição de probabilidade ou verossimilhança, de acordo com divergências doutrinárias, em uma nítida cognição sumária), satisfazendo-se a pretensão material antes da prolação da sentença pautada em cognição exauriente e plena. Houve o reconhecimento de duas sistemáticas processuais autônomas e independentes quanto às duas tutelas em questão: tutela antecipada e tutela cautelar, ontologicamente distintas. Com o advento da Lei nº 10.444/02, por sua vez, houve a introdução do §7º ao *caput* do artigo 273¹², prevendo-se a fungibilidade entre tutela cautelar e a tutela antecipada. Consoante se infere da análise textual do dispositivo normativo em questão, infere-se a possibilidade de deferimento incidentalmente ao processo de conhecimento de tutela cautelar, não havendo mais a necessidade de ajuizamento de ação autônoma para veicular a pretensão acautelatória da prestação jurisdicional final. Trata-se da “multifuncionalidade” da relação jurídica processual de conhecimento defendida por Fredie Didier Júnior em obra já citada no presente artigo, indo ao encontro do sincretismo processual já defendido entre a fase cognitiva e o cumprimento de sentença. O juriconsulto identifica “uma tendência inexorável de nossa legislação: a unificação dos “processos”. Com

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. 1. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

¹² “§7º 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”

o claro objetivo de acabar com a vetusta exigência de que, para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual autônoma, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da multifuncionalidade”¹³.

A possibilidade de concessão incidental de tutela cautelar no bojo do processo de conhecimento foi levada às últimas consequências pela Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil), que, diversamente do atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), não prevê um Livro próprio para o Processo Cautelar. Ambas as tutelas (cautelar e antecipada) são objeto de análise no gênero “tutela de urgência”, que, por sua vez, ao lado da “tutela de evidência”, configuram espécie do gênero maior “tutela provisória”, instituto jurídico objeto do Livro V do novo CPC. Englobando tanto as tutelas antecipadas, quanto as tutelas cautelares, o artigo 295 do novo CPC prevê que as tutelas provisórias podem ser concedidas e caráter incidental, encampando, portanto, a possibilidade já prevista no bojo do §7º do artigo 273 do atual CPC. Como não há mais Livro próprio para regular o Processo Cautelar, o artigo 301, em caráter exemplificativo, tipifica¹⁴ algumas tutelas cautelares que podem ser deferidas judicialmente, sem prejuízo da possibilidade de concessão de “qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Constata-se, portanto, que o novo CPC encampa a teoria da tutela cautelar como acautelatória, assecuratória da utilidade da prestação jurídica final, bem como da atipicidade das medidas cautelares, com arrimo no poder-geral de cautela.

A fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada também foi encampada pelo novo CPC, consoante se infere do parágrafo único do artigo 305. Consoante se analisará melhor ao longo do artigo, os Capítulos II e III do Livro V do novo CPC preveem a possibilidade de deferimento da tutela antecipada e cautelar, respectivamente, em caráter antecedente, sem prejuízo da possibilidade de formulação de pedido incidentalmente ao processo de conhecimento, como já ressaltado anteriormente (artigo 295 do novo CPC). Caso o autor requeira, a título de tutela cautelar antecedente, providência de natureza antecipatória antecedente, o juiz deve observar a sistemática legal delineada no Capítulo II do Livro V, ainda que textual e formalmente o autor tenha formulado pedido de tutela cautelar antecedente. Observa-se, portanto, a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 530.

¹⁴ “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens”

antecipatória prevista também no âmbito antecedente (e não apenas incidentalmente, como na atual sistemática legal do Código de Processo Civil).

Consoante se analisa do delineamento legal do Capítulo III supracitado, a parte autora formulada antecedentemente o pedido de tutela cautelar. O réu, nos moldes do artigo 306 do novo CPC, é citado para apresentar contestação, seguindo-se o procedimento comum. Em transcorrendo *in albis* o prazo para oferecimento da contestação, há a decretação da revelia, com a produção dos seus efeitos, inclusive a presunção (relativa, *jures tantum*) de veracidade dos fatos alegados pelo autor. O artigo 308, por sua vez, prevê que, efetivada a tutela cautelar, o autor deverá formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias¹⁵, devendo ser apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar (não sendo necessário o adiantamento de novas custas processuais), indo ao encontro da tendência de sincretismo processual, tornando-se completamente desnecessária a subsistência de um processo cautelar autônomo. Sem prejuízo de tal arquitetura organizacional, o §1º do supramencionado dispositivo normativo prevê a possibilidade de formulação conjunta do pedido de tutela cautelar com o pedido principal (cumulando-se ambos os pedidos), como já prevê o §7º do atual artigo 273 (tutela cautelar incidental em processo de conhecimento).

