UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Iana Dornelas Fonte Boa

TUTELA PROVISÓRIA: FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PREVISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Brasília – DF
2016

Universidade de Brasília

Iana Dornelas Fonte Boa

TUTELA PROVISÓRIA: FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PREVISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Orientador: Professor Bruno Burini

Brasília – DF
2016

Iana Dornelas Fonte Boa

TUTELA PROVISÓRIA: FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E PREVISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Bruno Corrêa Burini (Orientador)

Universidade de Brasília

_____

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

Universidade de Brasília

_____

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira

Universidade de Brasília

_____

Me. Bruno Rangel Avelino

Universidade de Brasília

Brasília – DF

2016

RESUMO

A presente monografia versa sobre a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, fundamentada nos princípios processuais do acesso à justiça, da efetividade da jurisdição e da celeridade, em preponderância sobre os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. Buscou-se demonstrar a relação existente entre os diferentes tipos de cognição jurisdicional, o tempo de entrega da tutela e o grau de estabilidade que terá a tutela concedida, principalmente quanto à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, suas hipóteses de estabilização, bem como os artifícios disponíveis ao réu para evitar que a tutela se estabilize ou mesmo para buscar sua revisão, reformulação ou invalidação.

PALAVRAS-CHAVES: Tutela provisória. Tutela antecipada antecedente. Coisa julgada. Cognição exauriente. Cognição sumária. Contraditório. Efetividade. Estabilização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **9**
CAPÍTULO 1 – GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA **11**
1.1 Função jurisdicional 11
1.2 Acesso à justiça 14
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS E INSTITUTOS RELACIONADOS **20**
2.1 Convivência entre os princípios constitucionais 20
2.2 Cognição jurisdicional 21
2.3 Estabilidade e Imutabilidade 25
2.4 Coisa julgada 27
2.4.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material 29
2.4.2 Pressupostos para formação da coisa julgada 30
CAPÍTULO 3 – TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL **32**
3.1 Tutela provisória como gênero 33
3.1.1 Das disposições gerais para o gênero "tutela provisória" 34
3.2 Espécies: tutela de urgência e de evidência 35
3.2.1 Tutela de evidência 35
3.2.2 Tutela de urgência 38
CAPÍTULO 4 – ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE **42**
4.1 Estabilização decorrente da não interposição de Agravo de Instrumento 43
4.2 Autonomização e estabilização da tutela antecipada antecedente 45
4.3 Semelhanças com a técnica monitória 46
4.4 Vedação à formação da coisa julgada 47
CONCLUSÃO **49**
REFERÊNCIAS **50**

INTRODUÇÃO

A ordem constitucional de 1988 garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, fixando instrumentos para a efetividade desses direitos.

Entre eles, as garantias de direito processual atuam para assegurar ao cidadão o direito ao acesso à justiça, a um processo justo, equânime e em tempo razoável, a fim de que a tutela jurisdicional concedida seja capaz de solucionar efetivamente o conflito do caso concreto.

Porém, a efetivação do acesso à justiça esbarra em diversos empecilhos, sendo que o tempo de entrega da prestação é, para o nosso estudo, o ponto mais sensível, na medida em que a observância de outros princípios, como o devido processo legal, em geral, demanda tempo e tende a afetar a utilidade do resultado do processo.

Diante disso, o sistema processual passou por reformas, com a inclusão de novas técnicas processuais, mais adequadas às diversas hipóteses de direito material, entre elas a demandas de urgência, mais suscetíveis aos efeitos nocivos do decurso do tempo no processo.

A tutela provisória está incluída nessas *tutelas processuais diferenciadas,* sendo que o objetivo deste trabalho é pesquisar como o instituto é previsto, no Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2016, para atender à necessidade de diferimento de alguns princípios a fim de resguardar outros, mais urgentes no momento.

Dessa forma, procura-se, inicialmente, estudar os princípios processuais do acesso à justiça, da efetividade da jurisdição e da celeridade, que fundamentam o instituto da tutela provisória, analisando como se relacionam à segurança jurídica e aos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

A partir da ideia de convivência recíproca dos referidos princípios, mais ou menos preponderantes no caso concreto, buscou-se demonstrar a relação existente entre os diferentes tipos de cognição jurisdicional, o tempo de entrega da tutela e o grau de estabilidade que terá a tutela concedida, incluindo-se um breve estudo sobre a coisa julgada.

Em seguida, esta pesquisa trouxe as características da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, como gênero de tutela baseada em cognição sumária em que prevalecem os princípios da efetividade e celeridade. Foram traçadas as principais diferenças entre as espécies desse gênero, tutela de evidência e tutela de urgência, bem como as subespécies desta última, tutela antecipada e tutela cautelar.

Por fim, a tutela de urgência antecipada ganhou maior enfoque, principalmente quanto ao requerimento em caráter antecedente, aplicável aos casos de urgência extrema,

em que não há tempo sequer de reunir provas e fundamentos para o pedido completo. Foi realizado um estudo breve sobre o Projeto de Lei do Senado nº 186/2005, proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBPD) para alterar o Código de Processo Civil, e as influências deste sobre as formas previstas no Novo Código para a estabilização da tutela concedida.

CAPÍTULO 1 – GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste capítulo, procura-se situar o estudo da tutela provisória em um contexto constitucional, quanto à função do Estado de garantidor da ordem e da paz social, relacionado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias processuais dele decorrentes.

1.1 Função jurisdicional

Lições primárias de direito processual civil incluem noções básicas acerca das relações humanas em sociedade, naturalmente priorizando os aspectos jurídicos dessas relações e destacando a função ordenadora exercida pelo direito, que coordena os interesses manifestados na vida social, buscando solucionar conflitos que apareçam entre os membros da sociedade[1].

A organização humana em sociedade, inevitavelmente, abre espaço para o surgimento de conflitos entre os indivíduos, tendo em vista a infinita diversidade de vontades humanas, contrastada com o caráter limitado dos recursos disponíveis.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos[2] analisa a relação entre as vontades humanas e os “bens da vida”, sendo que os indivíduos se valem desses buscando satisfazer suas necessidades, sejam essas fundamentais para sobrevivência ou secundárias, convenientes aos desejos humanos.

Tal relação é regulada pelo “interesse”, proporcional à dimensão da necessidade, na medida em que o indivíduo terá maior ou menor interesse por determinado bem da vida, conforme o impacto que tal necessidade terá em sua vida.

Além disso, ao se relacionarem em comunidades, os interesses dos seres humanos se estendem da esfera individual para a coletiva, derivada das necessidades do grupo de indivíduos:

> Fala-se assim em interesse individual e interesse coletivo. No interesse individual, a razão está entre o bem e o homem, conforme suas necessidades; nos interesses coletivos – abrangidos aqui os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos – a razão ainda está entre o bem e o homem, mas apreciadas as suas necessidades em conjunto a necessidades idênticas do grupo social.[3]

---

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 40.
[2] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1º. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.
[3] SANTOS, *idem.*

Ademais, adiciona-se a essas divergências entre os interesses (individuais e coletivos) dos particulares, as “situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo (...) porque o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão", nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Candido Dinamarco. Assim, concluem os eminentes juristas que “nessas duas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa”, destacando que “a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial”[4].

Tais conflitos de interesses são intrínsecos à vida em sociedade, sendo que a resolução destes, nas suas mais variadas formas, é essencial para a continuidade da paz social e da existência próspera da sociedade humana. Sem a elaboração de mecanismos capazes de solucionar os conflitos, é certo que a paz e a ordem social estariam comprometidas e, consequentemente, estaria em risco até a própria sociedade.

Nesse sentido, uma das concepções de “direito” é esse conjunto de mecanismos normativos criados pelas sociedades para não só dirimir os conflitos definitivamente, mas também para prevenir que ocorram, preservando-se a paz e a ordem social[5].

Atualmente, essa função ordenadora da ordem jurídica é exercida pelo Estado, detentor do poder de ditar as soluções para os conflitos existentes entre os particulares. Tal autoridade estatal não se firmou do dia para a noite, mas ao longo de séculos, até a consolidação do Estado moderno que temos hoje, o qual

> [...] exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões.[6]

Concluem os eminentes juristas que esse poder estatal caracteriza-se como “a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões”. Para tanto, tem-se a instituição de um sistema processual, pelo qual o Estado estabelece normas e cria órgãos jurisdicionais, cujo objetivo principal é alcançar a “pacificação mediante a solução de conflitos”.

O sistema processual denomina “lide” o conflito de interesses entre particulares (ou entre particulares e o próprio Estado), na medida em que os interesses das partes são antagônicos, sendo dever (e poder) do Estado resolver tal conflito de acordo com os comandos da ordem jurídica, atuando de forma imparcial em relação às vontades subjetivas das partes, atendendo apenas à vontade da lei.

---

[4] CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit*. p. 41
[5] SANTOS, *op cit*. p. 27
[6] CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit*. p. 45

Entende-se assim que o Estado tem a função de “assegurar a ordem jurídica, e, pois, compor as lides ocorrentes por meio da atuação da lei”, ou seja, “conforme a vontade da lei que regula o conflito”. Moacyr Santos completa, então, afirmando que “a essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente, jurisdição”[7].

Vale destacar que, tal função estatal jurisdicional decorre da vontade dos particulares de se submeter ao Estado, na medida em que este impõe autoritariamente uma solução para o conflito de interesse que lhe foi trazido. Há, portanto, uma espécie de “permissão” concedida pelos particulares para que o Estado exerça a referida função jurisdicional. É esse caráter voluntário, construído ao longo da história, que fundamenta a legitimidade do Estado para “invadir” a esfera de liberdade dos indivíduos, em nome da busca da paz e da ordem social.

E como contrapartida para esta legítima invasão das liberdades dos particulares, exige-se que a atividade do Estado fique restrita à aplicação das regras previamente definidas pela ordem jurídica, na medida em que “o direito processual constitui o sistema de princípios e normas legais regulamentadoras do exercício da função jurisdicional”.

Nesse sentido, tem-se que a ordem jurídica coordena a expressão dos diversos interesses que se manifestam na vida social, fixando regras para a solução dos inevitáveis conflitos ocorrentes entre os membros da sociedade.

