

A ESTABILIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

- 1. As tutelas diferenciadas. 2 O projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). 3. A tendência da sumarização da tutela jurisdicional.**
- 4. A estabilização da tutela provisória no anteprojeto e nos projetos do NCPC. 5. A estabilização da tutela no CPC/15**

Ricardo Amin Abrahão Nacle

Advogado, especialista e mestrando em processo civil pela PUC/SP

1. AS TUTELAS DIFERENCIADAS:

É da Constituição Federal, nomeadamente do artigo 5º, XXXV, que decorre a garantia inafastável do acesso, tanto preventiva, quanto repressiva, a uma tutela jurisdicional. Evidentemente, contudo, não quis a Carta Magna garantir qualquer tutela jurisdicional, mas sim uma tutela, construída dentro de uma ordem jurídica justa, dotada de efetividade para outorgar à parte justamente aquilo que ela obteria caso o direito material fosse voluntariamente cumprido.

O processo, para além do conceito de relação jurídica, afigura-se como um instrumento legítimo posto à disposição da efetiva realização do direito material. Daí por que deve, sempre e sempre, afeiçoar-se aos avanços e anseios da sociedade, sob pena de transformar-se em uma técnica jurídica estéril, só preocupada com a proteção meramente formal dos direitos.

A multiplicidade das relações intersubjetivas e a dinâmica imanente às atividades negociais permitem concluir que cada conflito estabelecido no cumprimento dos direitos materiais possuem as suas especificidades, de modo a impossibilitar que sejam protegidos por uma única espécie de técnica processual.

Noutros termos, não se pode conceber, diante das particularidades de cada relação estabelecida no âmbito do direito substantivo, haja apenas uma modalidade

procedimental para assegurar a tutela jurisdicional. O direito processual, em que pese a sua autonomia científica, não pode se manter indiferente, neutro, às diversas situações do direito material.

Como pondera Kazuo Watanabe:

“por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do procedimento comum e por melhor que seja a organização judiciária, sempre haverá direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.”¹

Nesse exato contexto plural, em contraposição as chamadas tutelas comuns, obtidas mediante um procedimento ordinário, surgem as tutelas diferenciadas, obtidas mediante um procedimento especial, com a promessa de garantirem ao jurisdicionados um *iter* procedimental adequado à especificidade do direito material, como corolário do direito fundamental assegurado no artigo 5º, XXXV da CF, tal seja, da tutela jurisdicional efetiva.

Com efeito, o acesso à justiça garantido no referido enunciado constitucional abrange o procedimento e as técnicas processuais adequadas à consecução de um provimento capaz de transformar a realidade dos litigantes.

Dentro das nominadas tutelas diferenciadas, situam-se as tutelas sumárias, marcadas, sobretudo, por uma cognição não exauriente e por um contraditório,

¹ Da cognição no processo civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000, pp. 144/45.

quando não diferido, ao menos eventual². A grande discussão que se trava, nesse específico ponto, que constitui o objeto do presente artigo, diz respeito à possibilidade de os provimentos sumários assumirem foros de definitividade (=estabilização), dispensando-se a instauração de um procedimento ordinário.

2. O projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Fruto de proposta levada a efeito pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, de iniciativa dos Professores Ada Pellegrini Grinover; José Roberto dos Santos Bedaque; Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, a estabilização das tutelas provisórias foi positivada no artigo 304 do Código de Processo Civil vigente (CPC/2015). Originariamente, porém, visava a proposta acrescentar quatro artigos ao CPC/1973, designadamente os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D, com as seguintes redações:

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

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

§ 1.º "Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada, é facultado à parte interessada propor ação de conhecimento, no prazo de 60 (sessenta) dias".

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

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

² José Roberto dos Santos Bedaque afirma que as tutelas sumárias “caracterizam-se por ser precedidas de cognição não exauriente. É elemento comum a todas elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer a sua efetividade. É a eterna luta do sistema contra o tempo.” (Estabilização das tutelas de urgência. *In* Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. 1ª ed. São Paulo : DPJ Editora. 2005, p. 664.

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

Art. 273-D. "Proposta a ação de conhecimento, ou retomado seu curso, eventual extinção do processo, sem julgamento do mérito, não determinará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões".

Prevía a proposta, portanto, a possibilidade de a tutela antecipada ser concedida em caráter antecedente ou incidental, estipulando que para as tutelas deferidas antecedentemente seriam aplicadas as disposições do processo cautelar.

