



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE:
PROBLEMATIZAÇÕES NA SUA APLICAÇÃO

Fábio José Silva de Assis

Rio de Janeiro
2019

FÁBIO JOSÉ SILVA DE ASSIS

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE:
PROBLEMATIZAÇÕES NA SUA APLICAÇÃO

Projeto de pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: PROBLEMATIZAÇÕES NA SUA APLICAÇÃO

Fábio José Silva de Assis

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado. Mestre e doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo uma série de inovações processuais visando assegurar as garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo com respeito à efetividade, razoável duração do processo e segurança jurídica. Mudanças significativas no tocante às tutelas provisórias foram estabelecidas, em especial na tutela antecipada, permitindo que sendo a urgência do caso contemporânea à própria propositura da ação, a petição inicial se limite ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final. Este artigo jurídico tem como enfoque o novo instrumento processual da tutela antecipada antecedente, que visa garantir a eficácia de direitos urgentes e a evitar processos prolongados. Objetiva-se, de forma geral, discutir se a estabilização da tutela antecipada antecedente, ao exigir a interposição de um recurso específico e custoso para que não ocorra, não ofende os ditames constitucionais, em específico o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Coisa Julgada. Constitucionalidade. Efeitos.

Sumário – Introdução. 1. Qual a aplicação das tutelas provisórias e o tratamento dado pelo Código de Processo Civil a elas. 2. Como deve ocorrer o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente diante da sua estabilização no CPC/15. 3. Problematizações quanto à estabilização da tutela antecipada antecedente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O CPC/15 permite que, sendo a urgência do caso contemporânea à própria propositura da ação, a petição inicial se limite ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final (art. 303, caput). Ou seja, antes da própria propositura da ação, o autor se limita a formular o pedido de tutela antecipada de urgência, tendo, posteriormente, prazo para aditar a petição com seus demais argumentos (§1º).

Caso essa tutela antecipada antecedente seja deferida, a parte contrária poderá interpor o recurso cabível, que no caso é o agravo de instrumento (art. 1.015, I do CPC/15).

Se o referido não for interposto, determina o art. 304, caput, CPC/15 que a decisão proferida se estabiliza, extinguindo o processo sem resolução de mérito (§1º), mas conservando os efeitos da decisão (§2º).

Dessa maneira, há uma decisão proferida em sede de tutela antecipada, que mantém seus efeitos ainda que o processo não seja julgado com resolução de mérito, o que pode gerar problematizações quanto a sua eficácia e quanto a forma em que foi criada pelo legislador infraconstitucional.

Diante disso, o trabalho enfoca a temática do novo instrumento processual da tutela antecipada antecedente, que visa garantir a eficácia de direitos urgentes e a evitar processos prolongados que se pautem unicamente nesse direito. Todavia, ao exigir a utilização de um recurso para que sua decisão não se estabilize, pode acabar caracterizando uma verdadeira deformação da função a que pretendeu o legislador.

Objetiva-se, de forma geral, discutir se a estabilização da tutela antecipada antecedente, ao exigir a interposição de um recurso específico e custoso para que não ocorra, não ofende os ditames constitucionais, em específico o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Questiona-se se o CPC/15 não poderia ter adotado métodos mais simples para evitar a estabilização, como por meio de uma mera petição, de forma que a parte impugnante optasse por aguardar a decisão definitiva, sem ser forçada a recorrer.

Nesse sentido, é preciso passar pelos objetivos específicos ao tema, quais sejam: traçar um panorama histórico, teórico e prático sobre o CPC/15, buscando justificar as escolhas feitas pelo legislador infraconstitucional; traçar um panorama sobre as tutelas antecipadas no ordenamento brasileiro; revisar criticamente as repercussões geradas pela escolha do CPC/15 ao optar pela estabilização da tutela antecipada antecedente; e buscar meios alternativos de impugnação de decisões que não por meio do agravo de instrumento, que pudessem impedir a estabilização, sem a utilização de um recurso tão específico e custoso.