Mas, além disso, a ordem jurídica conduz também a relação entre o Estado-juiz e aqueles que o procuram para dirimir suas pendências, conferindo aos particulares o prévio conhecimento acerca da maneira com o Estado-juiz irá atuar para solucionar o conflito. Trata-se de garantir previsibilidade aos jurisdicionados, com o intuito de evitar abuso e arbitrariedade por parte do Estado no exercício dessa função jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, então meios e instrumentos para resguardar a efetividade da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana no exercício dessa função estatal, através das garantias constitucionais[8], entre as quais destaca-se:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
> (...)
> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra

[7] SANTOS, *op cit*. p. 35
[8] COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. Garantias constitucionais e segurança jurídica. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 48

> ilegalidade ou abuso de poder;
> (...)
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
> XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
> (...)
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
> (...)
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
> (...)[9]

Pela leitura do trecho acima, tem-se a jurisdição não só como poder do Estado, mas também, e principalmente, como responsabilidade deste, que não pode se privar de apreciar os conflitos trazidos pelos particulares à sua tutela. Cabe ao Estado possibilitar aos jurisdicionados o ingresso em juízo, bem como o recebimento de uma resposta por parte do Estado:

> Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe).[10]

Entende-se, portanto, que a Constituição Federal ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante não só a possibilidade de que os particulares busquem o Estado para dirimir seus conflitos como também estende tal garantia a todos os jurisdicionados que se sintam lesados em seus direitos ou até ameaçados.

1.2 Acesso à justiça

O princípio garantidor do “acesso à justiça” pode ser entendido como o “direito de ação”, no sentido em que garante aos jurisdicionados a possibilidade de ingresso em juízo

---

[9] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04/06/2016.
[10] CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit*. p. 55

em busca de uma tutela jurisdicional reparatória de direitos lesados ou preventiva à lesão de direitos.

Esse direito à prestação jurisdicional foi consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, citado acima, dentro do rol dos Direitos Individuais e Coletivos Fundamentais. A ordem constitucional brasileira traz, então, "de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito", conforme posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes[11].

No âmbito internacional, é um direito humano essencial ao exercício da cidadania, prevista pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José, Costa Rica:

> Artigo 8. Garantias Judiciais.
> 1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.[12]

Assim, como direito humano e fundamental, o acesso à justiça é essencial para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a ordem constitucional brasileira, ao determinar que todo o cidadão tem direito de acesso à justiça, trouxe o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional para a esfera de responsabilidades do Estado. Dessa forma, é dever do Estado proporcionar tal acesso a seus jurisdicionados, bem como resolver as questões suscitadas, na medida em que tem o monopólio da função jurisdicional e não pode se furtar de exercê-la diante dos conflitos apresentados por seus jurisdicionados.

É sabido, porém, que a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça esbarra em diversos empecilhos, que se estendem deste as restrições ao ingresso em juízo até a efetividade da tutela concedida, no sentido em que o objetivo não é apenas garantir o direito de peticionar perante os órgãos jurisdicionais, mas, além disso, receber destes uma completa prestação jurisdicional, que soluciona o conflito de forma justa e tempestiva, obedecendo à ordem jurídica em tempo razoável.

Para Grinover, Cintra e Dinamarco, esses "óbices" que ameaçam a efetividade do processo e sua "missão social de eliminar conflitos e fazer justiça", estariam situados em quatro "pontos sensíveis" (usando expressão de Barbosa Moreira): a admissão ao processo

---

[11] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 387

[12] Organização dos Estados AMERICANOS, Pacto de San José de Costa Rica. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04/06/2016.

(ingresso em juízo), a justiça das decisões, o modo de ser do processo e a efetividade das decisões[13].

Trata o primeiro ponto da necessidade de viabilizar o ingresso no sistema processual em escala ampla e irrestrita, superando as dificuldades econômicas, psicológicas ou culturais que frequentemente atrapalham não só o ingresso em juízo como também o oferecimento de defesa adequada.

Nesse sentido, o cumprimento da oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), busca evitar que a falta de recursos incompatíveis com os altos custos do judiciário impeça a participação dos jurisdicionados no processo, seja como reclamante ou reclamado. Além disso, criou-se mecanismos para superar as restrições decorrentes da regra individualista do processo e estender o alcance da tutela jurisdicional a todos os direitos lesados ou ameaçados, sejam decorrentes de interesses individuais, difusos ou coletivos.

O segundo ponto se refere ao critério de orientação que o julgador deve pautar-se durante as várias fases do processo, nas quais seus atos se alternam à atuação das partes até o resultado final da lide. Assim, conforme exemplo trazido pelos eminentes juristas, não deve o julgador "exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte".

Ademais, cabe ao julgador apreciar as provas de forma justa e diante da conclusão acerca dos fatos trazidos nos autos, enquadra-los em normas e categorias jurídicas adequadas, sendo que conflitos entre interpretações opostas devem ser resolvidos de forma a privilegiar o resultado mais justo, que satisfaça o maior número de pessoas ou que imponha menos restrições ao direito conflitante.

Quanto ao "modo de ser do processo", refere-se ao princípio do devido processo legal, cuja observância é exigida em texto constitucional para qualquer processo em qualquer instância. É preciso, portanto, respeitar a sequência, as formalidades e demais exigências previstas na lei para os atos processuais, garantindo às partes a oportunidade de "participar em diálogo com o juiz (contraditório), que este seja adequadamente efetivo para a busca de elementos destinados à preparação dos julgamentos a serem proferidos".

No último ponto, Grinover, Cintra e Dinamarco destacam que para se alcançar uma tutela jurisdicional de "boa qualidade" é preciso garantir que a decisão proferida tenha efetividade, ou seja, assegure ao vencedor precisamente aquilo que lhe é de direito e de forma rápida e proveitosa.

Ora, quando um sujeito busca a tutela jurisdicional a fim de ver satisfeita sua pretensão, cessada violação ou ameaça a direito seu, é certo que espera do Estado uma

---

[13] CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit*. p.56

resposta concreta, apropriada e em tempo hábil para produzir efeitos práticos, tendo em vista que não basta apenas que a pretensão receba uma análise de mérito, sem que a parte vencedora possa de fato ver os efeitos práticos na vida social daquele direito que lhe foi declarado.

É necessário, portanto, que o resultado do processo seja justo, e atenda à melhor norma aplicável, bem como seja tempestivo, evitando que o decurso de tempo afete sua utilidade ao vencedor.

Apropriada é a citação do eminente jurista Wambier, que resume com sabedoria essa questão dos resultados esperados do processo:

> Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão. [14]

Assim, entendem Grinover, Cintra e Dinamarco, que o caminho à ordem jurídica justa deve buscar a superação desses empecilhos com a interpretação harmoniosa de outros princípios e garantias fundamentais complementares ao acesso à justiça.

> Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (**universalidade da jurisdição**), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o **devido processo legal**, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (**princípio do contraditório**), podendo exigir dele (d) a **efetividade de uma participação em diálogo** – tudo isso com vista a preparar uma solução que seja justa e capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.[15] (grifou-se)

Vale destacar, então, que a relação existente entre o devido processo legal e a efetividade do processo, considerando que a necessária observância de todas as regras legais impostas pelo legislador para o exercício do direito de requerer do Estado a solução de suas demandas, muitas vezes deixa o trâmite da causa perante o Judiciário bastante formalista e burocrático.

Assim, o excesso de formalismo, aliado à falta de estrutura no Poder Judiciário para enfrentar a demanda crescente de processos, inevitavelmente aumenta de forma considerável o tempo de espera das partes pela resolução da lide, ao ponto da tutela conferida, em inúmeros casos, não mais ser capaz de produzir os efeitos práticos

---

[14] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.
[15] CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit*. p. 56

decorrentes do direito declarado.

Assim, juntamente aos já citados Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o direito à razoável duração do processo foi incluído expressamente no artigo 5º da Constituição Federal a partir da Emenda nº 45 2004, no inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[16].

A inserção deste no texto constitucional destaca a preocupação do legislador como a morosidade dos processos judiciais, tendo em vista a grave ameaça que representa à efetividade da prestação jurisdicional. Assim, sendo esta entendida como essencial para a realização do acesso à justiça, é certo que a demora excessiva na solução de conflitos "é fonte de enorme angústia aos jurisdicionados, sendo ainda, no mais das vezes, a grande responsável pelo inevitável desgaste dos próprios direitos alegados em juízo", conforme os ensinamentos de Maurício Giannico[17].

Para completar essa análise dos efeitos graves da espera demasiada imposta aos sujeitos que buscam o Judiciário, o autor cita trecho da obra de Luiz Guilherme Marinoni, aqui transcrito:

> A morosidade não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à justiça. A lentidão leva o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo ate mesmo conduzir à deslegitimação do poder[18]

A partir do reconhecimento desses graves problemas decorrentes da morosidade excessiva do processo, entre outros fatores, surgem discussões acerca de necessidade de reformas processuais que criem alternativas para garantir maior celeridade processual ou ainda tentar contornar as consequências da demora, evitando que o extravio da efetividade da prestação jurisdicional.

Entre as alternativas pensadas pelos juristas brasileiros estava o processo cautelar, nas palavras de Eliana Calmon[19]:

> A demora na prestação jurisdicional levou os advogados a buscarem solução processual e, no processo cautelar, ingenuamente estruturado no Código de Buzaid, encontraram a saída para as urgências: as liminares acautelatórias para aguardar-se a demorada

---

[16] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. *op cit.*

[17] Giannico, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Theotonio Negrão/coordenação José Roberto F. Gouvêa). p. 12

[18] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29

[19] CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. In: Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 11, n. 2, p. 99-241, Jul./Dez. 1999 – p. 159/160

> sentença, sem correr o risco da imprestabilidade da atuação estatal. Esta foi a solução para atender aos direitos instantâneos.

Com isso, é certo que a efetividade da prestação jurisdicional, inevitavelmente, sofre os desgastes provocados pelo decurso do tempo nas relações processuais, sendo que foi preciso adequar a legislação processual a esta necessidade de conceder a satisfação imediata a um direito reclamado ou, pelo menos, guardar tal direito dos desgastes do tempo.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS E INSTITUTOS RELACIONADOS

2.1 Convivência entre os princípios constitucionais

Como visto, a Constituição Federal já fixou a importância do fator "tempo" no processo, na medida em que a efetividade da jurisdição depende, entre outros fatores, da celeridade com que a tutela é concedida à demanda suscitada, não se admitindo uma espera demasiada, além do tempo razoável.

Porém, a duração do processo não pode ser "acelerada" por demais, tendo em vista que a obediência ao contraditório e ao devido processo legal demanda tempo. Assim resume Moacyr Amaral dos Santos, ao lecionar sobre o "princípio da brevidade" no processo civil:

> Conforme o princípio da brevidade o processo deve desenvolver-se e encerrar-se no menor prazo possível, sem prejuízo da veracidade. O interesse público é o de que as demandas terminem o mais rapidamente possível, mas que também sejam suficientemente instruídas para que sejam decididas com acerto[20].