Especificamente quanto à estabilização, a proposta de anteprojeto de lei estabelecia que, caso a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente precluísse, facultava-se à parte interessada³ a propositura da ação de conhecimento no prazo de sessenta dias, sob pena de a medida antecipatória adquirir força de coisa julgada, nos precisos limites da “decisão proferida”.

Consequência idêntica estabelecia para a tutela antecipada incidente, cuja decisão de deferimento, caso não houvesse requerimento para o prosseguimento da demanda no prazo de 30 dias, também transitaria em julgado. O CPC/2015, vale o destaque, não previu, no nosso sentir sem razão, a estabilização para as tutelas concedidas sob a modalidade incidental.

No sistema proposto para a legislação revogada, caso a parte propusesse a ação de conhecimento em 60 dias ou requeresse o prosseguimento da ação em 30 dias, e o processo fosse extinto sem resolução de mérito, a tutela antecipada não perderia, necessariamente, a sua eficácia, salvo se reconhecida a carência do direito de ação por motivo incompatível com a subsistência da tutela antecipada.

³ Não só o réu. O autor também, na medida em que poderia ele, caso a tutela antecipada tivesse sido parcial, ter interesse na instauração ou no prosseguimento da ação de conhecimento pela parte não antecipada.

O móvel da proposta, conforme reconhecido na própria exposição de motivos, era, à semelhança da tutela monitoria, deixar que as próprias partes decidissem “sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito”, de tal modo que a omissão seria a conduta capaz de sinalizar que as partes estariam satisfeitas com a decisão antecipatória, tornando-a autossuficiente.

Prestigiava-se, assim, um contraditório eventual⁴, cujo não exercício, pela parte demandada, resultaria, em outras palavras, em uma tutela sumária definitiva, a revelar um incipiente movimento de desprendimento do paradigma da ordinariedade.

A proposta do IBDP, que no Senado tramitou sob o nº 186/2005, foi arquivada no final de 2007.

3. A tendência da sumarização da tutela jurisdicional

Não se concede mais que o procedimento ordinário, como observa Ada Pellergrini Grinover, seja “técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face a situações de urgência.”. Vive-se, conseqüentemente, um sistema duplo binário, composto pelas tutelas diferenciadas e pelas tutelas ordinárias.

⁴ Eduardo Talamini entende que “o contraditório não é nem ‘eventual’, nem ‘invertido’. Simplesmente, não há contraditório, de início. Ele é postergado: emite-se provimento sem ouvir-se a parte. E a questão nem é tanto de inversão do contraditório em si mesmo. Afinal, é inerente ao processo, dada sua estrutura dialética, a transferência contínua do ônus de manifestar-se, de uma parte para a outra. Mais do que inverter-se o contraditório, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente. No modelo processual comum, caberia ao interessado na obtenção da tutela de seu pretensão direito instaurar processo de cognição exauriente no qual haveria de demonstrar a efetiva existência de seu direito. No processo monitorio, permite-se a esse sujeito submeter sua pretensão ao mero crivo da cognição sumária: sendo positivo o juízo de verossimilhança então desenvolvido, transfere-se ao adversário o encargo de promover processo comum de conhecimento, com cognição exauriente.” (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, Revista de Processo, vol. 209/2012, p. 13 – 34, Jul/2012, p. 6).

Ainda na visão da professora da Universidade de São Paulo, em referência à lição de Proto Pisani, busca-se, com as chamadas tutelas sumárias “a) evitar às partes e à administração da justiça o "custo" do processo de cognição plena, nos casos em que não se justifica a plausibilidade de contestação; b) assegurar rapidamente a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem de conteúdo (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial e que sofreriam dano irreparável pela demora da cognição plenária; e c) evitar o abuso do direito de defesa do demandado, mediante a utilização dos instrumentos de garantia previstos para o procedimento ordinário.”⁵

Tal tendência, da sumarização da tutela jurisdicional, é irrefreável e fonte, não se pode negar, da constante luta contra o tempo inimigo, o que não significa, todavia, no nosso sentir, a sua vocação para substituir, definitivamente, o procedimento ordinário e tornar-se regra nos sistemas jurídicos processuais.

As supervalorizadas tutelas sumárias de mérito seduzem, sobretudo, por uma efetividade quantitativa, marcada, essencialmente, pela superficialidade cognitiva, por um contraditório eventual, por uma força executiva imediata. Inaugura-se, desse modo, ao que parece, uma onda do processo civil vocacionada a relativizar alguns dogmas processuais até então cultuados em grau máximo, tais como, verdade, a segurança jurídica e a coisa julgada.