Com isso, traz-se como questões norteadoras se em um primeiro momento a tutela antecipada antecedente não força a parte contrária, caso concedida, a interpor um recurso muitas vezes custoso e não desejado. Ademais, a impugnação a referida decisão poderia se dar de forma mais simples, como por uma mera petição ao Juízo. Por fim, questiona-se se os efeitos da decisão não recorrida, ao se estabilizar, vão de encontro aos efeitos da coisa julgada material.

O primeiro capítulo analisará técnica e historicamente as principais características da tutela antecipada antecedente, com enfoque para as suas consequências e requisitos legais. Para tanto, serão utilizadas fontes legais, como o Código de Processo Civil, além de fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

Em um segundo capítulo, pretende-se traçar um panorama da tutela antecipada de urgência no nosso ordenamento, revisando de forma crítica a escolha do CPC/15 em permitir a sua estabilização na ausência do recurso cabível.

Já no terceiro capítulo, serão estudadas ferramentas processuais alternativas, para a impugnação de decisões proferidas em sede de tutela antecipada antecedente, que não por meio do agravo de instrumento, que pudessem impedir a estabilização, sem a utilização de um recurso tão específico, complexo e custoso.

No que tange a metodologia, é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica. A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. QUAL A APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E O TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A ELAS

A tutela provisória é um gênero que comporta duas espécies: tutela de urgência e tutela da evidência. Elas têm como característica comum o fato de serem proferidas mediante cognição sumária, o que significa que o juiz, ao concedê-las, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica que ele vai analisar. Sendo assim, sua concessão vai se fundar em um juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. Para facilitar o entendimento, importa trazer a esquematização abaixo:



Para aplicação de uma tutela provisória, deve-se analisar o grau de cognição. Quando se fala em cognição, há a cognição horizontal (ou extensão da cognição) e a cognição vertical (que é a profundidade). A cognição horizontal é basicamente definir quais as matérias podem ser objeto de decisão. E aí fala-se em cognição total (qualquer matéria pode ser alegada; conhecida pelo Juiz; por exemplo, nos embargos a execução há cognição total, pois lá pode ser alegada qualquer matéria de defesa; já na impugnação ao cumprimento de sentença, a cognição é parcial, pois só se pode alegar as matérias previstas em lei; embargos de declaração é cognição parcial, pois só se pode alegar omissão, contradição, obscuridade e, agora, no CPC, em seu art. 1.022, erro material¹. Essa cognição total ou parcial não reflete em diferentes espécies de tutela. A tutela que ela me dá em embargos de declaração, que só pode alegar o que a lei prevê, é exatamente a mesma tutela que ela me dá em uma apelação, em que posso alegar o que eu quiser. Não reflete em tutelas diferentes.

A cognição vertical, olhada pela sua profundidade, se trabalha com a cognição sumária e a cognição exauriente. Uma cognição sumária é uma cognição na qual o Juiz não tem acesso a todos os elementos de convencimento. Então, quando o juiz concede alguma tutela com cognição sumária, apesar de ter concedido a tutela, ele não teve acesso a todos os elementos do conhecimento e, por isso, ele formou um juízo de probabilidade. A cognição sumária trabalha com a idéia de direito provável.

A cognição exauriente, por sua vez, é aquela que ocorre quando o juiz tem acesso a integralidade dos elementos de convicção. Aqui, quando o juiz tem acesso para decidir todos esses elementos de convicção, ele consegue formar um juízo de certeza. Para nós isso é importante porque esse binômio: cognição sumária/juízo de probabilidade gera uma espécie de tutela (tutela provisória), enquanto que o binômio cognição exauriente/juízo de certeza me gera uma outra espécie de tutela (tutela definitiva). A tutela provisória sempre será substituída pela tutela definitiva.

As tutelas de urgência surgem no contexto do reconhecimento da demora na efetiva prestação jurisdicional. Trata-se, aqui, da demora razoável na duração do processo, a qual é

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

fruto da necessidade de formação de uma cognição exauriente e aprofundada no plano vertical acerca de matérias complexas envolvendo as relações sociais. Assim, as tutelas de urgência surgem em salvaguarda a esse grupo de direitos passíveis de perecerem com o decurso do tempo, de forma a distribuir o ônus da demora processual. Conforme Mitidiero²:

Quando Calamandrei afirma o *periculum in mora* como nota distintiva da tutela cautelar, e Proto Pisani assevera que essa mesma tutela deve ser enquadrada como espécie de proteção que visa combater os danos que podem emergir da duração do processo, resta absolutamente claro que o objeto de consideração desses autores é a necessidade de aceleração da prestação jurisdicional [...].

