

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Desirê Bauermann

Doutoranda – Direito Processual – UFMG

Mestre – Direito Processual - UERJ

Resumo: O presente texto examina os benefícios e também os perigos advindos da possibilidade de a tutela antecipada adquirir estabilidade, bem como analisa o projeto de Novo Código de Processo Civil, que visa introduzir tal instrumento na legislação processual brasileira.

Palavras Chave: tutela antecipada, estabilização, projeto de novo Código de Processo Civil.

Abstract: This text examines the pros and cons of grant stability to the decision taken in anticipation of tutelage, as well analyses the statute project that intend to introduce the instrument in the Brazilian Code of Civil Procedure.

Keywords: anticipation of tutelage, stability, New Code of Civil Procedure Project.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tutela antecipada estabilizada: benefícios e “contra-indicações” 3. Da estabilização da tutela antecipada no direito italiano 4. Da concessão de tutela antecipada preparatória 5. Do projeto de novo Código de Processo Civil e a adoção da estabilização da tutela antecipada no Brasil 6. Breves conclusões.

1. Introdução

A possibilidade de concessão generalizada de tutela antecipada foi positivada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8952/94, que alterou a redação do art. 273 do CPC. Desde tal evento, inúmeras discussões se desenvolveram acerca desse instituto, bem como foi levada a cabo sua alteração pela Lei 10.444/02, a fim de conceder a ele maior uso, efetividade e tecnicidade.

Através da reforma realizada se adequou a forma de cumprimento das decisões que antecipassem a tutela ao sistema utilizado pelo CPC, permitiu-se tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados fossem incontroversos, além de positivar a fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias.

Todavia tal alteração não foi suficiente para regular de forma plena o instituto em análise. Tanto que o projeto de Novo Código de Processo Civil visa modificar mais uma vez nosso ordenamento jurídico, revisando todo o regramento da tutela de urgência, a fim de positivizar, entre outros, a possibilidade de emissão de tutelas antecipadas preparatórias, bem como de decisões antecipadas que tendam a tornar-se definitivas.

Essas mudanças proporcionariam o alcance de processos mais efetivos? Quais os resultados que podemos esperar das mudanças propostas? A essas questões procuraremos obter resposta, analisando a regulação do instituto da antecipação de tutela no Brasil, bem como a forma como se deu a implementação de mudanças semelhantes às propostas pelo legislador pátrio na Itália.

2. Tutela antecipada estabilizada: benefícios e “contra-indicações”

Quando falamos em estabilização da tutela antecipada nos referimos à possibilidade de o sistema processual permitir conserve a medida antecipada sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, resolvendo de forma definitiva a lide submetida à análise jurisdicional. O processo principal apenas será proposto se as partes tiverem interesse na obtenção de decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente.

É justificada a opção por limitar a estabilidade apenas às medidas antecipatórias dos efeitos da decisão de mérito, não a estendendo às medidas meramente cautelatórias. A antecipação é da execução da medida que em situação normal apenas seria permitida depois de proferida decisão em processo principal sob rito ordinário. Logo, por haver coincidência entre os objetos buscados em ambos os momentos processuais, a decisão do processo principal pode ser dispensada se as partes assim optarem, visto que ela irá apreciar, após cognição plena, a mesma questão analisada quando da apreciação do pedido de concessão de tutela antecipada¹. Todavia, tal

¹ Lea Querzola afirma que “o elemento distintivo fundamental está no fato de que, enquanto o provimento cautelar antecipatório tem sempre como finalidade aquela de assegurar os efeitos da decisão de mérito, o provimento antecipatório não cautelar não possui essa finalidade, ele tem luz própria, pois os seus efeitos não se acabam com a realização prática dos efeitos do provimento final, mas determinam por si mesmo a satisfação, mesmo que provisória, das pretensões da parte que pareceu ter razão”, e é justamente tal distinção que torna possível a opção de se estabilizar a tutela antecipada concedida. Tutela cautelare e

possibilidade não poderia ser dada às medidas acautelatórias, pois seu objeto não é o mesmo do processo principal.