Não nos parece adequado, respeitadas as opiniões em sentido contrário, prodigalizar as chamadas tutelas sumárias, cuja implementação não pode ser vista como uma solução mágica para o colapsado sistema judicial. Não se pode, cegamente, prestigiar-se a eficiência quantitativa (*haciet pronto*) em detrimento de uma eficiência qualitativa (*haciet bien*). Generalizar a sumarização procedimental equivalerá ao regresso à fase, tão criticada, da unificação procedimental, na qual pressupunha-se, como conseqüência do ideário liberal-individualista, uma igualdade formal entre os cidadãos e das situações jurídicas.

⁵ Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo. Volume 121/2005, março/2015, pp. 13/14.

Rodolfo de Camargo Mancuso, a respeito do tema, alerta que⁶ “a questão que se coloca, nesse contexto restritivo-sumarizante não é tanto a legitimidade formal (...), mas o da legitimidade substancial, isto é, saber até que ponto se justifica a compactação de um rito, a restrição no âmbito da defesa, a eliminação de um recurso ou a supressão do direito de ser citado, sem avançar perigosamente sobre o núcleo duro do devido processo legal que, por definição, abrange o ‘contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerente’ (CF/1988, art. 5º, LV).”

Filia-se, igualmente, às críticas contra o uso indiscriminado das tutelas sumárias, Roberto Omar Berizonce, para quem há a necessidade de se reconstruir e aperfeiçoar os processos de cognição plena, articulando-os harmonicamente com as tutelas diferenciadas, cujo uso, designadamente sob a versão da urgência, deverá ser excepcional. Diz o mestre argentino que o:

“sistema de justicia asienta em la lógica del garantismo u de la eficiencia, que se logra al cabo de um processo pleno, de ahí que el legislador debe sopesar sesudamente los riesgos inherentes a la amplificación de las soluciones provisorias y coyunturales, vis a vis el imperativo de seguridad dinámica, y la paralela garantía constitucional del debido proceso.”⁷

O sistema brasileiro, por óbvio, não ficou infenso à crescente adoção das tutelas diferenciadas e, desde antes do advento do atual Código de Processo Civil, vem incorporando diversas modalidades de tutelas sumárias, à semelhança, para ficar em três exemplos, do mandado de segurança, da ação monitória e da tutela antecipada satisfativa. Inegavelmente, contudo, o ponto de maior polêmica trazido pelo CPC de 2015 foi a estabilização das tutelas provisórias satisfativas antecedentes, ao qual, daqui em diante, ingressaremos.

⁶ Acesso à justiça : condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, pp. 290/91.

⁷ Un “nuevo” tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. Civil Procedure Review, v. 2, nº 3: 98-118, setembro-dezembro/2011, pp. 99/100.

4. A estabilização da tutela no anteprojeto e nos projetos do NCPC.

Todo movimento de quebra de paradigmas sofre, invariavelmente, uma forte resistência. No caso do processo civil brasileiro, cujo sistema vem de uma tradição em que se credita apenas à sentença transitada em julgado a capacidade para resolver, de maneira definitiva, com segurança, o conflito de interesses, a introdução de uma tutela provisória com potencial de tornar-se definitiva, certamente, é motivo de grande preocupação para toda a comunidade jurídica.

No Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, de cuja comissão participou um dos integrantes da proposta levada a efeito pelo IBDP, o professor José Roberto dos Santos Bedaque, a estabilização das tutelas antecipadas - inspirada, confessadamente, nos regimes francês e italiano das *ordonnances de référé*, do *sur requête* e dos *provvedimenti d'urgenza* com *strumentalità attenuata*, respectivamente - foi contemplada pelos artigos 288 e 293, nos seguintes termos:

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

Sobre o tema, assim manifestou-se a exposição de motivo do anteprojeto, de lavra do Ministro Luiz Fux:

A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal.

Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada.

Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.

(...)

Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária.”

Nesse cenário, não se exigia da parte contrária, para se evitar a estabilização, a interposição de recurso, mas apenas, corretamente, a impugnação. Mantinha-se, diferentemente do projeto do IBDP, a ausência da coisa julgada e afastava-se, no nosso sentir de maneira equivocada, a incidência da estabilização às tutelas deferidas incidentalmente (artigo 295)⁸.