Seria então o caso de convivência de princípios jurídicos constitucionais, mesmo que no caso estejam, aparentemente, em estado de total colidência, nas palavras de Scarpinella Bueno[21]:

> Justamente porque o *tempo* inerente ao exercício do contraditório e da ampla defesa é rigorosamente oposto à necessidade da *efetividade* da jurisdição e de sua *celeridade* é que, realizando o modelo constitucional do processo civil, o legislador criou formas de, dependendo de uns tantos pressupostos demonstrados concretamente, o juiz, sopesando-os, decidir pela *preponderância* de um ou de outro *valor* constitucional.[22]

Dessa forma, entende-se que a ideia de "razoável duração do processo" decorre da convivência recíproca entre os princípios do contraditório e do devido processo legal e os princípios da efetividade e celeridade, na medida em que um processo com duração *razoável* permite o exercício da **cognição jurisdicional proporcional ao tipo de tutela que busca o demandante** e, principalmente, **ao grau de estabilidade que terá a tutela concedida.**

---

[20] SANTOS, *op cit*. p. 336

[21] BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada. 2ª ed.. rev., atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e com as Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6

[22] BUENO, *ibidem*. p. 7

2.2 Cognição jurisdicional

De acordo com Scarpinella[23], a cognição jurisdicional é: “o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar o juiz a conhecer dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução”, ponderando a *quantidade e a qualidade* das informações a serem levadas em conta diante de cada caso concreto, buscando-se condições de otimizar a prestação jurisdicional.

Assim, para analisar a relação entre a cognição jurisdicional e o tempo de entrega da tutela, quanto aos procedimentos criados para proporcionar a prevalência do princípio da celeridade, sem excluir o princípio do devido processo legal, vale trazer, primeiro, as lições de Kazuo Watanabe sobre os vários tipos de cognição.

O eminente jurista considera que a cognição está dividida em planos, horizontal e vertical. No *plano horizontal* a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo: pressupostos processuais (regularidade do processo), condições da ação e questões de mérito. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada/parcial, segundo a extensão das matérias a serem analisadas pelo magistrado, “consoante haja ou não limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem levados e/ou apreciados pelo magistrado”[24], conforme leitura de Scarpinella do texto de Watanabe.

Já no plano *vertical,* leva-se em consideração o grau de profundidade que o magistrado irá analisar as matérias trazidas aos autos, sendo classificada em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta). Vale destacar, desde logo, que essa profundidade varia, entre outras razões, de acordo com o tempo disponível para apreciação do caso concreto, que pode demandar uma decisão mais célere diante da iminência de lesão a direitos, permitindo uma cognição mais superficial da matéria, conforme explica Scarpinella:

> Como fazer mais ou menos pesquisa em torno da descoberta da “verdade” leva um espaço de “tempo” diretamente proporcional à atividade intelectual a ser exercitada, a autorização para que o juiz decida sem maiores pesquisas ou provas definitivas é forma de abreviar o tempo para a decisão do juiz.[25]

Watanabe ensina, então, que os dois planos podem se combinar de algumas formas, também de acordo com as peculiaridades de cada caso:

> De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição

[23] BUENO, *op cit*. p. 15
[24] BUENO, *ibidem*. p. 16
[25] BUENO, *ibídem.* p. 17

> dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porem, se a cognição é eliminada "de uma área toda de questões", seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade[26].

Assim, é justamente a partir da combinação dessas modalidades de cognição que foi possível ao legislador "conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais", ajustando a preponderância do princípio do devido processo legal à necessidade de maior celeridade da entrega jurisdicional, essencial em alguns casos para garantir a efetividade da jurisdição.

E, certamente, ao reduzir-se a extensão das matérias a serem analisadas pelo magistrado ou a profundidade dessa análise, não se está diante de uma limitação das garantias do contraditório ou da ampla defesa, mas apenas uma "preferencia" pela celeridade do processo. Para Scarpinella:

> O grande norte a ser seguido pelo legislador e, consequentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o do principio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa), constante do art. 5o, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom principio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5o, LIV e LV, respectivamente).[27]

Nesse sentido, segundo o eminente jurista, alguns procedimentos especiais, de cognição parcial, impõem limites à extensão das pretensões levadas ao Judiciário, restritas a algumas situações específicas de direito material, e, consequentemente, também limitam a extensão da defesa do réu. Traz exemplos, previstos no Código de Processo Cível de 1973: "nas ações de consignação em pagamento (art. 896), nos inventários (art. 984) e na lei de desapropriações, em que a defesa do expropriado fica limitada à discussão da justiça da indenização (DL n. 3.365/41, art. 20)". E assim conclui:

> Não há, nesses casos e em tantos outros que se poderia cogitar, qualquer "limitação" ao contraditório e à ampla defesa. A limitação dos tipos de pretensão e defesa arguíveis perante o Judiciário é legitima porque busca bem realizar os princípios da efetividade da jurisdição, do devido processo legal e da celeridade (art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF, respectivamente), otimizando a prestação jurisdicional. Haveria ofensa reprovável aqueles princípios se não fosse possível, em outro processo,

---

[26] WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199
[27] BUENO, *op cit*. p. 5

> aventar outras pretensões ou defesas.[28]

Ou seja, o legislador criou procedimentos específicos para os casos em que o intuito do demandante está mais voltado para a celeridade da prestação do que para a certeza e a estabilidade do direito declarado. Caso contrário, na hipótese do demandante almejar uma decisão definitiva e imutável, deve se submeter ao procedimento de maior duração, que trará as condições necessárias a uma cognição mais ampla e profunda da matéria e, consequentemente, irá autorizar o magistrado a decidir com maior grau de certeza e conferir à decisão a autoridade da estabilidade (através da coisa julgada, tratada adiante).

E é justamente devido ao fato de que há no ordenamento jurídico diferentes procedimentos, adequados às peculiaridades do direito material nas diferentes demandas do caso concreto, que é possível afirmar a ausência de restrição total aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, principalmente na perspectiva do réu, que pode se valer de outros procedimentos para ver respeitadas suas garantias processuais constitucionais. Assim, pelas palavras de Fredie Didier Jr:

> Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta: a) as peculiaridades do direito material, e/ou; b) a necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar as questões controvertidas excluídas em demanda autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e razoável duração do processo, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa.[29]

Nesse sentido, Watanabe, expõe acerca da importância do estudo do procedimento como “previsão da lei” no “plano abstrato” para constatar se determinado processo segue o *procedimento* mais adequado ao exame do contraditório do litígio, se atende ou não as exigências constitucionais do devido processo legal[30], e assim conclui:

> É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a clausula do “devido processo legal”[31].

---

[28] BUENO, *op cit*. p. 16
[29] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 446
[30] WATANABE, *op cit*. p. 130
[31] WATANABE, *ibidem*. p. 131

Diante disso, tem-se a certeza de que uma pretensão levada ao Judiciário, cujo contexto fático do direito material ameaçado ou já violado reclama uma prestação jurisdicional urgente, que não pode esperar o magistrado formar sua convicção de forma irretorquível, deve se valer de um procedimento mais célere adaptado a tal urgência.

O procedimento adequado estaria, então, baseado em uma cognição mais superficial das questões, que, segundo Scarpinella[32], autoriza o magistrado a "decidir de forma mais rápida, sem ter formulado, em seu íntimo, uma convicção total e imodificável de seu ponto de vista" sobre as matérias trazidas pelo demandante, podendo decidir "mais com a *aparência* do que parece ser certo e necessário do que decidir com 100% de razão ou convicção formada".

Assim sendo, nas situações em que o *tempo* não é um problema para o processo, é possível dar maior preponderância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como à estabilidade da decisão, a qual só é concedida de forma plena (através da coisa julgada) às decisões proferidas com base em *cognição exauriente.*

> [...] o tempo para que ele, o juiz, forme sua convicção não é importante. O que importa é que ele esteja suficientemente seguro para responder à provocação da jurisdição. [...] O que releva é que, nessas condições, o magistrado dispõe de todo o tempo que for necessário para formação de sua convicção. É esta, para empregarmos a expressão de Watanabe, a cognição exauriente[33].

Ao contrário, quando o magistrado não tem tempo para analisar profundamente todas as questões trazidas e formar sua convicção definitiva, ele está autorizado a decidir sem maiores pesquisas, com base em *cognição sumária*, a fim de abreviar o tempo e atender à urgência reclamada pelo caso concreto.

Portanto, é certo que, em alguns casos, a profundidade do exercício da cognição pelo magistrado se torna inversamente proporcional à urgência do pedido de prestação jurisdicional, na medida em que quanto maior a urgência (menor for o tempo disponível), menos aprofundado será o exame da matéria e o juiz decidirá com base em cognição sumária. No sentido oposto, nos casos em que há uma menor urgência, o magistrado tem tempo suficiente para buscar elementos e pesquisar sobre o caso concreto até formar sua convicção definitiva sobre a matéria e decidir com base em cognição exauriente.

Diante dessa proporção inversa entre urgência da prestação e profundidade da cognição fica evidente o exercício de preponderância dos princípios processuais

---

[32] BUENO, *op cit*. p. 17
[33] BUENO, *ibidem.* p. 18

constitucionais diante das demandas dos casos concretos.

É o caso concreto que vai decidir por um procedimento em que exista maior estima da efetividade e a celeridade e consequentemente restrinja a profundidade da cognição, ou por um procedimento em que a valorização do contraditório e do devido processo legal seja mais acentuada, dando tempo ao processo e permitindo uma cognição exauriente.

A tutela provisória é um desses procedimentos em que há o prestígio da efetividade e da celeridade, em diferimento do contraditório, chegando ao ponto de, em alguns casos, o magistrado sequer ouvir o réu antes da decisão (como nas liminares concedidas nas tutelas de urgência antecipadas antecedentes e em hipóteses da tutela de evidência), evitando ameaças ao efetivo cumprimento da medida pleiteada e concedida. Ocorre que essa restrição à profundidade da cognição decorrente da falta de tempo, impede que as decisões proferidas recebam a qualidade de imutáveis, elas continuam discutíveis no âmbito do processo e seus efeitos extraprocessuais não são podem ser irreversíveis.

2.3 Estabilidade e Imutabilidade

Conforme já exposto, os conflitos de interesses entre particulares (ou entre estes e o Estado), inerentes à vida em sociedade, são ameaças à ordem e a paz social, competindo ao Estado-juiz exercer seu poder de jurisdição, atuando na eliminação dos litígios.