A estabilização da tutela antecipada apresenta como primeiro ponto positivo afastar do requerente que demonstrou *ab initio* ter razão em seu pleito o ônus de propor processo principal dentro do prazo previsto pela legislação processual apenas para garantir que a medida obtida não perca sua eficácia², mesmo que não tenha interesse na cognição plena sobre a matéria e na obtenção de decisão definitiva sobre o mérito, em virtude de a medida antecipada ter satisfeito o seu direito³. Ou seja, “si ottiene il vantaggio di permettere loro ogni più articolata ed opportuna valutazione circa la convenienza di agire o di resistere nel processo, com la conseguenza che, in molti casi, sarà facilitata una definizione concordata del contenzioso”⁴.

E como a estabilização apenas transfere ao requerido contra quem a medida foi deferida o ônus de propor a ação principal, em assim querendo, para obter decisão de mérito sobre a questão após amplo contraditório, sem impedir o exercício da ampla defesa quando assim quiser, não ofende tal garantia constitucional⁵.

distoni: contributo Allá nozione di <<provvedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, Set. 2006, pp. 806/807.

² Refere Franco Cipriani que “ognuno infatti avverte che, quando un provvedimento è stato dato da un giudice monocratico e confermato da un collegio, è piuttosto difficile che in sede di giudizio sul merito si abbia una decisione del tutto opposta. Certo, il provvedimento cautelare, a differenza del definitivo, presuppone una cognizione meramente sommaria, ma, io direi, solo in teoria, perché nella realtà applicativa le cose vanno in modo bem diverso, in quanto in sede cautelare si scrive, si discute e si documenta come e più che nel processo ordinario, sì che non ha evidentemente molto senso addossare alla parte che abbia ottenuto il provvedimento cautelare l’onere di ottenere anche il provvedimento definitivo di mérito, ché al massimo può aver senso assicurare alla controparte (più che il diritto di far valere le proprie ragioni in un ordinario giudizio sul merito) il diritto d’impugnare”. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. Il giusto processo civile. **Rivista quadrimestrale**, n. 1/2006, pp. 24/25.

³ O julgamento da AC 1.0479.06.114246-5/001 pelo TJMG, DJ 11.12.2007, Rel. Des. Nilson Reis, reflete claramente essa situação. Uma gestante, dada a gravidez de risco, interpõe ação cautelar preparatória visando a obtenção de medicamentos a serem ingeridos durante a gravidez. A concessão e cumprimento da liminar determinando o fornecimento dos medicamentos pelo Estado, bem como o termo da gravidez, afastou quaisquer interesses da requerente em propor processo principal, já que seu objeto havia sido totalmente exaurido com a concessão da liminar em sede de ação cautelar. Essa situação fática ilustra como a parte pode ter que “inventar” um processo principal para preencher as formalidades exigidas pela lei, mesmo não tendo nenhum interesse no prosseguimento da discussão da questão em juízo.

⁴ BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Jun. 2006, p. 573.

⁵ Bedaque, todavia, adotando posição inversa, afirma que “como solução genérica, em função de fatores econômicos e culturais existentes no Brasil, parece-me mais adequado o regime único para a eficácia da tutela sumária, seja conservativa, seja antecipatória. Mantê-la como solução provisória e instrumental, impondo a quem obteve a situação de vantagem o ônus de iniciar o processo (CPC, art. 808), ou conduzi-lo até o final (CPC, art. 273), representa técnica adequada e eficiente, pois assegura o resultado final do processo e preserva as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. (...) A proposta de tornar a tutela sumária mecanismo processual genérico é arriscada, pois, não só

Por tornar eventual a continuidade da discussão da questão *sub judice* após a concessão da medida, a estabilização pode ter também como efeito positivo a diminuição do número de processo em trâmite perante o Poder Judiciário. Ressaltamos que para esse resultado ser sentido na prática necessário que a medida concedida seja apta a satisfazer plenamente o direito da parte, pois só assim o requerente não terá interesse em propor processo principal, e como em inúmeros casos submetidos à juízo a antecipação se dá com relação a apenas parte do pedido, não podemos afirmar em que escala o efeito esperado será observado⁶.