Na versão do projeto do Senado Federal (PLS nº 166/2010), a estabilização das tutelas provisórias foi espalhada por alguns dispositivos legais, nomeadamente pelos artigos 280, §1º; 281, §2º; 282, §§ 3º e 4º; e 283, § 2º.

Sob o título do procedimento das medidas de urgência, os artigos 280, § 1º e 281, § 2º não utilizavam o termo “estabilização” da tutela provisória, porém previam a preservação da eficácia da liminar caso o pedido da “medida de urgência”

⁸ Art. 295. Não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada.

não fosse impugnado. Era o que dispunha o §2º do artigo 281: Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após a sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.”

A eficácia da medida liminar (cautelar ou antecipada), nos casos de ausência de impugnação ao pedido de medida de urgência, poderia ser revogada por ação a ser distribuída por qualquer das partes, visando “discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipado” (§ 4º do artigo 282 do PLS nº 166/2010).

É curioso notar que, da redação original do projeto do Senado, os termos do artigo 293⁹ denotavam a possibilidade de a estabilização recair, também, sobre as tutelas cautelares.

Já no projeto da Câmara dos Deputados, PL nº 8.046/2010, em cuja uma das versões a matéria foi omitida¹⁰, a estabilização foi regulamentada pelo artigo 305, cujo enunciado assim previa:

Art. 305. A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

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

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

⁹ Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

¹⁰ O difícil caminho da estabilização da tutela antecipatória. O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

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

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

A versão final encaminhada à sanção presidencial, todavia, sofreu diversas alterações e a estabilização das tutelas provisórias passou a ser tratada nos artigos 304 e 305, dos quais, doravante, nos ocuparemos.

5. A estabilização da tutela no CPC/15.

O Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/15), encampou, em parte, no que diz respeito à denominada estabilização, a sistemática posta no seu anteprojeto.

O artigo 303 do CPC em vigor previu a possibilidade de a tutela provisória satisfativa ser requerida em caráter antecedente. Com efeito, o que, pela legislação revogada, só era admitido para a tutela cautelar (=conservativa), foi estendido às tutelas satisfativas, comumente referidas, na prática forense, como tutela antecipada¹¹.

O artigo 303 prevê, “nos casos de urgência contemporânea à propositura da ação”, que “a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.”.

O artigo consagra uma faculdade processual da parte demandante, de modo que, caso esteja em condições de apresentar, desde logo, a inicial na sua completude, sem a necessidade de posterior aditamento, poderá fazê-lo, sem que isso

¹¹ A bem da verdade, tanto a tutela cautelar, quanto a tutela satisfativa, podem ser antecipadamente concedidas. Daí por que, sob os estritos termos do rigor científico, a expressão tutela antecipada poderá ser utilizada para as duas versões de tutela provisória (satisfativa ou conservativa).

impeça que eventual tutela satisfativa liminar se sujeite ao regime da estabilização prevista no artigo 304. Logo, o aditamento, quando a petição inicial estiver em termo, não é condição para a estabilidade da tutela satisfativa deferida liminarmente.

Questão que se coloca, no campo dos requisitos para a incidência do regime da estabilização, é a necessidade ou não de requerimento expresso da parte do autor. Diante da redação do § 5º do artigo 303¹², há posição doutrinária que sustenta a impossibilidade da aplicação de ofício do artigo 304¹³. Cássio Scarpinella Bueno menciona que a intenção do legislador guarda referência com dois aspectos: permitir que o autor se valha da faculdade do aditamento, de um lado, e, de outro, permitir que ele se beneficie do regime da estabilização¹⁴.

Não obstante possa o parágrafo 5º do artigo 303 ser entendido de forma restritiva, como pressuposto para que o juiz oportunize o aditamento da inicial, queremos acreditar que a estabilidade da tutela satisfativa esteja condicionada ao expresso requerimento da parte ativa.

Logo, para que ocorra a imutabilidade da tutela provisória, impõe-se que o autor o requeira expressamente. Entender que ao juiz caberia aplicar a estabilização de ofício seria, com todo respeito, tolher a parte demandante de poder escolher pelo prosseguimento da ação e por obter uma tutela fruto de uma cognição exauriente, o que, a toda evidência, colidiria com o acesso à justiça contemplado pelo artigo 5º, XXXV da CF.

Na hipótese tratada no caput do artigo 303, deferida a tutela satisfativa precedente, o autor deverá, caso isso tenha sido requerido, aditar a inicial, no prazo de quinze dias ou em outro maior assinalado pelo juiz, “com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de

¹² “§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.”

