

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL – DIR 2
LEONARDO LOPES PADILHA

**A ESTABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NA ALTERAÇÃO
DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DO NOVO CPC**

Porto Alegre

2017

Leonardo Lopes Padilha

**A ESTABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NA ALTERAÇÃO
DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DO NOVO CPC**

Monografia apresentada como Trabalho de conclusão de curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo.

Porto Alegre

2017

Leonardo Lopes Padilha

**A ESTABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NA ALTERAÇÃO
DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DO NOVO CPC**

Monografia apresentada como Trabalho de conclusão de curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo.

Aprovada em: Porto Alegre, _____ de julho de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Nome do professor

Nome do professor

Nome do professor

Porto Alegre ____ de julho de 2017.

“One ring to rule them all, one
ring to find them,
One ring to bring them all and in
the darkness bind them.”

J.R.R. Tolkien, *The Lord of the Rings, The Fellowship of the Ring.*

RESUMO

A exigência de ajustar o tempo da tutela jurisdicional com as demandas e direitos dos indivíduos na sociedade, para que esses não se percam ou não os diminua sua fruição, faz nascer os procedimentos especiais e tutelas de urgências. Na contemporaneidade essa necessidade tornou-se fundamental para a adequada prestação jurisdicional e proteção de direitos. A medida entre *efetividade* e segurança não pode ser plenamente satisfeita em todos os casos, algum direito terá que ser submetido a outro para cumprir com o propósito de uma medida judicial. Nas tutelas de urgência dá-se primazia pela efetividade, segurança e celeridade para o autor da demanda em detrimento do contraditório, ampla defesa e livre investigação de provas em desfavor do demandado. Como uma das medidas de urgência a tutela antecipada consiste na satisfação sumária do direito pretendido, em decisão provisória e precária com base na verossimilhança. O código processual civil, aprovado em 2015, cria a figura da *estabilização* da tutela antecipada concedida liminarmente no caso do réu não interpor recurso, cujo efeito será a extinção do processo sem resolução de mérito. Correndo um prazo de dois anos da notificação, da extinção do processo, para decair o direito de rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva de tutela antecipada. Dentro do prazo a decisão é plenamente modificável, entretanto, se considerada indiscutível o direito tutelado, *prima facie*, seria dotada de efeito de coisa julgada material. Dessa forma, há uma lacuna no código processo civil, pois, silente a respeito disso. Em razão da contraposição de direitos fundamentais e harmonia do sistema jurídico foi identificada a hipótese de não interferência no direito pela extinção do processo e exaurimento do prazo bienal, fazendo-se possível a discussão do objeto da lide, independente do prazo, o qual seria referente somente ao direito de modificar a *decisão* que concede a tutela sumária, não o próprio direito tutelado. Na área das ciências jurídica e social aplicada, através do método hipotético-dedutivo o trabalho objetiva entender o comportamento da *imutabilidade* da estabilidade da tutela antecipada antecedente e a inocorrência da coisa julgada de acordo com o art. 304, §6º do CPC. Por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa, a fim de verificar a hipótese ao problema encontrado respeitando os direitos e garantias constitucionais e processuais de acordo com a harmonia do sistema normativo nacional.

Palavras-chave: Estabilidade. Tutela Antecipada Antecedente. Direitos Processuais.

ABSTRACT

The requirement to adjust the timing of judicial protection with the demands and rights of individuals in society the summary procedures and immediate injunctions, wherefore that they don't lose or diminish their possession. Nowadays this need has become essential for adequate jurisdictional provision and protection of rights. The measure between effectiveness and safety can not be fully satisfied in all cases, some of the rights will have to be submitted to another to comply with the purpose of a determinate judicial measure. In urgent cases, priority, effectiveness, security and speed of the claimant is given over the contradictory, full defense and free investigation of evidence to the detriment of the defendant. As one of the emergency measures, Urgent relief consists in the summary procedure to satisfy the final right sought, in a provisional and precarious judicial decision based on likelihood, before the standard procedure. The civil procedural code, approved in 2015, creates the figure of the stabilization of the Urgent relief granted preliminarily in the case that the defendant don't appeal, witch effect consists in the termination of the procedure without final judgment. Within two years of the termination of the procedure's notification the right to review that decision become time-barred. Within the time limit, the decision is fully modifiable, however, if it is considered unchangeable, *prima facie*, that would be endowed with the effect of *res judicata*. Thus, there is a gap in the civil process code witch is silent about it. Due to the contrariety of fundamental rights and harmony of the legal system, has been identified the hypothesis of non-interference in the right independent of the procedure termination and exhaustion of the biennial term, making possible the discussion of the original procedure object. Regardless of the term, which would refer only direct to modify the decision that grants the Urgent relief not the own right protected. In the area of applied legal and social sciences, through the hypothetical-deductive method the work aims to understand the behavior of the immutability of the stability in the Urgent relief and the non-occurrence of the *res judicata* according to art. 304, §6 of the CPC. Through bibliographical and legislative research, in order to verify the hypothesis to the problem found respecting the constitutional and procedural rights and guarantees in accordance to the national normative system harmony.

Keywords: Stability; Antecedent Immediate Injunctions. Procedural Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA DE URGÊNCIA.....	4
2 TUTELA SUMÁRIA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR.....	9
2.1 CAUTELARIDADE COMO ASSEGURAMENTO DO DIREITO.....	10
2.2 INSTRUMENTALIDADE E FUNGIBILIDADE COM A TUTELA CAUTELAR.....	12
3 PROVISORIEDADE E TEMPORARIEDADE.....	15
4 TUTELA ANTECIPADA.....	18
4.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO SATISFAÇÃO SUMÁRIA DO DIREITO PRETENDIDO.....	19
4.2 ESTRUTURA DA TUTELA ANTECIPADA.....	22
4.3 CONDIÇÕES PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	24
4.4 SÍNTESE DA TUTELA ANTECIPADA.....	26
5 TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA.....	28
5.1 INÉRCIA DO RÉU NA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	28
5.2 REVELIA E TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	30
5.3. COISA JULGADA E TUTELA ANTECIPADA.....	33
5.3.1 ASPECTOS GERAIS.....	34
5.3.2 COISA JULGADA MATERIAL.....	36
5.3.4 COISA JULGADA FORMAL OU PRECLUSÃO PROCESSUAL.....	39
5.3.5 TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA JÁ ESTABILIZADA..	42
5.4 COMPORTAMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA	43
5.4.1 INTERPRETAÇÃO PELA IMUTABILIDADE.....	44
5.4.2 INTERPRETAÇÃO PELA NÃO IMUTABILIDADE.....	46
5.4.3 POSSIBILIDADE DE PROCESSO AUTÔNOMO.....	49
6 MONITORIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE ANTECIPADA.....	52
6.1 ASPECTOS GERAIS DA TUTELA MONITÓRIA.....	53
6.2 DECISÃO MONITÓRIA E COISA JULGADA.....	54
6.3 TUTELA MONITÓRIA E A TUTELA ANTECIPADA.....	61
7 DIREITO COMPARADO – FRANÇÊS.....	63
8 CONCLUSÃO.....	66
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

Os fatos sociais acontecem na velocidade das relações entre os indivíduos e os interesses desses e de grupos inseridos num contexto. Os fatos juridicamente relevantes têm muita flexibilidade, uma mesma situação pode durar séculos ou nem mesmo 24 horas. Os acontecimentos não levam em consideração o poder jurisdicional e suas atividades, o tempo e os atos que esse pratica, sendo que as necessidades de hoje são diferentes das de ontem e que são distintas das de amanhã. Enquanto a jurisdição ocupa-se de fatos ocorridos há tempos, as necessidades são dinâmicas e mudam surgindo novos fatos. Isso é acentuado na sociedade da informação que estamos testemunhando, em que é possível espalhar informações para um vasto universo de expectadores. É possível conversar instantaneamente, tanto por voz quanto vídeo, com audiências a dezenas de milhares de quilômetros da nossa posição, limitando o tempo de comunicação basicamente à velocidade da luz.

Nesse contexto, o poder jurisdicional não pode ficar à deriva e criar um mundo próprio sem relação com o exterior. É necessário esse adequar-se às necessidades sociais do que o contrário. Se desde os tempos romanos, antes até, já era constatada a necessidade de adequação e efetividade da jurisdição, hoje as exigências estão geometricamente mais acentuadas, tornando esses elementos fundamentais à harmonia e segurança das relações entre os indivíduos e a correta prestação de serviços à coletividade.

Assim, o direito processual é mais evidente e com maior responsabilidade, a partir tema das tutelas jurisdicionais provisórias, principalmente, a jurisdição tenta mitigar as carências naturais dos serviços judiciais, sendo o tema do presente trabalho. O código de processo civil foi alterado, no ano de 2015, e com isso mudanças significativas emergiram. As tutelas provisórias foram agrupadas, evidenciou-se mais a fungibilidade entre essas e o formalismo foi desprivilegiado preferindo-se ao conteúdo que a forma.

Para as tutelas de urgência foi possibilitado seu deferimento em sede antecipada, ou seja, antes mesmo de iniciada a relação processual em caráter liminar. A tutela antecipada antecedente, por sua vez, teve atribuída uma situação muito peculiar. Deferida essa medida, o demandado deve contestá-la em agravo de instrumento e por seguinte “ordinarizando” o processo, caso mantenha-se inerte o processo será extinto sem resolução de mérito iniciando um prazo bienal para a parte demandada discutir a tutela antecipada antecedente antes deferida. Após o decurso do prazo não há essa possibilidade, sendo explícito, o código, da não

formação de coisa julgada a partir dessa decisão no art. 304, §6º do CPC referindo-se ao prazo bienal para pedido de reforma. Decorrido o prazo de dois anos o código não é claro ao estender a não formação de coisa julgada, também não esclarece se o prazo refere-se à decisão que concede a tutela ou ao direito tutelado em si. Da mesma forma, não elucida se o prazo legal prejudica o direito tutelado, tornando-o indiscutível e por consequência impedindo qualquer discussão judicial posterior ao prazo. Diante da situação de incerteza que o código criou para os jurisdicionados na importante tutela antecipada antecedente e nos poucos escritos a seu respeito, pois nasceu junto ao código em 2015, é notável a necessidade de compreender a estabilidade da tutela antecipada antecedente e prever os seus efeitos.

Á vista disso, surge o problema de conhecer se o prazo bienal refere-se à decisão concedente da tutela ou também ao direito ali tutelado. Por conseguinte, se após o decurso desse prazo seria possível as partes rediscutir o direito objeto da lide em ação nova. Para tentar explicar o problema e resolver pragmaticamente com uma solução possível, o presente trabalho, estuda a hipótese da não imutabilidade do mérito da lide pelo decurso do prazo de dois anos da tutela antecipada, referindo-se esse à decadência do direito de modificar somente a **decisão** que concedeu a tutela, não impedindo propositura de ação a fim de discutir o direito material, o qual não seria prejudicado pelo prazo do art. 304, §6º do CPC.

A presente pesquisa tem como objetivo geral compreender a estabilidade da tutela antecipada e os seus efeitos. Permitindo como objetivo específico aplicar a solução da hipótese, a ser verificada, em situações concretas; assim, suprir a lacuna e incerteza que trouxe o novo código de processo civil. Para concretizar o objetivo o trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo, formulada hipótese que expressa a dificuldade do problema exposto, deduzindo as consequências que serão confirmadas ou falseadas. Realizar-se-á por meio da pesquisa bibliográfica de obras publicadas e textos legislativos e comparação da situação-problema com situação semelhante inserida no processo civil nacional e estrangeiro.

O tema será trabalhado inicialmente do geral para o específico. Será estudada a tutela sumária de urgência, a tutela cautelar para chegar a um entendimento mais delimitado da tutela antecipada e em seguida sua variação antecedente. Em seguida será analisada a estabilidade da tutela antecipada antecedente, as condições para que ocorra e a concreta verificação da sua imutabilidade com a tentativa de encaixar no conceito de coisa julgada ou nos efeitos da revelia. Serão apresentados os escritos a respeito da estabilidade da tutela antecipada, as divergências e semelhanças dos diversos autores para, enfim, chegar à

conclusão de todo o estudo feito e a verificação da hipótese. Para corroborar com o entendimento ao problema, será comparada a estabilidade da tutela antecipada com a tutela monitória, instituto muito semelhante já existente e com muitos escritos que tentam solucioná-la; também será comparado o objeto de estudo do trabalho com o mesmo instituto no direito francês, um dos ordenamentos que inspiraram o código de processo civil brasileiro de 2015.

1 CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA DE URGÊNCIA

A Constituição Federal é norma fundamental que rege e harmoniza todo o ordenamento jurídico num sistema que consegue gerenciar-se ainda que em aparentes incompatibilidades e incoerências. O processo civil é parte desse sistema jurídico cujo alguns dos fundamentos assentam no art. 5º no LII, LIV, LXII a LXXVII, dentre outros da Constituição. Define que ninguém será privado de liberdades ou bens sem o devido processo legal. Esse é um direito fundamental e uma garantia na ordem brasileira¹. Nesse contexto o processo, em todos os seus instrumentos e técnicas, passa a significar a distribuição igualitária dos meios de acesso aos direitos e à dignidade².

O devido processo legal é elemento de fundamento objetivo, juridicamente vinculativo, ao mesmo tempo que é direito subjetivo, ou seja, a proteção de um interesse protegido pelo direito, o qual pode ser exigido pelo jurisdicionado³. É garantia tanto do indivíduo contra a ação de outro indivíduo quanto do próprio Estado.

O principal propósito do devido processo legal é a materialização do direito abstrato no caso concreto. É aplicar o que foi previsto na elaboração legislativa comandado pelos princípios e normas gerais constitucionais e balizado pelas demais fontes do direito. Isso somente é alcançado mediante a prévia estruturação de atos sucessivos, controláveis e previsíveis. Consistindo numa atividade lógica; o conjunto de atos necessários a se ter ciência sobre um objeto jurídico de análise. É ato de inteligência consistindo em considerar, analisar, valorar provas e indícios, visualizar padrões deduzir e induzir atos e fatos necessários para o julgamento de um litígio⁴.

Ao procurar auxílio do Poder Judiciário, o jurisdicionado busca a aplicação concreta do direito como fim a solução da *crise do direito material*. Hoje, milhares de processos judiciais estão espalhados pelo país com esse desígnio; cada um resultado dos inimagináveis elementos imprevisíveis do mundo natural, os quais resultam numa diversidade, tão

¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo – 38ª ed., rev., atualizada até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014* – São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 434 *et seq.*

²SCARPARO, Eduardo. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 105, p. 135-151, 2007.

³É direito subjetivo, pois, á esse corresponde um dever jurídico violável concretamente, conseqüentemente a ordem jurídica disponibiliza para o titular, desse direito subjetivo, um meio de exigí-lo, cedendo meios coercitivos e sancionatórios do estado. MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 151.

⁴WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil – 3ª ed.* – São Paulo: Perfil, 2005. p. 66.

imprevisível quanto, de particularidades distintas. Dessa forma, para os princípios constitucionais processuais e o direito fundamental ao devido processo legal serem respeitados é crucial um tratamento distinto, e adequado no *procedimento*.

Com o tempo, essa dinâmica foi sendo percebida pelos doutrinadores e conseqüentemente espelhada na legislação. O procedimento ordinário, rígido e anulável por qualquer formalidade, foi tornando-se maleável e adaptável a fim de atender satisfatoriamente o propósito da jurisdição estatal e ao mesmo tempo honrar os direitos fundamentais e princípios gerais. O fruto mais evidente disso foram os procedimentos especiais, taxativos na legislação, adequados para situações singulares e repetidas na sociedade que exigem atendimento diferenciado, como as ações de família, as ações possessórias etc.

A necessidade pela agilidade e dinâmica da vida social, em oposição à demora natural do processo, fez nascer os *procedimentos sumários e sumaríssimos*, como o da lei 9.099. Entretanto, ainda são processos rígidos e adequados a poucas situações. Poucas eram as hipóteses de tutelar o direito antes da sentença, as medidas de propósito genérico para atender à cautelaridade e antecipação supriram uma demanda necessitada. E com esse intuito as *medidas de urgência e liminares* foram reguladas para serem abrangentes em qualquer fato social concreto que é amparado pelo direito; essas medidas somente alcançaram com plenitude seu propósito na lei 13.105 de 16 de março de 2015.

Com a constitucionalização, o processo passou a ser concebido como ferramenta de realização de direitos e garantias, orientado pela supremacia dos direitos fundamentais⁵. Nesse contexto as tutelas de urgências são um excelente instrumento de efetivação desses direitos, num caráter universal, não mais em casos singulares e específicos.

Para adentrar nas tutelas de urgência satisfativas propriamente, é necessário, antes, entender a classificação das *tutelas de cognição sumária*. A doutrina clássica distingue a *cognição* de uma causa no curso processual em dois tipos. Primeiro na *cognição horizontal*: é aquela em que o objeto de conhecimento é explorado ao máximo, contemplando o conjunto de atos previstos em lei, ainda que em processo sincrético – como nos juizados especiais. Segundo é a *cognição vertical*: aquela sobre os fatos e o direito da causa; não refere-se ao procedimento específico, mas sim à profundidade da análise da situação fática e do direito.⁶

⁵SCARPARO, Eduardo. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 105, p. 135-151, 2007.

⁶“... há situações em que o procedimento ordinário — formal, solene e, por isso mesmo, mais lento — não atende às peculiaridades da controvérsia a ser enfrentada. Para elas, indispensável a formatação de procedimento próprio, em que os atos processuais sejam amoldados e encadeados segundo a natureza da lide. Nesses

É impossível conhecer todos os fatos e circunstâncias que o direito pode amoldar-se. Mesmo um observador presente numa determinada situação pode não ter a completa compreensão dos acontecimentos. Todo esse complexo de circunstâncias em que são objetos de discussão nunca será plenamente conhecida, a “verdade” que o processo busca é inalcançável e o juiz não exaurirá o conhecimento num procedimento. Apesar de ser impreciso chamar o tipo de cognição “exauriente” – como aquela que exaure a questão discutida – essa é exauriente num sentido virtual, ou seja, todos os atos possíveis e previstos para o caso concreto foram concretizados, no procedimento, podendo esse ser sincrético (sumaríssimo) ou extenso (ordinário). O processo é exauriente nas possibilidades de conhecimento dos fatos e direito. Dessa forma, a cognição será *exauriente* processualmente, podendo ser chamada de uma cognição *completa processualmente*.

Existem diversas classificações da cognição no processo, cada uma com suas particularidades. Pela falta de unificação entre os autores nesse ponto, será utilizada a classificação de Kazuo Watanabe. A classificação é dividida em horizontal⁷ (extensão do objeto do processo) e vertical⁸ (profundidade do conhecimento de um “algo”).

A *sumariedade* de uma questão não está assentada no elemento formal do processo, mas na *superficialidade* da análise, do conhecimento do problema⁹. É o que ocorre nas *decisões sumárias*, que advém da compreensão curta de um objeto sem investigar toda sua complexidade. Já a *extensão* de um processo pode ser *plena* ou *limitada*, dependendo dos objetos que são abarcados. Nos *processos sumários* ocorre uma limitação na extensão da cognição (da amplitude dos objetos a serem julgados), porém, a profundidade do conhecimento é completa. A supressão dos objetos processuais não necessariamente torna a cognição superficial ou precária.

procedimentos especiais, fixam-se, inclusive, limites à cognição no plano horizontal, ou seja, restringe-se o campo das pretensões de direito material e, conseqüentemente, das alegações de defesa, sem que isso importe, contudo, restrições ao grau de profundidade da cognição, que permanece verticalmente integral. Há, em tais casos, cognição parcial (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical). É o que ocorre, por exemplo, na ação possessória, ou na ação de consignação em pagamento, nas quais a extensão do debate é limitada pela parcialização do conflito (cognição limitada), mas o nível de cognição é integral (cognição exauriente)”. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.41.

⁷“No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.”. WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – 3ª ed. – São Paulo: Perfil, 2005, p. 127.

⁸“No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta)”. *Ibid*, p. 127.

⁹Há supressão das etapas processuais que levam à cognição completa ou exauriente.

A tutela antecipada encaixa-se na cognição *sumária* ou *superficial*, em razão da brevidade, não atingindo o potencial que uma *sentença de mérito* consegue. A partir da *urgência* e *perigo de dano*, irreparável ou de difícil reparação, ou *evidência* de direito é satisfeita materialmente a demanda do requerente¹⁰, ainda que parcialmente. Na tutela antecipada a extensão potencial do processo nunca será plena, pois a medida é sempre deferida antes da resolução definitiva em sentença de mérito.

Nesse caso, é possível entender a tutela antecipada como uma decisão sumária, em distinção dos processos sumários que tem a extensão reduzida em relação ao comum, porém com cognição completa. Já a primeira, tem a cognição superficial com a extensão do processo sempre limitada, pois é medida de urgência antes de sentença, sem atingir seu potencial¹¹.

Entende-se, assim, como *medida sumária* (tutela de urgência) aquela com cognição incompleta, *superficial, menos aprofundada no sentido vertical*¹², pois não se exauriu o procedimento processual previsto. Materialmente, ainda, não é possível prever o alcance do conhecimento completo; não obstante a medida é deferida, tendo em vista que, as necessidades dos indivíduos e de seus direitos não são capazes de perdurar o tempo “natural” do rito legal, seja especial, ordinário ou sumário. Esses elementos são mais perceptíveis na *tutela antecipada antecedente* ou *liminar*.

É necessário esclarecer a definição de tutela antecipada “*liminar*” que é sinônimo de tutela antecipada antecedente. José Roberto Bedaque escreve que é decisão proferida antes da citação do réu, ou seja, *inaudita altera pars*¹³. É indicativo do momento em que a decisão é proferida – a exceção das sentenças liminares de improcedência, que apesar do nome, tem cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*¹⁴. A tutela antecipada não necessariamente é liminar, mas o pode ser, assim como qualquer decisão sem o contraditório

¹⁰WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – 3ª ed. – São Paulo: Perfil, 2005. Pg. 130.