Essa atuação do Estado tem como objetivo a pacificação social e se desenvolve por meio do processo, mediante regras procedimentais previamente estabelecidas, buscando efetivar a vontade da lei perante o caso concreto de forma definitiva, evitando que aquela questão volte a ser alvo de discussão, ameaçando a estabilidade das relações sociais.

Nesse sentido, Marcus Flávio Horta Caldeira entende que:

> Não basta que a questão seja decidida, é necessário para a estabilidade das relações sociais que essa decisão seja definitiva, imutável.
> Assim, quando alguém busca o Estado-juiz para que *componha a lide* ou *atue a vontade concreta da lei*, espera-se que haja um provimento jurisdicional definitivo sobre a questão.[34]

O processo é, então, o instrumento de solução dos conflitos nas relações sociais e organização social, pelo qual o Estado, detentor do monopólio da jurisdição, profere uma decisão final, encerrando o conflito definitivamente e garantindo o sentimento de **segurança** na sociedade.

Dessa forma, uma sociedade organizada em um Estado soberano, regido por uma

[34] CALDEIRA, Marcos Flávio Horta. Coisa julgada e crítica a sua “relativização”. 1ª ed. Brasília: Thesaurus, 2012. p. 41

constituição democrática, tem como principio intrínseco o valor da *segurança jurídica,* eis que indissociável da concepção de Estado de Direito. Nas palavras de Marcus Vinicius Furtado Coelho:

> [...] podemos dizer que não há como falar de segurança jurídica sem falar de Estado de Direito. Ambos os conceitos se implicam mutuamente na medida em que a segurança jurídica reforça o Estado de Direito e este, por sua vez, possibilita o gozo da segurança jurídica. [35]

E o autor completa esse entendimento destacando o primado da legalidade:

> Assim, o primado da legalidade, isto é a noção de uma sociedade em que todos – das mais altas autoridades aos mais singelos cidadãos – estivessem submetidos a normas legais garantidoras de uma estrutura estável do Estado e de direitos fundamentais é o que sustenta a noção de Estado democrático de direito e que está intimamente relacionada à previsibilidade da aplicação das normas por este mesmo Estado. [36]

No âmbito da Constituição Federal de 1988, apesar de ausente previsão expressa, o princípio da segurança jurídica está inserido no rol dos direitos e garantias constitucionais, "alçado como direito fundamental e cláusula pétrea" e materializado no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada[37], fixados no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal[38] e no artigo 6º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro.

O autor explica que a segurança jurídica estaria "realizada" no ordenamento jurídico por meio desses três institutos devido à relação basilar existente entres eles, na medida em que as três figuras se referem a situações jurídicas findas, concluídas, já incorporadas ao patrimônio jurídico de seu titular. Logo, o respeito ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada impede que as situações jurídicas já constituídas não sejam modificadas por leis os interpretações supervenientes, garantindo aos cidadãos a "sua legítima expectativa e confiança de que essas situações jurídicas se prolongarão no tempo". [39]

Quando ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido, podemos apenas trazer as definições legais, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro:

> Artigo 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato

[35] COÊLHO, *op cit*. p. 94
[36] COÊLHO, *ibidem.* p. 95 e 96
[37] COÊLHO, *ibidem.* p. 113
[38] "Art. 5. [...] XXXVI A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. *op cit.*
[39] COÊLHO, *op cit*. p. 105

> jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.
> § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.[40]

Já a respeito da coisa julgada, apesar do referido artigo também trazer sua definição legal[41], cabe uma análise mais aprofundada, tendo em vista os efeitos desta no âmbito da pesquisa sobre imutabilidade e estabilidade das decisões.

2.4 Coisa julgada

Como visto, o princípio da segurança jurídica exige que a prestação jurisdicional resulte em uma decisão final sobre as questões trazidas ao Judiciário, a fim de compor o litígio de forma definitiva, impedindo a discussão infindável do problema.

No âmbito do processo, pelas lições de Marcus Flávio Horta Caldeira, tem-se que essa necessidade de concluir a discussão decorre também da existência dos recursos e impugnações, que estão previstos no sistema processual (e constitucional, no princípio do duplo grau de jurisdição) para mitigar falhas e erros inerentes à imperfeição humana, objetivando alcançar decisões mais acertadas, mas também acabam por atrasar a definição da disputa. [42]

Assim, esse direito de revisão não pode ser absoluto, justamente por impedir que a demanda receba um provimento jurisdicional definitivo, conforme ensina Fredie Didier Jr.:

> Sucede que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação).
> De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada. [43]

---

[40] BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Diponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23/06/2016

[41] "Art. 6 [...] § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso." BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *idem.*

[42] CALDEIRA, *op cit*. 41

[43] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 467.

Nesse sentido, o instituto da coisa julgada, ao permitir o alcance do fim do processo, conferindo imutabilidade àquilo que foi decidido para o caso concreto, atua para garantir a segurança nas relações sociais, na medida em que o provimento jurisdicional concedido passe a ser **definitivo** e **indiscutível**, não apenas naquele processo, mas em qualquer outro.[44]

Fredie Didier Jr, ao lecionar sobre a coisa julgada de acordo com o Novo Código de Processo Civil, explica que esses dois efeitos jurídicos, de imutabilidade e indiscutibilidade, são decorrentes da "autoridade" da coisa julgada:

> O art. 502 do CPC pretendeu definir coisa julgada.
> Primeiramente, considera a coisa julgada uma "autoridade". "Autoridade" é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, *a coisa julgada é um efeito jurídico* – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.
> Na segunda parte, o art. 502 do CPC preceitua os dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável. [45]

Em sequência, expõe que a imutabilidade impede que decisões qualificadas com a coisa julgada sejam alteradas e que a indiscutibilidade afeta a coisa julgada em duas dimensões.

A primeira refere-se ao *efeito negativo* da coisa julgada, na medida em que se impede o reexame do que já fora decidido: "se a questão decidida for posta novamente para a apreciação jurisdicional, a parte poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada sobre o assunto" [46].

A outra dimensão trata do efeito positivo da coisa julgada, pelo qual uma questão já indiscutível pela coisa julgada deve ser observada quando trazida em outra pretensão, como, por exemplo, a necessária observância da coisa julgada formada na fase de conhecimento durante a fase de liquidação de sentença.

Assim, partindo da premissa de que a decisão é fonte de norma jurídica concreta, o eminente jurista afirma que a "coisa julgada torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta definida na decisão judicial"[47].

Existe, entretanto, a possibilidade de rediscutir-se e até desconstituir-se a coisa julgada. Trata-se das ações rescisórias, previstas para os casos elencados (rol taxativo) no artigo 966, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), cuja análise mais aprofundada

---

[44] CALDEIRA, *op cit*. p. 41
[45] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 513
[46] DIDIER Jr. Curso de direito processual civil, Vol. 2, 2015. *ibidem*. p. 514
[47] DIDIER Jr. Curso de direito processual civil, Vol. 2, 2015. *ibidem*. p. 516

não cabe ao presente estudo.

2.4.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material

Para Marcus Flávio Horta Caldeira, entre diversos outros juristas, a coisa julgada pode ser dividida em dois institutos: coisa julgada formal e coisa julgada material, de acordo com a projeção da "imutabilidade", que "pode ser vista apenas dentro do próprio processo ou projetar-se para além desses limites" [48].

Nesse sentido, explica que a coisa julgada formal é um fenômeno endoprocessual, entendido como "a imutabilidade da decisão, ou melhor, a inalterabilidade da parte dispositiva da sentença, pela perda da faculdade de utilização ou pelo esgotamento dos meios de impugnação disponíveis", seja pela exaustão dos recursos disponíveis ou pelo "transcurso do prazo recursal sem a interposição do recurso cabível".[49]

Em sequência destaca a nítida relação da coisa julgada formal com o instituto da preclusão e traz a definição de Humberto Theodoro Junior[50] "a perda, extinção ou consumação ou de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei para o seu exercício".

Portanto, para Elmano Cavalcanti de Freitas, a partir da análise de Maurício Giannico[51], o fenômeno da preclusão impõe "limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além desses limites, não se pode delas usar". Giannico acrescenta que a preclusão atua em todas as fases do processo "impulsionando-o em busca de seu resultado e gradativamente impossibilitando aos sujeitos da relação jurídica processual o exercício de faculdades previstas em lei".

Dessa forma, a coisa julgada formal ao impedir a continuidade da discussão da decisão "transitada em julgado" estaria, justamente, impondo limites ao exercício da faculdade de recorrer, conforme lições do autor:

> Permanecendo inerte a parte vencida (ou as partes vencidas) ou praticando ato incompatível com o ônus de recorrer, preclui tal possibilidade. Nessa sequência, uma vez precluso o direito de recorrer da sentença – preclusão esta que casualmente será a última que incidirá no respectivo processo –, encerram-se de vez as atividades processuais, impossibilitando-se definitivamente o exercício de qualquer direto ou ônus nesse ambiente (porque todos já foram aniquilados, extintos ou consumados)
> A partir dessa *última* preclusão e da circunstancia de estar exaurida a jurisdição – não mais havendo qualquer ato processual para ser praticado –,

[48] CALDEIRA, *op cit*. p. 44
[49] CALDEIRA, *ibidem*. p. 45
[50] CALDEIRA, *ibidem*. p. 46
[51] GIANNICO, *op cit*. p. 39

> é que surge a coisa julgada formal.[52]

Quanto à coisa julgada material, entende Horta Caldeira[53] que "é um instituto mais abrangente e importante que a formal, pois é fenômeno endoprocessual e exoprocessual, ou seja, tem reflexos dentro e fora do processo", sendo destinada, portanto, "a solucionar definitivamente não apenas o processo, mas a questão jurídica posta ao exame do Judiciário, colocando-se um ponto-final a respeito da matéria".

Afirma o autor[54], através das lições de Wambier que "a coisa julgada material é a coisa julgada por excelência", tanto que "quando nos referimos apenas à expressão 'coisa julgada', ela significa a coisa julgada material", na mesma linha de Didier[55], que entende que a coisa julgada material é a "coisa julgada propriamente dita".

2.4.2 Pressupostos para formação da coisa julgada

Além disso, cabe destacar que a coisa julgada, como efeito jurídico, decorre de dois fatos jurídicos, combinados: "a) uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente; b) o trânsito em julgado", conforme trazido por Didier.