Depois, para que a medida antecipada adquira definitividade necessário que o requerido não dê continuidade ao processo, o que na prática não temos como afirmar se ocorrerá. Mas, levando-se em consideração que no Brasil a maior parte das decisões emitidas no decorrer do processo é objeto de recurso, afastando o resultado final o máximo possível, podemos prever que, embora sem dados estatísticos para tanto e levando em conta apenas o que normalmente se observa na prática forense, dificilmente teremos a estabilização da tutela sem que seja proposto processo principal pelo requerido, a não ser que ocorra mudança de mentalidade no sentido de valorizar a decisão antecipada, e o convencimento de que o prejuízo com a manutenção da discussão é maior do que aceitar a decisão judicial emitida nesse primeiro momento.

Embora em análise superficial a adoção do instituto pelo sistema de tutelas de urgência brasileiro não implique necessariamente no alcance de decisões mais céleres e na diminuição do número de processos em trâmite no Judiciário, em razão de retirar do autor que obteve a medida antecipada o ônus de interpor processo principal mesmo sem

subverte todo o sistema como, também, compromete garantias constitucionais do processo”. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 284/285.

⁶ Lea Querzola preleciona nesse sentido, ao afirmar que “na praxe concreta, a parte não resta satisfeita por um provimento que antecipa apenas de forma parcial a tutela que ela poderia obter (penso, por exemplo, no caso de para um sócio ser suficiente a obtenção de um provimento que afasta os administradores, sem que se queira obter a condenação ao pagamento dos danos causados pelos mesmos, conscientes da sua situação de insolvência; ou ainda todas as hipóteses em que a parte fique satisfeita com o conteúdo inibitório da decisão que havia requerido sem ter vontade de propor posterior demanda de mérito); nessas hipóteses, a decisão pode ser definida de bom direito e também antecipatória, mesmo se o resultado que se consegue através dela não exaurir toda a tutela que a parte poderia receber”. Tutela cautelare e distioni: contributo alla nozione di <<provvedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, Set. 2006, p. 814.

interesse, e potencialmente diminuir o número de processos como um todo, já se mostra válida a adoção do instituto.

Ademais, a estabilização é medida proporcional e razoável, pois desestimula a propositura de processos inúteis, bem como resulta em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas positivado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, sem que com isso afaste a possibilidade de as partes obterem cognição plena sobre o objeto do processo, em assim querendo.

3. Da estabilização da tutela antecipada do direito italiano

A opção de conceder estabilidade às medidas antecipatórias foi adotada pelo sistema processual italiano, inspirada no sistema dos *référés* franceses, com o intuito de afastar os males decorrentes da excessiva demora para se obter decisão definitiva da lide naquele país, bem como evitar a propositura de processos principais quando as partes estivessem satisfeitas com o provimento obtido em sede de antecipação de tutela⁷.

Para tanto se alterou o CPC no ano de 2005, dando-se nova redação aos seus artigos 669-octies e 669-novies, estabelecendo que, uma vez deferida tutela antecipada, tal decisão não perderá sua eficácia caso não proposto o processo principal no prazo peremptório previsto por lei, adquirindo estabilidade e, por conseqüência, perdendo seu caráter instrumental/acessório. Assim, tornou-se facultativa a propositura do processo principal tanto pelo requerente como pelo requerido, que irão interpô-lo apenas se tiverem interesse na continuidade do processo para obter decisão definitiva sobre a questão já apreciada sumariamente.

Não foram criados novos requisitos para a concessão das medidas antecipadas, que continuarão a ser deferidas com base no poder geral de cautela previsto no art. 700 do CPC italiano; apenas dispensou-se a propositura de ação principal pelo autor no prazo peremptório previsto por lei para garantir que a medida não perdesse sua eficácia.

⁷ Importante assinalar que o CPC italiano não possui regramento específico para a concessão de tutela antecipada. Tal medida de urgência sempre foi concedida com base no poder geral de cautela previsto no art. 700 do CPC, que autoriza a adoção, pelo juiz, de “quaisquer medidas que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito”. Assim, na Itália não há requisitos específicos a serem preenchidos para a concessão de medida antecipada, senão os mesmos exigidos para a concessão das cautelares.

Dessa forma, é possível seja proposta ação sumária autônoma para se obter decisões que antecipem os efeitos de eventual ação de mérito, pelo que atualmente, perante o ordenamento jurídico italiano, as “medidas antecipatórias constituem uma forma generalizada, rápida e sumária de tutela jurisdicional dos direitos que se põe ao lado e alternativamente ao ordinário processo de cognição”⁸.