Há certa polêmica doutrinária quanto à possibilidade de deferimento judicial de tutela antecipatória em ações declaratórias e constitutivas (positivas ou negativas). Tem-se a compreensão de que a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, bem como a constituição ou a desconstituição de determinada relação jurídica, somente ocorre em termos definitivos, após a cognição exauriente. Entretanto, é possível a antecipação dos efeitos práticos decorrentes de tal cognição. Exemplificativamente, o autor ajuíza ação declaratória de nulidade ou desconstitutiva anulatória em face de determinado credor, em virtude de vício de consentimento (como a simulação ou dolo, por exemplo). Entretanto, a demora no trâmite processual lhe acarretará danos severos, porquanto o crédito a que visa declarar nulo ou anular fora protestado pelo demandado, motivo pelo qual o nome do demandante fora inserido em cadastro restritivo de crédito. Ainda que se trate de pretensão declaratória ou constitutiva negativa, é possível a antecipação dos efeitos fáticos

¹⁵ É evidente, como ressaltado pelo doutrinador Fredie Didier Júnior, que há determinadas hipóteses em que a formulação do pedido principal, nos moldes do artigo 308 do novo CPC, será irrelevante e desnecessária, nas mesmas situações traçadas no atual CPC, em que se dispensa o ajuizamento da ação principal, como na cautelar de exibição (artigos 844 e 845 do CPC), caução (artigos 826 a 838 do CPC), ou naquelas hipóteses em que não se trata de medida cautelar constritiva (produção antecipada de provas, arts. 846/851).

daí decorrentes, determinando-se a sustação do protesto, bem como a inibição de que o demandado proceda novamente a outro protesto, impelindo-o a uma obrigação de não fazer. Outro exemplo ocorre no caso da nomeação de curador provisório, em ação de interdição, porquanto se configura como uma tutela antecipatória, em processo com pretensão nitidamente constitutiva (modificação do *status* civil da demanda – no caso, sua capacidade civil). O doutrinador Teori Albino Zavascki, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em sua obra “Antecipação de Tutela”, tece os seguintes comentários acerca de tal possibilidade: “essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá necessariamente, mediante ordens de não-fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão de atos ou comportamentos”¹⁶ Entretanto, em que pese o exemplo, há entendimentos doutrinários diversos, no sentido de que, no exemplo ilustrativo fornecido acima, se trata a sustação do protesto não uma tutela antecipada, porquanto destituída de caráter propriamente satisfativo, mas sim tutela cautelar, levando em consideração que visa a assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final a ser prolatada (declarando-se a inexistência da relação jurídica processual, no caso do crédito questionado).

Volvendo-se a análise do artigo 273 do atual Código de Processo Civil, é mister salientar, primeiramente, que, uma vez preenchidos e reconhecidos os requisitos previstos no artigo 273 do CPC (ou nos correlatos dispositivos normativos, como, exemplificativamente, o §3º do artigo 461 e o §3º do artigo 461-A), há um dever-poder geral de antecipação. Não se trata de uma mera discricionariedade judicial. Presentes os requisitos normativos, o jurisdicionado tem reconhecido judicialmente o direito à tutela antecipatória pleiteada nos autos do processo.

De acordo com o magistério de Cássio Scarpinella Bueno, em obra já citada no presente artigo, para a concessão da tutela antecipatória, deve-se subdividir os pressupostos em (i) necessários e (ii) cumulativo-alternativos. Consoante se infere do *caput* do artigo 273 do CPC, são pressupostos necessários para o deferimento da tutela antecipatória a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação”. Os pressupostos cumulativo-alternativos estão previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo normativo. Assim, além dos requisitos necessários estabelecidos no *caput*, o autor deve comprovar a subsunção do caso a uma das hipóteses delineadas ou no inciso I (“haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil

¹⁶ ZAVASCKI, Teoria Albino. Antecipação de Tutela. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 84-85.

reparação”) ou no inciso II (“fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”).

II. Estabilização da tutela antecipada. Direito comparado (*référé* francês e *provvedimento d’urgenza* italiano).

De acordo com a sistemática legal atualmente vigente, nos moldes delineados pelo atual Código de Processo Civil, a tutela antecipatória, pautada em cognição sumária, é dependente de uma decisão final a ser prolatada em cognição exauriente. Trata-se de uma decisão provisória a ser futura e obrigatoriamente substituída por uma decisão definitiva e exauriente. A tutela antecipatória, nesta arquitetura organizacional, possui um caráter instrumental, provisório, pautado em uma cognição sumária (baseada na verossimilhança e na probabilidade do direito), sempre condicionada a uma etapa subsequente, pautada em uma cognição exauriente, com arrimo em um juízo de certeza.