¹¹Lembrando que essa é a teoria da cognição de Kazuo Watanabe, caso se transporte isso para outros autores é necessário fazer adaptações, pois sinônimos podem ter significados diferentes nesse campo, a depender do autor, não há padrão de atribuição de sentido.

¹²WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – 2ª ed. – Campinas: Bookseller, 2000. Pg. 125.

¹³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência – 2ª edição – São Paulo: Malheiros editores, 2001, pg. 293

¹⁴“Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, a profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as “vias ordinárias” ou para a “ação própria”), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material”. WATANABE, op *cit.*, p. 136-137. Esse pensamento pode ser aplicado à improcedência liminar do pedido, que é uma sentença liminar, porém de cognição completa e exauriente, hoje localizada no art. 332 do código processual civil.

inicial. Assim o objeto de estudo do presente trabalho é a *tutela antecipada antecedente*, ou liminar, na condição *estabilizada*.

2 TUTELA SUMÁRIA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR

O julgador para gerar o juízo de convicção necessita cumprir os atos previstos na legislação processual, além de analisar com prudência as questões de uma lide; para isso utiliza um período de tempo que muitas vezes não é compatível com o ritmo acelerado das relações sociais e econômicas características do Século XXI. O direito e o processo têm o dever de adequar-se a essa realidade, de forma a responder adequadamente na sua tarefa constitucional¹⁵ sem comprometer os direitos e garantias de todos os indivíduos. A solução foi a sumarização de processos e a antecipação do juízo de valor para entregar decisões relevante faticamente com maior celeridade.

No decurso do tempo, nessa sociedade de informação, os atos e as consequências não são tão previsíveis. Pode ocorrer, muito rapidamente, de um direito ser perdido ou reduzido, incapaz de ser entregue satisfatoriamente. As constantes mudança podem levar á perda do direito. O jurisdicionado, contando com isso, hoje, tem ampla aderência pelas técnicas de cognição sumária.

O código processual civil vigente *positiva* as tutelas provisórias de urgência. Percebendo essas mudanças legislador instrumentalizou as técnicas de cognição sumária¹⁶ nos institutos processuais da *tutela provisória*: nas espécies de *tutela antecipada* nas modalidades de *urgência* e de *evidência* e a *tutela cautelar*. Essas têm caráter genérico e são aplicáveis em qualquer processo de conhecimento e execução se preenchidos os requisitos legais. O julgador deve impedir, de alguma forma, o perecimento ou dano ao direito, assegurando-o para o futuro (acautelando) ou tutelando o direito desde já (antecipando). Assim, primeiramente, se faz necessário distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar, pois apesar de espécies da tutela provisória, possuem consequências próprias e dogmática jurídica distinta. Muito relevante no contexto liminar, que na tutela cautelar não é possível uma estabilização, já na tutela antecipada é possível a decisão tornar-se estável pela inércia tanto do autor quanto do réu.

¹⁵WATANABE, *op. cit.*, p. 142-143.

¹⁶“Mas a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécie os processos cautelares, na antecipação de tutela em todo processo de conhecimento (art. 273, CPC)”. WATANABE, *loc. cit.*

2.1 CAUTELARIDADE COMO ASSEGURAMENTO DO DIREITO

Tanto a tutela antecipada quanto tutela cautelar têm origem histórica romana¹⁷⁻¹⁸. A cautelar foi o primeiro, direito para garantir uma pretensão por sua urgência, a ser positivado na legislação brasileira – no art. 675 a 688 do CPC de 1939 no título “*Das medidas preventivas*”. É medida de urgência, com o fim de assegurar o resultado útil ao processo, não entregando o direito pretendido à parte, mas garantindo a viabilidade do processo, de futura fruição do direito em situação de risco. Durante o século passado houve muitas discussões acerca da distinção dessas duas medidas. Portanto, é necessário revisar o conceito de tutela cautelar a fim de separá-la da tutela antecipada e seus efeitos.

A cautelaridade consiste na segurança para a efetividade de uma provável sentença confirmatória do direito. Nas palavras de Ovídio Baptista a tutela cautelar é a proteção jurisdicional, que deve assegurar sem jamais satisfazer o direito acautelado¹⁹. O referido autor ensina que o processo cautelar protege direitos subjetivos; em contraponto à doutrina de Calamandrei, de 1936, entende que a *tutela cautelar* é política judiciária, a fim de resguardar a relação processual de conhecimento ou execução. Esse entendimento era o seguido pela doutrina brasileira da época.

“Ora, nessa proposição existem duas ambiguidades graves: a primeira está na própria asserção segundo a qual o processo protegeria a jurisdição e não o direito da parte. Isto é uma coisa surpreendente, porque se coloca na mão da parte o instrumento para a proteção da jurisdição. É um absurdo. Mas há um absurdo maior quando se diz: ‘o processo cautelar tem por fim proteger a sentença de mérito’...Se tal fosse verdadeiro, então a conclusão seria de que o processo cautelar não tem mérito...”²⁰.

O conceito de cautelaridade de Calamandrei foi adotado amplamente pela doutrina brasileira, o que criou uma dificuldade para efetuar distinção entre a cautelaridade e a satisfatividade do direito sumariamente. Cândido Dinamarco afirma que exemplo de maior impacto – de Calamandrei – para ilustrar o poder geral de cautela conferido ao juiz, foi na realidade um caso de tutela antecipada. O que não é instrumento do processo para resultado

¹⁷CARMIGNANI, Cristina da Silva. A origem romana da Tutela Antecipada – São Paulo: Ltr, 2001. Pg. 30-35.

¹⁸SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 1.º, do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista de Processo, vol. 148, 2007, p. 153 – 168.

¹⁹SILVA, Ovídio Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65.

²⁰*Ibid*, p. 66.

útil, *mas fornece ao sujeito o que ele pretende obter ao fim*²¹. Contudo, essa discussão já foi em grande parte superada.

Para ilustrar que a tutela cautelar serve ao processo e ao direito (não ao sujeito) Dinamarco usa o exemplo da penhora de bens. Ao penhorar um bem o exequente não está recebendo uma tutela jurisdicional; pois esta limita-se a dispor o bem ao juízo, no caso de futura alienação. A tutela só será satisfeita quando o recurso da alienação será entregue ao credor.

Outro exemplo é a produção antecipada de prova ou o arresto cautelar; nenhuma dessas medidas está apta a satisfazer o direito, a primeira porque é uma prova em si, não um direito requerido e a segundo porque coloca o bem a disposição do juízo; elas são cautelares²². Caso se admita que essas medidas são satisfativas, elas o são em si mesmas e somente em si. Considerando que o bem a ser perseguido não foi entregue, a disposição da prova de um fato não é tutelar o *direito* que ela demonstra, mas somente assegura-o, sendo medida cautelar.

A tutela cautelar, então, deve resguardar o direito material para a futura tutela satisfativa em sentença; assegura o resultado útil ao processo. Não satisfaz o direito, o bem da vida, que a parte requer em momento algum, exceto se considerar-se que o direito à cautela é de natureza material, não processual, em que o direito à cautela será satisfeito.

Dinamarco afirma que o elemento de maior relevância está na descoberta dos pontos comuns da tutela cautelar e antecipatória, de forma que discutir a metafísica dos fatores que os diferenciam é desnecessária. O fator de convergência entre ambas as medidas é o comum objetivo de evitar a corrosão dos direitos pelo tempo e lesão de sua parte titular, por isso o motivo de serem *medidas de urgência*²³.

A tutela cautelar tem *função instrumental*, sendo uma tutela jurisdicional *mediata*²⁴, com a finalidade de assegurar o processo e o direito em situação de perigo. Hoje, é instrumentalizada na medida de urgência cautelar, nos arts. 294, 301 e 305 a 310, do novo Código de Processo Civil. Não mais necessita de um processo cautelar autônomo, mas é realizada no curso do processo principal em caráter incidental ou antecedente. Desse modo, percebe-se que historicamente há uma confusão na definição dos conceitos que já foi em

²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, in Revista da AJURIS – ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001 – Porto Alegre: AJURIS, p. 272 *et seq.*

²²DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, in Revista da AJURIS – ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001 – Porto Alegre: AJURIS, p. 276.

²³*Ibid.*, p. 277.

²⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. – 29ª. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 309 *et seq.*

grande parte “resolvida”, assim sendo, o sentido de *tutela cautelar* utilizado no presente trabalho é o idealizado por Ovídio Baptista como segurança para a futura execução não ingressando na discussão de ser um direito substancial ou não à cautela.

2.2 INSTRUMENTALIDADE E FUNGIBILIDADE COM A TUTELA CAUTELAR

Apesar de distintas, as tutelas cautelar e antecipada fazem parte da mesma família de medidas antecipatórias. Tanto, que possuem muitos elementos convergentes e por um grande período foram consideradas a mesma. De forma a completar a revisão da tutela cautelar, é preciso entender a fungibilidade entre essas medidas de forma a não as compreender como a mesma medida, apesar da grande semelhança.

FUNGIBILIDADE

Conforme a grande intimidade e origem histórica similar entre as tutelas *antecipada* e *cautelar*, como gêneros da espécie tutelas de urgência, é possível essas comunicarem-se. No caso de impossibilidade de se conceder uma, o julgador pode conceder a outra.

Deixando de lado o formalismo, foi adotada a fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e antecipada. Cândido Dinamarco, em crítica ao excesso de formalismo, afirma que a *efetividade* da tutela jurisdicional é demasiado importante para o direito ser denegado por questões meramente formais. O entendimento jurisprudencial, quando em vigor o código de 1973, já era pela admissão do processamento da demanda a partir do pedido formulado, e não pelo *rótulo* processual, o que foi mais tarde emendado no art. 273, §7º daquela lei. É pacífico que não se anula procedimento pelo simples erro de escolha da forma processual²⁵. O autor demonstra que já se admitiu que uma medida só poderia ser considerada caso requerida a título *cautelar* e seria desconsiderada se requerida como antecipação de *tutela jurisdicional*. Numa atitude de exacerbado formalismo, admitindo que mudando-se o *nome* da medida altera a sua natureza, que é o seu âmago²⁶.

Outrora, antes da positivação da tutela antecipada, era comum o uso das *cautelares*

²⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 666.

²⁶DINAMARCO, *op cit*, p. 281.

satisfativas, nas palavras de Ovídio Baptista “[...] *A segunda forma de tutela que praticamos no Brasil, via processo cautelar, é justamente a tutela satisfativa liminar.*”²⁷. Era conhecida como uma modalidade de cautelar, chamadas de ações sumárias satisfativas, apartado do procedimento principal²⁸. Marinoni explica também que nas chamadas ações “cautelares satisfativas” eram cometidos dois erros: primeiro por ocorrer *satisfação sumária* do pedido (antecipação de tutela) e segundo por ocorrer uma *completa cognição* do pedido (procedimento sumário)²⁹.

A questão é, ou acautela-se ou antecipa-se a satisfação de uma demanda, não há rigidez e literalidade no *instrumento* processual. O julgador não indeferirá pedido por mera alcunha, pois se esta não representa o seu conceito, é irrelevante ante a necessidade da efetividade do processo³⁰. Esse é o princípio da *fungibilidade*, o provimento cautelar assegura um provável direito e o antecipatório o satisfaz, independentemente do nome que se dê para a ação. A essência do pedido, da tutela pretendida e dos efeitos é que definirá se há um tipo ou outro de provimento, não o nome atribuído pela parte, da mesma forma que o juiz pode indeferir uma medida mas deferir a outra. Ideia positivada na lei 10.444/02, principalmente no Art. 1º, §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.*”.

Casos comuns da aplicação do princípio da fungibilidade são as ações que visam o fornecimento de medicamentos, *sumariamente*. A exemplo, um julgado pelo TJRS, no qual a parte postula *ação cautelar* (autônoma) para fornecimento de medicamentos em caráter antecedente à sentença na ação principal. O magistrado assume que “*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)*”³¹. O princípio da fungibilidade, da instrumentabilidade são mais relevantes que a forma, pois o processo não é

²⁷SILVA, Ovídio Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73.

²⁸*Ibid.*, p. 74.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 45.

³⁰“Desta forma, é muito estranho – e até curioso – que se pretenda sustentar que justamente aquela tutela que não podia ser admitida pelos doutrinadores e pelos tribunais como “cautelar”, e que por esta razão obrigou à instituição da tutela antecipatória no art. 273, possa agora ser pensada como tendo a natureza (cautelar) que anteriormente afastava a sua própria concessão”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela* - 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.

³¹Apelação Cível nº AC 70018285817, 3ª CC/TJRS, 15/03/2007, Des. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

um fim em si, mas um meio de dar a tutela efetiva ao titular do direito.

Teori Zavaski escreve que:

“[...] é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil”³².

Nessa perspectiva o código de 2015 acaba com o procedimento autônomo, como único instrumento para proteger o bem da vida em provável sentença, no provimento cautelar. Dá autonomia à medida cautelar, em qualquer procedimento, incidentalmente ou antecedentemente.

Dessa forma, percebe-se a proximidade da tutela cautelar da tutela antecipada, porém, ainda assim, existem distinções cruciais na natureza das medidas o que traz consequências jurídicas relevantes distintas. Assim foi necessário entender essas distinções para não cair na confusão conceitual que levou tanto tempo a ser compreendida.

³²ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. PG. 46.

3 PROVISORIEDADE E TEMPORARIEDADE

Abordada, então, a distinção das tutelas cautelar e antecipada, é importante expor e compreender a natureza da tutela de urgência, pois são os elementos intrínsecos da tutela antecipada antecedente que influenciará as consequências na sua estabilidade. Posteriormente será vista a tutela antecipada especificamente e em seguida será estudada a hipótese da estabilidade da tutela antecipada antecedente.

O elemento precário da tutela deferida pela urgência é o de maior evidência ao lado da sumariedade. Uma corrente da doutrina costuma separar a tutela cautelar pela *provisoriedade* e a satisfativa antecipada pela *temporariedade*. Conforme explica Ovídio Baptista³³, o *provisório* é algo que durará enquanto não sobrevier o *definitivo*, a medida provisória deverá durar enquanto não sobrevêm sentença de mérito definitiva; não há provisório que viva sem definitivo.

A importância dessa distinção está no tratamento diferenciado à *provisoriedade* da tutela cautelar que não se estenderá no tempo indefinidamente ao contrário da recente alteração da tutela antecipada, que sua substituição não será compulsória se estabilizar-se. A medida cautelar não sobrevive e será substituída por medida *natureza distinta*, obrigatoriamente, na procedência ou improcedência da demanda. Levando em conta que direito de cautela não satisfaz o direito objeto da ação, comente o *assegura* para eventual procedência.

Teori Zavaski ensina que:

“[...] ao contrário da tutela-padrão a que antes se fez referência, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada), a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. É, pois, tutela provisória, entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender temporariedade e a precariedade”³⁴.

O autor avança e afirma que a medida cautelar é temporária por perdurar no tempo, em contrapartida é precária, pois, modificável e revogável a qualquer tempo, não sujeita à imutabilidade.

³³SILVA, Ovídio Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Pg. 65.

³⁴ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 49.

Cumprе ressaltar, que a distinção entre temporário e provisório é tentativa de distinção e sistematização. Na língua portuguesa (provisório: adj. Feito por provisão; interino; passageiro; temporário etc; Temporário:, adj. Que dura certo tempo; provisório; transitório; relativo a tempo etc.³⁵), *temporário* e *provisório* são sinônimos, possuem o mesmo significado. Dessa forma, entende-se que a distinção é técnica-jurídica proveniente da doutrina. Atribui-se o sentido de que o que é provisório será substituído, por algo de natureza distinta. Sendo essa a relevância da discussão. E o temporário durará enquanto não for decidido sua substituição.

Dinamarco apoiado na ideia de que o elo entre as *tutelas sumárias* é a urgência e a incompletude da cognição (sumária, de probabilidade). Escreve que ambas as medidas são regidas pela *provisoriedade*. É comum a negação dessa constante pelo restante da doutrina porque algumas das medidas têm *eficácia* perene e não provisória, mas isso é somente uma discussão conceitual da provisoriedade. O autor afirma que é inegável a vida efêmera de grande parte das *cautelares* e também das *satisfativas antecipatórias*, já que o julgador deve determinar se o beneficiário tem ou não direito já satisfeito³⁶, sendo a consequência incerta até sentença.

Nesse viés, tanto a *tutela cautelar* quanto a *tutela satisfativa antecipada* são *temporárias*, ou seja, não definitivas. A *antecipada* é somente temporária. Já a tutela cautelar é *temporária* e *provisória*, sendo que a medida cautelar será substituída obrigatoriamente. A cautela será sempre assimilada, seja pela procedência, improcedência ou pela inércia do autor dentro de 30 dias (art. 301 do CPC/15).

Sem embargo, o código de 2015 na contramão da antiga doutrina brasileira, incluiu as tutelas sumárias em um único livro - “Da Tutela Provisória” - que é composta de duas espécies: a tutela de urgência (cautelar e antecipada satisfativa) e tutela de evidência. A tutela antecipada em caráter antecedente é novidade na legislação, foi instrumentalizada a técnica processual da *tutela jurisdicional provisória de urgência*. O novo CPC compreende tanto a *tutela cautelar* quanto a *antecipada satisfativa* como *provisórias* mas não esclarece se a provisoriedade é aquela proveniente dos juristas italianos ou é simples provisoriedade sinônimo de temporário. Em se tratando desse último caso, a diferenciação de provisório e temporário poderá ser abandonada.

³⁵BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário escolar da língua portuguesa; colaboração de Dinorah da Silveira Campos Pecoraro, Giglio Pecoraro, Geraldo Bressane. - 11ª ed. - Rio de Janeiro: FENAME 1983, p. 919 e 1110.

³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, in Revista da AJURIS – ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001 – Porto Alegre: AJURIS, p. 280 *et seq.*

A nomenclatura do código encaixa perfeitamente na concepção de Bedaque, o qual entende que “tutela antecipada e tutela cautelar são, indiscutivelmente, modalidade de tutela provisória, pois provimento em caráter definitivo é somente aquele precedido de contraditório e ampla defesa, com aptidão de tornar imutável, consolidando a situação jurídica pretendida pelo autor”³⁷.

Independentemente da nomenclatura, os efeitos da tutela cautelar (hoje) são os mesmos que os da legislação anterior, com uma abordagem modificada. Sem embargo, a preocupação com a celeridade e economia processual continua na nova lei processual, retirando o valor exagerado ao aspecto formal.

Percebe-se então que a tutela cautelar de um modo ou de outro não sobreviverá. Pela inércia do autor dentro dos 30 dias mencionados no art. 308, ou pelo julgamento do mérito, em que será negado o direito ou confirmado e finalmente será satisfeito, entregue o que foi acautelado. Assim como diz Bedaque³⁸, os efeitos são perfeitamente reversíveis e revogáveis, porém as consequências para o réu serão quase as mesmas da tutela antecipada, a privação do bem da vida em litígio pelo tempo que durar a lide.

O código é claro em afirmar que, cessando a eficácia cautelar, a parte não pode requerer a tutela sob os mesmos fundamentos (parágrafo único do art. 309/CPC). Ocorre uma preclusão, da mesma forma que na tutela antecipada manterá estável nos seus fundamentos e não poderá ser modificada se a situação de fato persistir. Com o diferencial de que a *tutela antecipada* não tem limite temporal de 30 dias da *cautelar*.

Por fim, é possível compreender como parte da natureza da tutela de urgência o caráter temporário, ou seja, não duradouro, que não permanecerá. Ocorre sim uma relativa manutenção dos seus efeitos o que será analisada apropriadamente na parte dois do presente trabalho. Antes de adentrar na estabilidade, serão revisados os elementos essenciais da tutela antecipada para chegar a conceitos menos abstratos e mais precisos, facilitando a compreensão e aplicação da hipótese de estabilidade que o art. 304 do código trouxe.

³⁷BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência – 2ª edição – São Paulo: Malheiros editores, 2001. Pg. 310.

³⁸*Ibid.* Pg. 264.

4 TUTELA ANTECIPADA

O sentido da tutela antecipada descrita no código de processo civil nos artigos 300 a 304 é simples, mas com impactos vultosos na relação processual. Diferentemente da tutela cautelar, que visa, por fim, assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”³⁹.

A antecipação de tutela consiste na satisfação do direito pretendido, parcial ou total, previamente à cognição completa – decisão definitiva e decisão terminativa. A antecipação da tutela em caráter antecedente do código é nada mais que a fase *liminar, inaudita altera partes*, entretanto, seu tratamento é diferenciado da incidental.

A principal distinção da *antecipação liminar preparatória* da *incidental* é que na primeira está explícita a estabilidade da decisão no caso de inércia do réu, no art. 304. Sendo o código mudo sobre esse efeito em outros momentos processuais. Essa estabilidade é o principal objeto de estudo no presente trabalho.

Para fins desse trabalho, será usada a nomenclatura do código. Tutelas *cautelar* e *antecipatória* são unidas pela urgência, de cognição *sumária* e *precária*, portanto são *provisórias*, assim como o livro V do código dita. As tutelas provisórias dividem-se em urgência(título II) e evidência(título III), a primeira é para urgência *stricto sensu* e a segunda em hipóteses de sanção ao abuso de defesa (art. 311, I) alegação comprovada documenta sobre tese firmada em súmula vinculante ou casos repetitivos (art. 311, II) ou suficiente dos fatos constitutivos do direito(art. 311, IV); o que não exclui o elemento da *sumariedade* porque é concedida antes da sentença de cognição completa.

Marinoni entende que a maior parte dos doutrinadores já detectaram o que é a tutela antecipada. Demonstra isso citando passagens de inúmeros autores⁴⁰. Percebe-se

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela* – 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 106.