Com o perdão da inversão da ordem proposta pelo autor, tem-se que o trânsito em julgado pode ser entendido justamente como a coisa julgada formal, na medida em que se refere à impossibilidade de recorrer da decisão, seja por transcurso do prazo *in albis* ou porque se esgotaram os recursos cabíveis.

E quanto ao pressuposto da decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente, este resume as exigências inerentes à estabilidade decorrente da coisa julgada, na medida em que "somente a jurisdição pode adquirir esse tipo de estabilidade jurídica" e somente após o exercício da cognição exauriente pode-se conceder a autoridade da coisa julgada à determinada decisão.

> Decisões proferidas em cognição sumária – decisões provisórias (arts. 294-311, CPC) – não estão aptas à coisa julgada. A coisa julgada é uma estabilidade que pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão. Por isso uma decisão que concede liminarmente uma tutela provisória não tem aptidão para a formação da coisa julgada.[56]

Vale então fixar alguns pontos já discutidos:

(i) o nosso sistema processual deve atender os direitos e garantias do acesso à

---

[52] GIANNICO, *op cit*. p. 102 e 103
[53] CALDEIRA, *op cit*. p. 50 e 51
[54] CALDEIRA, *ibidem*. p. 49 e 50
[55] DIDIER Jr., Curso de direito processual civil. Vol. 2. 2015. *op cit*. p. 517
[56] DIDIER Jr., Curso de direito processual civil. Vol. 2. 2015. *ibidem*. p. 516

justiça, efetividade e razoável duração do processo, porém, sem violar princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e da segurança jurídica;

(ii) o instrumento processual máximo de garantia da segurança jurídica é a coisa julgada, que confere imutabilidade e indiscutibilidade às decisões proferidas;

(iii) essa autoridade da coisa julgada pressupõe o exercício de cognição exauriente e que, consequentemente, as decisões proferidas a partir de cognição sumária não recebem a "qualidade" de imutáveis e indiscutíveis;

(iv) o exercício da cognição exauriente, em regra, demanda tempo, nem sempre disponível no processo, tendo em vista a diversidade das demandas no caso concreto;

Tendo isso posto, passa-se a analisar o instituto da tutela provisória, criado proteger a efetividade da prestação jurisdicional do decurso do tempo e garantir o acesso à justiça, sem ferir outros princípios, na medida em que a estabilidade das decisões proferidas não tem a mesma autoridade da coisa julgada.

CAPÍTULO 3 – TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já exposto, as técnicas processuais da cognição exauriente e da cognição sumária se diferenciam pela profundidade com que o magistrado irá examinar os fatos, variável de acordo com o tempo disponível para o debate processual e a decisão almejada pelo demandante.

Assim, tem-se que a cognição exauriente permite um maior aprofundamento da análise das questões trazidas pelo caso concreto, com a realização do contraditório, prévio à decisão, conferindo ao magistrado possibilidade de pleno debate processual até a formação de sua convicção definitiva e com alto grau de probabilidade de acerto quanto ao mérito da questão, sendo que à decisão proferida é concedida a autoridade da imutabilidade pela coisa julgada.

Por outro lado, na cognição sumária há limites à profundidade da análise do magistrado, tendo em vista que a necessidade de decidir o caso concreto em um curto espaço de tempo impede que o debate processual se alongue para produção de outras provas e para a realização plena do contraditório.

Consequentemente, a decisão proferida não forma coisa julgada e pode ser rediscutida e alterada posteriormente, atendendo-se, assim, o princípio constitucional do devido processo legal, que impede que restrições a direitos sejam determinadas sem que as partes envolvidas tenham oportunidades iguais de participar do processo.

Diante disso, bem como da necessidade de criação de novas técnicas processuais, mais adequadas às exigências do direito material, foram introduzidas mudanças na legislação processual desde a década de 1970, inserindo novos procedimentos dentro e fora do sistema do Código de Processo Civil de 1973, conforme ensinam Érico Andrade e Dierle Nunes.[57]

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, essa questão da "diferenciação procedimental"[58] ganha bastante espaço, diante das técnicas delineadas nos procedimentos especiais, nas possibilidades mais amplas de negociação processual e nas *tutelas provisórias.*[59]

---

[57] 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. Disponível em <https://www.academia.edu/12103602/%C3%89rico_Andrade_e_Dierle_Nunes_-_Os_contornos_da_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_provis%C3%B3ria_de_urg%C3%AAncia_antecipat%C3%B3ria_no_novo_CPC_e_o_mist%C3%A9rio_da_aus%C3%AAncia_de_forma%C3%A7%C3%A3o_da_coisa_julgada>. Acesso em 29/06/2016. p. 3.

[58] A expressão é utilizada por Érico Andrade e Dierle Nunes no âmbito da discussão acerca das "tutelas processuais diferenciadas", que tem origem no direito italiano, a partir do trabalho publicado por Proto Pisani em 1973, que tem como pressuposto a "necessidade de diversidade de técnicas processuais para as diversas hipóteses de direito material a ser aplicado", sendo que "os modelos processuais diferenciados seriam delineados com a intenção de garantir as mais idôneas formas de tutela para as várias categorias de situação jurídicas merecedoras de tutela jurisdicional". ANDRADE; NUNES. *ibidem.* p. 1-2

[59] ANDRADE; NUNES. *ibidem.* p. 4

3.1 Tutela provisória como gênero

Tradicionalmente, o sistema de tutela judicial fundada em cognição sumária estava formalmente dividido em procedimentos independentes: a antecipação dos efeitos da tutela, previsto no artigo 273, e o processo cautelar, artigo 796 e ss., ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Para Scarpinella, apesar da divisão procedimental, o objetivo dos dois institutos era "resolver o problema relativo ao tempo necessário para que o Estado-Juiz decida"[60], sendo que podemos entender que a diferenciação está no momento de satisfação do direito.

A tutela cautelar busca **resguardar** o direito material, permitindo que o sujeito usufrua deste **no futuro**, quando a decisão sobre o mérito da causa reconhecer que ele tem direito sobre aquele bem jurídico, sendo que até lá, a cautelar garante que esse resultado ainda seja efetivo. Já a tutela antecipada permite a satisfação imediata do direito pleiteado, antecipando os efeitos que a futura decisão de mérito traria nesse sentido.

Usando um critério um pouco diferente, entende Scarpinella que:

> O critério que me parece útil para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar é verificar em que condições aquilo que se pretende "antecipar" coincide ou não com o que se pretende afinal. Na exata medida em que houver *coincidência* total ou parcial [...], o caso será de tutela antecipada. Na ausência dessa coincidência, seja ela total ou parcial, a hipótese é de tutela cautelar.[61]

Assim, o objeto da cautelar não coincide exatamente com o objeto da ação principal, como ocorre na tutela antecipada (ainda que parcialmente), mas mantém uma relação de conexão jurídica e lógica com o que se pretende no final, diante da *função instrumental* que a cautelar exerce perante a principal, a fim de que "a declaração que lá será proferida tenha a possibilidade de surtir utilmente todos os seus efeitos no plano externo ao processo, isto é, no plano material".[62]

Considerando, então, que os dois institutos atuam para prevenir um dano futuro e conservam, na prática forense, uma aplicabilidade bastante semelhante, já estando, inclusive, amplamente aceita a fungibilidade entre eles, o Novo Código houve por bem reuni-los em um único regime geral de medidas de urgência, inserido no âmbito das Tutelas Provisórias, Livro V do CPC de 2015.

O processo cautelar, como figura autônoma, foi então extinto, eliminando-se o que

---

[60] BUENO. *op. cit.* p. 24
[61] BUENO. *Ibidem.* p. 27
[62] BUENO. *Ibidem*. p. 28

antes era conhecido como “cautelares típicas” e “cautelares inominadas-atípicas”, cuja aplicabilidade já estava bastante desvirtuada das noções originais de “tutela assecuratória”, que não tem um fim em si mesma, tendo em vista a disseminação das “cautelares satisfativas”, um desvio de essência inclusive presente na jurisprudência.

A tutela provisória passou a ser entendida como “gênero” do qual são espécies a tutela de urgência (antecipada e cautelar) e a tutela de evidência, concedidas a partir do exercício de cognição sumária, mais adequada ao procedimento de tutela mais célere.

3.1.1 Das disposições gerais para o gênero “tutela provisória”

O Título I do Livro V do Novo CPC trouxe as disposições gerais para a aplicação das espécies do gênero da tutela provisória, entre as quais vale destacar aquelas que reafirmam a preponderância dos princípios da efetividade e celeridade processual (inerentes às técnicas processuais que visam amenizar os desgastes do direito material diante do decurso do tempo), sem, entretanto, violar o contraditório e o devido processo legal.

> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
> [...]
> Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser **revogada ou modificada.**
> Parágrafo único. **Salvo decisão judicial em contrário**, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.
> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao **cumprimento provisório da sentença**, no que couber.
> Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz **motivará seu convencimento** de modo claro e preciso.[63]

Percebe-se então que o texto legal traz elementos que impedem a violação do devido processo legal, os quais atuam como “um regulador, como um ‘tempero’ à predominância dos princípios da efetividade e da celeridade”, na visão de Scarpinella. Seriam estes:

> a **irreversibilidade fática** da medida como obstáculo à antecipação da tutela (art. 273, § 2º), a possibilidade de **revogação ou modificação** da tutela antecipa- da “a qualquer tempo” (art. 273, § 4º) e, mesmo, ainda que possa não parecer, o dever de a **decisão que antecipa a tutela ser motivada** (art. 273, § 1º) e, ainda, ser a **decisão que a antecipa**

[63] BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23/06/2016

> **plenamente recorrível** (art. 273, § 5º).[64]

Apesar de tais dispositivos terem sido extraídos do Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente à época do lançamento da obra de Scarpinella a qual se faz referência, é certo que a interpretação do texto do Novo CPC é bastante semelhante e demonstra que a convivência entre os princípios foi mantida.

3.2 Espécies: tutela de urgência e de evidência

Conforme texto do artigo 294, a tutela provisória poderá fundar-se em urgência ou evidência, sendo que, para o presente trabalho, vale apenas expor os elementos básicos da tutela de evidência e, posteriormente, analisar melhor a tutela de urgência.

3.2.1 Tutela de evidência

O antigo Código já previa a possibilidade de concessão da tutela de evidência, porém esta não estava explícita e integrava o rol de hipóteses do artigo 273, no inciso II e no § 6º:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> [...]
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
> [...]
> § 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.[65]

Com o advento do Novo Código, o instituto da tutela de evidência foi apartado das hipóteses gerais de antecipação da tutela e ganhou um capitulo autônomo, dentro do Livro das Tutelas Provisórias. Com isso, para a concessão da tutela de evidência passou a seguir as disposições gerais já mencionadas, porém, a aplicação ao caso concreto segue procedimento diverso daquele criado para as tutelas de urgência, melhor analisado posteriormente.

