

UNIVERSIDADE FERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIS NAKAMURA

**DA IMPUGNAÇÃO COMO MEIO DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

CURITIBA

2019

ANDRÉ LUIS NAKAMURA

**DA IMPUGNAÇÃO COMO MEIO DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2019

DEDICATORIA

Dedico este trabalho ao meu filho, Enzo Ryujin Finger Nakamura, que desde sua vinda ao mundo motiva meu crescimento em todos os sentidos, como ser-humano, como homem, como pai. Se hoje sou capaz de dar o meu melhor, é por ele. Mesmo com a minha ausência em diversos momentos nesses cinco anos, dos nove que possui, que ele abdicou sem a oportunidade de escolher, ainda é capaz de me chamar de pai e esperar a minha presença.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar um panorama do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, inserido pelo código de processo civil de 2015, analisando o presente contexto processual, seu conceito e classificação diante da nova sistematização, seus requisitos, e suas fontes de inspiração. A seguir levantou-se um dos requisitos para a estabilização que causou grande dissenso na doutrina pátria, do meio que impede a estabilização da tutela antecipada. Buscou-se a referência nos institutos inspiradores, para analisar o instituto no projeto de lei, as posições doutrinárias, e as recentes decisões jurisprudenciais das cortes mais relevantes, para concluir a melhor interpretação do termo que deu origem ao dissenso.

Palavras-chave: Processo Civil; Tutela Antecipada; Estabilização da Tutela Antecipada; Référé; Impugnação.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	O PROCESSO E A TUTELA DOS DIREITOS	2
2.1	DA ORIGEM AO PROCESSO NEUTRO	2
2.2	DO PROCESSO ADEQUADO À TUTELA DOS DIREITOS	3
3	DAS TUTELAS PROVISÓRIAS	4
4	DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	5
5	DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	7
5.1	DOS RÉFÉRÉS FRANCÊSES	8
5.2	DAS TUTELAS SUMÁRIAS ITALIANAS	11
6	DO MEIO PARA IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	14
6.1	DO PROJETO DE LEI À LEI PUBLICADA	15
6.2	DA DOCTRINA	17
6.3	JURISPRUDÊNCIA – RESP 1760966/SP	19
7	CONCLUSÃO	20
8	BIBLIOGRAFIA	23

1 INTRODUÇÃO

O Código do Processo Civil de 2015 trouxe novidades. Uma dessas novidades trata-se da “Estabilização da Tutela Antecipada”. Inspirada no modelo francês “Référés” e nas tutelas sumárias italianas, essa técnica processual visa dar mais efetividade à tutela jurisdicional e mais celeridade à demanda judicial. Contudo, a importação e adaptação de um instituto, que vige em um ordenamento diferente ao pátrio, é apenas hipotético num primeiro momento. Isso, pois, as adaptações e modificações a serem feitas, por menores que sejam, somados ao fato da inserção em um ordenamento ou contexto diferente, por mais similar que seja ao local de origem, fazem com que o instituto passe a ter apenas previsões hipotéticas até sua efetiva implementação. Somente após entrar em vigor é que emergirão questões não previstas a serem resolvidas pela doutrina e jurisprudência.

Uma das primeiras questões levantadas por aquela técnica apareceu tão logo definitivo ficou o texto do código. Uma das formas de se impedir a estabilização, diz o artigo, é a interposição do respectivo recurso à decisão que concede a tutela antecipada. No projeto de lei, o termo utilizado era impugnação, mas no texto definitivo, o legislador optou pelo termo recurso, mais limitado em relação aquele. Criou-se assim um grande dissenso na doutrina pátria, entre aqueles que defendem a interpretação do termo recurso no sentido de impugnação e aqueles que defendem no sentido estrito do termo.

A discussão que pode parecer um grande debate com pouco resultado útil, em verdade, tem consequências de grande impacto na prática jurisdicional que vão na contramão das necessidades do processo pátrio moderno. A exigência de um recurso específico em detrimento a uma das formas de impugnação traz, na prática jurisdicional, um aumento considerável de atos processuais e, por conseguinte, a abertura de diversos prazos processuais, além das demandas autônomas, que ao analisar o resultado, colide frontalmente com uma das grandes questões do judiciário brasileiro: a razoável duração do processo.