⁴⁰Flávio Luiz de Oliveira: “A tutela sumária satisfativa visa, ainda que fundada em juízo de probabilidade, à realização do direito” (A Antecipação da Tutela dos Alimentos Provisórios e Provisionais Cumulados à Ação de Investigação de Paternidade, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 20). Rogério Aguiar Munhoz Soares: “Quando se afirma que a antecipação de tutela tem natureza satisfativa, tem-se em mira o atingimento antecipado da fruição de algo que só em momento posterior seria alcançado, de modo que os atos satisfativos praticados antecipadamente não se repetem uma vez confirmada a decisão antecipatória por sentença. Torna-se, por isso, sem sentido deter-se no aspecto da provisoriedade da decisão que concede o pedido, uma vez que é definitiva a fruição do bem postulado, embora provisória a decisão que a concede. Se o deferimento da execução provisória da tutela antecipada tem por base alegação de ‘periculum in mora’ (‘rectius’: ‘damnum irreparabile’), isto não a

repetidamente, dentre todos, o elemento de *satisfação* do direito, *sumariedade*, com *cognição limitada*, observando o *fumus boni iuris* e a *provisoriedade* da medida. A seguir a tutela antecipada de urgência será aprofundada para compreender seus elementos internos e efeitos a fim de entender o fenômeno da estabilidade.

4.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO SATISFAÇÃO SUMÁRIA DO DIREITO PRETENDIDO

A tutela antecipada é, ao final, uma atuação direta do poder jurisdicional do Estado na completa ou parcial satisfação do direito requerido, previamente à sentença, inclusive liminarmente. A medida protege a efetividade do direito via cognição provável, de verossimilhança, com o elemento do *fumus boni iuris*. Na tutela antecipada de urgência, é necessário também o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo (art. 300, CPC 2015).

Apesar de ser provisória, em situações excepcionais, seus efeitos podem ser irreversíveis. Zavascki escreve que “*no entanto, em situações excepcionais, ditadas por inarredável urgência, pode ocorrer que a tutela seja, de fato, definitiva, inobstante formada à base de cognição sumária*”⁴¹. O autor dá um exemplo da situação: a autoridade alfandegária nega a entrada de um cavalo de raça, que será exposto em evento, sob o fundamento de que devem ser feitos exames veterinários e sanitários, entretanto os profissionais competentes

convola em tutela cautelar” (Tutela Jurisdicional Diferenciada, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181-182). Teori Albino Zavascki: “Há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória” (Antecipação da Tutela, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48). Joel Dias Figueira Júnior: “Acautelar uma determinada situação fática ou jurídica concreta significa protegê-la, preveni-la, resguardá-la, defendê-la; logicamente, medida cautelar é medida que acautela, e não que antecipa. Diversamente, se a medida antecipa os efeitos materiais da sentença de mérito (definitiva), ela a está executando (...); se executa, não acautela, mas satisfaz a pretensão do interessado” (Liminares nas Ações Possessórias, São Paulo: RT, 1999, p. 158-159). Araken de Assis: “Impende estabelecer, precisamente, se o ato do juiz entregou o bem a um dos litigantes ou apenas preveniu a sua entrega, colocando-o a salvo de ambos, a exemplo do que ocorre no arresto e no seqüestro: no primeiro caso, há satisfação do direito material, ainda que reversível; no segundo, há simples cautela” (Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo, São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 438). Néelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: tutela antecipatória “é tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, São Paulo: RT, 2001, p. 730). Luiz Orione Neto: “Para obviar esse fenômeno das medidas cautelares satisfativas e adaptar o processo civil às exigências da nossa civilização industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de urgência, o legislador ordinário decidiu arrostá-lo sem rodeios. E o fez através das regras estabelecidas no art. 273 do CPC. Efetivamente, esse preceito legal veio estabelecer um divisor de águas, alterando substancialmente esse fenômeno. *Ibid*, p. 121, nota rodapé nº137.

⁴¹ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009. Pg. 49.

estão em greve por prazo indeterminado; provocado em mandado de segurança, o juiz se encontra na situação, que qualquer seja sua decisão liminar, a pretensão será satisfeita em caráter definitivo. Negada a tutela, o animal não será exposto; deferida, será satisfeito o seu propósito, esvaziando qualquer discussão posterior acerca desse direito. Em casos semelhantes a esses, qualquer decisão será definitiva, pois materialmente a situação será cumprida ou não, impossível retratação.

Existe a primazia, da garantia constitucional, da *efetividade e celeridade da tutela jurisdicional*. O instituto conjuga funções distintas: a de afastar o perigo de danos ao direito e de “entregar” resultados práticos rapidamente⁴². Essa efetividade rápida não é gratuita, depende da mitigação de etapas do contraditório e da segurança jurídica para o polo oposto numa demanda.

O instituto da *tutela antecipada antecedente* estudada no presente trabalho é a instrumentalização da técnica de *satisfação sumária provisória do direito*; é uma espécie do gênero *tutela provisória no novo código de processo civil*⁴³. Porém, antes de ser positivada a técnica da *tutela antecipada* era deferida nos *processos cautelares*⁴⁴. Esses eram chamados de *processos cautelares inominados* cuja característica instrumental de *asseguramento de direito* era substituída por uma verdadeira *satisfação do direito*⁴⁵. De tão relevante e necessária tem

⁴²TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 209, jun. 2012, p.33.

⁴³O autor afirma que classificar as decisões judiciais como meras técnicas é hipertrofiar o direito material a ponto de minimizar o direito processual. Afirma que Marinoni confunde os planos do direito material e processual. O processualista afirma que essa postura metodológica transfere para o plano material o que é inerente ao direito processual, o que afasta os princípios processuais próprios. Conclui que não ser possível conceber a tutela jurisdicional como mera técnica alheia de valor. Configurando uma proposição dogmaticamente incorreta, despida de carga axiológica, o que dá força a concepção tecnoburocrática, sob o risco de alcançar a efetividade pernicioso, ao contrário da efetividade virtuosa. Escreve que “Todavia, como se preocupou demonstrar anteriormente, a tutela material (inibitória, ressarcitória etc.) é prevista em abstrato no plano do direito material e só se concretiza **depois** de esgotada a função jurisdicional, num retorno qualificado ao plano do direito material, configurando-se então não mais como tutela jurisdicional, e sim tutela do direito. O que importa no plano do direito processual é a tutela jurisdicional, fenômeno próprio desse plano, regido pelos elementos inerentes ao processo, especialmente a imperativa adequação ao direito material, as normas principais da efetividade e segurança, e o princípio dispositivo em sentido material. E isso porque, com o monopólio da jurisdição pelo Estado, não há outra forma possível de reconhecimento e a realização quando entra em crise o direito material: a tutela jurisdicional, assim como o processo, é instrumento em relação ao direito”. Em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pg. 106.

⁴⁴“A segunda forma de tutela que praticamos no Brasil, via processo cautelar, é justamente a tutela satisfativa liminar.” Em SILVA, Ovídio Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Pg. 73.

⁴⁵“É inegável, porém, que a necessidade de efetividade de tutela dos direitos transformou a tutela cautelar em tutela sumária satisfativa.⁴⁸ É digno de nota um interessante acórdão do TST que, julgando recurso ordinário em mandado de segurança, manteve decisão do TRT da 9.^a Região que havia denegado mandado de segurança que objetivava cassar liminar que fora deferida inaudita altera parte em ação cautelar inominada, para reintegrar dirigente sindical nas suas funções. O TST, na ocasião, assim argumentou: “é bem verdade que o deferimento de

sido aperfeiçoada, e muito utilizada atualmente que sentenças podem facilmente demorar mais de meia década que é a média nacional⁴⁶. Contudo, a satisfação da tutela antecipada não se confunde com a definitividade de uma sentença resolutiva da lide. A tutela antecipada não resolve em definitivo o mérito mas satisfaz o direito⁴⁷.

Para que a antecipação *satisfativa* do direito seja deferida, devem seus *efeitos* não serem irreversíveis. Entende-se, portanto, que caso o juízo de *verossimilhança* venha a não ser confirmado, em cognição completa, a satisfação do direito será revogada retornando ao *status quo ante* frente a certificação do direito em prejuízo da aparência equivocada. Tanto que a antecipação não será deferida se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, de acordo com o §3º art. 300 do CPC, podendo o juiz exigir caução real ou fidejussória.

O Prof. Luiz Marinoni⁴⁸ adverte que há uma confusão nos tribunais, entre “irreversibilidade do provimento” e “irreversibilidade dos efeitos do provimento”. Ou seja, os efeitos podem ser irreversíveis, porém a decisão (o provimento) não deve ser irreversível; em sede de cognição sumária. Assim, não há sentença (no sentido de decisão final) ou efeito de sentença em antecipação de tutela satisfativa, também não se confundindo com julgamento antecipado.

O efeito da antecipação de tutela é a satisfação integral ou parcial do pedido da parte, devendo a decisão ser realizada no formato do *cumprimento de sentença*. De outro modo, existem situações em que o deferimento da tutela antecipada por si só produz os efeitos desejados com o ajuizamento da demanda – sendo irrelevante para esse o seguimento do processo – como exemplo é possível citar a tutela de *efeito declaratório de certidão negativa* contra a fazenda pública, para gerar algum outro efeito desejável para a parte requerente. A antecipação do efeito mandamental poderá preencher a intenção da parte, ainda que no futuro seja indeferido o pedido e retorno à certidão positiva Também Nesse caso, posterior decisão revocatória, será meramente formal, tendo em vista que o efeito pretendido fora alcançado. Porém, a decisão, processualmente, é certamente reversível.

liminar, assegurando a satisfação do direito material pleiteado, como, no caso, a reintegração, não se coadunaria com a natureza instrumental e provisória do processo cautelar. Entretanto, essa natureza jurídica da ação cautelar não pode subsistir em face do provimento de maior envergadura previsto na Constituição Federal, norma hierarquicamente superior (TST, proc. TST-RO-MS 37.219/91.2, rel. Min. Hylo Gurgel.)”. Em MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela* - 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 112.

⁴⁶BRASIL. Conselho Nacional da Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Pg. 70. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>

⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela* - 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 103.

⁴⁸*Ibid.*, p. 190 *et seq.*

Evidentemente que o efeito da concessão da tutela é a questão mais relevante para o requerente. Sendo de pouca importância para a parte ré saber que a *decisão* processualmente será reversível, no cenário em que o *direito material* será *irreversível*. Assim, nos casos de irreversibilidade dos efeitos materiais, o julgador deve ter muito cuidado a antecipar a tutela, devendo administrar os riscos de prováveis lesões à demandada ou demandante.

Dessa feita, juridicamente, a decisão é precária, trazendo todas as consequências da responsabilidade por lesão. A satisfação é fática, não se atribuindo valor de sentença⁴⁹ à tutela antecipada.

Diante do exposto, para estudar e prever os efeitos jurídicos da decisão que concede a satisfação sumária do pedido, é necessário rever a *natureza* da decisão antecipatória sumária para poder se prever os efeitos que produzirão e as medidas cabíveis em relação à tais.

4.2 ESTRUTURA DA TUTELA ANTECIPADA

Para compreender a estrutura da tutela antecipada é preciso se ter em conta determinados modos de análise e distinção de suas funções. A esse respeito Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁵⁰ tem esclarecedora explicação a respeito da natureza jurídica e a dogmática da tutela antecipada. O autor faz o exame em três eixos: *função*; *eficácia* e *efeitos*; *estrutura*.

O aspecto *funcional* diz respeito a que serve a antecipação, a finalidade da medida. Segundo o autor a tutela antecipada, como tutela de urgência, visa prevenir o dano que possa comprometer o direito, e deve atuar somente na prevenção do dano (somado ao *fumus boni iuris*). A realização prática de ordens é o seu objeto. Uma importante excludente é de que não funciona como sanção de um ato do réu por má-fé ou qualquer outro motivo “*Não há dúvida, portanto, de que tanto a tutela cautelar típica quanto a antecipatória têm como função precípua prevenir o dano, pois ambas estão vinculadas à urgência*”⁵¹.

Eficácia e *efeitos* são coisas distintas para o autor. *Eficácia* é o conteúdo do ato, o potencial de produção de efeitos naturais da tutela jurisdicional. Já os *efeitos* são as alterações

⁴⁹ “[...] tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto.”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência – 2ª edição – São Paulo: Malheiros editores, 2003. Pg. 307.

⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, V. 342, n. 1, p. 13-27, abr./jun. 1998.

⁵¹ *Ibid*, p. 18.

no mundo “sensível”, alterações tangíveis; por exemplo a execução da condenação, é um *efeito executivo* cujo dever é representar uma solução adequada. O autor busca sistematizar as formas de tutela jurisdicional (observando a finalidade e normas que regem) abandonando a classificação meramente formal⁵². Dessa perspectiva, afirma pela incompatibilidade do modelo de tutela antecipada com a antecipação pura do *efeito* ou *eficácia*, no sentido daquela que opera exclusivamente no plano interno (processual) da *sentença*. Conclui que essa não se confunde com a *execução provisória* ou *irreversibilidade* de efeitos pela simples declaração do juiz, ocorrendo uma verdadeira antecipação dos atos materiais, mais precisamente em função da *prevenção do dano*. A execução da tutela antecipada é simplesmente a realização prática, no sentido semântico, não técnico jurídico de *definitividade* que o cumprimento de sentença carrega.

Por sua vez, a *estrutura* divide-se em sumariedade *formal* e *material*⁵³ da cognição, seguindo a ideia de Hans Karl Briegleb. Assume que a *tutela antecipada* tem *cognição incompleta*, não exauriente. O que não impede a prova posterior de que a alegação, a princípio *evidente*, não corresponda à realidade. Mesmo na *tutela de evidência* baseada em prova documental, há uma condição sumária, trabalhando com a *aparência* (essa mesma situação ocorre igualmente na *tutela monitoria*) ainda sujeita a contraditório, sendo possível a prova da falsidade da alegação inicial.

O exame geral é de que a tutela antecipada de urgência é *instrumental* e *provisória*, cuja função é *prevenir o dano*, com a finalidade imediata de alcançar a satisfação antecipada. Ocorre o adiantamento, a partir de cognição incompleta, de algum efeito desejado, que poderá ser autorizado em sentença, para a prevenção do dano. Não adquirindo a *tutela antecipada* qualidade de verdadeira *sentença*; se fosse o caso, os direitos de contraditório pleno, ampla defesa, paridade de armas, seriam seriamente restringidos. Percebe-se que na tutela antecipada coexistem elementos de natureza preventiva (urgência) e satisfativa⁵⁴.

⁵²OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pg. 81.

⁵³Existe a simplificação *formal* do processo e a sumariedade *material*. O *processo sumário* caracteriza-se pela *incompletude material da causa cognitio*, simplificando-o, sendo excluídos atos ordinários do procedimento comum; entretanto, a cognição é completa horizontalmente capaz de gerar decisões definitivas. Já a sumariedade material é uma decisão acelerada, é uma forma de trazer, desde logo, elementos desejáveis e necessários do poder do estado; contudo, carrega consigo a incompletude da cognição e imperfeição da decisão (provisoriidade) não formalizando definitivamente uma tutela jurisdicional e nem resolvendo a lide.

⁵⁴Essa oposição é apresentada resumidamente por Gilberto Bruschi. Entendem por natureza cautelar a tutela antecipada Cláudio a Costa Machado, Antônio Carlos Guidoni Filho e José Rubens Costa. Já em relação à natureza satisfativa, absolutamente distinto do outro, entendem Nelson Nery Jr., Sérgio Bermudes; João Batista Lopes e Álvaro Pérez Ragone são mais razoáveis e admitem que a tutela antecipada possui ambas as características; Cândido Dinamarco admite pela natureza satisfativa e de caráter mandamental, porém não

4.3 CONDIÇÕES PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, no CPC de 2015, consiste em uma técnica para obter rapidamente um bem da vida, no ponto de vista material, não sendo medida autônoma de tutela jurisdicional⁵⁵; cujo deferimento é especial e restrito nas hipóteses de *perigo de dano* ou *risco ao resultado útil* do processo (para cautelares) e verossimilhança. A leitura da disposição legal da tutela antecipada nos infere quatro requisitos para a formação da *estabilidade da tutela antecipada antecedente*⁵⁶:

I) Deferimento da tutela provisória satisfativa de urgência pedida em caráter *antecedente*. Extraíndo-se da literalidade, art. 303 do CPC, que permite o juiz defira a medida quando a urgência é eminente ou concomitante ao ajuizamento do processo. A lei é expressa ao atribuir, em caráter antecedente, estabilização da medida no caso do réu não interpor o recurso cabível.

II) Pedido expresso do autor é necessário, tendo em vista que a antecipação de tutela é um direito da parte requerente, o juiz, em regra, depende da vontade das partes.

III) Além do pedido ter que ser feito em caráter antecedente, a decisão deve ser proferida *inaudita altera parte*. Condição essa da literalidade do art. 303 *caput* e §1º, I, da lei processual.

IV) Último requisito e talvez o mais importante, é o réu não interpor recurso contra a decisão concessiva da tutela no tempestivamente, recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I/CPC).

O código criou a situação da extinção do processo sem resolução de mérito, logo após a *estabilização* da medida, pelo §1º do art. 304. Isso criou várias dificuldades práticas. Pois, o código não previu o caso do autor desejar continuar o rito a fim de obter resolução de mérito (após deferida a tutela inicial), ou mesmo, na hipótese do mérito impor a continuidade do rito.

considera absolutamente oposta á natureza cautelar. BRUSCHI, Gilberto Gomes. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – A possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando maior efetividade ao processo. Coordenação MEDINA, José Miguel Garcia et al. Os poderes do juiz e o conrtole das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier – 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 426-429.

⁵⁵SCARPARO, Eduardo. Estabilização da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 2015. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Tutela Provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁵⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto á chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan./mar. 2015. Pg. 85 – 103.

Outra interpretação é que “o art. 304 do CPC/2015 prevê que a não propositura do recurso contra a decisão liminar satisfativa conduz a extinção do processo e mantença de seus efeitos independentemente de uma sentença ulterior”⁵⁷.

Apesar do exposto, o código foi claro ao instruir que após a estabilização, poderá ser interposta nova demanda, no art. 304, §2º. Porém não esclarece se essa demanda seria somente uma ação de impugnação da medida liminar, ou poderia ser uma ação autônoma para discutir o mérito da questão em juízo, leva-se a creer que o legislador escolheu a segunda opção.

Conforme apontado, entende-se por estabilização, a manutenção da tutela antecipada pelos seus próprios fundamentos, uma cláusula *res sic standibus*, assim como na sentença condenatória a pagamento de verbas alimentícias⁵⁸, em que a prestação continuada é estável se os fundamentos que concederam mantiverem-se (nesse caso a semelhança não está na definitividade da sentença condenatória, mas sim na eficácia da media, que não é definitiva e pode ser revisada). Para revisar a decisão da tutela antecipada liminar o réu possui o prazo de dois anos. A partir disso surgem três perguntas: se esse prazo é referente a uma *ação rescisória* (decorrente dos efeitos da revelia com a extinção do direito de ação e não do processo); segundo, se é simplesmente uma *preclusão* de um direito processual, que não extingue o direito de ação; terceiro, se é prazo decadencial que extingue o direito de revisão da tutela antecipada⁵⁹, nesse tópico ainda é possível perguntar se a decadência é aplicada somente na *decisão* concedente da tutela ou também ao direito a que refere-se.

Parte da doutrina, antes da alteração do código de 2015, era contrária ao deferimento da medida antecipatória *inaudita altera parte*. Autores dessa corrente são Reis Freire, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Rosemiro Pereira Leal⁶⁰. Porém essa corrente

⁵⁷ SCARPARO, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2234/5.

⁵⁹ “No ponto, trabalhado com maior aprofundamento no estudo referido, a hipótese de estabilização das antecipações de tutela satisfativas concedidas em caráter antecedente, com a extinção do respectivo processo, sequer significa a perda do caráter de provisoriedade dessa decisão, dado que a respectiva eficácia pode ser impugnada em até dois anos, na forma dos §§ 2º a 6º do art. 304, ocasião em que o provisório assumirá o condão de definitivo, ainda que sem os efeitos da coisa julgada”. SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BÖECKEL, Fabricio Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo. (Org.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107-132.

⁶⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – A possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando maior efetividade ao processo. Coordenação MEDINA, José Miguel Garcia et al. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier – 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 435-436.

é minoritária, e hoje não se sustenta mais, em razão do próprio código permitir expressamente a possibilidade. Dessa forma a questão de maior dificuldade é entender o que ocorre na tutela antecipada antecedente estabilizada e se é possível rever o direito que nela se expressa.

4.4 SÍNTESE DA TUTELA ANTECIPADA

As principais características⁶¹ – estruturais, jurídicas e finalísticas – da tutela antecipada podem ser apontadas como: *instrumentalidade* e *acessoriedade* pois tem objetivo de resguardar o direito de eventual dano, é instrumento e técnica para alcançar a *efetividade*; *provisoriamente* e *revogabilidade* pois é tutela precária, que não resolve a lide, será absorvida e substituída pela decisão principal, que pode ser modificada, porém, será estável pela permanência dos motivos que levaram ao seu deferimento. Sendo, processualmente uma *decisão interlocutória* e materialmente, a *tutela satisfativa* do objeto da lide.

Com todo o exposto, as características intrínsecas e inerentes pertencentes à natureza de jurisdição podem variar de acordo com o tipo de declaração judicial estudada, mas há um aspecto central em que todas se encontram, são frutos da *jurisdição*, que é atividade exclusiva do estado como manifestação de poder. Todos os atos processuais têm como finalidade realizar o direito ao mesmo tempo que busca a pacificação do conflito social. A tutela antecipada é somente uma forma de realizar essa missão. No caso da tutela ser deferida antecipadamente há a possibilidade de estabilizar-se, sem fazer coisa julgada e extinguindo o processo sem resolução de mérito, na inércia do réu.

Conforme exposto, muitas interpretações e dificuldades de aplicação prática emergem desse instituto. Deverá ser aplicada a interpretação que dê primazia para o propósito de *segurança jurídica*, *celeridade* e *efetividade* mas que equilibre com as garantias do devido processo legal. E contraditório.