¹³ Robson Renault Godinho, Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 480.

¹⁴ Manual de processo civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

tutela final”. Claro que tal aditamento não se confunde com as hipóteses de emenda do artigo 321 do NCPC, em relação às quais deverá o juiz agir de ofício antes de decretar o indeferimento da inicial.

Caso a tutela satisfativa liminar seja indeferida, ao autor caberá, igualmente, caso isso tenha sido requerido na inicial, o aditamento, porém, pela literalidade do § 6º do artigo 303 do NCPC, no prazo de até cinco dias. Aqui, evidentemente, sob à ótica do modelo constitucional do processo a que nos referimos linhas atrás, não há razão para o tratamento diverso dos prazos de aditamento da inicial no caso de a tutela ser ou não deferida.

No nosso sentir, deferida ou não a tutela liminarmente, deve-se prestigiar a interpretação mais ampla ao exercício do direito de ação, de modo a concluir-se que caberá ao autor, tanto numa quanto noutra situação, aditar a inicial no prazo mínimo de 15 dias, caso o juiz outro maior não assinale.

Se o autor, em sendo rejeitada a tutela, não aditar a inicial, haverá o seu indeferimento e o processo será extinto sem resolução de mérito.

A polêmica fica, todavia, para a situação de não aditamento da inicial após o deferimento da tutela satisfativa *initio litis*. O artigo 303, § 2º diz que o processo, na inércia do autor, deverá ser extinto sem resolução do mérito, cessando-se, embora a legislação se omita, a eficácia da liminar.

O caput do artigo 304 preceitua que se o réu, contra a decisão concessiva da tutela liminar, não apresentar o recurso cabível, haverá a estabilização da tutela provisória, até que uma das partes venha a promover, no prazo decadencial de dois anos, ação com a finalidade de revê-la, reformá-la ou invalidá-la.

É o que diz, textualmente, o artigo 304 do NCPC, ao preconizar que a “tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

Antes de ingressar ao específico ponto da necessidade ou não recurso, importa abordar um outro requisito igualmente essencial para a estabilização e que diz respeito ao demandado: do mandado de citação e intimação, pena de não ocorrer a estabilização, deverá constar, expressamente, como decorrência do devido processo legal e de um processo colaborativo, a advertência de que a omissão do réu acarretará a estabilização da tutela satisfativa antecipada.

Voltando-se ao ponto da postura da parte passiva, releva destacar que, quando o legislador fez menção ao gênero recurso, sem apontar a sua espécie, o fez intencionalmente, na medida em que nem sempre o deferimento da liminar ocorrerá por decisão proferida pelo juiz da primeira instância, hipótese que desafiaria o agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, I do NCPC. Pode que a liminar seja deferida na segunda ou terceira instância, hipóteses nas quais o recurso cabível não será mais o agravo de instrumento, mas sim agravo interno, recurso especial ou recurso extraordinário, a depender da decisão impugnada.

Entendemos, de toda sorte, sem prejuízo da nossa posição de que a contestação é suficiente para ilidir a estabilização, que o recurso, em se seguindo a literalidade da lei, deverá ser apresentado seja a liminar deferida pela primeira instância ou pelo tribunal. Logo, se a liminar for deferida por acórdão interlocutório do tribunal local, deverá a parte valer-se do recurso especial ou extraordinário para impedir seja a tutela provisória estabilizada. Nessa linha de interpretação, o recurso, para impedir a estabilização, deve ser ao menos conhecido, não se exigindo o seu provimento. Em outras palavras, recurso não conhecido não impede a estabilização.

Entretanto, afastando-se da interpretação literal do artigo 304, parece-nos que não há razão que justifique o emprego de uma visão reducionista que sustente exclusivamente o recurso como ato capaz de impedir a estabilidade da tutela provisória.

Com efeito, o móvel da estabilização da tutela provisória foi justamente deixar, a critério da vontade das partes a instauração de um procedimento de cognição plena. A vontade das partes, para a estabilização ocorrer, deverá convergir. Não adianta o réu não recorrer se o autor não requereu a aplicação do artigo 304 na inicial. Da mesma forma, de nada valerá ao autor requerer a estabilização se o réu se opuser contra a liminar.

Dessa forma, parece-nos indiferente que a irresignação do réu venha em forma de recurso ou de contestação. Seja como for, estará o réu, apenas contestando, ou pedindo a revogação para o magistrado que concedera a liminar, ou, então, recorrendo, externando a sua inequívoca intenção de prosseguir com a demanda. Ademais, não haveria razão a justificar uma estabilidade pelo critério vertical, apenas pela ausência de inconformismo ao órgão hierarquicamente superior.