Entretanto, é mister salientar a possibilidade de configuração de uma sistemática procedimental diversa. Consoante se analisa do comportamento processual das partes, mais do que uma certeza definitiva e imutável, o que os jurisdicionados buscam, na maior parte das vezes, é uma solução rápida e efetiva, ainda que pautada em uma cognição sumária. Consoante se analisará ao longo do presente artigo, o instituto do *référé* francês foi pautado justamente na percepção de que os franceses visam à pacificação do conflito, ainda que pautado em uma cognição sumária, desde que a prestação jurisdicional seja célere e tempestiva. De acordo com tais conceitos, a tutela antecipatória não configura como um instrumento processual dependente de uma decisão final pautada em uma cognição exauriente. A busca desenfreada pela certeza e pelo exaurimento da cognição deve ser mitigada e relativizada, porquanto, em determinados casos, pode não corresponder ao desiderato volitivo das partes, que podem perfeitamente prezar e priorizar a rapidez na solução do litígio em detrimento de uma segurança jurídica calcada em uma cognição exauriente. Assim, constata-se ser possível dissociar a tutela antecipada de uma decisão final exauriente, sendo possível a autonomia e independência da tutela antecipatória, não sendo esta provisória no sentido de que deve sempre ser objeto de superveniente substituição por uma decisão final exauriente.

Com a estabilização da tutela antecipada prevista no novo Código de Processo Civil, desvincula-se a tutela antecipatória da “posterior etapa cognitiva completa,

outorgando-se às partes a opção pela efetiva instauração da lide, mediante a propositura de demanda visando à sentença de mérito”¹⁷.

A arquitetura processual adotada pela legislação deve estar em conformidade com o modelo constitucional de processo civil, levando em consideração a supremacia e força normativa da Constituição, que figura, dentro do ordenamento jurídico, na posição de ápice normativo. A fim de concretizar a celeridade e a razoável duração do processo, é plenamente possível a estabilização da tutela antecipada, não sendo imperiosa que a mesma seja supervenientemente substituída por uma decisão final, calcada em cognição exauriente e plena. Entretanto, não se pode impedir a submissão da lide à cognição exauriente, sob pena de violação à cláusula constitucional do devido processo legal, bem como da própria inafastabilidade jurisdicional em seu sentido amplo. Caso o demandado, não satisfeito com a tutela antecipatória deferida judicialmente, deseja submeter a questão à apreciação exauriente, com a prolação de uma decisão final, tal possibilidade deve ser resguardada e tutelada. Assim, a estabilização da tutela antecipada é interrompida e cessada com a manifestação volitiva da parte que com a mesma discorda. É por isto que o doutrinador Alex Costa Pereira, na tese de doutorado já mencionada, menciona que há desvinculação da tutela antecipatória com a posterior etapa cognitiva completa. Entretanto, não se trata de uma dissociação irrestrita e total, sendo necessária a outorga às partes da opção volitiva de instaurar efetivamente a lide, submetendo a questão à apreciação exauriente. A fim de compatibilizar o instituto da estabilização da tutela antecipada ao modelo constitucional de processo civil, não se pode obstar a possibilidade de qualquer uma das partes se submeter à cognição exauriente, caso assim se manifestem volitivamente.

Antes de adentrar propriamente no novo Código de Processo Civil (CPC), é imperiosa a análise do projeto de autoria dos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, José Roberto Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Marinoni, do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), tendo recebido no Senado Federal o número do PLS nº 186/2005, arquivado em 2007¹⁸. Tal projeto de lei visava a acrescentar os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao atual Código de Processo Civil.

¹⁷ PEREIRA, A. C. Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

¹⁸ Na exposição de motivos, são tecidos os seguintes comentários: “a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões

"Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo".

"Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões."

O artigo 273-A do PLS nº 186/05 prevê, como encampado pelo novo Código de Processo Civil, a possibilidade de requerimento da tutela antecipada de forma antecedente ou incidental ao processo.

eminente pragmatismas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição nos termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito” Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=5724> Acesso em 05 de julho de 2015.

Caso tenha sido adotado o requerimento de forma antecedente, uma vez deferida a tutela antecipatória, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias, ao réu propor demanda que vise à sentença de mérito, sob pena de a medida antecipatória adquirir força de coisa julgada, consoante se dispõe no §2º do artigo 273-B. O deferimento da tutela antecipada inverte o ônus processual, incumbindo não mais ao autor, mas sim ao réu a necessidade de ajuizar demanda autônoma a fim de obter a cognição exauriente e uma sentença de mérito definitiva, que pode vir a confirmar ou não a tutela antecipatória judicialmente deferida. Caso o magistrado defira parcialmente a tutela antecipatória, incumbe também ao autor a possibilidade, no mesmo prazo delineado no §1º, de propor demanda autônoma, a fim de obter a satisfação integral da pretensão.

Por outro lado, caso o requerimento de tutela antecipatória tenha sido requerido incidentalmente à relação jurídica processual já previamente instaurada, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, uma vez preclusa a decisão concessiva da tutela antecipada pleiteada incidentalmente, objetivamente o julgamento meritório definitivo e exauriente. Em se quedando inerte, não pleiteando o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquire força de coisa julgada.