Além disso, na Itália a lei claramente disciplina que tal decisão não restará acobertada pela coisa julgada, podendo ser revista em sede de processo principal enquanto não prescrito o direito material⁹. Tal opção é meramente política, não havendo cláusula constitucional que impeça o reconhecimento da eficácia da coisa julgada de decisão antecipatória não submetida à cognição plena quando as partes optarem por não discutir exaustivamente a questão *sub judice*¹⁰.

4. Da concessão de tutela antecipada preparatória

Conforme analisado no item “2”, a estabilização da medida antecipada autoriza que em sendo ela deferida antes de proposto processo principal, permita-se que esse seja dispensado sem que tal atitude acarrete à parte a perda da eficácia da tutela provisória obtida¹¹. Assim, necessário verificar em primeiro lugar se existe a possibilidade de obtenção de tutela antecipada preparatória ante o ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007, p. 357.

⁹ O art. 669-*octies* do CPC italiano claramente dispõe que “L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

¹⁰ Paolo Biavati observa que a opção por não reconhecer eficácia de coisa julgada às decisões estáveis que anteciparam tutela é meramente legislativa e política, não havendo a seu ver impedimento constitucional para que fosse adotado entendimento diverso. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Jun. 2006, p. 569. Por outro lado, defende Comoglio que “non avendo alcuna vocazione ad incidere in forma definitiva sul rapporto o sul diritto controverso, i provvedimenti cautelari *non hanno alcuna attitudine ad acquisire l’autorità della cosa giudicata*.”

Essendo perciò sprovvisti della *definitività* e della *decisorietà* proprie di una <<sentenza>> in senso formale o sostanziale, essi *non sono soggetti ad alcuna impugnazione* tipica delle <<sentenze>> (ne, tanto meno, al ricorso straordinario per cassazione, previsto dall’art. 111, comma 7, cost.), neppure quando possano configurarsi come <<abnormi>> per essere stati adottati al di fuori degli schemi di legge”. **Lezioni sul processo civile**. Vol. II. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 45.

¹¹ Ressaltamos que há proposta no sentido de permitir a estabilização da tutela antecipada mesmo se concedida no curso de um processo principal. Todavia, tal não é o principal alvo da estabilização, já que o seu objetivo primeiro é justamente dispensar a parte da propositura de processo principal se ela já obteve a satisfação do seu direito via concessão de antecipação de tutela. Analisaremos melhor tal questão no item 5 do presente trabalho.

O art. 273 do CPC concede ao juiz o poder de antecipar, de forma total ou parcial, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Assim, dada a redação de tal artigo, temos o entendimento de que o pedido antecipatório deve ser elaborado incidentalmente à petição inicial, não sendo possível requerê-la de forma antecipada.

Na prática, todavia, há situações em que, embora a situação de urgência exija a concessão de medida antecipada para a tutela do direito *sub judice*, não se dispõe ou do tempo necessário, ou dos elementos necessários para a propositura de processo principal. E são protocolados diariamente inúmeros pedidos de concessão de tutela antecipada preparatória com base no disposto no art. 798 do CPC, que concede ao juiz o poder de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Ao assim proceder, recaímos novamente na questão inicialmente posta por nossos doutrinadores antes da previsão do instituto da tutela antecipada pelo art. 273 do CPC: diante da concessão de autonomia ao processo cautelar realizada pelo código processual brasileiro, cujo objeto exclusivo é garantir a efetividade de outro processo, pode ele ser utilizado para a concessão de tutela antecipada preparatória?

Ovídio Baptista da Silva, ao comentar o conteúdo do art. 798 do CPC, afirma claramente que não existe a possibilidade de se conceder tutela antecipada com base no poder geral de cautela desde a introdução dos arts. 273 e 461 ao CPC, afirmando que

a universalização da ordinariedade que estimulava essa prática, como observamos nas edições precedentes desta obra, acabou cedendo lugar às medidas *provisórias* previstas nestes dois preceitos legais, de modo que não mais se justifica a concessão de providências antecipatórias com fundamento nos arts. 798-799. As medidas provisórias que “antecipem efeitos da tutela pretendida pelo autor”, como está dito no art. 273, devem ser postuladas com base neste dispositivo; ou, tratando-se de pretensões relativas ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, com fundamento no art. 461.¹²

¹² **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140. No mesmo sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 485.