Desa forma, em respeito aos preceitos constitucionais, dentre todas as hipóteses e interpretações possíveis, o trabalho será centrado na tentativa de verificar a hipótese de ser possível, revista, a tutela antecipada liminar, após o prazo de dois anos. Para isso é necessário

⁶¹Características essas apontadas por Luiz Mourão e Ana Paula Giannico á tutela cautelar, seguindo a doutrina de Sérgio Shimura, porém como visto no desenvolvimento do trabalho, a tutela antecipada e a tutela cautelar tem o mesmo eixo metodológico. Em MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. *A coisa julgada e a atividade cautelar*. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 501-512.

entender: a natureza da estabilidade da medida, aplicabilidade dos efeitos de revelia e coisa julgada, e comparação com institutos semelhantes que já existem no ordenamento.

5 TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA

Após toda a exposição a respeito da *tutela antecipada antecedente*, será analisado o comportamento dessa na condição de *estabilização*. Será verificado se realmente ocorre a coisa julgada, os efeitos da revelia, a preclusão e decadência do direito de reformar a decisão judicial e qual o impedimento para propositura de eventual ação autônoma nova mas com a mesma discussão material.

5.1 INÉRCIA DO RÉU NA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Uma das preocupações que o código processual civil conduz é a hipótese de inércia do réu no deferimento de uma tutela antecipada liminar. Por regra no procedimento comum, a inércia do réu, em contestação é chamada de *revelia* acarretando efeitos específicos. A primeira peculiaridade da tutela antecipada é não ser contestada, mas sim será atacada via agravo de instrumento. Antes do prazo de dois anos o próprio código indica que deve ser impetrada nova ação para combater a estabilização. A dificuldade surge quando o prazo é exaurido e o código não dá solução, não está claro que efeito originou tal estabilização e qual instituto se faz presente (revelia, coisa julgada, preclusão, decadência) sobrepondo à estabilização.

O texto do código dá ampla margem de interpretação. Podendo-se retirar, entre outras, três principais interpretações marcantes discutidas atualmente⁶². Primeiro, a absoluta impossibilidade de revisão da tutela deferida ou da lide e objeto do processo, configurando a *estabilidade* um efeito mais intenso que a *coisa julgada*, ainda que o próprio texto determine a extinção sem resolução de mérito; as garantias e direitos processuais seriam reduzidos ao máximo, hipertrofiado a *efetividade e tempestividade* da tutela.

⁶²“Há polêmicas girando em torno das consequências resultantes do esgotamento do prazo de 02 anos sem a propositura de ação de modificação. Já há, ao menos, 03 (três) entendimentos sobre o tema. Primeiramente, alguns estudiosos defendem que, encerrado o prazo, deixa de caber qualquer ação, seja a ação rescisória, seja uma demanda autônoma destinada a debater o mérito. Outros especialistas sustentam que inexistente coisa julgada e, por essa razão, não cabe ação rescisória, sendo possível, porém, a propositura de uma ação destinada a debater o mérito (formulação de pedido diverso), dentro do prazo prescricional ou decadencial do direito material. Há processualistas, ainda, que defendem a formação de coisa julgada material e, por consequência, o cabimento exclusivo de ação rescisória, e não de ação objetivando discutir o mérito”. Em REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p.167-194.

Segundo, seria a incoerência de *coisa julgada* e a possibilidade de ação para discutir o mérito; ocorrendo o *contraditório diferido*⁶³ e postergado, em processo distinto daquele que concedeu a tutela.

E por fim, a existência de coisa julgada e todos os efeitos da sentença, podendo ser impetrada ação rescisória, fazendo a tutela antecipada um verdadeiro processo autônomo sumário, ocorrendo um *contraditório prévio*⁶⁴ e resolvendo a lide. Essa interpretação resta diluída pelo próprio instituto da decisão liminar, para Ovídio Baptista “*Os procedimentos que contenham liminares correspondem à aplicação de um princípio que se opõem ao contraditório prévio [...]*”, esclarece que “[...] *Há uma inversão de fases, por meio da qual se permite executar antes da sentença*”⁶⁵.

Assim, percebe-se que o ponto central da interpretação é entender a amplitude da imutabilidade causada pela estabilidade da decisão antecipada. E a investigação desses efeitos é necessária para entender se ocorre coisa julgada quando em hipóteses como a tratada.

O objetivo do código de 2015 foi o de coesão e organicidade do processo. A inspiração da comissão de juristas, ao tratar da tutela antecipada, foi o direito francês e italiano⁶⁶, como o objetivo de manter a eficácia da medida de urgência até e eventual impugnação da parte contrária. Dessa forma, a intenção era de se criar um procedimento aos moldes do *référé* francês⁶⁷, idealizado principalmente pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

⁶³Explica Ovídio Baptista que “As ações que admitem a concessão de medida liminar antecipatória de algum efeito da sentença final de procedência, integram a classe de demandas em que o contraditório, ao contrário de ser prévio, é diferido. Nestes casos, o juiz é autorizado a julgar desde logo o mérito da causa, porém sob a forma de um “julgamento provisório”, cuja duração estará temporalmente limitada pela futura sentença de mérito, seja de procedência, caso em que o “pedaço”, que se destaca do conteúdo para ser antecipado, será reabsorvido; seja quando a antecipação for eliminada, na hipótese de rejeição da demanda. Entretanto, é importante saber: mesmo sendo provisória e baseada em verossimilhança, a decisão que antecipa algum efeito da tutela pretendida pelo autor não deixa de ser um juízo sobre a plausibilidade da pretensão por ele invocada”. Em SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152. O contraditório é diferido também na tutela antecipada incidental.

⁶⁴ “[...] É o procedimento ordinário, o procedimento que obedece à “ordem” dos juízos privados do procedimento da actio romano. É mais que um procedimento (apenas formalmente) ordinário: - é o procedimento da “cognição ordinária”, como se refere Chiovenda que, conceitualmente, elimina as demandas sumárias. É nosso procedimento comum, ordinário e sumário, pois o sumário do art. 275 do CPC é também ordinário e plenário, que teve apenas suas fases comprimidas, porém não modificadas ou invertidas, tornando-se, como disse Víctor Fairèn Guillèn, apenas um “plenário rápido”. Se nos fosse dado ver além das nossas limitações ideológicas, seria fácil descobrir que o contraditório prévio não é a única expressão desse princípio e ver que os sistemas processuais históricos conhecem outras formas de contraditório”. Em SILVA, *loc. cit.*

⁶⁵*Ibid.*, p.153.

⁶⁶ “Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo [...] Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano³⁰ e francês³¹, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”. BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo código de processo civil, p. 29. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

⁶⁷ “Ao que me consta, a primeira proposta nesse sentido foi feita, entre nós, por Ada Pellegrini Grinover (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa (Revista de processo, n. 86, p.191-195). A técnica voltou

Seguindo essa interpretação, a tutela antecipada, em sede liminar, não sofreria os efeitos da coisa julgada, diferentemente do art. 488⁶⁸ do CPC francês. Sendo exceção a essa regra, o eventual discussão das partes em possível novo processo de cognição completa terá sentença que absorverá os efeitos da tutela sumária. O presente trabalho objetiva verificar justamente essa hipótese, tendo em vista que o que já foi aqui exposto a respeito da natureza da tutela antecipada e da sua decisão é possível ser aplicada tal hipótese pelo judiciário, aparentemente, em casos concretos. Entretanto algumas barreiras não foram superadas para o êxito dessa interpretação.

Assim existem dois principais argumentos a serem enfrentados. Primeiro de que a tutela antecipada não contestada, ou recorrida, forma a coisa julgada em decorrência da *revelia e coisa julgada* – fazendo um prazo de *rescisória* o §5º, art. 304, CPC. Segundo, a extinção do art. 304 do CPC não faz *coisa julgada* e extingue o processo sem resolver *mérito*, podendo as partes prosseguirem em processo ordinário de cognição completa posteriormente; representado o prazo de dois anos como preclusão processual, referente à perda do direito de rediscutir especificamente a tutela antecipada.

5.2 REVELIA E TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A revelia vem do vocábulo latino com o significado de rebeldia. Ideia ligada à relação contratual do processo romano, em que somente haveria relação processual se a parte contrária aderisse espontaneamente ao rito pela solenidade *litis contestatio*. A ocorrência de processo independente da parte contrária foi concebida somente a partir da idade média⁶⁹.

a ser estudada pela mesma jurista em outro ensaio, marcado por ampla pesquisa de ordenamentos estrangeiros e que culminou na elaboração de um novo anteprojeto, desta vez com a participação de José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni (Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, Revista de processo, n. 121, v.30, mar./2005, p.11-37). Esse segundo anteprojeto foi encaminhado ao Senado, que o discutiu a partir de 2005 (PLS nº 186/2005) e o arquivou em 2007. A proposição voltou à tona na parte final do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja elaboração foi coordenada, também, por Ada Pellegrini Grinover. Trata-se, pois, de técnica processual que há muito vem sendo objeto de preocupações da eminente professora do Largo de São Francisco.” Em nota numero cinco por SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto á chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan./mar. 2015, p. 87, nota rodapé nº5.

⁶⁸Article 488 : L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles”. Code de procédure civile, disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20160915>

⁶⁹GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do processo civil – 6. ed. rev. e atual. por Jaqueline Mielke Silva e Luiz Fernando A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 261.

Decorre da falta de contestação e do descumprimento do ônus processual⁷⁰ com efeitos singulares. Entretanto esses não ocorrem sempre que o réu é inerte; que têm caráter de sanção pela inércia, um incentivo para que os réus em ações não se silenciem. O principal efeito da revelia não é a procedência do pedido, mas sim a *presunção* de veracidade dos fatos, que é *iuris tantum*, ou seja, de extensão muito limitada, o que reduz em muito a sua operação na tutela antecipada pois essa apoia-se na *urgência e verossimilhança*⁷¹.

Em razão da presunção de veracidade os fatos alegados tornam-se questões incontroversas. A consequência de questões incontroversas numa lide é o seu possível julgamento antecipado⁷² no art. 355, II do CPC, que em nada se confunde com a tutela antecipada.

É importante destacar que mesmo sendo considerados verdadeiros os fatos, não há, de pleno direito, a *procedência* do pedido⁷³ podendo ocorrer o julgamento antecipado, mas não procedência automática. Também não há impedimento para o juiz realizar diligências de ofício como coleta de provas ou oitiva de testemunhas, da mesma forma o julgador pode “extinguir o processo sem julgamento de mérito, ainda que nada tenha sido alegado pelo réu, que não contestou”⁷⁵. Essa presunção é *iuris tantum*, possível prova em contrário, o qual também não supre a necessidade de prova substancial⁷⁶. O juiz não convencido pode requerer

⁷⁰WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1 – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 489.

⁷¹É preciso localizar o instituto da revelia nas circunstâncias do processo civil aprovado em 2015. Encontra-se dentro do livro I – do processo de conhecimento e cumprimento de sentença, título I – procedimento comum, capítulo II – da petição inicial, seção III – indeferimento da petição inicial, capítulo VII arts. 344 a 346. Também localizam-se a não incidência dos efeitos da revelia nos arts. 348 e 349 quando o código expressa-se sobre as providências preliminares de saneamento.

A inércia do réu no procedimento comum consiste a revelia, quando esse não contesta após citação legalmente válida: não comparece; comparece desacompanhado de advogado; contesta intempestivamente; se utiliza meio de defesa que não contestação; não contesta especificamente os fatos narrados pelo autor. No juzado especial cível ocorre a revelia pela ausência injustificada do réu à audiência (art. 20, lei 9.099/95). Importante esclarecer que no processo civil, a revelia não é considerada supressão do contraditório, pois, o réu teve real oportunidade e escolheu a inércia.

⁷²WAMBIER, *op. cit.*, p. 488

⁷³ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 372.

⁷⁴DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, v.1 – 10. ed.* – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 667.

⁷⁵WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1 – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 489.

⁷⁶Prova substancial. Afirma-se que quando se exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (art. 406, CPC). Trata-se de prova substancial. Na verdade, quando o direito material exige forma determinada para a validade de um ato jurídico, o ato não tem validade nem eficácia acaso não realizado pela forma exigida. Se o ato somente tem validade se observada

a produção de provas de ofício para então fazer julgamento de mérito⁷⁷, o qual, pode ser procedente ou improcedente.

Outro efeito é a desnecessidade de se intimar o réu quando inerte e não assistido por advogado. Os prazos serão contados independentemente. Porém, é obrigatória a intimação quando for proferida a sentença.

Algumas situações, apesar de o réu ser revel, não se produzem os *efeitos* de revelia: quando há pluralidade no polo passivo, em que não haverá presunção de veracidade dos fatos contestados (art. 345, I, CPC); quando o pedido ter como objeto *direitos indisponíveis* e quando as alegações estiverem em *contradição* e faltar *requisito* que a lei considera indispensável; quando há citação ficta e curador é nomeado para representar o réu; também quando terceiro ingressar como assistente, que será considerado substituto⁷⁸. Todas situações que não geram os efeitos da revelia. Um ponto importante é de que o art. 349 permite a produção de provas pelo réu revel contrapostas ao do autor.

Portanto, verifica-se que a revelia, e seus efeitos, é um instituto controlado e plenamente reversível, não garante a vitória numa ação judicial e não se aplica a todas as situações. A força de coisa julgada, na resolução de mérito, de uma sentença em caso de revelia é exatamente a mesma de uma sentença ordinária.

Dessa forma, a revelia é uma exceção aos pressupostos de contraditório pleno da coisa julgada. A finalidade é não permitir que o autor, provável titular do direito, se torne refém dos caprichos do réu que se esquivava do processo ou mesmo no caso de ser impossível localizá-lo. Mesmo assim a revelia tem regras de contenção, não sendo aplicada indiscriminadamente a todos os casos e seus efeitos igualmente limitados.

A tutela antecipada não está dentro da amplitude de ações cujos efeitos da revelia são aplicáveis. Essa, é uma tutela sumária, de cognição precária e baseada na verossimilhança e urgência. Distinta de uma ação de cognição completa sem qualquer relação de causa e efeito

determinada forma, essa deve ser apontada no processo. Se a lei exige o instrumento público para a validade de um ato, é esse indispensável e deve ser apresentado para que o ato seja considerado válido e dele possam dimanar efeitos. Desse modo, se a petição inicial afirma um ato jurídico que somente pode ser considerado quando realizado por instrumento público (exemplos, arts. 108/109, CC), pouco importa que não tenha sido apresentada contestação caso a petição inicial não tenha sido com ele instruída. A inação do demandado não tem o condão de suprir a ausência de prova substancial. Do contrário, poder-se-ia ter burla ao direito material pela mão do direito processual, o que é obviamente inadmissível.” Em ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 373.

⁷⁷*Ibid.*, p. 375.

⁷⁸DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v.1 – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 667.

na inércia do réu.

A revelia tem efeitos diretamente ligados à inércia do réu. No caso de tutela antecipada liminarmente, inerte o réu, o juiz extinguirá o processo sem resolver mérito, afastando a incidência da revelia na decisão de tutela antecipada e ordenando a extinção do feito sem resolução do mérito. Ou seja, a código afasta a revelia e dá solução distinta dessa na hipótese da tutela antecipada antecedente. Dessa forma a decisão não se tornaria imutável pela coisa julgada decorrente de processo à revelia do réu.

Caso admitida a revelia no procedimento em questão, a extinção do feito seria proporcional ao julgamento de mérito e a consequente coisa julgada. Ainda que no antigo processo cautelar admitia-se a revelia, não há o *efeito* de resolução de mérito pela razão da cautelar não deferir o direito material objeto da lide, apenas resguarda esse. Já a tutela antecipada o direito do mérito é tutelado como *resolutivo* fosse mas com caráter processual precário, Assim, se ocorreria a procedência de uma demanda com pouco ou sem contraditório, sem dilação probatória e sumariamente no tempo.

Está correto que ações sumárias podem ser objeto de imutabilidade, escrever o contrário seria contrariar toda a obra de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista. Entretanto, fazer uma analogia disso com a tutela antecipada antecedente é uma grande discricionariedade. Essa não é uma *ação sumária* mas uma *decisão sumária*, antecipando a eficácia executiva com o mínimo de cognição possível.

Diante disso, verifica-se que os efeitos da revelia não se aplicam na decisão do art. 304 e são inclusive afastados pelo próprio código. Tanto legalmente quanto teleologicamente não se aplica o instituto da revelia na decisão de tutela antecipada antecedente.

5.3. COISA JULGADA E TUTELA ANTECIPADA

Para entender melhor a estabilidade, é necessário verificar a existência da coisa julgada na tutela antecipada, seja material ou formal. Num primeiro momento, aparentemente, poder-se-ia sustentar que decorrido o prazo de dois anos do deferimento da tutela antecipada, ocorreria a impossibilidade de rediscussão da lide como um todo, formando uma decisão mais forte que a própria coisa julgada, em razão do não cabimento de ação rescisória. Mesmo que o texto legal seja claro em expressar a incoerência da coisa julgada. Dita interpretação não merece seguimento, pois é contraditória e insustentável do ponto de vista jurídico.

A aparência dessa decisão mais “imutável” que a *coisa julgada*, somado ao fato do não cabimento de ação rescisória e à pulverização de escritos de autores⁷⁹ que enfrentaram esse problema, num primeiro momento, pode levar a crer que essa constatação é fácil de ser feita e é a correta. Entretanto é contraditória com o próprio instituto da tutela antecipada, como visto, é precário e provisório, e com a natureza da decisão que é interlocutória com conteúdo de mérito final. Dessa forma é fundamental verificar a existência ou não da coisa julgada na tutela antecipada para observar seus efeitos.

5.3.1 ASPECTOS GERAIS

A coisa julgada é constituída de inúmeros efeitos distintos que ocupam os arts. 502 a 508 do CPC vigente. São eles: a) a autoridade a imperatividade do preceito declarado que torna imutável o direito deduzido em dispositivo para as partes (na causa de pedir e no pedido); estado classificado de *coisa julgada material*, dividido em limites objetivos e subjetivos⁸⁰; b) a eficácia preclusiva da coisa julgada é o *impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade*⁸¹, que protege, pelo manto da imutabilidade, as questões

⁷⁹GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 206; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 254, abr.-2016, p. 206. Afirmando que “Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, versão eletrônica, tópico 494). Com afirmação semelhante: “Ultrapassados os dois anos a decisão não poderá mais ser modificada, o que lhe confere o mesmo status de uma sentença de mérito. O art. 304, §5º, do CPC conferiu o caráter de imutabilidade da tutela provisória, que passa a ser tutela definitiva”. (ARAÚJO, Fábio Caldas. Curso de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 1.002)”. Observação da doutrina tratando da existência de coisa julgada na nota nº5 Por Ravi Peixoto em PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; COSTA, Eduardo Fonseca da. *Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015*. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buri de; FREIRE, Alexandre. (coord). *Doutrina seleccionada: procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório – 2ª ed.* – Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

⁸⁰Os limites objetivos da coisa julgada estão positivados no art. 504 do CPC vigente na seguinte redação: “I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Tais limites correspondem o campo de atuação da autoridade que torna a sentença imutável, configurando a coisa julgada material, já os limites subjetivos estão positivados no “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. A imutabilidade perante terceiros decorre dos *efeitos naturais* da sentença, segundo Ovídio Baptista, pelo motivo de ilegitimidade para compor um dos polos da demanda.

⁸¹Excelente definição essa trazida por LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 110, que enfrenta o grave problema da eficácia preclusiva ser ou não estendida a toda a lide ou somente aos pressupostos processuais que fazem a coisa julgada,

materiais e de fundamentais da lide; c) a preclusão última do processo, chamada de *coisa julgada formal*, que é a perda do direito de impugnar, de recorrer *lato sensu*⁸², consistindo no esvaziamento do prazo processual de impugnação, como qualquer preclusão incidental.

A legislação processual atual define a coisa julgada como o seguinte: “art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Com distinções muito importantes ao mesmo dispositivo no código processual de 1973: “art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Percebe-se importantíssimas alterações, no código, que permitiram a melhor compreensão e adequação técnica do instituto. Primeiro, a coisa julgada é admitida como *autoridade* e não mais como *eficácia*; segundo, não somente sentença, mas *decisão de mérito*. Por fim, não seriam mais sujeito unicamente aos recursos ordinário e extraordinário, mas à qualquer recurso, o que na *praxis* não se alterou.

Antes de tudo, deve ficar claro que a coisa julgada não é sentença nem decisão judicial. Marinoni, Mitidiero e Arenhart afirmam que a coisa julgada não deve ser confundida com os efeitos externos da sentença⁸³; exatamente esses que a tutela antecipada defere para o requerente.

Certamente a raiz axiológica do instituto é a segurança jurídica. A coisa julgada está para o processo como a prescrição e decadência para o direito material. Contudo, esse instituto ainda é objeto de dissenso quanto à sua natureza e fundamentos ontológicos, os quais têm diferentes origens e fundamentos a depender do período histórico em observação e dos autores.

A coisa julgada, para Nelson Nery Jr. é manifestação do princípio do estado democrático de direito para as atividades do Poder judiciário⁸⁴, ou seja, é elemento de existência para o estado democrático de direito. Podemos entender a coisa julgada como parte

no CPC está positivado no art. 506 que diz “*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide*”. O maior problema a ser enfrentado é a extensão do conceito de “lide” para toda a relação litigiosa, não somente ao processo propriamente dito, o que traria sentido ao instituto e efetivando o princípio fundamental à segurança jurídica; caso contrário, torna-se um instituto inútil, tornando o art. 506 desnecessário. Barbosa Moreira é um dos principais juristas nacionais a defender a tese.

⁸²Ocorre literalmente a técnica processual da preclusão, que é confusamente chamada de coisa julgada formal, porém não é coisa julgada, é um dos elementos da coisa julgada como um todo.

⁸³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil – 2. ed. ver., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 588

⁸⁴NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal – 11. ed. rev., ampl. e atual.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55 et seq.

da segurança jurídica que apesar de não estar explícita na constituição, é possível aferi-la em diversas passagens legalidade administrativa (artigo 37, *caput*, CF/88), legalidade penal (artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88) e legalidade tributária (artigo 150, inciso I, CF/88).