O artigo 273-D, por sua vez, regula a hipótese em que a demanda é proposta (no caso do §1º do artigo 273-B, qual seja, tutela antecipada requerida antecedentemente) ou é retomado o curso do processo (na hipótese do artigo 273-C, ou seja, no requerimento incidental da tutela antecipada). A extinção sem resolução de mérito do processo não acarreta a ineficácia da medida antecipatória, excepcionada a carência da ação, se incompatíveis as decisões. Constata-se que o artigo 273-D ressalta mais uma vez a relativa independência e autonomia da tutela antecipatória, cujos efeitos continuam a vigorar, ainda que o processo, uma vez instaurado ou prosseguido, venha a ser extinto sem resolução de mérito.

Consoante se analisa da sistemática legal prevista nos artigos 303 e 304 da Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil), a estabilização da tutela antecipada não se estende ao Capítulo III do Livro V, não abrangendo, portanto, as tutelas cautelares. Levando em consideração a diferença ontológica existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, constata-se que a primeira visa a resguardar a utilidade do provimento jurisdicional final, ao passo que a tutela antecipada possui nítido caráter satisfativo, visando a antecipar os efeitos que, em regra, somente seriam produzidos depois de proferida decisão final à luz de uma

cognição exauriente. Em virtude da coincidência (ainda que parcial) dos objetivos almejados em ambos os momentos processuais (deferimento da tutela antecipada e na prolação da sentença final), é possível a dispensa da cognição exauriente e a dissociação, ainda que relativa, da tutela antecipatória da necessidade de sujeição a uma cognição exauriente e a uma decisão final. Como a tutela antecipada, como a própria nomenclatura indica, antecipa os efeitos decorrentes da decisão final a ser prolatada, pode-se permitir que esta seja dispensada, em assim concordando as partes processuais. Tal raciocínio, por sua vez, não se adequa às peculiaridades da tutela cautelar, cujo objeto não coincide com a lide principal, porquanto visa apenas a acautelar, assegurar e resguardar a utilidade do provimento jurisdicional a ser futuramente prestado.

Ao permitir que as partes optem por não se sujeitar a uma cognição exauriente, conformando-se o perdedor com a tutela antecipatória deferida em seu desfavor, permite a estabilização da tutela antecipada. Evita-se o dispêndio desnecessário de atos processuais em rumo a uma decisão final cuja utilidade para as partes é mínima ou quase inexistente, porquanto já se contentaram com a tutela antecipatória deferida e estabilizada. Mais à frente, estudar-se-á o instituto do *référé* francês, cujas similitudes com a estabilização da tutela antecipada serão realçadas. Em território francês, consoante o magistério de Gustavo Bohrer Paim:

“a efetividade do *référé* é demonstrada por Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar que, assim também, no *référé* francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário.”¹⁹

Em um contexto de excessiva judicialização dos conflitos e aumento excessivo do número de processos postos à apreciação do Poder Judiciário, a possibilidade de diminuição da litigiosidade em seara de cognição exauriente é um dos efeitos positivos da estabilização da tutela antecipada. Entretanto, é mister ressaltar a importância da sociedade jurídica na concretização do êxito do instituto. Levando em consideração a excessiva litigiosidade da sociedade brasileira, bem como a presença contumaz dos litigantes habituais no Poder Judiciário, com suas costumeiras práticas protelatórias no trâmite processual, receia-se que

¹⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.180.

a concordância com a estabilização da tutela antecipada possa a ser exceção e não a regra, inviabilizando, por completo, o funcionamento do instituto em sua plenitude.

A fim de melhor analisar o instituto da estabilização da tutela antecipada, é mister a análise da *jurisdiction des référés*, previsto no ordenamento jurídico francês, especialmente após as reformas procedimentais realizadas no final do século XX. A *jurisdiction des référés* é pautada, basicamente, por uma jurisdição calcada em cognição sumária (juízo de aparência, verossimilhança ou probabilidade. Consoante o disposto no artigo 484 do Código de Processo Civil francês²⁰, trata-se de uma decisão provisória prestada em virtude da demanda de uma das partes processuais, estando a outra parte presente ou, ao menos, intimada para o comparecimento, em um caso em que a lei confere ao magistrado, que não é o responsável ou competente para o julgamento do processo principal, o poder para ordenar imediatamente a adoção de medidas necessárias. Trata-se da aplicação da tutela processual adequada à peculiaridade do direito material. Constata-se que, diversamente do ordenamento jurídico nacional, na França uma repartição de competência, incumbindo-se ao *juge des référés* a competência para a concessão ou não da tutela antecipatória pleiteada, não se cumulando a este magistrado a competência para o julgamento do processo principal, caso este, ao final, seja de fato instaurado por uma das partes, que pretende a submissão a uma cognição exauriente, não se conformando, por conseguinte, com a estabilização da tutela antecipatória prevista no ordenamento francês.