O CPC/15 criou um capítulo chamado de tutela provisória. Sendo que, dentro da tutela provisória, o legislador prevê duas tutelas: a tutela provisória de urgência (dividida em tutela cautelar e tutela antecipada) e tutela da evidência. A diferença é o tempo como inimigo. Tutela de urgência é direito provável e o tempo como inimigo, enquanto que tutela de evidência é só direito provável. O art. 311 do CPC³ fala que a tutela da evidência independe do risco do tempo. Basta a evidência de que o direito exista. Ambas são provisórias, ambas tem juízo de probabilidade e ambas serão substituídas pela tutela definitiva.

Esse capítulo está organizado da seguinte forma: do art. 294 a 299 há as disposições gerais da tutela provisória. Encontraremos várias disposições que se referem tanto a provisória de urgência quanto a de evidência. Dos arts. 300 a 302 há as disposições gerais da tutela de urgência (regras aplicadas tanto a cautelar, quanto a antecipada). Dos arts. 303 e 304, falará sobre tutela antecipada. Dos arts. 305 a 310, tutela cautelar. E o art. 311 trata da tutela da evidência.

Qualquer espécie de tutela provisória pode ser concedida incidentalmente: já estando em andamento o processo, basta a parte peticionar pleiteando a concessão da tutela provisória cabível no caso concreto. Também poderá ser feito o pedido de tutela provisória como tópico da própria petição inicial. Sendo o pedido de tutela provisória feito incidentalmente, o art. 295 do CPC/15 dispensa o pagamento de custas.

Todavia, além da possibilidade de concessão da tutela provisória de forma incidental, o art. 294, p.ú., do CPC/15, permite também a sua concessão de forma antecedente, indicando, de forma expressa, que a “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.⁴

² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 128.

³ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴ Ibidem.

O dispositivo supracitado nos traz duas hipóteses de tutela provisória de urgência: cautelar ou antecipada. Para fins do presente artigo, importa trazer a diferenciação de ambos os institutos, já que será dado enfoque para a tutela antecipada e suas características.

A tutela cautelar é uma tutela conservativa, portanto, visa garantir o resultado final do processo, preparando e permitindo a futura satisfação do direito. Já a tutela antecipada é uma tutela satisfativa, o que significa que ela satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. Um exemplo é a cautelar de arresto, quando o devedor está dilapidando todo seu patrimônio, podendo o credor fazer um pedido a fim de conservar o estado inicial das coisas, apenas para garantir que o seu direito de crédito eventualmente venha a ser satisfeito. Exemplo de tutela antecipada é o pedido, durante ação movida em face do Poder Público, para que, desde já, antes do trânsito em julgado, sejam providos tratamentos e medicamentos. Se o juiz conceder a tutela, o direito questionado está faticamente satisfeito.

Técnica interessante que pode auxiliar na tarefa de determinação do objeto e da consequência da tutela de urgência, e como consequência da sua natureza cautelar ou antecipada, é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem – total ou parcialmente – com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Havendo tal coincidência, a tutela de urgência será antecipada e, caso contrário, será cautelar.

Independente da natureza (cautelar ou antecipada), o CPC/15 unificou os requisitos para a sua concessão. Segundo o art. 300, *caput*⁵, tanto para a tutela cautelar, quanto para a tutela antecipada, exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e é confirmado o entendimento quanto a unificação dos requisitos de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Nos dois casos, o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva, sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final do processo inútil em razão do tempo.