Mas, mesmo sendo tecnicamente incorreta, tal prática vem sendo constantemente acatada pelos tribunais¹³. Isso, porque embora haja diferenças entre as medidas cautelares e antecipatórias, como aquela se destinar a proteger o direito a ser reconhecido no processo principal, enquanto esta tem como função conceder desde já os efeitos que apenas seriam obtidos com a sentença final de mérito, existem pontos em comum entre elas que justificam o uso do procedimento previsto no CPC para a obtenção de medida cautelar a fim de que seja concedida tutela antecipada preparatória.

Ambas são provisórias e instrumentais, além de serem deferidas com o objetivo principal de afastar os prejuízos decorrentes da duração do processo, desenvolvendo a mesma função constitucional, qual seja proporcionar que o Poder Judiciário aprecie lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) de forma adequada, tempestiva e apta a atender na prática os direitos dos cidadãos que acessam o Judiciário.

A aplicação do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, que permite a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, é mais um fator a autorizar a utilização do procedimento das medidas cautelares para viabilizar o requerimento e concessão de medida antecipatória preparatória¹⁴.

¹³ A título exemplificativo, foi admitida concessão de tutela antecipada em ações cautelares inominadas para fornecimento de medicamentos nos seguintes julgados: TJMG, AC 1.0317.03.023754-7/001(1), Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ 30.08.2007, TJMG, AI 1.0024.09.5833361-2/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, DJ 06.10.2009.

¹⁴ No julgamento da AC 70018285817, 3ª Câm. Cível do TJRS, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 15/03/2007 foi aplicado o princípio da fungibilidade insculpido no par. 7º do art. 273 do CPC para reconhecer que o fato de o pedido de tutela antecipada ter sido elaborado em sede de ação cautelar inominada não era óbice à concessão da medida pleiteada, senão vejamos a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. 1- Preliminar de Carência de Ação: Visando aos princípios da economia, da instrumentalidade e efetividade do processo, trouxe o legislador em 2002, através da LF nº 10.444/02, a fungibilidade das pretensões cautelar e antecipatória. Deve-se conceder a medida postulada em cautelar inominada, ainda que satisfativa, uma vez presentes os seus ordinários requisitos, em sobrelevo ao princípio da instrumentalidade do processo. Correta a via eleita, principalmente diante do bem protegido (vida e saúde) (...)”. No mesmo sentido o julgamento do AgRg no REsp 1013299/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 15.10.2009: “Processo Civil. Recurso Especial. Tutelas de Urgência. Fungibilidade. Inteligência do art. 273, par. 7º, CPC. Medida cautelar preparatória. Antecipação de tutela como meio adequado. Interesse de agir. Reconhecimento. 1. “O art. 273, par. 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ” (REsp 1011061/BA, Relator(a) Ministra Eliana Calmon, DJe 23/04/2009). 2. A interpretação da corte de origem, de que carece interesse de agir à parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria”. Em sentido contrário o julgamento do AI 70021761432, 4ª Cam. Cível, TJRS, Rel. Des. Alexandre Mussolli Moreira, julgado em 19.12.2007: “Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamentos. Cautelar. Impropriedade da ação proposta. Infungibilidade da ação cautelar com a tutela antecipatória em ação de conhecimento. Responsabilidade do ente federado. Imprópria a ação cautelar

Além disso, a proteção aos direitos dos jurisdicionados deve ser garantida pelo Poder Judiciário, não havendo como afastá-la sob o argumento de que o direito processual não prevê instrumento adequado para tanto, pois formalidades processuais não podem impedir tenham as partes acesso à Justiça de forma adequada, tempestiva e efetiva.

Nesse sentido o magistério de Humberto Theodoro Júnior, senão vejamos:

Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.(...)

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional¹⁵.

Assim, embora não prevista expressamente a possibilidade de concessão de medida antecipada preparatória em nosso ordenamento jurídico, ela tem sido admitida tanto pela jurisprudência, todavia não de forma unânime, como por parte da doutrina em virtude da necessidade de o Judiciário garantir proteção adequada aos direitos dos jurisdicionados e da proximidade de objetivos e características existente entre as medidas cautelares e antecipatórias.

para obter declaração definitiva do direito material. O processo cautelar visa não a satisfação do próprio direito, mas sim promover garantias para impedir prejuízos à efetividade futura da prestação jurisdicional. Não há fungibilidade entre o processo cautelar e o processo de conhecimento porque não se trata apenas de adequar o rito, mas são processos distintos, com procedimentos e objetivos próprios. Negaram provimento. Unânime”.