Assim como dito anteriormente, busca-se autonomizar a tutela antecipatória, tornando-a, em assim manifestando favoravelmente as partes processuais, independente, não sendo sucedida posteriormente, como regra, por uma fase cognitiva exauriente. Nos moldes do doutrinador Gustavo Bohrer Paim, as decisões pautadas no procedimento do *référé* “podem ser utilizadas de fato como um substituto eficaz de uma decisão definitiva, já que não há obrigação legal de dar início a um processo de fundo”²¹

O instituto do *référé* foi objeto de constante evolução. Anteriormente, obstaculizava-se o deferimento da ordem do *référé*, quando da mesma pudesse vislumbrar a decisão de mérito que o Tribunal tomaria no processo de fundo. Tal exigência negativa foi

²⁰ “Art. 484 L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires”

²¹ PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.171.

derrogada no novo CPC francês, especialmente quando se vislumbra a autonomia e independência (ainda que relativa) da decisão exarada em âmbito do *référé* (pautada em cognição sumária). Assim como se vislumbrará quando do estudo do novo CPC (Lei nº 13.105/15), não há coisa julgada material, tampouco a decisão judicial exarada no *référé* vincula o juiz do processo principal, caso este seja instaurado pelo demandado. Evita-se, portanto, que a decisão do *référé* prejudique a decisão de mérito final, porquanto tal atitude seria prejudicar a causa, através de uma sentença prévia com força de coisa julgada.

O juiz do *référé* é monocrático. O demandado é citado com certa antecedência (com tempo suficiente para a devida concretude do princípio da ampla defesa e do contraditório) para comparecer em determinado dia e horário (dependendo da urgência do pleito, inclusive à noite e em feriados). “O procedimento será concluído com uma decisão provisória, que não tem autoridade de coisa julgada”²² Assim como na sistemática delineada no projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, bem como no novo Código de Processo Civil, “há sempre a possibilidade de instaurar um processo de cognição plena, com todas suas garantias, não havendo qualquer eficácia preclusiva na ordem do *référé*, o que representa um contrapeso e a garantia essencial para o direito de defesa da parte”²³ Compatibiliza-se, portanto, a estabilização da tutela antecipada com as balizas constitucionais (inclusive previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos, especialmente no artigo 6º - direito a um processo equitativo), especialmente do contraditório e da ampla defesa, assim como, em uma perspectiva macro, da própria noção de devido processo legal substantivo e formal. Viabiliza-se, portanto, em assim manifestando as partes, a viabilidade de acesso à cognição exauriente, instaurando-se novo processo a fim de proferir decisão final. Entretanto, oportuniza-se também, em assim sendo o caso, a estabilização da ordem do *référé*, tornando-se a justiça mais célere, facilitando a composição do conflito.

A independência e a autonomia do *référé* e do eventual processo de mérito a ser instaurado é uma realidade²⁴, ainda mais se levarmos em consideração os estudos estatísticos

²² PAIM, op. cit. p.175.

²³ PAIM, op. cit. p.175.

²⁴ “O *référé* é marcado por sua independência procedimental no seu nascimento – a existência de um processo de mérito em curso ou porvir não é condição para sua concessão –, no seu desenvolvimento – os eventos de eventual processo de fundo não o afetam – e no seu termo – a extinção de um eventual processo de mérito não leva, em princípio, à extinção da tutela provisória. Após a concessão de tutela em *référé*, não há qualquer previsão de que deva ser intentado um processo de mérito em algum prazo breve. O *référé* nasce, desenvolve-se e tem fim de forma independente. Claro que (...) o demandado pode se insurgir com a tutela concedida, de sorte que (...) poderá, em consequência, instaurar um processo de mérito. Contudo, trata-se de uma

realizados no ordenamento jurídico francês. A par da considerável aceitação das partes quanto ao resultado do *référé*, há uma pequena quantidade de processos de mérito exauriente iniciados após o *juge de référé*, demonstrando a estabilização fática da tutela antecipatória, considerada definitiva pelos jurisdicionados franceses, ainda que pautada em uma cognição sumária. Mais do que uma certeza imutável e pautada em um trâmite processual demorado e moroso, a maior parcela da população prioriza uma resposta rápida, célere e tempestiva para a solução do litígio, com uma adesão considerável à arquitetura organizacional e funcional do instituto em questão. Tal constatação reflete em outro aspecto positivo, ao evitar que uma imensa quantidade de demandas judiciais pautadas em uma cognição exauriente cheguem ao Judiciário francês, permitindo uma racionalização efetiva das demandas existentes, otimizando-se o arsenal normativo para a consecução e concretização da duração razoável do processo.²⁵