Para aplicação deste instituto não é exigido o requisito da urgência, apenas que a existência do direito material esteja *evidente,* dotada de probabilidade máxima. Trata-se, portanto, de uma “técnica de aceleração do resultado do processo”, pelas palavras de

---

[64] BUENO. *op. cit.* p. 9
[65] BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *op cit*.

Alexandre Freitas Câmara, pela qual se busca "antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença do *periculum in mora*". [66]

Nesta técnica processual, fica claro que a intenção do legislador no exercício da "diferenciação procedimental" não se restringe a socorrer situações de urgência, nas quais o decurso do tempo pode danificar o direito material, mas, de uma forma geral, busca criar mecanismos que possibilitem uma melhor distribuição do ônus do tempo no processo.

Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, "o legislador tem o dever de dar ao juiz o poder de distribuir o ônus do tempo do processo", tendo em vista que, tradicionalmente, o ônus do tempo "foi jogado nas costas do autor, como se ele fosse o culpado pela demora inerente à cognição dos direitos". Isso decorre da visão clássica da doutrina de encarar o fator tempo como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo:

> Acontece que o tempo é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, assim como uma necessidade democrática advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo.
> Ora, se o Estado tem o monopólio da jurisdição, o tempo para a distribuição da justiça somente pode ser problema seu e, deste modo, deve ser distribuído entre as partes para que o princípio da isonomia não reste ferido. [67]

O autor completa demonstrando o fundamento da distribuição do ônus perante uma das hipóteses de antecipação da tutela do CPC de 73:

> A norma que permite a tutela antecipatória em caso de abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) constitui o fundamento para a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito afirmado pelo autor e a fragilidade da defesa. [68]

No Novo Código, tal hipótese foi deslocada do grupo das "tutelas antecipadas" para as "tutelas de evidência", mas continua representando este fundamento de distribuição do ônus de acordo com a evidência do direito. O próprio autor, em trabalho publicado já na vigência do CPC de 2015, reafirma esse posicionamento:

> O tempo do processo, para que violada não seja a igualdade, deve ser distribuído entre os litigantes de acordo com a evidência do direito. Assim, por exemplo, não há racionalidade em obrigar o autor a esperar o tempo de instrução da causa quando os fatos constitutivos do direito estão provados

---

[66] CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 167.
[67] MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. Revista Estação Científica. (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>. Acesso em 29/06/2016. p. 85-86
[68] MARINONI, Direito fundamental à duração razoável do processo. *ibidem*. p. 86.

> mediante documento. Nesse caso, em que a instrução dirá respeito apenas aos fatos cujo ônus da prova incumbe ao réu, só a esse pode ser racionalmente atribuído o ônus do tempo.
> Pouca coisa é mais irracional, quando se pensa na necessidade de distribuição do tempo do processo, do que obrigar o autor a esperar o tempo que serve unicamente para o réu demonstrar a falta de consistência da sentença.[69]

Além da hipótese de concessão da tutela provisória baseada na evidência, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, prevista no inciso I do artigo 311 do Novo Código, este amplia o espectro de aplicação do instituto para os casos em que:

> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
> IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Trata-se de uma técnica processual que visa à aceleração do resultado do processo também nos casos em que houve o exercício do contraditório, justamente porque não está baseada na urgência do pedido, mas na probabilidade máxima de existência do direto material.

As hipóteses dos incisos I e IV preveem a concessão da tutela após o oferecimento de defesa pelo réu, pela qual este claramente busca apenas protelar o deferimento do pedido autoral ou apenas não conseguiu trazer elementos capazes de contestar os fatos constitutivos do direito do autor, demonstrados apenas com os documentos trazidos na inicial. É uma hipótese de concessão da tutela em que o ônus do tempo do processo deve ser imputado ao réu, que exerceu seu direito de defesa de forma abusiva ou apenas não conseguiu gerar dúvida razoável a respeito dos fatos da causa, sendo que o direito do autor é reconhecido como *evidente* e pode ser deferido desde logo.

Mas a tutela de evidência também pode ser concedia liminarmente, nas hipóteses dos incisos II e III, em que a probabilidade máxima da existência do direito substancial é demonstrada já na petição inicial. Para Alexandre Freitas Câmara, essa concessão *inaudita*

---

[69] MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>. Acesso em 29/06/2016.

altera parte é absolutamente excepcional, aceita apenas quando o demandante demonstrar que "realmente o caso deduzido em juízo é uma repetição de demandas seriais (art. 311, II) ou de que efetivamente houve a celebração de um contrato de depósito e se configurou a infidelidade do depósito (art. 311, III)". [70]

Apenas nesses casos excepcionais seria legítimo aceitar o diferimento do contraditório diante de uma mais adequada distribuição do ônus do tempo no processo, na medida em que o contraditório é uma exigência do Estado de Direito e só pode ser afastado para garantir a proteção de algum direito fundamental que seria sacrificado com a sua observância, conforme já defendido neste trabalho. [71]

3.2.2 Tutela de urgência

Conforme exposto acima, o Novo Código reuniu os institutos da tutela cautelar e a tutela antecipada em um único regime geral de medidas de urgência, tendo em vista a semelhança desses quanto ao objetivo de evitar a ocorrência de danos iminentes resultantes da demora do processo.

Trata-se, portanto, de procedimento criado para casos de emergência, em que o direito material do demandante corre perigo de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação ou mesmo se tornar inútil. Nessas situações, os princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da efetividade da jurisdição e da celeridade merecem preponderância sobre o princípio devido processo legal, postergando o exercício do contraditório para garantir que o direto suscitado não sofra os efeitos nocivos do tempo.

Entretanto, conforme já exposto ao longo deste trabalho, o diferimento do contraditório não pode ser realizado sem uma justificativa de proteção de outros direitos fundamentais que se apresentem mais urgentes no momento. Justamente por isso, tem-se como requisito essencial da concessão da tutela de urgência a demonstração pelo requerente da existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*)[72], sendo que este perigo pode "ter por alvo a própria existência do direito material [...] ou a efetividade do processo", nas palavras de Alexandre

---

[70] CÂMARA, *op. cit.* p. 171
[71] CÂMARA, *ibidem.* p. 170
[72] A permissão do diferimento do contraditório também exige, para os casos de tutela de urgência antecipada, que os efeitos da decisão não se tornem irreversíveis (art. 300, §3º), sob pena de aproxima-los da coisa julgada, inaplicável às decisões baseadas em cognição sumária. Porém, a doutrina e a jurisprudência, passaram aceitar uma exceção a esta regra, conforme explicam Dierle e Andrade: "No entanto, mesmo sob a égide do CPC-73 a doutrina e a jurisprudência aceitavam o deferimento em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se, entre outros critérios interpretativos, o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material – previsto nos arts. 8º e 489, §2º, CPC-2015) para verificar qual esfera de direitos (às vezes fundamentais) deve merecer acatamento, do autor ou do réu." ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 14.

Freitas Câmara.[73]

Para o autor, a distinção entre a tutela antecipada e a cautelar decorre do "tipo de situação de perigo existente"[74], na medida em que a primeira satisfaz de imediato o direito pleiteado e a segunda apenas assegura que tal direito possa ser exercido no futuro. Tem-se, portanto que a distinção conceitual aceita durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, mantem-se, basicamente, com o advento do Novo Código. Assim, para Eduardo Talamini:

> Embora se mantenha a distinção conceitual entre ambas, confere-se-lhes o mesmo tratamento jurídico. Aplica-se a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos e via processual de pleito e concessão. A unificação de regime é positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas.[75]

Entre essas vantagens práticas, tem-se a unificação dos pressupostos básicos de concessão, exigidos de ambas as subespécies da tutela de urgência, sendo que, além do *periculum in mora*, cabe ao demandante demonstrar a probabilidade de existência do direito (*fumus boni iures*)[76], essencial para uma decisão baseada apenas em um juízo de probabilidade (cognição sumária), eis que a situação de urgência inviabiliza o exercício da cognição exauriente.

O Novo Código também eliminou a duplicidade de processos, típica do modelo do processo cautelar autônomo, adotado pelo Código de 1973, que mostrou-se desnecessário e mesmo contraproducente[77]. Assim, ambas as metidas serão processadas nos mesmo autos do pedido principal:

> Quando requerida em caráter **incidental**, a medida (seja ela cautelar ou antecipada) terá lugar dentro do processo em curso, sem autuação apartada e independentemente do pagamento de custas (art. 295).
> Quando o pedido for formulado em caráter **antecedente**, isso implicará obviamente a constituição de um processo. Todavia, subsequentemente, o eventual pedido principal será formulado nessa mesma relação processual (arts. 303, § 1º, I, e 308). (grifos nossos).

---

[73] CÂMARA. *op. cit.* p. 156

[74] CÂMARA. *ibidem.* p. 157: "o que distingue os casos de cabimento da tutela de urgência cautelar daqueles em que é cabível a tutela de urgência satisfativa [antecipada] é o tipo de situação de perigo existente: havendo risco de que a demora do processo produza dano ao direito material, será cabível a tutela de urgência satisfativa; existindo risco de que a demora do processo resulte dano para sua efetividade, caberá tutela de urgência cautelar."

[75] TALAMINI, Eduardo. Tutela provisória no novo CPC: panorama geral. Publicado no site em: 31 de março de 2016. Disponível em<http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=21>. Acesso em 29/06/2016. p. 1-2

[76] Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *op cit*.

[77] TALAMINI, Tutela provisória no novo CPC. *op cit.* p. 2.

Destaca-se que nos casos em que a parte buscar a tutela (seja cautelar ou antecipada) "**incidentemente"**, quando o processo de conhecimento ou de execução já estiver em curso, o pleito será realizado mediante simples petição, sem maiores complicações procedimentais.[78]

Porém, quando o pedido é **antecedente** à formação do processo principal, estão previstas no Novo Código regras diferentes para a cautelar (art. 305 a 310) e para a antecipada (art. 303 e 304)[79], principalmente quanto ao ônus de formulação de pedido principal, depois de efetivada a medida urgente, e a forma de estabilização da tutela concedida.