Por fim, o dissenso da doutrina chegou ao judiciário e a primeira decisão importante veio da 3ª Turma do STJ sobre o assunto na REsp 1760966/SP. Mais recentemente, surgiu uma nova decisão divergente, demonstrando ainda o dissenso existente, no acórdão da 1ª Turma do STJ sobre o assunto na REsp 1797365/RS. Por tais decisões, verifica-se ainda grande dissenso mesmo no judiciário, que ainda

deve pacificar o tema, e que pelos quóruns desenvolvidos nas decisões, provavelmente penderá pela interpretação ampliativa. Assim, o presente artigo busca analisar a origem do instituto, analisando os modelos que o inspiraram, os référés franceses e as tutelas sumárias italianas, de modo a verificar se há tratamento similar nos modelos originais, o raciocínio que guia a necessidade do instituto, e como ele foi disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Levanta-se o dissenso de posição na doutrina, e os fundamentos das turmas do Tribunal Superior de Justiça, para posicionar pelo entendimento mais adequado.

2 O PROCESSO E A TUTELA DOS DIREITOS

2.1 DA ORIGEM AO PROCESSO NEUTRO

O direito processual surge na antiguidade em um amálgama com o direito material. Da percepção de que ambas as disciplinas tem funções diversas na finalidade da jurisdição, reconheceu-se a necessidade de dissociá-las. Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹, o grande mérito da reconstrução do processo, sob as bases publicistas, foi da escola processual italiana do início do século XX. Contudo, na busca pela separação entre o direito processual e o direito material, tendo como meta a neutralidade daquela, o processo afastou-se dos compromissos com o direito material. Nessa perspectiva, por exemplo, as sentenças foram pensadas de forma abstratas, devendo apenas ser a resposta jurisdicional ao direito de ação e não como meio de realizar a tutela dos direitos. Acreditou-se ser possível um processo neutro e isento, sem o compromisso com o direito material e com a exigência do mundo fático.

Nas suas palavras, constata o pesquisador, não se demorou a perceber, que “houve uma confusão entre autonomia científica, instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material”, e que o processo sendo instrumento, não o vincula à uma neutralidade e isonomia em relação ao direito material, mas sim o oposto, deveria estar atento para buscar atender as tutelas prometidas pelo direito material, sendo imprescindível para se atingir a efetividade dos direitos fundamentais, incluindo a da tutela jurisdicional efetiva.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

2.2 DO PROCESSO ADEQUADO À TUTELA DOS DIREITOS

Conforme explica Marinoni², a neutralidade para qual caminhou o processo não demorou demonstrar que ao se isolar em busca de uma neutralidade em relação ao direito material, o processo acabou por ter sua efetividade comprometida, não sendo capaz de atender às necessidades do direito material. Isso, pois, o processo não depende apenas de normas que proclamam direitos, mas sim, que determinem formas de proteção ou de tutela para aquele direito conferido pelo direito material. Para o ele, esse caminho trilhado pelo processo acabou por não ser condizente com o ordenamento do Estado constitucional, que necessita de um processo atento a garantir a tutela dos novos direitos e, especialmente, dos direitos fundamentais. Conclui, então, que se faz necessário outorgar à jurisdição a finalidade da tutela dos direitos e não só isso, mas estruturas capazes de realiza-las.

Os direitos fundamentais, para o estudioso, criam ao Estado o dever de tutela-los e protege-los. Essa proteção não se restringe à jurisdicional, pois ela abrange as três esferas de poder do Estado. A proteção se inicia com a tutela normativa, que a priori, de incumbência do poder Legislativo, deve editar as normas de direito. Mas só a existência das normas não garante a tutela, então cabe ao Estado, por meio da tutela administrativa, fiscaliza-las e atuar para remover os efeitos do seu descumprimento, bem como sancionar aquele que descumpriu. Por fim, nos casos de falha ou omissão pela tutela legislativa e administrativa, recorre-se em última instância à tutela jurisdicional.