Assemelhando-se ao instituto do *référé*, apesar de algumas diferenças pontuais, a estabilização da tutela antecipada é prevista no bojo dos artigos 303 e 304 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Em determinado trecho do livro “Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, parte geral”, de coautoria do professor Olavo de Oliveira Neto, este destaca conversa informal que mantivera com o professor Edoardo Ricci, ressaltando que, para a maior parcela da população, uma vez alcançada a pretensão que almejava, ainda que em sede de antecipação de tutela, o interesse pelo prosseguimento do processo tende a diminuir drasticamente. O professor acrescenta que, “obtidos esses proveitos, o processo passava a ser um fardo para as partes, que já tinham solucionadas as suas pendências de ordem prática, mas ainda precisavam continuar a litigar, isso em busca da segurança da coisa

possibilidade e não de uma exigência legal. Considerando a possibilidade de jamais ser iniciado posteriormente um processo de mérito, não é de se excluir a hipótese de que a decisão provisória possa ser levada a perdurar indefinidamente. O *référé* abre a possibilidade de um provisório com duração indeterminada. (...) O traço processual específico, que é a independência do procedimento do *référé*, abre a via para uma independência de fato da decisão provisória. (...) É possível que a decisão definitiva não intervenha jamais e que o provisório se torne, de fato, definitivo” (PAIM, op. cit. p. 176)

²⁵ “A função de desafogar a carga processual tem conhecido um interesse renovado, à medida que o congestionamento dos tribunais torna-se uma realidade mais premente. A função subsidiária do *référé*, de evitar o processo de mérito, é percebido como um instrumento processual capaz de substituir, se necessário, o procedimento e a decisão definitivos (...) O *référé*, em sua visão tradicional, permite evitar muitos processos e aliviar o Judiciário. O efeito da proteção jurisdicional provisória é agora multiplicado, pois afeta, por ricochete, um conjunto de processos civis que, em benefício do descongestionamento do Judiciário pelo uso do *référé*, podem ser julgados com maior celeridade. (...) E a provisoriedade da decisão acaba não se confirmando na prática francesa, pois, poucas vezes, se recorre à possibilidade de se rediscutir a matéria em outro órgão jurisdicional, colegiado, que não estaria vinculado ao julgamento do *référé*. Assim, o *référé* acaba por adquirir uma autoridade de fato sobre o julgamento de mérito.” (PAIM, op. cit. p. 177/179)

julgada”²⁶. Em virtude de tais desideratos, com a sistemática da estabilização da tutela antecipada, as partes não serão obrigadas a dar continuidade a uma relação jurídica processual que não lhes é mais interessante, consoante se infere dos artigos 303 e 304 do novo CPC.

Consoante se averigua do disposto no *caput* do artigo 303, o requerimento de tutela antecipatória em caráter antecedente pode ser formulado em petição simplificada, desde que seja relatada e exposta a lide, seja indicado o pedido da tutela final, bem como do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. A possibilidade de protocolo de petição simplificada vai ao encontro da tutela processual adequada à peculiaridade do direito material em questão. Em determinados momentos, a parte não dispõe de tempo necessário, em decorrência da urgência da tutela pleiteada, para a elaboração de uma petição detalhada e completa quanto à exposição fático-jurídica²⁷, sendo a inovação jurídica do dispositivo normativo em comento extremamente feliz para a concretização da inafastabilidade jurisdicional em seu sentido amplo.

Quando do estudo do instituto do *référé*, concluiu-se que a estabilização da tutela antecipada é constitucional, porquanto não obstaculiza por definitivo a cognição exauriente, que continua acessível aos jurisdicionados, em assim se manifestando volitivamente. O contraditório e a ampla defesa, por conseguinte, não restam violados, levando em consideração que o demandado pode não se contentar com a tutela antecipatória, motivo pelo qual, ao adotar determinada conduta processual, se submete à cognição exauriente. A manifestação volitiva das partes, portanto, é de extrema importância para a conformação do instituto com o modelo constitucional do devido processo legal. O §5º do artigo 303 do novo CPC prevê a necessidade de o autor indicar, no bojo da petição inicial (ainda que simplificada), a intenção de se submeter ao benefício previsto em questão²⁸. Trata-se de uma

²⁶ NETO, Olavo de Oliveira; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: parte geral. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 640.

²⁷ “Essa opção deriva da necessidade que a parte tem, por vezes, de obter uma tutela praticamente imediata, sob pena de perecimento do direito que alega possuir. Nesses casos, até mesmo o tempo gasto para a elaboração da petição inicial pode constituir óbice à efetivação da pretensão levada a juízo”. (NETO, op. cit. p. 640)

²⁸ “A declaração expressa do autor (§5º) de que pretende se valer do benefício previsto no artigo 303, *caput*, como requisito essencial da petição simplificada, mais do que uma mera opção pela via processual que permite a utilização dessa modalidade de petição, implica na opção pela adoção deste procedimento diferenciado e em verdadeira renúncia ao procedimento comum e a prestação, pelo Estado, de uma tutela jurisdicional exauriente. Quando o autor declara esta opção, ele aceita a possibilidade de extinção do feito (art. 304, §1º) sem a apreciação do seu conteúdo, dispensando a realização de instrução probatória e de uma sentença de mérito. Como essa opção pelo procedimento diferenciado também deve ser aceita pelo réu, a não interposição de

opção por um rito mais célere, com a mitigação da fase instrutória, bem como sujeito a uma cognição sumária e não exauriente, caso o réu não interponha agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipatória, consoante se averiguará mais à frente.