Daí por que, para nós, a contestação é ato capaz de revelar, por si só, ato incompatível com a vontade de sujeitar-se à estabilização¹⁵. Nas irrepreensíveis palavras de Cássio Scarpinella Bueno, qualquer “manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304”¹⁶.

Caminhando adiante em nossa análise, o recurso, assim como o aditamento, deverá ser apresentado no prazo de 15 dias, o que autorizaria cogitar, a princípio, sobre a desnecessidade do aditamento caso o réu não interponha o agravo de instrumento contra o deferimento da tutela liminar satisfativa.

Porém, como os prazos são idênticos (15 dias), tal circunstância impede que o autor saiba se o réu recorreu contra a concessão da liminar antes da fluência do prazo posto para o aditamento da inicial. A solução que surge, para que o autor não

¹⁵ No mesmo sentido, “não só o agravo de instrumento, como também o pedido de revogação da liminar ou qualquer outro tipo de resistência são hábeis a impedir a estabilização dos efeitos da medida de antecipação de tutela concedida em caráter antecedente.” (Agravo Interno n. 2054185-61.2017.8.26.0000/50000, 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Mourão Neto, julgado em 23 de maio de 2017)

¹⁶ Manual de processo civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 233.

se sujeite ao risco da extinção do processo sem resolução de mérito, é o de apresentar um aditamento condicional, cuja eficácia ficará subordinada à apresentação do recurso por parte do réu. Isto é, caso o réu não recorra, o aditamento apresentado sob condição será considerado ineficaz.

Dúvida que surge é, e se o réu não impugnar por qualquer via processual a decisão concessiva da tutela provisória e o autor não aditar, poderá o juiz aproveitar os atos processuais já praticados e seguir o *iter* da estabilização. A nós nos parece que sim, na medida em que tal solução prestigiaria a resolução meritória do processo e preservaria a efetividade da tutela jurisdicional. Claro que tal hipótese só seria passível de cogitação se o réu ficasse inerte no prazo recursal ou da defesa¹⁷. Nesse sentido, inclusive, há precedente da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Paulo Roberto de Santana, em que se estabilizou a tutela mesmo à frente da inércia do autor em aditar a inicial¹⁸.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara, à qual nos filiamos por refletir uma interpretação que reflete o aproveitamento do ato processual:

“Caso o autor não emende a petição inicial, não pode o processo ser desde logo extinto, já que é preciso aguardar-se o prazo recursal (e isto porque a lei processual expressamente atribui efeitos à conduta do réu, que pode recorrer ou não). É preciso, então, que o juízo, verificando que o autor não emendou a petição inicial, aguarde o prazo recursal para que se possa verificar qual terá sido a conduta do réu. (...)”

Deve-se considerar, neste caso, que ao autor se revelou suficiente a tutela de já urgência deferida, não tendo ele interesse em prosseguir com o

¹⁷ Nesse sentido, Código de Processo Civil comentado. Helder Moroni Câmara (coordenador). São Paulo : Almedina, 2016, p. 452.

¹⁸ “Tutela antecipada em caráter antecedente - Aditamento da inicial – Art. 303, §1º, I, CPC - Ausência - Extinção sem resolução do mérito - Revogação da tutela concedida liminarmente - Hipótese dos autos em que o réu não se insurge contra determinação para restabelecimento do serviço de telefonia e preservação do respectivo número - Estabilização da tutela concedida - Inteligência dos arts. 303, §1º, I e 304, CPC - Recurso provido em parte.” (Apelação nº 1020408-93.2016.8.26.0564, julgado em 27/3/17). Em sentido contrário, porém, Apelação nº 1022433-59.2016.8.26.0506, 6ª Câmara de Direito Público do TJSP, Relatora Silvia Meirelles, julgado em 20/02/2017.

processo em direção a um julgamento final fundado em cognição exauriente, e que ao réu não interessou praticar o ato necessário a impedir a estabilização da tutela antecipada. Nessa hipótese, então, a tutela de urgência satisfativa antecedente se estabilizará.”¹⁹

A doutrina majoritária, todavia, sustenta que, caso o autor não cumpra com a emenda e o réu não recorra contra a concessão da tutela de urgência, não haverá estabilização, mas sim a extinção do processo sem resolução de mérito, cessando a eficácia do provimento provisório²⁰.