Segundo José Amorim, o instituto da coisa julgada admite que o estado ponha fim à prestação jurisdicional, atingindo um ponto final⁸⁵. Afirmar que a coisa julgada não tem um sentido unívoco, de difícil definição e de grande importância. Principalmente pela *res iudicata* significar, do latim, a *coisa julgada*. E para tal, é preciso que a decisão esteja bem fundamentada, dando segurança jurídica e o máximo de certeza alcançável no plano processual⁸⁶. A função, porém, é confirmada pela finalidade de definir a situação jurídica. Justamente por ser o fim da controvérsia, é possível considerar, sem incoerência com a ordem jurídica e processual, que a coisa julgada não é uma, mas uma multiplicidade de efeitos processuais convergindo para o mesmo fim.

Como a coisa julgada é separada em coisa julgada *material*, *formal* e a sua *eficácia preclusiva* é necessário adentrar nesses elementos processuais pois cada um tem função, características e efeitos distintos um do outro.

5.3.2 COISA JULGADA MATERIAL

Segundo Luiz Wambier a coisa julgada material:

[...] é a coisa julgada por excelência. Quando se usa a expressão coisa julgada, isoladamente, está-se significando coisa julgada material. Quando se pergunta se determinada decisão fez (ou produziu) coisa julgada, está-se querendo saber se houve coisa julgada material. Quando se quer, portanto, referir à coisa julgada formal, é necessário que se o diga expressamente⁸⁷.

A expressão “coisa julgada” foi muito bem explicada por Carnelutti, como proveniente do latim *res iudicata*, termo ainda usado no *common law*, e com a língua italiana, que significa o *juízo dado sobre o litígio*. É, portanto, ato e efeito, servindo para designar a decisão em conjunto e a *eficácia* da decisão. Assim, quando a lei fala na autoridade da coisa julgada, refere-se à decisão propriamente, não à eficácia da decisão⁸⁸, entretanto, mesmo com o

⁸⁵AMORIM, José Roberto Neves. *Coisa julgada parcial no processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 201, p. 83.

⁸⁶Ibid, p. 95

⁸⁷Wambier, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006 . Pg. 501, *apud ibid*, p. 95.

⁸⁸“[...] a) A expressão, “coisa julgada”, da qual pela força do costume não cabe prescindir, tem mais de um

decurso do tempo, essa sistemática ainda é objeto de profundas discussões na teoria do processo.

Dinamarco define a coisa julgada como *imutabilidade da sentença e de seus efeitos* a advir no momento da irrecorribilidade da sentença ou acórdão⁸⁹. É característica exclusiva do processo de conhecimento, que dá estabilidade mediante *auctoritas rei judicae*. O fundamento da coisa julgada é ético-político e está na efetividade do princípio da *segurança jurídica*⁹⁰. Somente as sentenças de mérito é que podem gerar a coisa julgada material⁹¹. O autor é seguidor da ideia de Liebman, na distinção de coisa julgada e efeito da sentença.

Já especificamente na tutela antecipada, Fredie Didier Jr. afirma que a decisão liminar não se confunde com a coisa julgada por dois motivos: a) não houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada, acarretando na *extinção sem resolução de mérito*; b) a estabilização recai sobre os *efeitos* da decisão, ou seja, na eficácia externa ao processo e não na decisão em si⁹². Talvez por esse motivo que concedida a satisfação a quem, mais tarde, apurar-se não titular do direito, surge a obrigação de indenizar aquilo que não existe mais, devido à satisfação sumária da lide. Ao contrário da sentença, em que a coisa julgada opera no seu *conteúdo material*, não nos *efeitos*: esses são amplamente mutáveis.

A coisa julgada material, para Dinamarco⁹³, refere-se no sentido da imutabilidade dos

significado. Res iudicata é, na realidade, o litígio julgado, ou seja, o litígio depois da decisão; ou mais precisamente, levando-se em conta a estrutura diversa entre o latim e o italiano, o juízo dado sobre o litígio, ou seja, sua decisão. Em outras palavras: o ato e, por sua vez, o efeito de decidir, que realiza o juiz em torno do litígio. b) [...]Não resta dúvida, por exemplo, de que no primeiro desses sentidos emprega-se a palavra pelo legislador nos arts. 1.350 e 1.351 do código civil, onde ao falar de “autoridade que a lei atribui a coisa julgada”, ou de “autoridade da coisa julgada”, por coisa julgada há de se entender a decisão e não sua eficácia.” em CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil, vol. I: introdução e função do processo civil – traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, 1. ed.* – São Paulo: Classic Book, 2000. Pg. 406.

⁸⁹DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III – 6. ed. Rev. e atual.* – São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 301.

⁹⁰“A segurança jurídica é um bem de elevadíssimo valor, porque a indefinição de situações constitui fator perverso de insegurança nos negócios, nas relações familiares, nas associações e, em suma, em toda a vida das pessoas em sociedade. A segurança jurídica obtém-se pela estabilização dos efeitos da sentença que julga procedente a demanda inicial e também daquela que a julga improcedente”. *Ibid*, p. 222.

⁹¹Independente de ser decisão interlocutória ou decisão que põem fim ao procedimento, o importante para ocorrer a coisa julgada material é que a decisão seja terminativa do mérito, que encerre a lide, ser decisão interlocutória ou sentença é um critério temporal.

⁹²DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v.2 – 10. ed.* – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 612.

⁹³Na coisa julgada material ocorre para imunizar o julgamento de mérito, resolução da lide, o dispositivo propriamente. “Julgamento demérito consiste em atribuir a um dos litigantes o bem da vida controvertido, nos limites do petitium. Ele terá natureza meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, transmitindo essas qualificações à própria sentença como um todo – e daí a existência de sentenças dessas três espécies, como reflexo do preceito de cada uma delas contém. Essa é a parte mais importante da sentença, na qual reside a outorga da tutela jurisdicional ao autor ou ao réu, na medida do direito que cada um deles tenha; o preceito contido no dispositivo atua sobre a vida destes em suas relações comuns e, quando coberto pela coisa julgada

efeitos da decisão de mérito (constitutivo, declaratório, executivo, ...), “*somente o preceito contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegida pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apoia*”⁹⁴.

Sendo um dos institutos processuais mais estudados o sentido exato de *coisa julgada* não é pacífico. Dessa forma será compreendido para o presente trabalho o conceito de Cintra, Dinamarco e Grinover. *Coisa coisa julgada material* tem o sentido de tornar a decisão imutável nos efeitos produzidos pela sentença⁹⁵. Distingue-se da *julgada formal* que é definida como o *ato do procedimento*, sentença, que não poderá ser reexaminado. Sendo a imutabilidade do ato processual pela preclusão de impugnações e recursos. Os autores escolhem a tese que considera a coisa julgada não como efeitos, mas *qualidades* da sentença, “*a eficácia natural da sentença vale erga omnes, enquanto a autoridade da coisa julgada somente existe entre as partes*”⁹⁶.

A natureza da tutela antecipada é de eficácia executiva da sentença em caráter provisório, é a tutela material *in limine* precária. Não tem condão de ser definitiva e rígida como uma decisão resolutiva de mérito. O legislador atribuiu a qualidade de coisa julgada somente à essa últimas, pois há presunção de que os direitos processuais, principalmente o devido processo e contraditório pleno, foram respeitados, dessa forma pode ser lançada a segurança da imutabilidade à essas decisões; o que não se aplica na tutela antecipada.

A possibilidade de uma decisão sumária ser deferida não pode ser confundida como a anuência do legislador pela aptidão de fazer coisa julgada, independentemente da extensão cognitiva. A certeza da coisa julgada pressupõem que não se imponha restrições à discussão das questões e a possibilidade de cognição aprofundada⁹⁷. Não sendo ignóbil o texto do §6º do art. 304 do CPC que é categórico ao afirmar que a decisão liminar de antecipação da tutela não faz coisa julgada¹¹¹.

Não ocorre, pois, a decisão têm caráter de “*contraditório postergado*, apreciação incidental fora da sequência do procedimento legal, ausência de um procedimento específico

material, valerá como regra inafastável, constitucionalmente segura”, em DINAMARCO, *op. cit.*, p. 694.

⁹⁴*Ibid.*, p. 318.

⁹⁵“Alguns autores não distinguem entre coisa julgada formal e preclusão, entendida qui como perda de faculdades processuais pelo decurso do tempo. Mas na verdade a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente”. CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo – 28ª ed.* – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 340, 341.

⁹⁶*Ibid.*, p.341.

⁹⁷GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, UERJ. Volume X, p. 280

que assegure amplas oportunidades de aduzir argumentos e produzir provas⁹⁸ que não tem pressupostos para gerar coisa julgada material, que apesar de ser instituto processual, não é de todo formalista, mas depende dos elementos materiais de garantias constitucionais e processuais.

A facilitação de acesso à tutela efetiva requer a sumarização das decisões e dos processos, porém as garantias constitucionais devem ser respeitadas, a tutela antecipada é um instrumento a fim de tornar mais eficaz a prestação jurisdicional. A coisa julgada, como garantia de segurança jurídica não é mais importante que a garantia e direito de um processo adequado, ampla defesa e paridade de armas. Interpretar pela imutabilidade material da tutela liminar seria colocar uma trava na função jurisdicional e desrespeitar os direitos das partes. Mesmo que ainda não definitivas essas decisões, elas tornam muito improvável que o conhecimento amplo reconheça o direito de outra forma, se esse for legítimo⁹⁹, e no caso de ser ilegítimo, a garantia do devido processo e contraditório não permitirão que uma injustiça seja beneficiada pela imutabilidade, caso contrário é a distorção completa dos institutos.

Dessa forma, restou verificado que não é possível o efeito de coisa julgada material na decisão que concede a tutela antecipada liminar, nem para os efeitos de tal decisão. Não havendo identidade entre a estabilização seja antes ou após o prazo de dois anos para propor ação que impugna a decisão liminar.

5.3.4 COISA JULGADA FORMAL OU PRECLUSÃO PROCESSUAL

O último elemento que cria *imutabilidades processuais* relevantes ao presente estudo é a *coisa julgada formal*. Mauro Cappelletti¹⁰⁰, ao escrever sobre o processo civil italiano, divide a coisa julgada em dois tipos: *cosa giudicata formale* e *cosa giudicata sostanziale*. A primeira ocorre quando a decisão não está mais sujeita a recurso (o que é um tipo de preclusão¹⁰¹). A ocorrência da *coisa julgada formal* não é necessária para a *coisa julgada material*, a primeira tem efeito conclusivo do procedimento e o segundo tem efeito de

⁹⁸*Ibid*, p.. 300.

⁹⁹*Ibid*, p. 281.

¹⁰⁰CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil procedure in Italy*. New York: Springer-Science+Bussines Media, B.V, 1965, p. 251, 255.

¹⁰¹“A judgment that is formal res judicata may, but need not, have substantial res judicata effect. A judgment that decides only procedural issues and is no longer subject to any of the ordinary forms of attack is formal res judicata and precludes relitigation of those issues in the same proceeding. However, it is not substantial res judicata since it does not preclude relitigation of those issues in subsequent proceedings”.*Ibid*, p. 251, 252.

imutabilidade material após resolução do mérito. Assim, apesar da correlação na nomenclatura, essas são independentes.

A razão para a *res judicata lato sensu* é a ocorrência do fim do litígio (*litis finire oportet*) e da relação processual. Para o referido autor a *coisa julgada material* impede qualquer outra ação, com as mesmas partes, de obter o mesmo resultado baseado nos mesmos fatos geradores do direito. É a imutabilidade pelas partes, pedido e causa de pedir.

Por outro lado, Carnelutti afirma que, a *coisa julgada formal*, como imutabilidade da sentença, é uma *eficácia processual* da decisão (que em conjunto com a *eficácia material*) a qual proíbe o juiz decidir o mesmo litígio novamente. “*Isto quer dizer que a coisa julgada formal é o efeito da preclusão do direito de provocar a mudança da decisão, ou seja, de impugná-la*”¹⁰². A coisa julgada material é o *efeito imperativo* e a coisa julgada formal se manifesta num *efeito preclusivo*.

Nas palavras do autor:

[...] a promiscuidade da expressão “coisa julgada” explica, exatamente, a inclinação da prática em falar de coisa julgada inclusive com respeito às sentenças preparatórias, que não são decisões e sim provimentos instrutórios ou ordenatórios [...].¹⁰³

Apesar de ser chamado, tal efeito, de coisa julgada formal, é coisa julgada somente na nomenclatura, pois a noção de sentença é mais específica que a de decisão. Contudo o efeito preclusivo é presente em todas as decisões, atos e prazos num processo. A impossibilidade de impugnar “algo” é atribuída pela via preclusiva (coisa julgada formal), porém não necessariamente sejam todos os atos dotadas de coisa julgada material¹⁰⁴.

Dinamarco define a coisa julgada formal como *imutabilidade da sentença como ato jurídico-processual*; evidenciando, assim, a preclusão última do processo. Ato apto a incidir essa preclusão última é somente a *decisão de mérito*, pois define o litígio¹⁰⁵. Logo, o momento de trânsito em julgado da sentença há a ocorre a preclusão máxima.

¹⁰²CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil, vol. I – tradução por Hiltomar Martins Oliveira 1. ed.* – São Paulo: Classic Book, 2000, p. 445.

¹⁰³ Ibid., p. 446.

¹⁰⁴ “[...] É suficiente para nós indicar que um julgamento formal tem por pressuposto a conversão da decisão em firme, a qual advém no momento do processo em que já não se admite seu prosseguimento para verificar a justiça daquela, ou seja, quando fica encerrado o que se chama impugnação da decisão[...]”. Ibid., p. 447.

¹⁰⁵DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III – 6. ed. Rev. e atual.* – São Paulo: Editora Malheiros, 2009.Pg. 304.

Vicente Greco Filho¹⁰⁶ ao comparar os efeitos da *coisa julgada* afirma que a *material* é a imutabilidade dos efeitos fora do processo (efeitos para o bem da vida), é a cessação definitiva do litígio, é a impossibilidade de rediscussão do litígio. Está de acordo com a legislação no sentido de que a coisa julgada ocorre somente no *dispositivo* da *sentença* ou *decisão final de mérito*, após esgotados prazos para recursos¹⁰⁷. Já a *coisa julgada formal* é o esgotamento de recursos, o que é compatível com o conceito de preclusão do direito de recorrer.

A *coisa julgada formal* tem origem pelo esgotamento dos meios processuais de impugnação, tornando a decisão imutável, endoprocessualmente, segundo José Amorim¹⁰⁸. Sua incidência é exclusivamente dentro do processo. O autor afirma que é conhecida, também, por “*preclusão máxima*”¹⁰⁹ e não se confunde com a coisa julgada material.

Já Antonio do Passo Cabral defende a inexistência de qualquer diferença entre *coisa julgada formal* e *preclusão*. Caracterizando-se a primeira por ser uma *preclusão específica, aplicável à sentença extintiva do processo*¹¹⁰, ou seja, é simplesmente a preclusão processual em um momento que a doutrina habituou-se por chamar de coisa julgada formal. Portanto a coisa julgada formal e a preclusão são rigorosamente a mesma coisa.

Já a imutabilidade dentro do processo é considerada coisa julgada formal para Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Explicam que essa é uma modalidade de *preclusão temporal* última, configurando simplesmente o trânsito em julgado processual¹¹¹.

A preclusão, como evento inerente a todos os atos processuais, também opera na decisão que concede a tutela antecipada. Decorrido o prazo de recurso da decisão, essa torna-se estabilizada com o conseqüente arquivamento do feito sem resolução de mérito. É possível identificar uma preclusão nesse procedimento, uma coisa julgada formal independente. Contudo o prazo de dois anos do §5º do art. 304 refere-se à possibilidade de alterar, de contestar essa decisão, mediante interposição de nova ação, não podendo ser um prazo endo

¹⁰⁶GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2 – 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

¹⁰⁷Art. 469, CPC/1973 – Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença; e III – a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo. Art. 504, CPC/2015 – Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

¹⁰⁸AMORIM, José Roberto Neves. *Coisa julgada parcial no processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 95.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 96.

¹¹⁰CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis* – 2. ed. – Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 280.

¹¹¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil* – 2. ed. ver., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 587

processual, pois o próprio processo foi extinto sem resolução do mérito.

5.3.5 TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA JÁ ESTABILIZADA

O prazo de dois anos, do art. 304 §5º, poderia ser considerado preclusivo caso o código permitisse alterar tal decisão mediante desarquivamento dos autos e uma “continuação” do processo “parado”. Contudo isso não acontece. A leitura deixa claro a necessidade da parte utilizar-se de nova ação. Essa pode ser considerada a *estabilidade da tutela antecipada*, em que é necessário inaugurar novo procedimento para discutir a decisão que concede a medida liminar. É importante ressaltar que o prazo de dois anos refere-se somente à faculdade de alterar a *decisão* que deferiu a tutela, é atacada o instrumento *processual* “decisão”, o código não refere-se à impossibilidade de se discutir o direito que a tutela antecipada refere-se, pois se isso ocorresse, estaríamos diante de uma *coisa julgada material* e alteração do prazo decadencial próprio do direito da lide pelo prazo que o código atribuí. O que simplesmente não pode ocorrer em sede de tutela antecipada, conforme visto em tópico anterior.

Esse é um dos pontos mais importantes do trabalho. Pois percebe-se que o prazo de dois anos não refere-se ao processo, mas sim ao exercício de uma faculdade, a qual é de impugnar a *decisão* específica que concedeu a *tutela antecipada*.

Ocorre a *coisa julgada formal* escorrido o prazo de recurso e extinto o feito sem julgamento de mérito, sem imobilizar o mérito, ou seja, sem fazer *coisa julgada material* e sem a *eficácia preclusiva*. Dessa forma o prazo não é processual mas sim *material*; ou seja, marca o fim do direito de impugnar a decisão de tutela antecipada, atribuído pelo código civil. Descreve um direito de impugnação a uma *decisão* judicial assim como há o prazo da ação rescisória, que não é processual mas material (direito de rever a decisão resolutive de mérito). Não se trata de um prazo processual com caráter administrativo, como o prazo de recursos, mas trata-se de prazo decadencial de um direito, distinto do próprio processo.

Antonio do Passo Cabral¹¹², apoiado em Talamini e Tapia Fernández, afirma que é possível existirem decisões judiciais alteráveis. Em outros ordenamentos como o canônico; o

¹¹²CABRAL, op. cit., p. 275.

antigo direito escandinavo; na sentença penal brasileira, inclusive Chiovenda afirma concebível a existência de sistema jurídico sem a coisa julgada. Nessas hipóteses o legislador se contenta com uma “certeza provisória”, uma *estabilidade superável*.

O mesmo autor afirma que não há graduação de força de estabilidades no sentido processual-formal¹¹³, comum equívoco da doutrina por falta de visão de conjunto do fenômeno das estabilidades e do campo de aplicação dos mecanismos. Diversos tipos jurídicos agem para alcançar o resultado *estabilidade*, sendo esse o núcleo geral.

Os *efeitos* da tutela antecipada permanecem por força da decisão e estabilizam-se por força legal, não sendo atribuída a qualidade de *imutabilidade* da coisa julgada. A imutabilidade e indiscutibilidade não são requisitos fundamentais da tutela jurisdicional, mas é uma qualidade atribuída por essa.

A *preclusão* está ligada ao andamento processual, a sucessão de atos, com a consequência final de extinção, dando lugar ao princípio da segurança jurídica¹¹⁴. No caso da *tutela antecipada*, ocorreria a *preclusão temporal*, pelo simples passar do tempo para um ato processual. Como a preclusão é consequência natural de todos os atos processuais, não seria diferente com a tutela antecipada, a consequência é a extinção *sem resolução de mérito*.

5.4 COMPORTAMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA

Compreendidos os principais efeitos processuais que incidem e que não incidem na tutela antecipada liminar para o presente trabalho, é necessário avançar e verificar o prazo bial de impugnação, seus efeitos e como agir relação a esse.

A doutrina tem unido esforços para resolver a situação do comportamento da tutela antecipada estabilizada, após o prazo de dois anos do art. 304 do CPC. Dessa forma, existem duas questões importantes, a primeira é a possibilidade de se entrar com ação de cognição completa independente ou não do prazo de dois anos; segunda questão é da permanência dos efeitos da tutela antecipada após sentença. A sentença absorve a decisão que concede tutela antecipada? Caso a sentença seja dando negativa da titularidade do direito estabilizado, os

¹¹³*Ibid.*, p. 278.

¹¹⁴WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1 – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 284.

efeitos do direito material permanecem ou serão desconstituídos, em favor do verdadeiro titular do direito? É necessário comparar o cenário defendido pelos autores e a hipótese do presente trabalho e compreender a aplicabilidade da asserção do trabalho para se validar a hipótese.

5.4.1 INTERPRETAÇÃO PELA IMUTABILIDADE

Para Leonardo Greco após o decurso do prazo de dois anos há a decadência do direito de propor ação revocatória, entendendo pela coisa julgada na tutela antecipada liminar¹¹⁵. Afirma que o pedido do autor tornar-se-á prejudicado, no caso de inércia do réu, pela *extinção* do feito e consequente *estabilização* da tutela sem *coisa julgada*, pois a resolução completa da lide não foi obtida. Também entende pela possibilidade das partes impetrarem um novo processo, de *cognição* completa; porém somente dentro do prazo de dois anos.

Contudo, o autor desconsidera uma interpretação possível, que é a alternativa do autor requerer a continuidade do feito a fim de ver declarada a revelia. Nesse caso o mérito tem o potencial de ser julgado e formar a *coisa julgada*. Não existe no código impedimento para o autor seguir o procedimento em revelia ao réu. Além disso, não há compatibilidade entre a decisão da tutela antecipada *liminar* e a *imutabilidade*, essa somente o legislador poderia suprir. Na verdade, o código faz o contrário, afirmando por não fazer coisa julgada no art. 304 §6º. Contudo, o autor desconsidera a natureza da *coisa julgada* e da decisão de *tutela antecipada*. Ainda que incida a decadência do direito material de alterar a decisão judicial, em nada impede a discussão da matéria objeto da demanda, pois a decadência própria do direito da lide não confunde-se com a do direito de impugnar a decisão, soma-se à isso o fato do código não explicitar essa intenção.