Eduardo Talamini explica a questão do ônus da formulação do pedido principal da seguinte forma:

> Uma vez efetivada a tutela cautelar em caráter antecedente, o autor fica incumbido de formular o pedido principal no prazo de trinta dias, sob pena de cessação de eficácia da medida (arts. 308 e 309, I). Caso cessada a eficácia da tutela cautelar, é vedada a renovação do pedido, salvo por fundamento diverso (art. 309, par. ún.).
> Já se a tutela urgente deferida em caráter preparatório for antecipada, o autor tem ônus de complementar sua argumentação e confirmar o pedido de tutela final em quinze dias, ou em outro maior que o juiz lhe der, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 303, §§ 1º, I, e 2º).[80]

Essa questão tem repercussões na estabilização da tutela concedida, principalmente na antecipada, tendo em vista que, caso o autor não apresente o principal no prazo fixado dando seguimento ao processo, este será extinto sem resolução de mérito, sendo que a tutela concedida conservará sua eficácia por tempo indeterminado, enquanto não for revista, reformulada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação própria (art. 304, § 3º), conforme exposto a seguir.

3.2.2.1 Estabilização da tutela de urgência

---

[78] ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 12

[79] Ocorre que o exercício de escolha entre os dois procedimentos é um tanto complicado, o que já era percebido na vigência do antigo CPC, tanto que a fungibilidade entre os dois institutos já era aceita pela jurisprudência. Nesse sentido, destacam Dierle e Andrade: "O ponto pode gerar dúvidas a respeito da natureza da medida, se cautelar ou se antecipada, a fim de se escolher o procedimento adequado, pois, como destaca a doutrina italiana, a diferenciação entre as medidas cautelar e antecipatória não é tarefa fácil: não obstante a existência de campos em que a separação é tranquila, há outros que constituem verdadeiras zonas cinzentas, em que a diferenciação se mostra extremamente delicada. Com isso, ainda na esteira da doutrina italiana, o ônus dessa diferenciação não deve ser deixado para as partes. Aqui o legislador construiu no novo CPC cenário adequando, pois admite expressamente, para mitigar eventuais indicações inadequadas do ponto de vista procedimental, quanto à natureza cautelar ou antecipatória da mediada, que se aplique o procedimento adequado conforma a hipótese de aplicação (art. 305, par. Único, do novo CPC). ANDRADE; NUNES. *ibidem.* p. 13

[80] TALAMINI, Tutela provisória no novo CPC. *op cit.* p. 2

Pela leitura do texto normativo inserido nos Capítulos II e III do Título destinado às tutelas de urgência, percebe-se que a questão da estabilização da tutela concedida é tratada de forma bem diferente no âmbito da antecipada e da cautelar. Enquanto para a primeira existem regras específicas e um tanto complexas, para a segunda o legislador optou por fixar em um único artigo as situações em que a tutela concedida perde sua eficácia:

> Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:
> I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
> II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
> III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.
> Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Explica Talamini que, na versão original do projeto do Código, as regras de estabilização seriam as mesmas para a tutela cautelar e a antecipada. Porém, as alterações promovidas na Câmara dos Deputados restringiram a aplicação dessas regras apenas à tutela antecipada preparatória, sendo que "A razão de se limitar a estabilização à tutela antecipada é facilmente identificável: não há sentido em se manter por tempo indeterminado uma providência meramente conservativa, que é o que se tem com a tutela cautelar. "[81]

Cumpre então analisar a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, ou seja, casos de urgência extrema, em que não há tempo sequer de reunir provas e fundamentos para o pedido completo, admitindo-se "uma petição inicial 'incompleta'" limitada à "indicação do pedido de tutela final, a exposição sumária da causa, do direito que se busca realizar e da situação de perigo de dano iminente", conforme ensina Alexandre Freitas Câmara[82].

[81] TALAMINI, Tutela provisória no novo CPC. *op cit*. p. 3.
[82] CÂMARA. *op. cit.* p. 160.

CAPÍTULO 4 – ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Requerida a concessão da tutela de urgência antecipada (satisfativa) em caráter antecedente[83], o autor instrui a petição inicial apenas com a exposição sumária da causa, suficiente para formar a convicção de probabilidade do magistrado, mas imprescindivelmente, demonstrando o perigo de dano iminente e, por fim, indicando qual será o pedido de tutela final.

O magistrado recebe o processo e, baseado apenas nos fatos trazidos na inicial, em exercício de cognição sumária, profere decisão liminar (sem a oitiva prévia do réu) que concede a tutela de urgência requerida pelo autor.[84]

Este será então intimado da decisão, quando começará a contar seu prazo de 15 (quinze) dias (ou outro prazo maior fixado pelo juiz) para aditar a inicial, complementando a exposição dos fatos, anexando outros documentos e confirmando o pedido principal, nos termos do § 1º do artigo 303. Caso o autor não promova este aditamento, o Novo Código prevê que o processo será extinto sem resolução de mérito (§ 2º do mesmo artigo 303).

Caso o magistrado entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela, determinará a emenda da inicial no prazo de 5 (cinco) dias. Se o autor não emendar, o pedido será indeferido e o processo extinto, nos termos do art. 303, § 6º do Novo CPC. Daniel Mitidiero, entretanto dá outra interpretação à disposição legal:

> Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o *aditamento* da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (artigo 301, § 6º). O legislador fala em *emenda* à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o artigo 329: trata-se de *aditamento da petição inicial* a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o artigo 301, § 1º, inciso I.” (grifos no original).

Entretanto, para o nosso estudo, vale focar nas hipóteses de deferimento da tutela, sendo que, proferida a decisão, o réu será citado da demanda e intimado acerca da decisão e para a audiência de conciliação ou de mediação designada (art. 303, § 1º, II). O réu pode, então, interpor recurso contra a decisão (o recurso cabível é o Agravo de Instrumento do art.

---

[83] Ressalta Eduardo Talamini que: “Apenas a tutela antecipada antecedente é apta a estabilizar-se. Se, por exemplo, o autor desde logo formula o pedido de tutela final e requer já na inicial, incidentalmente, a antecipação de tutela, e essa é concedida, se não houver recurso, a tutela antecipada não se estabilizará.” TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Publicado no site em: 04 de Abril de 2016. Disponível em <http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=58>. Acesso em 29/06/2016. p. 1.

[84] MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região : Vol. 4, n. 39 (abr. 2015). Edição especial. Disponível em < http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em 29/06/2016. p. 16.

1.015, I, CPC/15), cujo prazo é de 15 dias, contados a partir da data em que tomou ciência do teor da decisão[85] e da tutela concedida. Caso o réu não recorra, a tutela antecipada concedida torna-se estável e o processo será extinto (art. 304, *caput* e § 1º).

O artigo 304 prevê em seu parágrafo 6º que a decisão que concede a tutela **não fará coisa julgada**, porém a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação própria que pode ser iniciada por qualquer das partes, instruída pelo processo extinto. Assim, a partir dos parágrafos 2º e 3º do artigo 304, tem-se outra forma de discutir a tutela concedida e, eventualmente, revoga-la, revisa-la ou reforma-la, ameaçando essa estabilidade decorrente da não interposição do recurso cabível:

> Art. 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.
> § 3o A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.[86]

Vale destacar que o artigo refere-se a *decisão de mérito*, proferida na ação do § 2º, que representa "ação própria, de cognição plena e exauriente, que qualquer das partes pode ajuizar para rediscutir o direito material, objeto da antecipação no procedimento antecedente". [87]

4.1 Estabilização decorrente da não interposição de Agravo de Instrumento

Diante disso, não havendo recurso por parte do réu, o processo será extinto e a tutela concedida tornar-se-á estável e continuará produzindo efeitos para fora do processo, mesmo que o autor não promova o aditamento da inicial.

É possível considerar, então, que, diante da estabilização decorrente da não interposição do recurso, o autor pode, simplesmente, não aditar a inicial e ter o processo extinto, o que não afeta a continuidade dos efeitos da tutela.

---

[85] AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE COBRANÇA DE QUANTIA INDEVIDA. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTEMPESTIVIDADE. **O TERMO A QUO PARA INICIO DO PRAZO RECURSAL É A DATA DA INTIMAÇÃO DA PARTE E NÃO A DA JUNTADA AOS AUTOS DO RESPECTIVO MANDADO DE CITAÇÃO/INTIMAÇÃO.** AUSÊNCIA DE REQUISITO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. PRECEDENTES DESTE E. CÂMARA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 932, III, DO NOVO CPC.
(TJ-RJ - AI: 00268191320168190000 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 5 VARA CÍVEL, Relator: CINTIA SANTARÉM CARDINALI, Data de Julgamento: 15/06/2016, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 17/06/2016)

[86] BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *op cit*.

[87] ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 17

Ocorre que, na prática, percebe-se a possibilidade de o prazo do autor para aditar a inicial encerrar-se antes do prazo para o réu impugnar a decisão através de Agravo de Instrumento, tendo em vista que o prazo do autor para aditar é contado da sua intimação do deferimento da decisão, enquanto que o prazo do réu para recorrer, será contado da sua ciência, que certamente ocorrerá em momento posterior àquele do autor.[88]

Logo, o autor, sem saber se o réu irá ou não interpor recurso, acabará por aditar a inicial sem que haja real interesse no prosseguimento do processo, o que é bastante plausível, tendo em vista que a tutela concedida já está estabilizada e só irá ser questionada se por acaso o réu der início a ação própria do art. 304, § 2º.

Nesse ponto, surge o questionamento: o ato de aditar a inicial representa interesse do autor em dar continuidade ao processo com a cognição exauriente? Se sim, isso afetaria a estabilização? Essa dúvida é reforçada pela redação do artigo 303 em seu § 5º: "O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo". Ou seja, ao requerer a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, deve o autor expressar sua intenção de que deseja valer-se desse benefício, sob pena de, ao aditar a inicial, afastar a estabilização?

Os autores Ériko e Dierle solucionam essa questão dando outra interpretação ao § 5º:

> Com isso, abrir-se-ia o seguinte dilema: se o autor não aditar poderá ver o procedimento extinto sem julgamento de mérito (art. 303, §2º, novo CPC), e, ao mesmo tempo, o aditamento poderia traduzir a inviabilização da estabilização da tutela. Para evitar tal incongruência ter-se-ia de construir a interpretação no sentido de que o §5º do art. 303 se dirige ao aditamento e não à inicial propriamente dita do procedimento antecipatório.[89]

Por esse caminho, caberia ao autor ao aditar a petição inicial com a complementação da exposição dos fatos e a confirmação do pedido de tutela final, expressar sua intenção de dar prosseguimento, mas sem afetar a estabilização da tutela proferida. Confirma-se então o entendimento de que a estabilização depende apenas da ausência de recurso do réu, conforme trazido pelos autores:

> Nestes termos, como primeira leitura, reputamos que a estabilização ou não da tutela dependerá tão somente da manifestação recursal, sendo o adiamento fruto da opção do autor em já buscar a cognição exauriente ou não. Ademais, entendimento contrário inviabilizaria o uso do instituto de modo análogo ao direito estrangeiro, onde, muitas vezes, a parte autora almeja somente a decisão satisfativa, sem interesse em aprofundar a

[88] ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 27
[89] ANDRADE; NUNES. *idem.*

> temática; aspecto, que é mais adequado inclusive no que tange à economia processual.[90]

O que não poderia ser diferente, tendo em vista a previsão expressa do § 6º do artigo 304 que restringe a possibilidade de afastamento da estabilização apenas à decisão proferida na já mencionada ação própria.