Conclui o autor que a tutela jurisdicional deve proteger todos os direitos, fundamentais ou não, e tem como foco o plano dos significados das normas. Como exemplo dessa correlação, as normas impositivas ou proibitivas de condutas, quando violadas, exigem como tutela jurisdicional a imposição de observância da norma ou a remoção dos efeitos concretos derivados da violação, dita tutela inibitória. Contudo, é possível que a violação daquele tipo de norma, resulte em alguma espécie de dano ao terceiro ou a coletividade, deste modo, a tutela jurisdicional, além daquela já citada, também inclui a tutela ressarcitórias. Esta pode se apresentar de duas formas: pela forma específica e pelo equivalente. A primeira é utilizada quando é possível sua reparação in natura, geralmente nos casos de direito

² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

transindividual. Já a segunda, é cabível quando não há outra alternativa de reparação se não em dinheiro ou quando o lesado prefere o ressarcimento desta forma, ainda que seja possível a tutela pela forma específica.

Por fim, o doutrinador afirma que a tutela dos direitos não se refere apenas a legitimidade do processo em atender aos direitos garantidos pela norma, pois isso é uma questão que se faz presente a priori no direito material, e implica em mudar o foco da dogmática sobre as normas atributivas de direitos para colocar sobre as formas de tutelas. Estas já são garantidas pelo direito material, mas são diferentes dos direitos em si ou de suas necessidades. Assim, segue o desenvolvimento linear lógico de que: analisa-se o direito prescrito na norma, para entender suas necessidades, e assim, concluir as formas eficazes de atendê-las. Esta é a posição da dogmática preocupada com as tutelas, aquela que converge sua atenção às formas de proteção ou de tutela dos direitos, não se preocupando com a existência de direitos ou de sua titularidade, pois estes se tornam dependentes de uma forma adequada de disponibilizá-los. Em suma, esta é a diferença entre a atribuição de direitos, que é proclamada, mas sem meios ou tutelas eficazes de efetivá-las, e as “posições jurídicas protegidas”, que possuem tutelas adequadas à garantia do direito. Constata-se, assim, por exemplo, que o instituto da tutela antecipada trata-se de uma forma de tutela que visa atender ao direito material, e os meios de realizar a tutela antecipada são as técnicas processuais.

Por fim, o cientista chama atenção para não confundir a tutela de direitos com a técnica processual. Assim, nas suas palavras, “deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutelas prometidas pelo direito material. De modo que entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação”. Esta adequação não se ocupa mais com as formas de tutela, que já foram identificadas pelo direito material, mas agora sobre quais técnicas processuais melhor as realizam.

3 DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Na realidade fática, o direito material por vezes necessita de uma ação imediata que o garanta, sob pena de se perder o efeito prático desejado, é com base nessa ideia que o código de processo civil instrumentaliza a previsão da tutela provisória. O Código de Processo Civil de 2015, nas palavras do professor Eduardo

Talamini³, “reformulou o sistema de tutela judicial fundada na cognição sumária”. Unificados sob o nome de “tutela provisória”, englobou a tutela antecipada e a tutela cautelar, cujas disciplinas eram diferentes no antigo código. Os fundamentos da tutela provisória foi classificado pelo código em “urgência” e “evidência”, nos termos do art. 294 do CPC/2015.

Segundo explica o autor, o fundamento da urgência, art. 300 do CPC/2015, é a probabilidade do direito combinado com o risco de dano pela demora até a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Esta modalidade subdivide-se em “cautelar” e “antecipada”, ambas podem ser concedidas em caráter incidental, durante o processo, ou antecedente, no início do processo. Já o fundamento da evidência, art. 311 do CPC/2015, dispensa o perigo de dano quando: configurado o abuso de direito de defesa de modo protelatório; ou quando as alegações, comprovadas documentalmente, já tiver tese firmada em demandas repetitivas ou súmulas vinculantes; ou se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou ainda, quando a petição inicial contiver provas com grande carga probatória, e que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

4 DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Em considerações iniciais, o professor Luiz Guilherme Marinoni⁴ esclarece que a tutela antecipada é a tutela do direito material. Em outras palavras, a tutela antecipada é o direito que o autor pretende obter ao final do processo, concedida antecipadamente em virtude de perigo de dano. Em suma, diante de uma situação de urgência, concede-se o direito pleiteado pelo autor, antes do resultado final da demanda, mediante decisão de cognição sumária, baseado em probabilidade do direito. Importante destacar, nas palavras do autor que “A tutela antecipada exige a consideração dos pressupostos de direito material da tutela de direito que se quer antecipar, enquanto que a técnica de antecipação nada mais é do que previsão técnico processual que autoriza a antecipação da tutela do direito”.