Alexandre Câmara, ao tratar do prazo para o direito de rediscutir a tutela antecipada, afirma – também – que esse é um prazo decadencial de direito material, assim, trazendo todos os efeitos legais do código civil¹¹⁶, tornando indiscutível a lide após o prazo. A decadência é a

¹¹⁵“Os §§ 2º a 5º do artigo 305 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 305, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 297, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada”. GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV, 2014, p. 305.

¹¹⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

perda de um direito por inércia¹¹⁷, observando-se que modificar a *decisão* da tutela antecipada seja um direito material, é plenamente possível. Porém, o autor incorre no mesmo erro do anterior. Desconsidera tanto a natureza da decisão liminar da tutela antecipada e da coisa julgada, que conforme visto, são inconciliáveis, também não especifica se a decadência é do direito de modificar a *decisão* ou a *tutela* material em si.

Já, outros autores, explicam que apesar de não formar coisa julgada, a decisão sumária encontrará *alto grau de estabilidade*, após o decurso do prazo. Entende que a tutela antecipada somente seria impugnada via *recurso* do réu, e caso esse não seja reconhecido, o efeito será o mesmo da inércia: extinção do feito sem julgamento de mérito e estabilização¹¹⁸. Seria somente necessário ao autor, aditar a inicial, após o trânsito em julgado do agravo de instrumento favorável ao réu, dispensável se a parte contrária não o fizer. No caso de o autor ter interesse em continuar o procedimento após a tutela antecipada, sem extinção, deverá manifestar o interesse no pedido de inicial de antecipação de tutela. Nesse caso, o processo assumirá o rito ordinário. O autor tem uma posição muito rígida para o procedimento da tutela de urgência, talvez o enrijecimento não seja salutar num código que o formalismo não tem tanta força como no passado.

Percebe-se a tentativa dos autores em trazer a imutabilidade para a tutela liminar, com fundamentos razoáveis de segurança jurídica e manutenção das declarações judiciais. Entretanto, não há compatibilidade entre o efeito de imutabilidade da coisa julgada e a decisão que concede a tutela antecipada. Alguns autores falam em um grau de imutabilidade maior mas sem expressar “onde” há esse maior enrijecimento. A decisão pode sim tornar-se imutável no sentido da coisa julgada formal, contudo o mérito da lide não tem condão de imutabilizar-se. Além disso não há necessidade prática para sua ocorrência. O direito material discutido na lide naturalmente sofrerá *decadência* ou *prescrição*, respeitados os casos de imprescritibilidade por ter o interesse público em afastar a segurança desses prazos. Assim, restaria sem função a *imutabilidade* da *estabilização*, exceto para infringir as garantias constitucionais e processuais. Agrega-se a isso, a circunstância de não ser observados os elementos que levam à total imutabilidade da *tutela antecipada* deferida, no decurso do prazo

¹¹⁷“Partindo-se do pressuposto de que a prescrição visa à ação, enquanto decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra em consideração a origem da ação. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é extintivo. Trata-se, neste caso, de decadência. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculos ao seu exercício, trata-se de prescrição.” Em GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 430.

¹¹⁸VARGAS, Daniel Vianna. Da tutela antecipada antecedente no novo CPC: breves observações. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set. - out. 2015.

de dois anos.

5.4.2 INTERPRETAÇÃO PELA NÃO IMUTABILIDADE

Corroborando com a interpretação pela não aplicabilidade da coisa julgada, Wambier:

“[...] o prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto nos exatos limites e contornos da lide, na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitado os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta”¹¹⁹.

A autora nega a possibilidade de *coisa julgada*, entendendo pela *preclusão* e possibilidade de inserção de nova ação, de cognição completa, independente do prazo de dois anos do art. 304. Observados os prazos de decadência e prescrição, há liberdade para resolver a lide.

Já Eduardo Talamini, entende que o prazo (do art. 304) é decadencial, pois limita temporalmente o exercício de o direito potestativo de *desconstituir a tutela estabilizada*¹²⁰. Explica que esse direito de modificação refere-se somente à *tutela antecipada*, nada obstando a discussão da lide completa, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais do próprio direito litigado. Com isso, é possível a rediscussão da lide independente do prazo. Porém, o autor não explica se é possível a situação material tutelada, hora estabilizada, poder ser modificada por outra tutela antecipada (em novo processo) ou se é necessário somente uma *sentença* para que isso ocorra.

Mitidiero afirma que a estabilização como *coisa julgada*, na hipótese da tutela antecipada liminar, gera uma quebra do devido processo constitucional, contrário às normas fundamentais do próprio código civil¹²¹. A eficácia da medida fraciona o *processo justo* e

¹¹⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 514.

¹²⁰TALAMINI, Eduardo. *Ainda a estabilização da tutela antecipada*. Site Migalhas. Acessado em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>> Disponível em 04/09/16 – ISSN 1983-392X.

¹²¹“O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada”. MITIDIERO, Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 18 (in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>; consulta

impede a *constitucionalidade* da *coisa julgada*. Conclui que:

O direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo¹²².

Ainda assim, é possível às partes – independentemente do prazo de dois anos – exercer ação nova, com exaurimento de cognição, porém limitada aos prazos do direito material, natural de qualquer direito material.

Nesse sentido, Eduardo Talamini¹²³, afirma que, mesmo em eventual *sentença* negando provimento ao autor, se já *estabilizada* a tutela antes deferida será mantida. Afirma que a *sentença* não absorve a *decisão* de tutela antecipada da mesma lide. Com essa interpretação percebe-se que o autor entende pela manutenção dos efeitos da tutela antecipada, ainda que eventual sentença negue o direito ao requerente. A estabilização seria dos *efeitos* da tutela antecipada, não da *decisão* de tutela antecipada.

Para o autor supradito a *estabilização* da *decisão sumária satisfativa* não é análoga à *coisa julgada*, podendo seus efeitos serem alterados em *ação* posterior. “O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, *provisória*, sujeita à confirmação”¹²⁴. A emissão de *decisão sumária* não é incompatível com o sistema jurídico, porém, para isso ocorrer renuncia-se à cognição completa, cuja consequência é o menor grau de *definitividade* daquele resultante das decisões de cognição completa, assim não constituem *decisões peremptórias*.

Há algumas exposições doutrinárias mais radicais¹²⁵, afirmando que, após o decurso do prazo bienal a decisão da *tutela antecipada antecedente estabilizada* deve ser *definitiva*, pois

em 22/11/2016).

¹²²*Ibid.*, p. 19.

¹²³“Então, usando-se ainda o mesmo exemplo, pode-se ter a seguinte situação: passados os dois anos sem a propositura da ação de revisão da ordem de pagar alimentos, haverá a decadência do direito à desconstituição. Mas ainda será possível que qualquer das partes promova ação tendo por objeto a relação jurídica de filiação. Se, nesse contexto, a sentença vier a declarar a inexistência da relação de filiação, estará eliminada essa dúvida objetiva – e esse comando sentencial deverá ser considerado em outras ações futuras. Mas essa sentença não afetará a tutela antecipada que se estabilizou.” Em TALAMINI, Eduardo. *Ainda a estabilização da tutela antecipada*. Site Migalhas. Acessado em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI236877.31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>> Disponível em 04/09/16 – ISSN 1983-392X.

¹²⁴TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 209, jun. 2012, p. 28.

¹²⁵REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p.167-194.

o direito material foi reconhecido ao autor, obtendo natureza de *sentença definitiva* com efeitos de *coisa julgada material*. Ou seja, os efeitos da tutela antecipada tornar-se-iam equiparados à *sentença definitiva*, resolvendo a lide de *pleno direito* após o prazo do art. 304. Em relação à “ação de modificação” ou impugnação da concessão da tutela seria impossível após o decurso do prazo de dois anos em decorrência dessa imutabilidade.

Essa interpretação não deve ser acolhida, pois desconsidera a natureza dos institutos processuais e seus pressupostos aqui estudados e já abordados. O entendimento pela *coisa julgada*, ignora o fato de que o atributo dado a essa decisão é estabilidade. Manter os seus efeitos é divergente de torná-la imutável materialmente (operando *coisa julgada material e eficácia preclusiva*). Na estabilidade, uma nova decisão pode modificar a situação de fato, na imutabilidade há a completa *indiscutibilidade* da questão da lide.

A tutela antecipada trata-se de uma *decisão sumária* de urgência concedida com fundamento no *perigo de dano e resultado útil* do processo, não com fundamento no reconhecimento da titularidade do direito. “Uma situação jurídica não tem como ser constituída ou desconstituída mediante a técnica da estabilização”¹²⁶ pois essa é a efetividade *fática, satisfativa* de uma tutela, não o *reconhecimento* de um direito.

A tutela antecipada liminar satisfaz um direito apressadamente, mas para manter a coerência e equilíbrio das normas processuais e constitucionais, a decisão e/ou seus efeitos não podem ser rígidos. A não formação de *coisa julgada* “é lógica e faz sentido, pois não se poderia ofertar a mesma dignidade processual a um pronunciamento baseado em cognição sumária e a outro, baseado na cognição exauriente”¹²⁷, assim é afastada qualquer *inconstitucionalidade* da medida. Além do mais, o princípio da segurança jurídica será satisfeito pelo próprio direito material, impossibilitando a discussão eterna, tendo em vista a *prescrição e decadência* dos direitos, sem necessidade de intervenção do direito processual¹²⁸.

Diante do exposto é possível concluir que o prazo bienal do art. 304 §5º trata-se de um prazo decadencial do direito de contestar a decisão que concedeu a tutela antecipada liminar, não interferindo ou impossibilitando a discussão da lide nem impedindo a revisão da medida deferida liminarmente, independente do prazo decadencial. Necessitando-se de nova ação

¹²⁶TALAMINI, *op. cit.*, p.13-34.

¹²⁷ANDRADE, Érico; NUNES, DIERLE. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo).

¹²⁸“Ou seja, a temática da estabilização definitiva envolve o decurso de prazo para discutir ou buscar a exigibilidade do direito, no âmbito do próprio direito material”. *Ibid.*

para que a lide seja discutida, dentro dos prazos decadenciais e prescricionais à que seus direitos referem-se.

5.4.3 POSSIBILIDADE DE PROCESSO AUTÔNOMO

A imutabilidade das decisões jurisdicionais, instrumentalizada na *coisa julgada*, é um atributo da *jurisdição* – lançado pelo constituinte – o qual tem a finalidade de promover *segurança jurídica e estabilidade social*, impedindo a eterna discussão das mesmas situações. Esse atributo depende de decisão resolutiva da lide a qual pressupõem o *devido processo legal e contraditório* sem cerceamento de defesa. No *devido processo legal*, plenamente desenvolvido, pressupõem-se o conhecimento de todos as questões possíveis da lide, e com essa cognição completa podem ser assegurados, idealmente, as *garantias processuais* e a *segurança* que a imutabilidade vêm, por definitivo, proporcionar.

Conforme exposto, não são todas as tutelas jurisdicionais protegidas por essa *imutabilidade*, mas aquelas que a lei determina, e à *tutela antecipada* não é atribuída e nem há aptidão de assumir essa qualidade.

A decisão resolutiva de mérito, que *in abstracto* garante os direitos processuais, é apta pela lei a fazer coisa julgada¹²⁹. Os *processos sumários*, também, são capazes de promover a *imutabilidade* – apesar de curto e limitados nos objetos – têm cognição vertical profunda e completa¹³⁰. Já a *tutela antecipada antecedente* é uma *decisão sumária e precária*. É deferida antes mesmo do início do procedimento, com contraditório diferido sem aptidão para resolver o mérito. Nesse caso a decisão tem como pressuposto o *perigo de dano e risco ao resultado útil* ao processo em sede de urgência, sendo dever do juiz outorgar. Não há aprofundamento material sobre a lide. Dessa forma impossibilitando a coisa julgada.

Extinto o processo, o direito de rediscutir a *tutela antecipada* é garantido pelo art. 304,

¹²⁹“A lei considera o procedimento ordinário como apto in abstracto à cognição exaustiva de qualquer tipo de causa, independentemente da sua complexidade.” GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, UERJ. Volume X, p. 280.

¹³⁰“A sumariedade da cognição deve decorrer da lei, pois isso resulta necessariamente dos valores de justiça procedimental e de equidade, ínsitos à garantia constitucional do devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV)16. Ademais, a cognição sumária, além de prevista em lei, somente se justifica para atender a valores constitucionais, como a efetividade e a celeridade, não podendo ser transformada num meio atípico e generalizado de tutela jurisdicional, que impeça o acesso à cognição plena e à obtenção de um provimento apto à formação da coisa julgada”. *Ibid.*, p. 279.

§2º¹³¹. Tal possibilidade é exercida mediante ação revocatória, com prevenção do juízo concedente da tutela antecipada¹³². Porém essa faculdade sofre o efeito da *decadência* após o prazo bienal §5º¹³³, cujos efeitos permanecerão.

Contudo, código em nada esclarece sobre a *lide*, exceto que o processo é extinto *sem resolução de mérito* e os *efeitos* da tutela antecipada mantidos até que pedido futuro à decisão a altere. Não há impedimentos à propositura, posterior, de *processo ordinário*, com *cognição completa* e sentença apta a fazer *coisa julgada*. A limitação seria a própria decadência ou prescrição do direito discutido em juízo. O código permite e não a descarta essa interpretação.

As razões para a parte entrar com pedido de cognição completa, depois de anos da antecipação, podem ser muitas: um herdeiro necessitando regularizar juridicamente um bem, o exercício de um outro direito diretamente ligado com a da tutela antecipada que necessite de certeza jurídica, etc. E justamente pela lei não ser perfeita e não abraçar todas as situações possíveis não pode tornar *imutável* a decisão *precária*.

A interpretação de que possa ocorrer uma nova ação de cognição completa, antes ou após os dois anos, é plenamente possível e adequada à ordem jurídica e processual. De outra banda, a interpretação de que os *efeitos antecipados* mantenham-se mesmo com sentença que nega o direito é muito difícil de ser feita: primeiramente porque não há previsão legal para o judiciário negar o direito já *tutelado liminarmente* em ação nova, o que o manterá para quem atestadamente foi considerado ilegítimo nessa ação; segundo que há uma grave violação na esfera particular do indivíduo e da *ordem pública*, retirando-lhe o direito e conservando-o a outrem ilegítimo meramente por questões formais.

A visão de imutabilidade vai contra o espírito do código, que – hoje – é muito pouco formalista e mais garantista. Interpretar a tutela antecipada mantendo efeitos independentemente de sentença negatória da tutela, posterior, é ignorar a legitimidade e titularidade de direitos do jurisdicionado. Expressa uma ânsia por efetividade tão intensa a ponto de se mitigar profundamente a *segurança jurídica* e a mínima intervenção estatal nos particulares para reconhecer e legitimar irregularidades.

¹³¹Art. 304, § 2º—Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

¹³²Art. 304, § 4º—Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

¹³³Art. 304, § 5º—O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º—deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

Os direitos discutidos são a *efetividade da jurisdição* e a *segurança jurídica*¹³⁴, tanto para autor quanto para o réu. O primeiro é beneficiado amplamente da *efetividade* e *celeridade* na tutela antecipada liminar, porém o segundo sofre prejuízo do direito à ampla defesa e à segurança jurídica. Atribuir ao autor, já beneficiado da efetividade, a segurança jurídica da imutabilidade da decisão é inutilizar o art. 5º, LIV da Constituição Federal, em que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. É possível manter os efeitos da *tutela sumária de urgência* com base na aparência, porém a ordem constitucional e processual não podem ser mitigadas. Dessa forma os efeitos materiais da tutela antecipada continuarão até nova decisão sobre o mérito, não se impedindo o *direito de ação* para resolver a lide em novo processo de cognição completa. Por conseguinte banhando todos os direitos e garantias processuais, sem infringir a ordem pública e preservando a flexibilidade da jurisdição na dinâmica social.

Esse processo *autônomo*, de *cognição completa*, não sofre efeitos do prazo *decadencial* de dois anos do art. 304 do CPC, pois refere-se à *decisão* que concedeu a tutela antecipada *liminar* não à própria tutela material. Há o impedimento de discussão da *decisão* que concedeu a liminar, não há indiscutibilidade dos *efeitos* ao direito material concedidos na *tutela antecipada*. Direitos materiais que podem ser objetos de ampla discussão em ação nova, respeitados os prazos de *prescrição* e *decadência* do objeto da lide. Durante o prazo de dois anos é possível iniciar processo com intenção de modificar a *decisão* que concede a tutela antecipada, decorrido o prazo, essa faculdade cessa e somente se pode discutir o direito material, o que não impede de se modificar faticamente os *efeitos* da decisão *estabilizada* já *preclusa*.

Diante do exposto percebe-se que a hipótese apresentada no início do trabalho não é de todo descabida e é plenamente possível de ser realizada. Tanto o é que já existe no nosso ordenamento nacional elemento semelhante na tutela monitoria. Além disso, o código processual francês, o qual foi inspirado para a escrita do CPC de 2015, prevê expressamente essa possibilidade. Esses elementos serão analisados em seguida a fim de compreender o resultado do estudo até aqui produzido.

¹³⁴ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal*: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

6 MONITORIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE ANTECIPADA

A *estabilização da tutela antecipada* é um meio de generalizar a técnica já estabelecida pela ação monitória nas demandas urgentes, assim, cria-se um microsistema monitório nos arts. 303 e 304, para Fredie Didier Jr.¹³⁵. Nada mais oportuno que entender a lógica da tutela monitória e compreender a tutela antecipada através dessa óptica.

O procedimento monitório, existente em várias legislações dos países¹³⁶, é regulado pela lei 9.079 de 1995 no Brasil, e consiste na pronta *tutela do direito subjetivo* ao credor desprovido de *título executivo*, sem submeter a pretensão ao procedimento comum¹³⁷. Ou seja, é um processo de cognição horizontal plena, e cognição absolutamente rasa na profundidade, muito célere. O juiz emite uma ordem *inaudita altera parte* determinando ao devedor, ora réu, o pagamento de valor ou entrega de coisa¹³⁸. É um procedimento especial de tutela antecipada, com regras distintas das gerais¹³⁹.

No código processual de 2015 o procedimento é regulado nos arts. 700 a 702¹⁴⁰. É uma clara *antecipação de tutela*¹⁴¹, porém em procedimento autônomo e restrito à *prova escrita* sem força de título executivo para *pagamento* ou *entrega* de quantia em dinheiro, bem móvel ou imóvel fungível ou infungível ou *obrigação de fazer* ou *não fazer*. O réu defende-se via *embargos à monitória*, se não responder, será cabível *ação rescisória*, nos termos do §3º do art. 701 do CPC. Apesar de algumas diferenças explícitas como a anterior, as semelhanças com a tutela antecipada são muitas e não devem ser ignoradas. Tendo isso em vista o assunto

¹³⁵DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v.2 – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 603 e 604.

¹³⁶O procedimento monitório é regulamentado na Itália pelos arts. 633 a 656 do CPC; na Alemanha pelos §§ 688 a 703d do ZPO, com a reforma introduzida pela Vereinfachungs novelle de 3.12.76; na Áustria, pelos §§448 a 453 e 548 a 554 do ZPO; na França, pelos arts. 1.405 a 1.425 no NCPC; e na Bélgica, pelos arts. 1.338 a 1.344 do CJ.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória: lei 9.079 de 14.07.1995 – 3. ed. Rev. atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 41, nota rodapé nº1.

¹³⁷*Ibid.*, p. 23.

¹³⁸*Ibid.*, p. 28.

¹³⁹“Observe-se que essa decisão preliminar constitui uma verdadeira antecipação de tutela, uma vez que antecipa, por meio de um exame sumário de mérito da causa, os efeitos do provimento final, o qual visa justamente à obtenção do título executivo judicial”. CARNEIRO, Paulo César. *Comentários ao código de processo civil*, v. IX, t.II – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 288.

¹⁴⁰O *caput* do art. 701 permite ao juiz emitir a declaração executiva para o réu cumpri-la em 15 dias, formando de pleno direito título executivo judicial. Sendo cabível ação rescisória da tutela monitória. O meio de defesa do réu são os embargos do devedor no próprio procedimento.

¹⁴¹“Preenchidos os pressupostos legais e examinados os elementos de convicção constantes da petição inicial, deverá então ser proferida a decisão determinativa da expedição do mandado de pagamento.” em TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória: lei 9.079 de 14.07.1995 – 3. ed. Rev. atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

será aprofundado nas páginas a seguir.

6.1 ASPECTOS GERAIS DA TUTELA MONITÓRIA

A *tutela monitoria* é obtida através de processo de *cognição horizontal completa* mas de *precária profundidade*. É legítimo para requerer a tutela o portador de documento, sem força executiva, mas que *prova* ao devedor *obrigação* de pagar, *entregar* coisa, *fazer* ou *não fazer*. Permitindo prova oral produzida antecipadamente, segundo art. 700, §1º. Na hipótese do julgador ponderar evidente o direito requerido, expedirá *mandado de pagamento*¹⁴² com prazo de quinze dias para o réu adimplir. Caso o réu não cumpra, o mandado será convertido em título executivo judicial de pleno direito com posterior execução, acarretando numa verdadeira *antecipação de tutela* pela inércia do réu nessa etapa processual¹⁴³. Para modificar essa decisão, diz o §3º do art. 701, cabível somente a *ação rescisória* sobrevindo a cognição completa e julgamento do mérito. Deduz-se pela *interpretação gramatical* que a *decisão* concedente da *tutela monitoria* por inércia do réu faz *coisa julgada*, realizando todos os efeitos da sentença resolutive de mérito, o que pode não ser o mais preciso á depender do ponto de vista; tornando essa questão de forte discordância doutrinária.