¹⁵ **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 666.

5. Do projeto de novo Código de Processo Civil e a adoção da estabilização da tutela antecipada no Brasil

Conforme visto no item anterior, parte da doutrina e da jurisprudência no Brasil admite a concessão de tutela antecipada preparatória com base no art. 798 do CPC, mas embora positivada a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias, não é tecnicamente correta no sistema eleito pelo nosso código de procedimento, já que o processo cautelar não seria sede para a obtenção do que apenas poderia ser alcançado ao final de um processo de conhecimento.

E, mesmo obtida medida antecipada preparatória, ela será provisória e instrumental, não adquirindo estabilidade e exigindo a propositura de processo principal para que a medida mantenha sua eficácia¹⁶. Nesse sentido preleciona José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que

a via cautelar, porém, não é apta a satisfazer definitivamente. Sua função no sistema processual é tão-somente garantir a satisfação, ou seja, possibilitar que o escopo jurídico e social da jurisdição seja alcançado plenamente. A tutela cautelar constitui importantíssimo instrumento destinado a assegurar a efetividade do processo. Por isso necessita ser bem manejado, sem assumir, todavia, o papel substitutivo das modalidades de tutela satisfativa. Não obstante autorizada doutrina defenda a possibilidade de a tutela cautelar atingir o plano material, o que tornaria desnecessário outro pronunciamento judicial, não é essa a orientação adotada no sistema processual brasileiro. Em princípio, tal medida é provisória e instrumental, não prescindindo de outra, cuja função é solucionar definitivamente a crise de direito material¹⁷.

¹⁶ Cândido Rangel Dinamarco acolhe tal posicionamento, ao afirmar que “aceita a admissibilidade da tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal, é imperativa a limitação de sua eficácia, tanto quanto se estabelece para as cautelares, à duração máxima de trinta dias, contados da efetivação – de modo que, não proposta a demanda principal nesse período (CPC, arts. 806 e 808, inc. I), a medida urgente deixa de ser eficaz e os seus efeitos serão desconstituídos”. **O regime jurídico das medidas urgentes**. Disponível em www.direitoprocessal.org.br. Consulta em: 10 jun. 2008.

¹⁷ **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

Certo é que o projeto de novo CPC propõe uma reformulação total da previsão das tutelas de urgência na legislação pátria, afastando a autonomia do processo cautelar e regulando toda a matéria pertinente no item Tutela de urgência e tutela da evidência, situado na sua parte geral.

E nessa nova regulação passa a permitir tanto a concessão de medidas antecipadas preparatórias de acordo com a melhor técnica processual, como que elas adquiram estabilidade¹⁸. A concessão de tutela antecipada preparatória vem prevista nos artigos 286 e seguintes do projeto em comento, que positivam o procedimento para se requerer medidas de urgência em caráter antecedente, tornando esse proceder de acordo com a legislação processual pátria, afastando as interpretações que, conforme já referido no presente ensaio, embora permitam a sua concessão hoje em nosso país, fogem da técnica imposta pelo CPC atualmente em vigor.

Além disso, prevê que a antecipação de tutela concedida se estabilize caso o réu não impugnar a liminar, tornando desnecessária a apresentação do pedido principal, conforme o disposto no art. 289 parágrafo 2º do mesmo diploma.

Ademais, o art. 290, parágrafo 2º afirma que “nas hipóteses previstas no art. 289, parágrafos 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes”.

Quanto ao tema em comento, temos ainda a disposição do art. 293, que refere que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Por fim, o projeto de novo CPC determina, no seu art. 295, que “não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada”.