4.2 Autonomização e estabilização da tutela antecipada antecedente

Outro ponto importante que complementa esse posicionamento estaria na intenção do legislador de deixar ao interesse das partes a continuidade ou não do processo rumo à sentença definitiva de mérito. A formação da estabilidade da tutela depende, então, apenas da não interposição do recurso pelo réu e não mais exige, como ocorria no Código de 1973 no âmbito das cautelares, que o autor apresente a ação principal completa em 30 dias sob pena de a medida cautelar perder sua eficácia.[91]

O objetivo do instituto é justamente conferir às partes a possibilidade de dar seguimento ou não ao processo de acordo com seus interesses. Se a tutela provisória estabilizada é suficiente, não há porque exigir que o autor estenda o processo sem qualquer interesse na sentença definitiva.

Essa ideia foi trazida no Projeto de Lei do Senado no 186/2005, proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBPD) para alterar o Código de Processo Civil, instituindo a possibilidade de estabilização da tutela antecipatória e a concessão desta em processo autônomo.[92]

Ada Pellegrini Grinover, presidente do IBPD, ao comentar o referido projeto, afirma que a partir do abandono da provisoriedade e da dependência de um processo principal como características tradicionais da tutela antecipatória:

> Procura-se, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico

---

[90] ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 27

[91] "Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.
Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:
I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;
II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;
III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.
Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. " BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *op cit*.

[92] GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006. Disponível em <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/65/62>. Acesso em: 30/06/2016. p. 208.

> – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito.
> Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites.[93]

A justificativa do Projeto também estaria na substancial aproximação entre provimentos antecipatórios e provimentos monitórios, que, apesar de trazerem pressupostos diversos, teriam eficácia análoga.

> No sistema brasileiro, o mandado monitório não impugnado estabiliza a tutela diferenciada, constituindo-se em título executivo judicial (arts. 1.102a a 1.102c, introduzidos pela Lei no 9.079, de 1995). Simetricamente, a mesma coisa deve ocorrer com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem, considerando pacificado o conflito: as partes, e não apenas o demandado, porquanto a antecipação da tutela pode ser parcial, podendo neste caso também o autor ter interesse na instauração ou prosseguimento da ação de conhecimento. Assim, a instauração ou o prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandado e, em caso de antecipação parcial, do demandante, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade da sentença de mérito.[94]

Apesar de o Projeto ter sido arquivado no Senado Federal, as possibilidades de estabilização da tutela antecipatória e a concessão desta em processo autônomo foram agregadas às discussões do Novo Código de Processo Civil, principalmente quanto à aproximação da técnica monitória.

4.3 Semelhanças com a técnica monitória

Essa prerrogativa conferida às partes de dar seguimento ao processo buscando a cognição exauriente ou se contentar com a tutela concedida em cognição sumária, mas que conserva um alto grau de estabilidade se assemelha à *técnica monitória*, “na qual em cognição sumária uma decisão não impugnada tornar-se-á estável.”[95], representando “um instrumento com finalidade prática de satisfatividade sem necessidade de dilação

[93] GRINOVER. *op cit.* p. 208
[94] GRINOVER. *ibidem.* p. 209
[95] ANDRADE; NUNES. *op cit.* p. 4.

probatória”[96].

A ação monitória, apesar de não buscar impedir, especificamente, danos irreparáveis ou de difícil reparação, tem como escopo abreviar a solução de litígios, sem que se tenha cognição exauriente de seu mérito, assim como a tutela antecipada antecedente.[97]

Eduardo Talamini lista os traços fundamentais da tutela monitória em paralelo as características da tutela antecipada estabilizada:

> A estabilização da tutela antecipada antecedente reúne as características essenciais da técnica monitória: (a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; (b) a falta de recurso do réu contra a decisão antecipatória acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; (c) nessa hipótese, a tutela antecipada permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente (ainda que ambas as partes detenham interesse e legitimidade para a propositura dessa demanda – art. 304, § 2º). Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; e (d) não haverá coisa julgada material.[98]

Tais atributos, conclui o autor, estão presentes desde o procedimento da ação monitória acrescida pela Lei 9.079/95 ao Código de 1973 (art. 1.102-a e ss.), mencionados por Ada Pellegrini, e foram mantidos nas previsões do diploma de 2015 (art. 700 e ss.).

4.4 Vedação à formação da coisa julgada

O Projeto de lei põe em destaque a intenção de alteração do sistema processual quanto à possibilidade de revestir a tutela antecipatória da autoridade de coisa julgada, rompendo então com “o dogma de que a coisa julgada só pode coroar o procedimento ordinário de conhecimento e a cognição exauriente do juiz. Aqui, o consenso das partes e a autonomia das vontades falaram mais alto.”.

Porém, conforme já exposto, o sistema do Novo Código não permite a formação da coisa julgada a partir da concessão da tutela antecipada antecedente, o que, para Talamini, constitui um ponto positivo, tendo em vista que imputar a autoridade de coisa julgada material à decisão concessiva da medida urgente, quando estabilizada “seria incompatível com a cognição meramente sumária que respalda a concessão da medida de urgência”[99], que assim completa:

---

[96] ANDRADE; NUNES. *op cit.* p. 25.
[97] TALAMINI. Tutela provisória no novo CPC. *op cit.* p. 4
[98] TALAMINI, *idem*.
[99] TALAMINI. Ainda a estabilização da tutela antecipada. *op cit.* p. 5

> O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (CF, art.5º, LIV). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é, em si mesma, incompatível com as garantias do processo.[100]

Nesse sentido, entendem Ériko Andrade e Dierle Nunes:

> Assim, como as partes podem apresentar a ação de cognição plena e exauriente, a opção pela não ocorrência da 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 um outro, baseado na cognição exauriente.
> [...]
> Essa possibilidade de continuidade ou apresentação posterior do processo de mérito, de cognição mais abrangente, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição.

Diante disso, é possível suscitar a hipótese de que a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente é justamente o que regula a convivência pacífica entre os princípios da efetividade, celeridade, razoável duração do processo e do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Enquanto a decisão liminar baseada em cognição sumária e dotada de ampla executividade e eficácia garante que os jurisdicionados tenham acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional justa e tempestiva, tem-se que o Agravo de Instrumento, a ação própria do § 2º do art. 304 e a expressa vedação à formação da coisa julgada, traduzem formas de evitar a estabilização da tutela ou mesmo buscar sua revisão, reformulação ou invalidação, concedendo oportunidades à parte adversa de participar ativamente da discussão processual e influir na formação da convicção definitiva do magistrado.

---

[100] TALAMINI. Ainda a estabilização da tutela antecipada. *op cit.* p. 5.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que o instituto da tutela provisória foi pensado para adequar a prestação jurisdicional às necessidades do caso concreto, até então não atendidas pelos procedimentos genéricos, neutros em termos temporais, eis que tinham a pretensão de permitir o julgamento de qualquer tipo de litígio, sem levar uma preocupação técnica com alternativas para abreviar o tempo de entrega da prestação jurisdicional.

Assim, observou-se que o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, entendido em conjunto com outros princípios constitucionais, garante aos jurisdicionados não só o direito de peticionar perante os órgãos jurisdicionais, mas também, receber uma prestação jurisdicional completa, que soluciona o conflito de forma justa e tempestiva, obedecendo à ordem jurídica em tempo razoável.

Porém, a busca pela efetividade da tutela não pode ser absoluta, deve respeitar os limites do devido processo legal, do contraditório e da segurança jurídica, sendo que as decisões decorrentes dos procedimentos criados para reduzir o tempo de espera da prestação jurisdicional, não poderão contar com a mesma estabilidade concedida às decisões baseadas em uma profunda análise das questões demandadas, conforme exposto por Talamini:

> Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.[101]

Com isso, considerando-se as hipóteses trazidas no Novo Código para a estabilização da tutela antecipada antecedente, bem como os artifícios disponíveis ao réu para evitar que a tutela se estabilize ou mesmo para buscar sua revisão, reformulação ou invalidação, foi possível concluir que estão presentes os elementos de convivência pacífica entre os princípios da efetividade, celeridade, razoável duração do processo e do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

---

[101] TALAMINI. Ainda a estabilização da tutela antecipada. *op cit.* p. 5.

REFERÊNCIAS

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. Disponível em <https://www.academia.edu/12103602/%C3%89rico_Andrade_e_Dierle_Nunes_-_Os_contornos_da_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_provis%C3%B3ria_de_urg%C3%AAncia_antecipat%C3%B3ria_no_novo_CPC_e_o_mist%C3%A9rio_da_aus%C3%AAncia_de_forma%C3%A7%C3%A3o_da_coisa_julgada>. Acesso em 29/06/2016.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23/06/2016

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04/06/2016.

BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Diponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23/06/2016

BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada. 2ª ed.. rev., atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e com as Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALDEIRA, Marcos Flávio Horta. Coisa julgada e crítica a sua “relativização”. 1ª ed. Brasília: Thesaurus, 2012.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. In: Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 11, n. 2, p. 99-241, Jul./Dez. 1999

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. Garantias constitucionais e segurança jurídica. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Theotonio Negrão/coordenação José Roberto F. Gouvêa).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006. Disponível em <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/65/62>. Acesso em: 30/06/2016

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. Revista Estação Científica. (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>. Acesso em 29/06/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>. Acesso em 29/06/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região : Vol. 4, n. 39 (abr. 2015). Edição especial. Disponível em < http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em 29/06/2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Pacto de San José de Costa Rica. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04/06/2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1º. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Publicado no site em: 04 de Abril de 2016. Disponível em <http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=58>. Acesso em 29/06/2016.

TALAMINI, Eduardo. Tutela provisória no novo CPC: panorama geral. Publicado no site em: 31 de março de 2016. Disponível em <http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=21>. Acesso em 29/06/2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.