O §6º do artigo 303 prevê que, na hipótese de o magistrado entender que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada, determinar-se-á a emenda da petição inicial, adequando-a ao procedimento comum (não mais à sistemática da estabilização da tutela antecipada), sob pena de indeferimento da inicial e consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

Entretanto, caso concedida a tutela antecipatória, o §1º do mesmo dispositivo normativo prevê a necessidade de aditamento da petição inicial, competindo ao autor a complementação da argumentação já expendida na inicial simplificada, a juntada de novos documentos, em assim sendo necessária, bem como a confirmação do pedido de tutela final, no prazo legal de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz estabelecer. Consoante se averigua da parte final do inciso I do §1º do artigo 303 do novo CPC, o magistrado pode apenas dilatar o prazo para o aditamento da inicial, não podendo, por conseguinte, minorá-lo aquém do lapso legal de 15 (quinze) dias, previsto legalmente no bojo do inciso supramencionado.

A necessidade de aditamento da inicial decorre da possibilidade de que o réu venha a interpor agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipatória, inviabilizando, por conseguinte, a estabilização da tutela antecipada, o que obrigará o magistrado a adentrar em cognição exauriente sobre o litígio, “viabilizando, por conseguinte, o exame da relação jurídica de direito material controvertida de forma exauriente”²⁹.

No momento do aditamento, o autor não está adstrito à extensão dos pedidos formulados na petição inicial simplificada, podendo ampliar o rol objetivo dos pleitos trazidos à apreciação do magistrado, ainda mais levando em consideração a ausência, neste momento processual, da estabilidade da lide (regulada no novo Código de Processo Civil no artigo 329).

Caso o autor não proceda ao aditamento da inicial ou o faça intempestivamente (levando em consideração que o *dies a quo* do prazo legal de 15 dias ou do prazo judicial dilatado é a intimação da concessão da tutela antecipatória pelo magistrado), o §2º prevê a

recurso acaba por representar uma verdadeira aceitação tácita de submissão ao procedimento, dando ensejo à estabilização da tutela liminarmente concedida (art. 304, *caput*).” (NETO, *op. cit.* p. 641/642)

²⁹ NETO, *op. cit.* p. 644.

consequência: a extinção do processo sem resolução de mérito, tendo como decorrência lógica a própria cassação da tutela antecipatória, que perde, por conseguinte, seus efeitos no mundo prático.

A fim de que haja a estabilização da tutela antecipada, é necessária a conjugação da vontade de ambas as partes processuais. O autor deve indicar expressamente, no bojo da petição inicial simplificada, que adere volitivamente à arquitetura procedimental prevista nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil (uma atitude comissiva), bem como o réu deve se manter inerte, não interpondo o recurso de agravo de instrumento³⁰ (uma atitude omissiva), nos moldes do *caput* do artigo 304. Trata-se de requisitos cumulativos, sendo imprescindível a presença de ambas as manifestações volitivas para a configuração da estabilização da tutela antecipada.

Com arrimo no §1º do artigo 304, em se configurando o quadro acima delineado, o magistrado deve extinguir o processo sem resolução de mérito, o que se dará mediante a prolação de sentença, consoante se infere da previsão legal do artigo 316 do Código de Processo Civil (correlato ao §1º do artigo 162 do atual Código de Processo Civil, em determinada extensão). De acordo com o entendimento esposado pelo doutrinador Olavo de Oliveira Neto, em tais hipóteses, a sentença é irrecorrível, em virtude da preclusão lógica decorrente da conduta adotada pelas partes (o autor, ao eleger o rito procedimental dos artigos 303 e 304 do novo CPC e o réu ao se quedar inerte, não interpondo agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipatória). Com a prolação da sentença extintiva do processo, haveria a ocorrência imediata do trânsito em julgado, formando-se, por conseguinte, a coisa julgada formal, “com a imutabilidade da decisão no âmbito do processo em que foi proferida”³¹.

Em que pese a estabilização da tutela antecipada, a mesma não é coberta pelo manto da coisa julgada material, consoante se infere do §6º do artigo 304, assemelhando-se, portanto, ao instituto do *référé* francês e distanciando-se da sistemática delineada pelo projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. A estabilidade, por sua vez, pode ser objeto de ataque no prazo legal de 02 (dois) anos, lapso em que será possível o ajuizamento de ação autônoma para a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela antecipada já

³⁰ Recurso cabível contra a decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória, consoante disposto no inciso I do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

³¹ NETO, op. cit. p. 647.

previamente estabilizada, consoante se infere da sistemática delineada no §2º do artigo 304 do novo CPC.