Primeiramente, necessário criticar a opção do projeto de permitir a estabilização da liminar concedida apenas quando a mesma não for impugnada. Melhor seria a legislação exigir o uso de processo principal apenas quando as partes tivessem interesse,

¹⁸ Importante referir que mesmo antes da apresentação do projeto de Novo Código de Processo Civil já havia discussão sobre a possibilidade de adoção do instituto perante o direito brasileiro, existindo projeto apresentado por Athos Gusmão Carneiro, que foi discutido perante o Instituto Brasileiro de Direito Processual, e também projeto de autoria de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, que recebeu o número PL 186/2005 e acabou sendo arquivado no Senado Federal.

desobrigando-as de interpô-lo para manter a eficácia da medida antecipada independentemente da impugnação ou não da medida pelo réu (aliás, esse poderia propor a ação principal se fosse do seu interesse, aplicando-se o disposto no art. 289, parágrafo 3º do Projeto do CPC).

Recordamos que as razões pelas quais se justifica a adoção da estabilização da tutela antecipada são o afastamento do ônus que possui o requerente, mesmo sem interesse, de propor processo principal para que a medida não perca sua eficácia, e a potencial diminuição no número de processos submetidos à apreciação judicial. Busca-se a definição da questão posta *sub judice* sem que haja embate entre as partes, visa-se o alcance do consenso entre elas no que tange à desnecessidade de prolongar a discussão em juízo, incentivando o fim do processo nesse primeiro momento.

E o fato de o requerido ter impugnado o pedido de concessão de tutela antecipada não significa que o requerente passará a ter interesse na continuidade do feito, ou que tenha de ser mantido o ônus de ele propor processo principal. Se o requerido não se conformar com os argumentos esposados na decisão para afastar sua impugnação, caberá a ele propor processo principal, se assim optar, não devendo esse ônus recair sobre o requerente da medida. Sugerimos, assim, a reformulação da redação dos artigos 288, parágrafo 2º; 289, parágrafo 2º e 291, I do projeto, que prevêm o afastamento da possibilidade de a medida antecipada adquirir estabilidade em decorrência de impugnação do requerido.

Depois, impende ressaltar que a opção por não estabilizar as liminares concedidas incidentalmente ao processo principal (art. 295 do Projeto em comento) também não se coaduna com o espírito do instituto da estabilização da tutela antecipada. Certo é que o seu objetivo principal é evitar a propositura de outro processo para garantir a eficácia da medida concedida, e no caso de ela ser deferida de forma incidental já teremos processo principal em curso. Todavia, não há óbice na legislação processual e na Constituição Federal a impedir adquira estabilidade também a medida antecipada incidental, caso as partes optem pelo não prosseguimento do processo principal após o seu deferimento.

Ada Pellegrini Grinover, na justificativa do Projeto por ela apresentado e arquivado junto ao Senado Federal, escreve que

o que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – 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 em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito¹⁹.

A estabilização da medida antecipada incidental, dada a facilidade em prosseguir com a discussão em juízo, e considerada a grande litigiosidade verificada em nossos tribunais, provavelmente não ocorrerá em grande escala. Mas a opção mostrar-se-ia válida por afastar a necessidade de prosseguimento de um processo no qual as partes não têm mais interesse, incentivando o consenso entre as partes na busca de solução mais rápida do processo.

Vale observar ainda a decisão acertada de não se conceder estabilidade de coisa julgada à decisão que antecipar a tutela e não for objeto de posterior análise em sede de processo principal.

Certo é que tal opção é apenas política, não havendo óbice constitucional para inclusive se reconhecer a formação da coisa julgada sobre a liminar estabilizada, já que ela alcançará essa força apenas no caso de aquele contra quem a medida foi deferida optar por não estabelecer o contraditório pleno sobre o direito *sub judice* não ofendendo, portanto, as garantias do contraditório e do devido processo legal.

Todavia, melhor nos parece a opção de não revestir essa decisão com a força de coisa julgada²⁰, visto que viabilizando a interposição de processos principais no prazo de prescrição do direito material, ao invés de determinar prazo exíguo para tanto, pode incentivar a utilização do instituto pelo Poder Judiciário, que não deixaria de conceder medidas antecipatórias pelo receio de que as mesmas tendessem a ser acobertadas pelo manto da coisa julgada, bem como evitar que a parte contra quem a medida foi deferida, por receio de após algum tempo verificar que a opção por não interpor processo principal não foi bem refletida, propor o mesmo dentro do prazo previsto pela legislação para tanto simplesmente para afastar o perigo de não poder discutir aquela questão perante o Poder Judiciário posteriormente.

¹⁹ Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, p. 36.

²⁰ É o que ocorre, por exemplo, na Itália, na França e na Bélgica.