O direito nesse caso é *provável*, evidente a titularidade do demandante, em que a lei privilegia o autor com *presunção* de boa-fé¹⁴⁴. Para Paulo Cezar Carneiro a tutela monitoria é instrumento de isonomia das partes e redução de privilégios do réu¹⁴⁵. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que essa *decisão* – convertida em título executivo – equipara-se à *sentença condenatória*, operando todos os efeitos (como hipoteca judiciária)¹⁴⁶. Nem a lei nem os autores falam expressamente, se ocorre ou não, o efeito de coisa julgada e resolução definitiva da lide. Mas é possível deduzir que concordam com esse pensamento, pois afirmam pela ocorrência de todos os efeitos da sentença, e a lei, que é cabível ação rescisória.

¹⁴²Existe uma classificação para o tipo de ação no deferimento do pedido dividindo-se em dois – monitoria *pura*: em que basta a afirmação do autor para deferimento do mandado; monitoria *documental*: em que necessita-se de prova documental, que é o usado no direito brasileiro. CARNEIRO, op. cit., p. 263.

¹⁴³Art. 701, § 2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial. *Ibid.*, p. 263.

¹⁴⁴*Ibid.*, p. 263.

¹⁴⁵*Ibid.*, p. 277.

¹⁴⁶MARINONI, Luiz Guilhrme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, vol.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 245

Tanto na monitória quanto na tutela antecipada a necessidade de *celeridade* e *efetividade* do direito a têm prioridade, retirada quase toda a extensão do procedimento comum¹⁴⁷. A intenção do procedimento monitorio é a *satisfação* de um crédito sem força de título executivo, sem necessidade julgamento final de mérito, evitando-se o tempo gasto no procedimento comum¹⁴⁸. A celeridade é o elemento mais privilegiado que não é necessário profundo convencimento judicial para emissão de tal *mandato*, bastando a *evidência* do direito. Gerando um direito subjetivo e dever do magistrado de deferir a medida¹⁴⁹.

Apesar disso, o resultado prático de efetividade e celeridade na tutela monitoria, foi muito ineficaz na ordem brasileira. Quase a totalidade dos processos são embargados pelos réus¹⁵⁰ “ordinarizando” o processo¹⁵¹. Também há maior facilidade em possíveis fraudes, em que o autor – com má-fé – requer direito cuja titularidade não é sua.

6.2 DECISÃO MONITÓRIA E COISA JULGADA

Antes de adentrar na imutabilidade da monitoria, é importante ressaltar alguns elementos circunstanciais: tanto na tutela *monitoria* quanto na *antecipada*, em que adiantam a *eficácia executória da sentença*, não há exame de mérito completo; outro são os títulos executivos que não tem o atributo de coisa julgada e não se confundem com a decisão que os gerou; por fim, que a eficácia executiva em relação ao bem da vida não está ligada à aptidão de imutabilidade¹⁵².

Quando o réu não embarga o mandado é criando um *título executivo judicial* antecipando a tutela do título por força da lei de pleno direito, sendo desnecessária a circunstância da urgência. Não acontece a coisa julgada, pois com a *imutabilidade* do mérito do mandato monitorio é criado o mesmo impasse da *tutela antecipada estabilizada* ser análoga à

¹⁴⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.339-340.

¹⁴⁸DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III – 6. ed. Rev. e atual.* – São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 773.

¹⁴⁹MARINONI et al., op. cit., p. 238

¹⁵⁰HADDAD, Eunice Bitencourt. Ação Monitoria. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10 –Curso: Processo Civil – Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012, p. 85.

¹⁵¹“O que ocorre corriqueiramente nas ações monitorias em curso é a segunda opção conferida ao Réu. Qual seja a de oferecer embargos, que nada mais são do que um meio de defesa, data vênica de opiniões em contrário, e de dar início à verdadeira demanda ordinária, com ampla dilação probatória”. *Ibid.*, p. 87.

¹⁵²TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – lei 9.079/95 : doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos – 2. ed. rev. atual. e ampl. orientação Arruda Alvim, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 7.

coisa julgada. O art. 1.102-c do CPC¹⁵³ de 1973 fazia os leitores deduzirem a ocorrência da *coisa julgada*, na transmutação de pleno direito do mandado judicial em título executivo, fazendo analogia com sentença de procedência¹⁵⁴. O simples fato de a lei afirmar cabimento de ação rescisória da decisão transmutada em título (hoje no §3º do art. 701) fez deduzir que todo o direito em litígio sofre efeito de imutabilidade, o que não é dito pela lei em momento algum.

O fato do ato ser impugnável pelo meio da ação rescisória não o torna, automaticamente, decisão de mérito, o qual a referida ação foi originalmente desenhada para atacar. A mesma observação é possível ser feitas nas decisões interlocutórias que, não citadas no art. 1015 do CPC, somente serão atacadas na apelação (art. 1009, §1º). O fato do recurso cabível ser “natural” de um outro tipo de ato processual não transforma os atos de natureza diversa naqueles que o recurso destina-se originalmente. A decisão interlocutória não deixará de ser interlocutória pelo fato do recurso cabível ser a apelação após a sentença; assim como o mandato monitorio constituído título executivo não resolve a lide pelo fato de ser impugnável via ação rescisória.

Como será visto, a falta de oposição ao *mandado* da tutela monitoria que converte a decisão em título executivo é objeto de dúvidas e discussões dogmáticas, há autores que não concebem a *imutabilidade* e entende somente pela *preclusão endoprocessual*¹⁵⁵, outros

¹⁵³Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. § 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios. § 2º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário. § 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV. § 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. Código de processo civil de 1973.

¹⁵⁴ Como este do TJ catarinense “APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO CONSTITUÍDO EM AÇÃO MONITÓRIA NÃO EMBARGADA. MATÉRIA DE DEFESA RESTRITA ÀS HIPÓTESES DA ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 741 DO CPC, ATUAL ART. 475-L. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. À inércia do devedor, na ação monitoria transformou-se o mandado de pagamento em título executivo judicial, equiparado a uma sentença de mérito obtida em processo de cognição exauriente, por expressa previsão legal (art. 1.102-C do CPC), acobertado pelo manto da coisa julgada material. Descabida agora discussão sobre índices de correção monetária, taxa de juros e os respectivos termos, pois a execução está alicerçada no provimento jurisdicional que converteu o mandado inicial em executivo, portanto, dotado de certeza e liquidez. Os embargos estão restritos às matérias enunciadas na antiga redação o art. 741 do CPC (atual 475-L), para que não se possibilite voltar a discutir o mérito da causa.” AC: 64167 SC 2006.006416-7, Relator: Domingos Paludo, Data de Julgamento: 23/11/2010, Terceira Câmara de Direito Comercial – TJ-SC. O artigo da lei processual de 1973 citado apenas diz que de pleno direito há a transformação para título executivo judicial.

¹⁵⁵Para Talamini ocorre a preclusão da faculdade processual de desconstituir, mediante medida incidental

entendem pela ocorrência da imutabilidade da *coisa julgada*, como mostram Cruz e Tucci¹⁵⁶ diversos pontos de vista doutrinários. Em que pese a discussão, é evidente a *preclusão* proibindo a rediscussão a respeito do ato judicial no próprio processo. Nada obstando, porém, o ajuizamento pelo réu, ação autônoma para o conhecimento completo da lide, fora das fronteiras do processo monitorio¹⁵⁷ (tendo em vista que após constituído o título a possibilidade de discussão é muito limitada). Assim a dificuldade é saber se a coisa julgada estende-se à decisão liminar não impugnada de tutela monitoria e comparar os fundamentos com o caso da tutela antecipada antecedente.

AUTORES QUE DEFENDEM A COISA JULGADA NA TUTELA MONITÓRIA LIMINAR

Para Paulo Cezar Carneiro a natureza da *decisão monitoria* depende da existência ou não de defesa. Segue a doutrina de que o não oferecimento de embargos, a decisão, torna-se automaticamente *definitiva*, extinguindo o processo com julgamento de mérito, convalidando a decisão em *sentença terminativa*¹⁵⁸. Mesmo considerando-se uma *decisão sumaríssima* sem contraditório, o motivo por trás da resolução da lide é a ocorrência de *revelia*. Deduz, o autor, que a *coisa julgada* em processo monitorio é espécie de punição pela inércia. Percebe-se o equívoco da ideia de que os efeitos da revelia operam de pleno direito, o que é uma contradição: tanto da tutela monitoria quanto do instituto da revelia¹⁵⁹.

vinculada ao processo em curso, a decisão que concede a tutela monitoria e sua eficácia. TALAMINI, *op. cit.*, p. 108.

¹⁵⁶TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitorio: lei 9.079 de 14.07.1995 – 3. ed. Rev. atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47-53.

¹⁵⁷Segundo Cruz e Tucci, Giovanni Tomei entende pela inexistência da eficácia de coisa julgada da decisão liminar do processo monitorio; em decorrência disso poderia o suposto devedor ajuizar ação autônoma. Infelizmente o autor não é claro se segue essa teoria, porém é possível deduzir sua inclinação em entender pela ocorrência da coisa julgada quando escreve “*forçoso reconhecer, pois, que a não-oposição à decisão liminar que encerra a primeira parte do procedimento monitorio produz e tão somente uma preclusão endoprocessual, impossibilitando que o réu deduza qualquer argumentação no âmbito daquele aludido procedimento*” o que parece um pouco incoerente, tendo em vista que a coisa julgada é uma imutabilidade mais abrangente e mais profunda que uma mera preclusão processual, *Ibid.*, p. 50.

¹⁵⁸CARNEIRO, Paulo César. *Comentários ao código de processo civil, v. IX, t.II – Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 289.

¹⁵⁹O autor afirma que o julgamento de revelia ocorre por verossimilhança a partir dos documentos levados ao juízo. O que não necessariamente ocorre. Na tutela monitoria, há de pleno direito a conversão da decisão em título executivo, o juiz não tem poder de negá-la. O que em ação ordinária poder-se-ia instruir provas de ofício e até manifestar-se o réu, ainda que verificada a revelia. Também, mesmo com os efeitos da revelia, a sentença pode ser desfavorável ao autor. Ocorre, na tutela monitoria, que a sentença sempre vai ser favorável, pois a conversão é de **pleno direito** para um título executivo. Deduz-se, segundo a visão do autor, que há presunção de *veracidade* e de *titularidade do direito*, não somente a de *veracidade dos fatos* alegados como a lei determina. Dá-se provimento à demanda de pleno direito, ou seja, provimento automático. Isso cria uma situação muito

O referido autor afirma que:

[...] não havendo trânsito em julgado e, em consequência, a formação da coisa julgada material no caso, ou tal decisão, seria sempre passível de recurso, ou a matéria seria discutida livremente em outro processo, sendo possível nesse novo processo o reconhecimento de que aquela obrigação de pagar ou entregar coisa não existia¹⁶⁰.

Escolhe o entendimento pela ocorrência da *coisa julgada*, seguindo a doutrina majoritária¹⁶¹. Dessa forma, Carneiro afirma que na ocorrência de revelia o efeito será de presunção de veracidade dos *factos*¹⁶². Deduzindo das afirmações expostas pelo autor, o efeito da revelia seria a procedência do pedido, tendo em vista que o título executivo será convertido de pleno direito e a revelia não tem efeito de tornar procedente o pedido.

Alexandre Câmara afirma que no procedimento monitorio não se pode falar propriamente em revelia. A contumácia do réu implica na constituição de pleno direito de título executivo judicial, “*sem que se tenha de prolatar qualquer julgamento*”¹⁶³, segue os escritos de Carreira Alvim sendo “*vedado ao juiz qualquer pronunciamento sobre a procedência da pretensão deduzida pelo autor*”¹⁶⁴. O autor considera o mandado monitorio de natureza de *sentença liminar*. Não há certeza da existência ou não do direito, mas há conteúdo condenatório que permite a produção de efeitos. Não é *sentença stricto sensu* pois não finaliza o juízo de mérito, mas é *sentença sumária* por ter eficácia executiva, irrecorrível.

Mesmo sem resolução de mérito autor concorda com a formação de *coisa julgada* no mandado monitorio não embargado:

É pois, o silêncio do demandado, combinado com a atividade probatória do demandante, que constitui a base lógica e jurídica da declaração de certeza obtida através do procedimento monitorio. Essa afirmação decorre de aplicação do princípio dispositivo, que está na origem de uma ideia fundamental: a de que a alegação de um fato pelo demandante, somada à contumácia do demandado, faz surgir uma presunção de que tal alegação é verdadeira.¹⁶⁵

mais invasiva na ação de cognição sumária, sem contraditório, do que em uma ação ordinária com efeitos de revelia. Dessa forma não é possível concordar com essa interpretação do ponto de vista da interpretação sistemática e harmônica.

¹⁶⁰CARNEIRO, op. cit., p. 290.

¹⁶¹O autor determina que o motivo pelo qual a tutela monitoria deveria formar a coisa julgada, baseando-se na predominância dessa opinião pela doutrina. Não análise profunda sobre os motivos que realmente fazem a coisa julgada. Superado isso, o autor junta entre vários outros autores, Eduardo Talamini, o qual afirma o contrário do que o autor escreve que ele afirma, descartando a ocorrência da coisa julgada na tutela monitoria.

¹⁶²CARNEIRO, op. cit., p. 297.

¹⁶³CÂMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil: volume 3 – 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

¹⁶⁴*Ibid.*, p. 557.

¹⁶⁵*Ibid.*, p. 571.

Na conjuntura acima ocorrem efeitos de revelia. Porém, o autor esbarra num problema: a revelia gera presunção de veracidade dos *atos* os quais podem ser investigados – inclusive de ofício – e provados contrários, o que é distinto de presunção de direito, automática. Mesmo na revelia, o autor pode ver seu pedido negado, em decorrência da não verificação do *direito*, mesmo se presumidos verdadeiros os *atos* pela lei.

Marcelo Rodrigues, mais categórico, afirma que a inércia em ação monitória não gera presunção de veracidade, mas sim ocorre a procedência automática do pedido. A decisão, ora título executivo, salta para a fase executiva em razão do trânsito em julgado do mandado monitório¹⁶⁶. Dessa forma considera julgada a lide com formação de coisa julgada e efeitos de revelia. Assim torna a inércia do réu na *tutela monitória* resolutive do mérito e cria decisão definitiva deficiente nos direitos e garantias processuais, pois ausentes os pressupostos básicos da resolução da lide material (vistos na parte II).

Por sua vez, Humberto Theodoro Jr. concorda que a coisa julgada exige o contraditório e atividade jurisdicional decisória sobre a lide, distinguindo do procedimento comum a tutela monitória em razão de ser alcançado título executivo sem *condenação* nos moldes da *cognição em contraditório pleno*¹⁶⁷. Entretanto, manifesta-se pela coisa julgada na ação monitória em razão da ocorrência dos efeitos da revelia sobre o réu. Não cabendo mais embargos de devedor em razão da transformação em título executivo e portanto passada a fase cognitiva¹⁶⁸.

É uma visão mais moderada, leva em consideração a função jurisdicional, mas ainda se atém à forma. Não admite a possibilidade da tutela permanecer precária, presumindo-se *completa* a cognição *precária* através do instituto da *revelia*. É possível perceber um paralelo muito similar com a tutela antecipada antecedente estabilizada, podendo, com poucas modificações, utilizar os mesmos fundamentos aqui expostos (visto na parte II).

Certamente a sentença em revelia gera coisa julgada; porém, admitir isso na tutela monitória é contestável. Isso ocorre, dentre outros motivos, porque o mandado de pagamento convertido antecipa tutela do autor, se considerada a revelia, não seriam presumidos os *atos*, mas seria reconhecido o direito automaticamente, o que a revelia não constitui; em seguida,

¹⁶⁶RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, v. 2. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 345.

¹⁶⁷Repetindo as palavras de Calamandrei em THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 342.

¹⁶⁸*Ibid.*, p. 339-352.

estariam aceitos os casos *excludentes* do efeito da revelia, como matéria de ordem pública. Ou seja, admitidos os efeitos de revelia na tutela monitoria além de deformar o instituto da coisa julgada – admitindo imutabilidade de decisões precárias, provisórias e sem observar o devido processo legal – também faria o mesmo com o instituto da revelia; gerando grande desarmonia no direito processual e inconstitucionalidades.

AUTORES QUE ENTENDEM PELA NÃO FORMAÇÃO DE COISA JULGADA NEM REVELIA NA TUTELA MONITÓRIA LIMINAR

Cândido Dinamarco afirma que a decisão de mandado de pagamento é *interlocutória*. Assim não é sentença nem resolve o mérito por não por fim ao processo, não declarando o direito dos fatos¹⁶⁹. O processo monitorio não tem a pretensão de equiparar-se a sentenças. Segundo o autor apenas cria condições suficientes para *execução* forçada, ou seja, *antecipando a tutela e diferindo o contraditório* (ainda que para a ação rescisória).

Dinamarco admite que a tutela monitoria não é coberta pela *coisa julgada* e considera esse entendimento uma arbitrariedade. O autor da monitoria não requer decisão de mérito, mas sim a executoriedade, além disso o juiz não tem elementos necessários para resolvê-lo. Soma-se a isso o fato de não existir norma legal que agregue o efeito de coisa julgada. A doutrina e a jurisprudência fazem uma escolha que o legislador nunca fez. O referido autor explica que é uma interpretação distorcida do código, compondo um *processo civil do autor*¹⁷⁰.

José Medina afirma que a decisão monitoria não sofre efeitos da *coisa julgada* em razão do título executivo nascer de modo *ope judicis*, inexistindo decisão de *mérito* anterior que confirme o direito a que se refere. A natureza da decisão, que já foi analisada pelo STJ, é de reconhecimento de que a obrigação é devida, entretanto o autor não apresenta as implicações dessa interpretação¹⁷¹.

Em artigo, Antônio Carvalho, faz contraposição entre a ideia da atribuição de *coisa julgada* à tutela monitoria e da sua não realização. Conclui que a interpretação pela não

¹⁶⁹“Nisso o mandato monitorio difere substancial e estruturalmente da sentença condenatória, que se pronuncia após uma cognição exauriente e portanto vem apoiada em juízo de certeza.” DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III – 6. ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 786.

¹⁷⁰“[...] defensora de benefícios para este a todo custo, como se o sujeito que pede em primeiro lugar tem sempre a razão”. *Ibid.*, p. 787.

¹⁷¹MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1036.

formação de coisa julgada, em monitória com réu inerte, tem fundamentação mais congruente e de maior qualidade do que outra interpretação¹⁷².

O principal defensor da não ocorrência de coisa julgada na tutela monitória é Eduardo Talamini. Considera que não é possível pressupor a imutabilidade exclusivamente do título executivo judicial¹⁷³. A *coisa julgada* não é qualidade inerente da jurisdição e essa não depende da imutabilidade. É, pois, uma característica que a legislação atribui, não é presumida. O legislador escolhe entre a *segurança* e a *justiça* dos atos judiciais, tornando imutável determinadas decisões. No sistema brasileiro, somente reveste-se dessa *imutabilidade* decisões *resolutivas da* lide entre outras técnicas (art. 502 e 503 do CPC de 2015). O fato da decisão converter-se em *título executivo* não pressupõem resolução da lide, pois título executivo é *instrumento* de execução, não equivalendo-se à sentença. Dessa forma, a decisão é *provisória*. Os parâmetros constitucionais da *coisa julgada* não são encontrados no *procedimento monitório* sem contraditório.

Em relação ao réu inerte, o autor afirma que a *revelia* não suprime a cognição do juiz, podendo a parte entrar tardiamente no processo e produzir provas (limitadamente) assim como o juiz pode produzi-las de ofício. “[...] a estrutura do procedimento em revelia não é a de um processo de cognição sumária”¹⁷⁴.

Ocorre nessa doutrina uma dedução de equiparação legal; e mesmo que se tenha norma legal equiparativa de mandado monitória em *resolução de mérito*, essa norma seria inconstitucional e ilegítima. O autor traz diversos argumentos, com propriedade, para suportar a ideia¹⁷⁵: Na *tutela monitória* a cognição é *sumária verticalmente e horizontalmente*; a lide funda-se em um conhecimento não-exauriente por natureza; a *coisa julgada* não é pressuposto para a atividade jurisdicional, pode sobrevir sem aquela; o exame no juízo monitório é do conteúdo *material* da lide, não de condições da ação ou pressupostos processuais. A *coisa*

¹⁷²CARVALHO, Antônio. A tutela monitória no CPC/2015. DIDIER JR., Fredie (coordenador), et al. Coleção novo cpc, doutrina selecionada: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodium, 2015, p. 541 *et seq.*

¹⁷³“Portanto, esse provimento pode ter função e eficácia semelhantes à sentença condenatória no processo comum de conhecimento – mas, nem por isso, é sentença. Também não parece possível afirmar que “ontologicamente” o ato que concede o mandado tenha “natureza de sentença”, conquanto “formalmente” deja decisão interlocutória”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – lei 9.079/95 : doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos – 2. ed. rev. atual. e ampl. orientação Arruda Alvim, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 92 et seq.*

¹⁷⁴“E o instituto da coisa julgada – que tem por essência a imutabilidade – é constitucionalmente incompatível coma decisão proferida com base em cognição sumária e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação”. *Ibid.*, p. 98.

¹⁷⁵*Ibid.*, p. 100-105.

judgada está ligada à cognição completa por vínculo *constitucional*, o que lei ordinária em contrário não supera; por fim, a finalidade do processo monitorio é a produção rápida de título executivo, mas não de resolver uma lide.

Reconhecida a ausência da *coisa julgada*, torna-se compatível o deferimento do título executivo por inércia do réu com a ordem jurídica. Saindo do ambiente teórico jurídico, essa interpretação é mais adequada à pragmática e à finalidade da medida, afastando a rigidez probatória do processo comum (que em caso de revelia seria inevitável a ordinarização do processo) e afasta julgamento de verossimilhança, contentando-se o juiz com mera *decisão interlocutória de verossimilhança*.