Outra dúvida que surge é se o processo, consumada a estabilização da tutela provisória, deverá ser extinto com ou sem resolução de mérito. Filiamo-nos à corrente que entende que o processo deverá ser extinto com resolução de mérito²¹. Isso porque, se concordamos com a extinção sem resolução de mérito, acabaremos por concluir, por interpretação sistemática, pela cessão da eficácia da liminar concedida, o que colidiria com a estabilização. Mais adiante, voltaremos ao tema.

Mas as polêmicas, por certo, não param por aqui. A estabilização só foi tratada sob a rubrica da tutela satisfatória antecedente. Não obstante tenha a lei se omitido, entendemos que não há razão que justifique uma visão reducionista da estabilização, impedindo-se a sua aplicação extensiva às tutelas de evidência (salvo quando se fundar em pedido incontroverso, hipótese em que haverá o julgamento antecipado parcial) e às tutelas satisfativas incidentais.

Já tiveram a oportunidade de sustentar tal entendimento Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, para os quais “nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de

¹⁹ O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas. 2ª ed., 2016, p. 164. Nessa mesma linha de interpretação, José Miguel García Medina, em Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª edição, 2016, p. 512/513.

²⁰ Sustentando a extinção sem resolução do mérito, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. Tutela provisória : tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2015, p. 221.

²¹ Daniel Mitidiero. Breves Comentários ao novo CPC. Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.), p. 789.

cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função.”²²

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, com o qual concordamos, não vê qualquer razão para que seja tolhida a estabilização da tutela de evidência, já que na “tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se, com isso, o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede.”²³

Deveras, não se afigura coerente estabilizar-se a probabilidade e desprezar-se a certeza. A urgência, segundo pensamos, não pode ser elemento definidor da estabilidade.

Concordamos, entretanto, com a ideia de que o fenômeno da imutabilidade das tutelas provisórias não alcança os provimentos cautelares, cujo conteúdo não se mostra capaz de resolver o conflito de direito material, mas apenas conservar as condições para que a resolução ocorra com efetividade²⁴.

Por tudo que se expos até aqui, podemos assentir que a estabilização exige a presença de cinco requisitos, tais sejam, (i) a concessão da tutela provisória satisfativa ou de evidência; (ii) haja expresse requerimento da parte interessada para a aplicação da técnica da estabilização; (iii) quando também for requerido na inicial, ocorra o seu aditamento; (iv) expressa advertência no mandado de citação e intimação sobre a possibilidade da tutela se estabilizar caso o réu fique inerte; e, por fim, (v) inércia do

²² A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC. Revista de Processo. São Paulo : Revista dos Tribunais. Vol. 206, p. 13, abril 2012.

²³ Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 220.

²⁴ Assim já decidiu a 18ª Câmara de Direito Privado do TJSP: “Agravado de Instrumento. Ação anulatória de débito. Concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ISS, na qual consignada a necessidade de interposição de recurso pela municipalidade para evitar a estabilidade de que trata o art. 304, caput, do CPC/2015. Pretensão à reforma. Acolhimento em parte. Decisão que concedeu tutela de urgência de natureza cautelar (suspensão da exigibilidade art. 151 do CTN), caso em que não há que se falar em estabilização da tutela. Decisão reformada em sua parte final, mas mantida no que pertine à suspensão da exigibilidade do ISS. Recurso provido em parte. (Agravado de Instrumento nº 2259060-27.2016.8.26.0000, Relator Ricardo Chimenti, julgado em 11/5/2017)

réu, seja não contestando, seja não recorrendo, seja, enfim, não apresentando nenhum tipo de inconformismo contra a decisão concessiva da tutela provisória.

Por fim, mas não menos importante, resta-nos investigar se as tutelas provisórias satisfativas, esgotado o prazo de dois anos estabelecido no § 2º do artigo 304, afeiçoam-se à coisa julgada material, e, em caso positivo, estariam sujeitas à ação rescisória (art. 966).

Concedida a tutela e operada a sua estabilização, sobre ela não poderá mais o juiz da causa de manifestar, daí derivando a preclusão *pro judicato*, cujo resultado, por repercutir apenas endoprocessualmente, equivaleria, na prática, a uma coisa julgada formal²⁵.

Designadamente quanto à coisa julgada, o legislador foi explícito ao retirar tal atributo da decisão concessiva da tutela satisfativa liminar (art. 304, § 6º). A questão, porém, não se reveste da simplicidade com que fora tratada pelo novo código.