6. Breves conclusões

As medidas antecipadas e cautelares são espécies do gênero tutela de urgência, e atualmente os processualistas têm procurado focar o seu estudo nas suas características comuns, a fim de utilizá-las de forma mais adequada e efetiva, evitando-se com isso que direitos deixem de ser tutelados em decorrência de questões meramente formais.

Verificamos que a jurisprudência, para atender a esse intuito, na prática tem acolhido pedidos de antecipação de tutela elaborados em ações cautelares inominadas com base no art. 798 do CPC, aplicando-se o princípio da fungibilidade para justificar a possibilidade de requerimento de tutela antecipada preparatória sob a forma de ação cautelar.

Todavia a decisão antecipada, mesmo que concedida em processo antecedente, não adquire estabilidade, visto que o ordenamento jurídico brasileiro considera a medida antecipada, tal como a cautelar, provisória e instrumental, havendo a necessidade de a parte que a obteve propor, no prazo legal, processo principal para manter a eficácia da medida.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil propõe seja admitida a estabilização das medidas antecipadas independentemente de sua confirmação por decisão em outro processo, após cognição exauriente. Tal opção teria por justificativa afastar o ônus da parte que obteve o acertamento do seu direito pelo Judiciário de interpor outro processo no qual não possui interesse, com o objetivo único de manter a eficácia da decisão concedida de forma antecipada. Além disso, tem potencial para diminuir o número de processos e o tempo para julgamento das questões submetidas à apreciação judicial, embora sejamos céticos quanto aos resultados que serão sentidos na prática em decorrência dessas alterações, pelas razões já expostas no decorrer do trabalho.

Mesmo assim consideramos válida a proposta de concessão de estabilidade às medidas antecipadas, devendo apenas o Projeto ser alterado em um ponto, que a nosso ver aumentariam as chances de sucesso do instituto.

Isso, porque o projeto não deveria estabelecer hipóteses nas quais obrigatoriamente uma das partes deverá propor processo principal exclusivamente para garantir a eficácia da medida antecipada. O objetivo da estabilização da tutela

antecipada é justamente afastar a necessidade de propositura de processos nos quais as partes não tenham interesse, pelo que não se justifica previsão legal determinando que a parte requerente deva propor processo principal quando o pedido de tutela antecipada veiculado de forma antecedente tiver sido impugnado, tal como previsto .

Importante anotar ao final ser acertada a opção por não conceder autoridade de coisa julgada material à decisão estabilizada, a exemplo do que ocorre no direito italiano (e diferentemente do que propunham outros projetos anteriores sobre o tema em discussão no Brasil). É que sua concessão ocorre mediante apreciação sumária da causa e, quase sempre, em mero despacho da petição inicial, antes mesmo da citação do réu, sendo por essa razão melhor que a medida se estabilize sem necessidade de propositura obrigatória de ação principal, mas sem adquirir a intangibilidade própria da *res iudicata*.

A não impugnação funcionaria como aquiescência do réu à medida pleiteada sumariamente pelo autor, a título de negócio jurídico aperfeiçoado consensualmente em juízo. A previsão da coisa julgada sumária, em lugar de estimular a solução consensual, pode produzir efeito contrário, isto é, pode conduzir o réu a impugnar a medida apenas para evitar a intangibilidade do provimento sumariamente decretado. Melhor, portanto, a escolha feita pelos elaboradores do projeto de deixar às partes a deliberação de buscar, ou não, a coisa julgada, segundo suas próprias conveniências.

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Jun. 2006, pp. 563/574.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. **Revista de Processo**, n. 140, out. 2006, pp. 72/85.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Vol. II, 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2005.

CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. **Il giusto processo civile**. Jan-abr. 2006, pp. 7/30.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. Disponível em www.direitoprocessal.org.br. Consulta em: 10 jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37.

LOPES DA COSTA. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1959.

MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007.

QUERZOLA, Lea. Tutela cautelare e distoni: contributo Allá nozione di <<procedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffrè, Set. 2006, pp. 787/818.

RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória no direito italiano. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Jan/abr. 1997, pp. 125/141.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 11, Porto Alegre: Letras jurídicas, 1985.

_____. Do processo cautelar. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**. 2. Ed. Milão: CEDAM, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II.
39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.