Na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido a respeito do pedido antecedente de tutela de urgência e acreditar que possa obter esclarecimentos para a prolação de uma decisão com maior segurança por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela, poderá, antes de analisar o pedido, determinar a realização de uma audiência prévia de justificação. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 300, § 2º do CPC/15, ao prever que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia⁶.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

O legislador ao elaborar o CPC/15 trouxe procedimentos diferenciados para a tutela cautelar e a tutela antecipada. Apesar de uma nítida aproximação procedimental entre as duas espécies de tutela de urgência, há dois aspectos que as diferenciam: a estabilização e o processo cautelar autônomo na hipótese de indeferimento do pedido de tutela cautelar formulado de forma antecedente. Por o enfoque do trabalho nos próximos capítulos ser na estabilização da tutela antecipada antecedente, é preciso estabelecer as linhas gerais desse procedimento.

O legislador manteve consagrado o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência no parágrafo único do art. 305 do CPC/15. Note-se que a relevância prática da fungibilidade consagrada em lei limita-se ao pedido de tutela de urgência antecedente, já que no pedido incidental o procedimento é idêntico às duas espécies de tutela, sendo nesse caso irrelevante na prática a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Todavia, ao conceder uma tutela antecedente, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do CPC/15⁷. Por outro lado, caso denegue a tutela, é importante o autor saber se a tutela é antecipada, e assim deverá aditar a petição inicial no prazo de 5 dias para converter o pedido de tutela provisória em processo principal (art. 303, § 6º, do CPC/15); ou, sendo cautelar, prosseguirá com o processo normalmente.

2. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO NO CPC/15

Nos termos do art. 303, caput, do CPC/15, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, 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. Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, ainda que o § 4.^{o8} do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento do pedido, caberá ao autor, nos termos do § 6º do art. 303 do CPC/15, emendar a petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

processo ser extinto sem resolução do mérito⁹. O prazo de cinco dias pode ser prorrogado pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do CPC/15, servindo para um aditamento, que na verdade converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal.

O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do CPC¹⁰. Nesse caso cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.

Caso a tutela antecipada seja concedida, o art. 303, § 1.º, I, do CPC, exige que o autor adite a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 302, § 2.º, do CPC). De acordo com o §3.º do mesmo dispositivo, esse aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

Ultrapassado o procedimento em que deve ocorrer o pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do caput do dispositivo legal, a tutela antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não for interposto pelo réu recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada. O CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), excluindo a estabilização a tutela antecipada concedida incidentalmente.

O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de forma que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará, nos termos do art. 304 do Novo CPC.¹¹

Há entendimento contrário¹² no sentido de ser afastada a estabilização ora analisada havendo impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada por qualquer forma, recursal ou não. A contestação do réu também, por esse entendimento, é apontada como hábil a evitar a estabilização da tutela antecipada.

Nesse caso é preciso lembrar que o art. 303, II, do CPC, prevê que no pedido de tutela antecipada antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – V. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 674.*

de mediação prevista no art. 334 do CPC. Significa dizer que o réu não será intimado para contestar, sendo que, tecnicamente, seu prazo para a apresentação de defesa nem terá se iniciado. É natural, portanto, que se o réu se adiantar e já contestar o pedido a tutela antecipada não se estabilizará. Mas também não deve ser descartada a possibilidade de o réu simplesmente peticionar nos autos expressando o desejo de participar de tal audiência, o que demonstrará, de forma clara, sua intenção de que o procedimento siga seu rumo regular.

Será inaplicável o art. 304 do CPC se o autor expressar sua vontade de que pretende, além da concessão da tutela antecipada, pronunciamento fundado em cognição exauriente capaz de gerar coisa julgada material. Contrariar a vontade do autor nesse sentido seria negar o exercício pleno de seu direito de ação, em manifesta violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no art. 5º, XXXV, da CF.

Havendo litisconsórcio passivo, é possível que apenas um ou algum dos réus interponha recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada, ou ainda se insurja por outra forma contra tal decisão. Ainda que se defendesse o contrário, nesse caso, somente se a defesa do litisconsorte que se insurgiu contra a decisão aproveitar ao réu que deixou de se insurgir será possível afastar a estabilização da tutela, qualquer que seja o teor da decisão ou da impugnação do réu não caberá a aplicação do art. 304, do CPC. A estabilização só se justifica com a extinção do processo, não tendo sentido que uma tutela antecipada seja estabilizada para um dos réus e não para os demais.