A decisão responsável pelo deferimento da tutela satisfativa liminar, após ser estabilizada, poderá ser discutida, modificada ou invalidada em ação autônoma, a ser ajuizada no período de dois anos, por qualquer das partes. Consequentemente, enquanto não escoado o biênio legal, a estabilidade, é forçoso convir, será relativa.

E após o transcurso do prazo de dois anos, a decisão que concedeu a tutela satisfativa será compatível com a coisa julgada? Para Daniel Mitidiero, a resposta é negativa, porque, sob a ótica de um processo justo, jamais uma decisão proferida em cognição sumária, com limitação RA00172739Revista de Processo | vol. 209/2012 | p. 13 - 34 | Jul / 2012ção probatória, poderá equivaler a uma decisão fruto de procedimento guiado pela cognição plena²⁶. Para o citado doutrinador, com o qual concordamos, a

²⁵ Paulo Henrique dos Santos Lucon. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo : Atlas, 2015, p. 335.

²⁶ Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 791.

autoridade da coisa julgada é típica das decisões judiciais emitidas em cognição exauriente.

Nesse mesmo ritmo de ideias, manifesta-se Heitor Vitor Mendonça Sica²⁷, cujo magistério diferencia imunidade, atributo típico das decisões revestidas pela autoridade da coisa julgada, de estabilidade, predicado compatível com decisões proferidas em cognição sumária. Para ele, é perfeitamente possível falar em uma decisão judicial imutável, estável, porém não imune, do que é exemplo a tutela sumária estabilizada.

A polêmica envolvendo a imutabilidade da tutela sumária estabilizada exige do operador do direito, ainda, a apreciação do conteúdo da sentença que extinguirá o processo caso ocorra a estabilização. A legislação é francamente omissa e limita-se a dizer, no parágrafo primeiro, do artigo 304 do NCPC, que o processo será extinto, sem dizer se será com ou sem resolução de mérito. Como antecipamos, alinhamo-nos à tese de que a extinção, no caso, será com resolução de mérito²⁸.

O rol das causas que geram a extinção do processo sem resolução do mérito está no artigo 485 e nenhuma delas se identifica com a estabilização da tutela sumária. Todas as hipóteses descritas no catálogo do artigo 485 guardam referência com vícios processuais, o que, por certo, não se identifica com o artigo 304.

Sobraria, então, o artigo 487, especificamente o inciso I, em cujo âmbito está a hipótese da extinção do processo com resolução do mérito quando o juiz acolher o pedido formulado na ação. Com efeito, tudo para conduzir para o desfecho de o juiz, em havendo a estabilização da tutela sumária, extinguir o processo com resolução do mérito, para acolher, especificamente, o pedido de concessão de tutela provisória.

²⁷ Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’. Grandes temas do novo CPC, v. 6: tutela provisória. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 351/353.

²⁸ Bruno Garcia Redondo. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Grandes temas do novo CPC, v. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 287/288.

Todavia, por expressa disposição legal, trata-se de uma sentença de mérito excluída do âmbito da ação rescisória, de tal modo que a sua desconstituição só poderá ocorrer nos termos previstos pelo artigo 304, § 2º. Ocorre que, não obstante a natureza definitiva da sentença extintiva, entendemos que a tutela sumária por ela confirmada, por não ter emanado de uma cognição plena, permanece incompatível com a coisa julgada material.

Evidentemente que o tema é amplíssimo e as polêmicas em torno dele são intermináveis. A despeito disso e de toda a profunda discussão acadêmica, é importantíssimo que todos se empenhem em tornar a estabilização das tutelas sumárias um instituto operável e que traga reais benefícios para o nosso sobrecarregado sistema judicial, desde que isso não signifique a violação (e não a mitigação) de outras garantias processuais igualmente relevantes.

Bibliografia

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela provisória. São Paulo: Saraiva. 2ª edição, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados. São Paulo : Saraiva, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. Revista dos Tribunais: São Paulo, 4ª edição, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil: novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª tiragem. 2015.

Dierle Nunes. Breves comentário ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2015

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1398

FLACH, Daisson. Estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. In Tutelas de urgência e cautelares: Estudos em homenagem a Ovídio A. Batista da Silva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo. São Paulo : Revista dos Tribunais. vol. 121/2005. p. 11 – 37. Mar / 2005.

MONTANS DE SÁ, Renato. Manual de direito processual civil. São Paulo : Saraiva, 2015.