Talamini afirma que no caso do réu não se manifestar em *ação monitoria*, ocorre a *preclusão* da faculdade de desconstituir decisão emitida pelo juiz. O título executivo é gerado de *pleno direito* resultante do decurso do prazo, não do julgamento da *lide* ou conversão em *sentença*. É estrita preclusão de fase processual. Enquanto não constituído de pleno direito em título, o juiz pode examinar as questões de ofício, após isso, preclui-se a faculdade de impugnar a decisão convertida em título executivo. Restando para o réu o uso da ação rescisória.

Por sua vez, Cruz e Tucci reconhece a possibilidade do suposto devedor, ajuizar ação autônoma em decorrência do não julgamento de mérito e da preclusão endoprocessual¹⁷⁶.

6.3 TUTELA MONITÓRIA E A TUTELA ANTECIPADA

Inúmeras semelhanças são encontradas entre a tutela monitoria e a tutela antecipada antecedente. Sendo perfeitamente possível estabelecer uma correspondência entre ambas. A *tutela monitoria* convertida encontra os mesmos impasses que a *tutela antecipada liminar*. Ambas concedem o direito à *celeridade* e *segurança* de quem demanda em detrimento dos direitos do demandado. Dessa forma, não é nova ou arbitrária a interpretação de que a decisão sumária não gera *coisa julgada*, não impossibilitando propositura de posterior *ação de cognição completa*. No direito brasileiro esse procedimento é possível e assim como acontece na tutela monitoria pode ser feito na tutela antecipada antecedente.

Essa interpretação não é retirada somente da tutela monitoria, mas também de outros

¹⁷⁶TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitoria: lei 9.079 de 14.07.1995 – 3. ed. Rev. atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pg. 50.

ordenamentos que inspiraram o novo código de processo civil brasileiro, principalmente da França e Itália. Portanto não é de ser descartada essa hipótese, deve ser considerada na aplicação prática em casos concretos que se encaixem na tutela antecipada liminar, com inércia do réu.

7 DIREITO COMPARADO – FRANCÊS

A tutela provisória no processo civil nacional, tem inspiração na tutela provisória do ordenamento francês – o *procédure des référés*. Trazido, entre outros, pela professora Ada Pelegrini Grinover, tem a intenção de trazer celeridade, efetividade e segurança para o titular de um direito ao inquerir o poder judiciário, assim como o espírito do código novo, menos dogmático e burocrático e mais efetivo e realista¹⁷⁷. Dessa forma, para adequada interpretação da tutela antecipada provisória brasileira, aqui estudada, é fundamental entender a sua inspiração na tutela provisória francesa.

O propósito da medida é o mesmo que no nosso ordenamento, de ser um processo simples, de fácil acesso que primazia a celeridade e a satisfação do direito, podendo ser executada imediatamente após o deferimento¹⁷⁸.

Nas disposições comuns a todas as jurisdições, o CPC francês, regula o procedimento provisório (*ordonances des référés*) nos arts. 484 a 492-1¹⁷⁹. Existem artigos para situações

¹⁷⁷ “Segundo a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC (apresentada ao Senado Federal em 2010), a estabilização da tutela antecipada antecedente está inserida no objetivo de dar ao processo o maior rendimento possível, foi inspirada nos códigos de processo civil italiano e francês (refere) e, a exemplo do que ocorre nesses ordenamentos, sobre ela não incide a imutabilidade da coisa julgada (art. 304, § 6º do CPC/2015). Nesse sentido é o art. 488 do CPC francês: ”L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelle””. Em BEDUSCHI, Leonardo ; HENCKEMAIER, Heidy Santos. Dois temas controvertidos sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente. In: Paulo Henrique dos Santos Lucon; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Panorama Atual do Novo CPC. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 235-251 .

¹⁷⁸ WIEDERKEHR, Georges. L’accélération des procédures et les mesures provisoires. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1er août 1988)] pp. 449-462.

¹⁷⁹ **Article 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.

Article 485 La demande est portée par voie d’assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés. Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d’assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés.

Article 486: Le juge s’assure qu’il s’est écoulé un temps suffisant entre l’assignation et l’audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.

Article 487: Le juge des référés a la faculté de renvoyer l’affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date.

Article 488: L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles.

Article 489: L’ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l’exécution provisoire à la constitution d’une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l’exécution aura lieu au seul vu de la minute.

Article 490: L’ordonnance de référé peut être frappée d’appel à moins qu’elle n’émane du premier président de la cour d’appel ou qu’elle n’ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l’objet de la demande. L’ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d’opposition. Le délai d’appel ou d’opposition est de quinze jours.

especiais, como référé nos tribunais, na jurisdição dos *baux ruraux*, especiais para casos de direito de família, etc.

O *référé* é decisão provisória, que necessita um pedido de urgência, proferida em audiência determinada pelo juiz, fixada com tempo suficiente para a parte poder preparar defesa adequada. Em casos de extrema urgência, pode ser deferida a medida sem essa audiência.

Deferida a medida, a execução é feita a título provisório (não definitivo), nos moldes da execução provisória da sentença; se necessário o juiz pode condicionar a execução à caução, porém, não é obrigatório. Em casos de urgência extrema, a execução pode ser imediata.

Uma das normas mais importante para o presente estudo está no art. 488. Este é taxativo em retirar a qualidade da coisa julgada à decisão provisória, também não permite que essa decisão prejudique a demanda principal (demanda ordinária). Entretanto, se o juiz considerar a questão madura o suficiente pode julgar, tendo a decisão força de sentença resolutive da lide; do mesmo modo que julgamento antecipado total ou parcial da lide no processo civil brasileiro. Nesse caso é realmente um julgamento, não uma decisão sumária e provisória.

A urgência do requerente pela medida é obrigatória. A definição de urgência e a amplitude que alcança é objeto de discordância na doutrina e jurisprudência francesa, o que não é diferente no Brasil. Caso não considerada urgente, a demanda é considerada infundada e extinta.

Deferida a tutela jurisdicional, essa, tem natureza *provisória* por não ser uma consequência a formação de coisa julgada, essa decisão, não prejudica o pedido principal. A tutela provisória pode ser para *conservação* ou *antecipação* da tutela, e o juiz tem liberdade de escolher qual medida deferir¹⁸⁰ pela fungibilidade entre as medidas. Não estão tipificadas cada medida provisória, o juiz tem liberdade de escolher a mais adequada¹⁸¹.

Article 491: Le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire. Il statue sur les dépens.

Article 492: Les minutes des ordonnances de référé sont conservées au secrétariat de la juridiction.

Article 492-1: A moins qu'il en soit disposé autrement, lorsqu'il est prévu que le juge statue comme en matière de référé ou en la forme des référés, la demande est formée, instruite et jugée dans les conditions suivantes: 1° Il est fait application des articles 485 à 487 et 490; 2° Le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond et statue par une ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée relativement aux contestations qu'elle tranche; 3° L'ordonnance est exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge en décide autrement.

¹⁸⁰ENGLEBERT, Jaucques. Le référé judiciaire: principes et questions de procédure. Pg. 38.Pg. 31.

¹⁸¹ENGLEBERT, Jaucques. Le référé judiciaire: principes et questions de procédure. Pg. 38.Pg. 37.

Independente da extensão do conceito de *urgência*, de *antecipação* ou *cautelaridade*, a decisão provisória é aquela com exame superficial dos direitos em litígio. Precedem um exame aprofundado da questão feito no rito quando completo os atos processuais (*juge du fond*)¹⁸². Existe, também, a discussão a respeito da distinção dogmática sobre as medidas *provisórias cautelares* e as medidas *antecipatórias satisfativas*, discussão essa mitigada hoje no nosso direito com a regulação por lei de cada uma das medidas, porém muito ativa na França.

Um parêntese importantíssimo é que, já em execução da decisão, o réu pode fazer apelação ao *Primeiro Presidente* da corte de apelação, o qual identificando manifesta violação ao princípio do contraditório ou medidas manifestamente excessivas de execução, tem o poder de suspender a medida provisória¹⁸³.

Diante dessa breve apresentação do direito francês, que inspirou a tutela antecipada brasileira expressamente pelos autores do projeto do novo código, percebe-se a real intenção de afastar a imutabilidade da tutela antecipada antecedente, seja com ou sem o nome de coisa julgada, a questão é que não ocorre o efeito da imutabilidade da coisa julgada material.

No direito francês é permitido expressamente a propositura de ação de cognição completa apartada da tutela antecipada de urgência, pois essa não imobiliza o direito que tutela. O nosso ordenamento não previu expressamente essa possibilidade, mas não a proibiu. Assim, é plenamente possível ação para discutir o direito que a decisão provisória estabilizada defere. A tutela de urgência é distinta da tutela definitiva e são autônomas.

¹⁸²ENGLEBERT, Jaucques. Le référé judiciaire: principes et questions de procédure. Pg. 38.

¹⁸³FRICERO, Natalie. L'essentiel de la procédure civile 2015-2016 – 12. ed. – Issy-les-Moulineaux: Gualino Éditeur, 2015. Pg. 96.

8 CONCLUSÃO

As *tutelas sumárias* vem para suprir a necessidade de celeridade das demandas em razão da morosidade natural dos processos, em especial pelo excesso de tempo usado no sistema judicial brasileiro. A tutela antecipada não é diferente, é um instituto positivado recentemente no processo brasileiro, mas existente desde os tempos romanos, que teve significativa e peculiar mudança na última atualização do código processual em 2015.

A tutela antecipada tem natureza de *decisão interlocutória sumária*, ou seja, não consiste num processo autônomo (como as antigas cautelares) mas sim em decisão de cognição rasa em profundidade e curta horizontalmente, consistindo de poucos atos, deferida baseada em verossimilhança e pela urgência de perigo de dano irreparável ou difícil reparação. Feito o pedido, se adequado, é deferida e feita sua execução nos moldes do cumprimento da sentença. Basta haver verossimilhança e urgência não há necessidade de certeza processual da titularidade do direito pelo requerente, pois, não há cognição completa nem resolução lide. Caso o réu mantenha-se inerte o processo será extinto sem resolução de mérito iniciando a contagem do prazo bienal. Caso o réu se manifeste ocorre a “ordinarização” do procedimento, impugnada a tutela via agravo de instrumento.

Dessa forma, foi verificado que a tutela antecipada não resolve a lide definitivamente, ainda que forneça o direito na sua completude ou parcialmente. É decisão interlocutória sobre o mérito com natureza de *efeito executivo de sentença*, de cognição precária e assim não tem o atributo da imutabilidade ao direito, ou seja, não forma coisa julgada. Apesar da semelhança com a sentença é um instituto autônomo dessa consistindo na instrumentalização da técnica da *tutela antecipada*.

Dentre os inúmeros comportamentos que podem ser interpretados a partir da leitura do código processual, foi objetivo do trabalho verificar a hipótese da não imutabilidade da tutela antecipada ou de seus efeitos, com a possibilidade de ação autônoma de cognição completa que terá potencial de resolver a lide definitivamente julgando o direito em concreto.

Assim, foram verificados os efeitos processuais que geram a *imutabilidade*, através dos efeitos da *revelia*, o atributo da *coisa julgada material* e a *coisa julgada formal* ou *preclusão*. Concluiu-se que a *estabilidade* não é análoga à coisa julgada material e não possui efeito preclusivo de coisa julgada, pois é incompatível com a natureza de decisão sumária e precária, não sendo escolha do legislador atribuir a imutabilidade e essa prejudicaria direitos

fundamentais do processo civil e da constituição.

Dentre os autores estudados que defendem que a estabilidade da tutela antecipada torna-se imutável, nenhum considerou a agressão que o enrijecimento de decisão precária e provisória causa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Dessa forma, é mais consistente a hipótese da não imutabilidade, tornando a estabilidade somente um estado, em que a tutela será reformada se alterarem-se as circunstâncias pelas quais a fundamentaram ou for reconhecido o direito da parte contrária. Estado esse que mantêm-se após a extinção do feito, sem resolução de mérito.

Não se verifica a revelia pois não é hipótese de cabimento, exceto se o processo continuasse a pedido da parte contrária e o juiz atendesse sem extinguir o feito, entretanto essa situação não é regulada no CPC mas também não é proibida. Também não ocorrem efeitos de revelia, que são a de presunção de veracidade dos fatos, não confundindo-se com deferimento automático da demanda. Dessa forma os efeitos de revelia são incompatíveis com a tutela antecipada, em que é deferido o efeito executivo da sentença, não há nenhuma presunção. Em seguida há a consequente extinção sem resolução de mérito, que não se associa à decisão final de mérito com efeitos de revelia.

Apesar da estabilização, não acontecem os efeitos de coisa julgada material em que o direito discutido é enrijecido definitivamente. A imutabilidade da coisa julgada tem o fim de principal de garantir o princípio da segurança jurídica para a parte demandante, em que só será modificada a decisão se as circunstâncias materiais se alterarem, mantendo-se após a extinção do feito. Por sua vez, coisa julgada material é um atributo da jurisdição, não dependendo essa daquela. Por opção política e harmonia constitucional e legal a imutabilidade das decisões judiciais dependem de contraditório pleno e de asseguramento das garantias processuais e constitucionais. Na tutela antecipada antecedente ocorre a celeridade e a efetividade no grau máximo, em contrapartida restam prejudicados os princípios da segurança jurídica para o demandado, contraditório e ampla defesa. O que não é um problema em si, se o “fato” criado por essa decisão puder ser modificado com cognição completa. Porém se a decisão for definitiva, assim como sentença, ocorre grave violação ao devido processo legal e clara inconstitucionalidade. Dessa forma, a tutela antecipada não tem efeitos de coisa julgada material e assim não impede a discussão do mérito em ação apartada, ainda que reúna a extinção do processo e o decurso do prazo bial.

Prazo que é de natureza material, ou seja, consiste na decadência do direito de

impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente. Com a extinção do feito opera uma preclusão do direito processual, e com o exaurimento do prazo decai o direito de rever a decisão de tutela antecipada. Não poderia um prazo que se refere ao direito de modificar uma decisão prejudicar o próprio mérito da questão que possui seu próprio prazo decadencial ou prescricional, exceto na ação rescisória a qual resolveu o mérito definitivamente.

O espírito do código é de celeridade e eficiência do sistema judiciário. A tutela antecipada é excelso nessa função. Porém posterga uma os direitos processuais para seu pronto deferimento, se for admitida sua imutabilidade estar-se-ia confirmando uma grave violação dos direitos. O direito deve ser observado dentro de um sistema e inserido num contexto social, dessa forma não há como confirmar pela imutabilidade do direito tutelado antecipadamente.

No nosso ordenamento há aplicação semelhante possível de se fazer equivalência com o objeto do estudo. A tutela Monitória, em que há pedido originário de obrigação com prova escrita mas sem força executiva. O julgador, se observar os pressupostos, deferirá o mandado executivo, o qual e é transformado em título executivo de pleno direito no caso de inércia do réu. Independentemente disso, a decisão não faz coisa julgada e nem proíbe o réu de entrar com uma ação ordinária de cognição completa, basicamente com os mesmos fundamentos da tutela antecipada antecedente. Assim impede a imutabilidade de fraudes realizadas com anuência do sistema judiciário.

A hipótese é confirmada ao observar o sistema Francês, inspirador do CPC brasileiro, na figura do référé. No processo francês, o référé é um processo autônomo, no modelo da antiga cautelar nacional, que não tem efeitos definitivos. Sem gerar coisa julgada pois é decisão sumária de cognição precária. Além disso, o código francês é explícito em não impedir as partes de impetrar ação nova para resolver o mérito definitivamente com cognição completa. Assim, tanto as garantias e direitos quanto os propósitos da tutela antecipada são satisfeitos, harmonizando o instituto com a constituição e o sistema processual.

Dessa forma a estabilização da tutela antecipada antecedente estabilizada não cria a situação de imutabilidade e nem gera nenhuma presunção. Sendo possível a hipótese do réu entrar com ação de cognição completa independente do prazo bienal. Em que se resolvida a lide em favor da parte que antes era réu, a situação retorna ao *status quo ante*.

Pode ser aparente uma hipervalorização do réu. Entretanto ocorre o equilíbrio entre

direitos do autor e do réu. Pois se o requerente de uma tutela antecipada é o titular do direito, mesmo que o réu impetre ação nova, esse não triunfará, pois, não é titular do direito. E no caso de receber a tutela antecipada quem não é titular do direito, esse não será laureado com a imutabilidade; ao mesmo tempo que a possibilidade do real titular não será recolhida desse. A questão da segurança jurídica e harmonia social que a imutabilidade da coisa julgada faz para o processo, na mesma medida, a decadência e prescrição produzem para os direitos materiais. Ou seja, é desnecessário que a estabilidade da tutela antecipada seja análoga a efeitos da coisa julgada material. Nos casos de imprescritibilidade o próprio direito afasta a imutabilidade de uma situação para privilegiar outros princípios e direitos, implicando também na desnecessidade da total imobilidade da lide. Mesmo que não expresso em lei, a estabilidade não se fazendo imutável, respeitará os princípios, garantias, harmonia e compatibilidade do sistema processual com as necessidades sociais e a *praxis*.

Diante do exposto, o trabalho buscou verificar a hipótese da não imutabilidade da tutela antecipada estabilizada e a possibilidade das partes demandarem o direito da lide em ação nova. Hipótese verificada positivamente, possível de ser aplicada essa interpretação para preencher a lacuna processual e o problema que inseriu na ordem processual e resolução de casos concretos. Não consiste de solução definitiva ou a mais correta, mas é plenamente possível e de acordo com os preceitos constitucionais e os processuais, sendo uma contribuição ao debate na tentativa de resolver o problema da estabilidade da tutela antecipada antecedente.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José Roberto Neves. Coisa julgada parcial no processo civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ANDRADE, Érico; NUNES, DIERLE. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo código processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência – 2ª edição – São Paulo: Malheiros editores, 2003.

BEDUSCHI, Leonardo; HENCKEMAIER, Heidy Santos. Dois temas controvertidos sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente. In: Paulo Henrique dos Santos Lucon; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Panorama Atual do Novo CPC. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 235-251.

BRASIL. Conselho Nacional da Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Pg. 70. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>

BRASIL. Lei nº 5.925, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo código de processo civil. Pg 29. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>

BRUSCHI, Gilberto Gomes. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – A possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando maior efetividade ao processo. Coordenação MEDINA, José Miguel Garcia et al. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier – 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 435-436.

BUENO, Francisco da Silveira. Dicionário escolar da língua portuguesa; colaboração de Dinorah da Silveira Campos Pecoraro, Giglio Pecoraro, Geraldo Bressane. - 11ª ed. - Rio de Janeiro: FENAME 1983.

CABRAL, Antonio do Passo Cabral. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis – 2. ed. – Salvador: Editora Juspodium, 2012.

CÂMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil: volume 3 – 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. Civil procedure in Italy. New York: Springer-Science+Bussines Media, B.V, 1965.

CARNEIRO, Paulo César. Comentários ao código de processo civil, v. IX, t.II – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil, vol. I – tradução por Hiltomar Martins Oliveira 1. ed. – São Paulo: Classic Book, 2000.

CARMIGNANI, Cristina da Silva. A origem romana da Tutela Antecipada – São Paulo: Ltr, 2001.

CARVALHO, Antônio. A tutela monitória no CPC/2015. DIDIER JR., Fredie (coordenador), et al. Coleção novo CPC, doutrina selecionada: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodium, 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo – 28ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, v.1 – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarna. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v.2 – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III – 6. ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, in Revista da AJURIS – ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001 – Porto Alegre: AJURIS.

FRANÇA. Code de procédure civile. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20080118>>

FRICERO, Natalie. L'essentiel de la procédure civile 2015-2016 – 12. ed. – Issy-les-Moulineaux: Gualino Éditeur, 2015.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do processo civil – 6. ed. rev. e atual. por Jaqueline Mielke Silva e Luiz Fernando A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, UERJ. Volume X.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, vol. 2 – 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

HADDAD, Eunice Bitencourt. Ação Monitória. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10 – Curso: Processo Civil – Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela - 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Porto Alegre: Fabris, 1994

MARINONI, Luiz Guilhrme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, vol.3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilhrme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil – 2. ed. ver., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. Devido Processo Legal e Proteção de Direitos – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 19. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em nov/2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. – 29ª. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti. *A coisa julga e a atividade cautelar*. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (coord.). Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. Revista Forense, Rio de Janeiro, V. 342, n. 1, p. 18, abr./jun. 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; COSTA, Eduardo Fonseca da. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de; FREIRE, Alexandre. (coord). Doutrina selecionada: procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório – 2ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa julgada civil – 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Aide, 1998.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p.167-194.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, v. 2. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RUBIM, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil – 2. ed. rev. e ampl., contendo estudo do projeto do novo CPC – São Paulo: Atlas, 2014.

SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BÖECKEL, Fabricio Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo. (Org.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107-132.

SCARPARO, Eduardo. Estabilização da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 2015. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Tutela Provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCARPARO, Eduardo. O processo como instrumento dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Revista Ajuris, 2007, n. 105, p. 135-151.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 1.º, do CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista de Processo, vol. 148, 2007, p. 153 – 168.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo – 38ª ed., rev., atualizada até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014* – São Paulo: Malheiros Editores.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto á chamada

“estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan./mar. 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – lei 9.079/95 : doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos – 2. ed. rev. atual. e ampl. orientação Arruda Alvim, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 209, jun. 2012, p.13-34.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Site Migalhas. Acessado em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em set/16 - ISSN 1983-392X.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitoria: lei 9.079 de 14.07.1995 – 3. ed. Rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VARGAS, Daniel Vianna. Da tutela antecipada antecedente no novo CPC: breves observações. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set. - out. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1 – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *In* Wambier, Luiz Rodrigues (Coord.). Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – 2ª ed. – Campinas: Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil – 3ª ed. – São Paulo: Perfil, 2005.

Wiederkehr Georges. L'accélération des procédures et les mesures provisoires. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26

juillet-1er août 1988)] pp. 449-462.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.