Pelo art. 304, § 1º, do CPC, preenchidos os requisitos para a estabilização da tutela antecipada o processo será extinto. Não há outra forma de se extinguir um processo que não seja por meio de sentença, já que a extinção naturalmente dependerá de uma decisão judicial, que nos termos do art. 203, § 1º, do Novo CPC, será uma sentença.

Nos termos do art. 304, § 6º, do CPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. Após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, já que a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas.

3. PROBLEMATIZAÇÕES QUANTO A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A grande controvérsia surgida é se a estabilização da tutela antecipada antecedente, seguindo a literalidade dos dispositivos legais, só não ocorreria com o ajuizamento do agravo de instrumento pelo réu ou se, como dito anteriormente, outras formas de resistência serviriam para impedir a referida estabilização.

O caput do artigo 304 prevê 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". Com isso, seguindo uma leitura literal da lei, somente com o ajuizamento do agravo de instrumento que seria possível afastar a estabilização. Todavia, doutrina e jurisprudência, como será visto abaixo, vem permitindo que outras formas de impugnação do réu impossibilitem essa estabilização.

Nessa linha, pode-se citar o que doutrina Cássio Scarpinella Bueno, que defende que outras formas de manifestação do réu já seriam suficientes para afastar a estabilização, não aplicando o art. 304 do CPC em sua literalidade. Defende o autor que qualquer forma de inconformismo do réu com a tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida como veto à sua estabilização¹³. Seguindo esse entendimento, o enunciado 43 do Fórum Nacional do Poder Público¹⁴ diz que:

Qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC.

Por outro lado, houve um processo legislativo que culminou no texto legal, de forma o termo “recurso”, afastou outras formas de impugnação. Portanto, o legislador se utilizou de uma interpretação restritiva, devendo ser respeitada sua real intenção.¹⁵

Mostrando uma contrariedade geral quanto ao texto legal, Theotonio Negrão, José Roberto Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e João Francisco da Fonseca afirmam:

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil* Anotado, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

¹⁴ FNPP. *Enunciados aprovados*. Disponível em <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁵ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, vol. 263, p. 123-139, janeiro/2017

[...] qualquer ato de resistência do réu diante da demanda (p. ex., contestação) ou qualquer ato de insurgência contra a decisão antecipatória (p. ex., reclamação), manifestado no período de recorribilidade desta, barra a estabilização.¹⁶

A possibilidade da contestação evitar a estabilização ainda se mostra controversa em nossa jurisprudência, mas o STJ já vem proferindo decisões a seu favor, mostrando que não seria razoável obrigar a parte contrária a recorrer para evitar os efeitos da estabilização da tutela antecipada antecedente. Nesse sentido foi a decisão do STJ no julgamento do REsp 1760966/SP¹⁷:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...]

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

Importa trazer o entendimento de Rangel, com um viés mais prático e menos analítico, ao abordar a onerosidade e a morosidade de um recurso visto como único instrumento capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Diante disso, sugere Rangel¹⁸ que o magistrado, ao conceder a tutela antecipada antecedente, ordene, em primeiro lugar, a intimação e citação do réu para que apresente argumentos e provas relacionados à estabilização concedida.¹⁹

É nessa linha que vem seguindo o STJ²⁰, conforme jurisprudência recente colacionada abaixo:

¹⁶ NEGRÃO, Theotônio e outros. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 49. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 374

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸ RANGEL, Rafael Calmon. Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação, *Revista de Processo*, nov/2016. v. 261.2016. p. 210.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966 - SP (2018/0145271-6)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar 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 [...].

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença

Outra problemática quanto a estabilização da tutela antecipada antecedente é se ela teria o condão de formar coisa julgada material. Segundo CPC/15, não há coisa julgada material, mas a tutela se torna estável, cabendo contra ela a propositura de uma ação revisional no prazo de dois anos. E após esse prazo de dois anos para a propositura da ação revisional, ocorre coisa julgada?

Essa discussão surge porque esgotado o prazo para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do §2º do art. 304 do CPC/15, concretiza-se a proibição de repropositura da mesma ação (artigo 337, §§1º e 4º do CPC/15), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do CPC/15). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada.