Assim como o instituto do *référé* francês, a tutela antecipada, consoante se averigua da análise do §3º, conserva seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação autônoma ajuizada nos moldes do §2º. A fim de instruir a ação autônoma, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento do processo extinto para a extração das cópias necessárias, quedando o juízo em que a tutela antecipada foi judicialmente deferida prevento para o julgamento da ação autônoma desconstitutiva (ou constitutiva negativa) supervenientemente ajuizada.

Consoante bem ressaltado pelo doutrinador Olavo de Oliveira Neto, o objetivo cognitivo desta ação autônoma é limitado pelos parágrafos do artigo 304 do novo Código de Processo Civil. Consoante se infere do §2º, a ação deve ter como objetivo a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela antecipada deferida. Não há a possibilidade de cumulação de outros pedidos que refujam ao âmbito cognitivo previamente delimitado pelo legislador infraconstitucional. Outrossim, o exercício deste direito protestativo deve sê-lo feito no prazo decadencial de 02 (dois) anos, previsto no §5º, tendo como *dies a quo* a ciência da sentença extintiva do processo após a estabilização da tutela antecipada (§1º).

Nos moldes do acima já defendido, constata-se que a tutela antecipada continuará a produzir efeitos, ainda que a ação autônoma seja ajuizada pelo demandado no prazo decadencial supramencionado. Somente a revisão, a reforma ou a invalidação da tutela antecipada mediante decisão de mérito, com arrimo no §2º, terá a consequência processual de acarretar a cessação dos efeitos decorrentes da tutela antecipatória. O juiz, portanto, não pode conceder antecipação de tutela no bojo da ação autônoma, “isso devido à expressa proibição contida no art. 304, §3º, do CPC, segundo o qual a tutela estabilizada continua a produzir seus efeitos enquanto não revista, reforma ou invalidade por decisão de mérito, o que somente se dará no momento em que o magistrado prolatar sentença”³²

Ainda que não se denomine de coisa julgada (consoante redação do §6º), uma vez transcorrido o prazo decadencial de 02 (dois) anos sem o ajuizamento da ação autônoma, haverá mais do que mera estabilização da tutela antecipada, imutabilizando-se a própria sentença que estabilizou a tutela antecipatória (§1º do artigo 304 – a extinção do processo,

³² NETO, op. cit. p. 648.

em virtude do comportamento comissivo do autor e omissivo do réu, se dará mediante prolação de sentença, irrecorrível em virtude da preclusão lógica, estabilizando-se a tutela antecipatória, nos moldes do *caput* do artigo 304), não sendo mais possível de ser modificada, através de outro processo, assemelhando-se do conceito de coisa julgada material, apesar de o legislador infraconstitucional expressamente prever que tal qualidade não é formada em tais ocasiões. Ainda que assim não o seja denominada, há sim uma imutabilidade da decisão judicial, que, mais do que estabilizada, queda por incontestável.

IV. Conclusão.

Conclui-se ser o instituto da estabilização da tutela antecipada configura uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do Novo Código de Processo Civil, em que pese já ter sido abordado em outros projetos legislativos anteriores.

Em um contexto de excessiva litigiosidade e recrudescimento do número de processos atualmente em trâmite junto ao Poder Judiciário, é aconselhável que, em assim desejando as próprias partes processuais, seja conferida a devida estabilidade à tutela antecipatória, não sendo imperiosa e obrigatória a continuidade do trâmite processual em prol de uma cognição plena e exauriente que as partes explicitamente recusam. A busca pela certeza do direito e a prioridade da segurança jurídica não podem ser encarados como uma única forma arquitetural possível para o processo civil. Dentro das balizas constitucionais e do próprio modelo constitucional de processo civil e, em uma escala maior, do próprio devido processo legal, é plenamente legítimo e constitucional a estabilização da tutela antecipada, ainda que calcada em uma cognição sumária, se assim se manifestarem volitivamente favorável as partes processuais envolvidas.

Com a estabilização da tutela antecipada, evita-se o prosseguimento de um processo para cujo desenvolvimento nenhuma das partes intenta contribuir efetivamente. Contenta-se com uma solução tempestiva e célere, ainda que calcada em uma cognição sumária, devendo ser oportunizado às partes a escolha pelo rito procedimental a que desejam se submeter. A Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) vai ao encontro destes ideais, ao incorporar, no nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. 1. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NETO, Olavo de Oliveira; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Curso de Direito Processual Civil, volume 1: parte geral. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.
- PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEREIRA, A. C. Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, volume 1: Teoria Geral do Processo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAVASCKI, Teoria Albino. Antecipação de Tutela. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.