Ocorre que a parte inicial da norma do §6º do artigo 304 do CPC/15, parece contradizer essa afirmação. O que a referida norma determina é que não há coisa julgada enquanto for possível a repropositura da ação prevista no §2º do art. 304 do CPC/15. A ênfase do legislador, neste dispositivo, é reforçar a estabilidade dos efeitos da tutela liminar, depois da extinção do processo e até eventual revisão, na forma procedimental do aludido §2º. Por conseguinte, enquanto perdurar o direito de revisão da tutela antecipada, não há coisa julgada.

Findo este direito, a tutela liminar será selada com a autoridade da coisa julgada (art. 502 do CPC/15).

Apesar de não haver o efeito positivo da coisa julgada a vedar a rediscussão do direito material - visto que a decisão que antecipa a tutela não julga o mérito da demanda, apenas se baseia em juízo de probabilidade do direito para sua concessão -, a decisão posterior não poderá modificar os efeitos já estabilizados, pois o legislador foi claro ao afirmar que somente a ação específica prevista no §2º poderia modificar ou revogar a decisão que estabilizou os efeitos da tutela antecipada antecedente (§6º do art. 304 do CPC/15).

Entretanto, após o prazo bienal para a propositura de ação rescisória, há a formação de coisa julgada soberana, a qual, ressalvados os vícios transrescisórios (os quais não são objeto do presente estudo), não poderá ser modificada, em homenagem à segurança jurídica. Dessa forma, mesmo sendo inegável a ocorrência de decadência do direito de propositura da demanda rescisória, entende-se que houve a concomitante formação de coisa julgada.

CONCLUSÃO

O CPC/15 refletiu uma conquista da sociedade que vem desde a promulgação da Constituição de 1988 e sua elaboração foi fruto de debates democráticos, na busca de inclusão da sociedade no processo judiciário e de uma justiça mais célere e eficaz. Nesse sentido, qualquer tutela provisória representa uma busca por efetividade das decisões judiciais, com a satisfação do direito material posto.

Com isso, o CPC/15 trouxe consigo modificações quanto a tutela provisória, em especial a tutela antecipada antecedente, permitindo a estabilização da sua decisão quando concedida e não interposto o recurso cabível.

A estabilização dos efeitos da tutela antecipada consiste em técnica que permite a manutenção dos efeitos da tutela antecipada concedida no âmbito da tutela antecipada antecedente, independentemente da existência de cognição exauriente, desde que observados os requisitos legais afetos ao procedimento.

Contudo, isso vem sendo alvo de críticas pela doutrina e flexibilizado pela jurisprudência, por representar não só um aumento no número de recursos e ações judiciais autônomas, mas também por forçar a parte contrária a muitas vezes utilizar de um recurso indesejado.

Se desconsiderada a obrigatoriedade de utilização do agravo de instrumento para sua estabilização, a estabilização da tutela antecipada antecedente pode ser considerada uma

evolução legislativa, pois torna suficiente uma decisão proferida em sede de cognição sumária.

O processo civil deve sempre representar um meio de concretização do direito material, nunca um obstáculo. Exigir a interposição de um recurso muitas vezes custoso e demorado, e não qualquer meio de impugnação que demonstre a insatisfação da parte contrária, pode representar uma afronta a direitos fundamentais e a Magna Carta.

Quanto a coisa julgada material, no intuito de se verificar se a estabilização proveniente da tutela antecipada requerida em caráter antecedente faz coisa julgada material no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é instituto novo trazido pelo atual Código de Processo Civil, inovou-se ao possibilitar a satisfação do direito mesmo antes de se fazer pedido de provimento exauriente de mérito, e ainda, em situações específicas, poder estabilizar-se, extinguindo o processo e mantendo-se os efeitos da medida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Resp nº 1.760.966-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETE, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

FNPP. Enunciados aprovados. Disponível em: <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 49 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed, Salvador: Jus Podivm, 2017.

RANGEL, Rafael Calmon. Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação. *Revista de Processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, v. 261, p. 199-228, nov. 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 54. ed. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – V. I. 56. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.