³ TALAMINI, Eduardo. Tutela provisória no novo CPC: panorama geral. 2016a. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236728,81042-Tutela+provisoria+no+novo+CPC+panorama+geral>>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁵, o legislador brasileiro inovou ao tornar autônomo o juízo sumário que resulta na concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 303, do CPC/2015, fugindo do desenho tradicional da tutela antecipada. Esta inovação teve como objetivo a inserção do mecanismo da estabilização da tutela antecipada, art. 304 do CPC/2015.

Explicam os autores o procedimento que, em suas palavras, “requerendo expressamente o autor na petição inicial (art. 303, § 5º), nos casos em que a ‘urgência for contemporânea à propositura da ação’ (art. 303, caput), a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lida, do direito que se busca realizar, do valor da causa como um todo (art. 303, § 4º) e do perigo na demora”. Destacam os autores, da análise dos artigos, que pode ser requerida pelo instituto qualquer tutela satisfativa, mas não qualquer tutela cautelar, a exemplo daqueles do art. 305 a 310, do CPC/2015. Outra questão encontra-se na limitação da urgência, excluindo o fundamento da evidência dessa possibilidade, apesar disso, os autores entendem que, similar ao *référé provision* francês (art. 809, do Code de Procédure Civile), não há motivo razoável para excluir a tutela de evidência. Por fim, ainda suscitam a questão de que a “urgência contemporânea” ao qual faz referência o caput do art. 303, do CPC/2015, apesar de parecer sugerir uma limitação, não se concretiza quando interpretado todo o dispositivo, em que se estimula a sumarização do processo com a sua estabilização.

Continuando os ensinamentos, após concedida a tutela antecipada na forma antecedente, passa o autor a ter o ônus de aditar a petição inicial com os requisitos do art. 303, § 1º, I, do CPC, sob pena de extinção sem resolução do mérito (art. 303, § 2º). Em sendo realizado o aditamento, haverá a citação do réu para audiência de conciliação ou mediação (art. 334), e não havendo autocomposição, inicia o prazo para contestação (art. 335). Ainda, diante da não concessão da tutela antecipada, o autor incumbe-se de aditar a petição inicial em até cinco dias, sob pena de extinção sem resolução de mérito, art. 303, § 6º, do CPC. Contudo, havendo deferimento da

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol II. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

tutela antecipada, o réu é cientificado da decisão, e, nos termos do art. 304 do CPC, incumbe interpor o recurso cabível sob pena de estabilizar a tutela antecipada.

5 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A novidade da estabilização da tutela antecipada vem como resposta à questão da razoável duração do processo no judiciário brasileiro. Tema de grande debate e discussão que é suscitado como um dos maiores problemas do cenário atual dos órgãos jurisdicionais. O longo tempo do início da demanda até a resolução do processo com a sentença de mérito e a satisfação do direito pretendido, geralmente resulta em prejuízo às partes envolvidas no processo. Assim, a ideia de uma tutela provisória que necessitava obrigatoriamente ser substituída por uma tutela satisfativa, por vezes, propiciava um prolongamento processual desnecessário, sobrecarregando a estrutura dos órgãos jurisdicionais e causando prejuízos às partes, que ainda assim, tinham que aguardar a resolução final do processo. Desta questão, advém à ideia da estabilização da tutela antecipada que vem na tentativa de oferecer uma solução mais célere as partes por uma tutela provisória, mas que havendo conformação no resultado obtido pelas partes, permite que o processo obtenha um desfecho imediato com a manutenção do resultado e, ainda assim, passível de ser modificado, visto que não houve cognição exauriente.

Segundo Frederico Augusto Gomes⁶, a estabilização da tutela antecipada trouxe sensíveis alterações na autonomia e na eficácia temporal da tutela de urgência. A estabilização possibilita que a tutela se torne estável no tempo sem obrigatoriamente uma decisão de mérito, colidindo diretamente com o regime anterior. O instituto foi inspirado nos modelos de tutelas sumárias da França, os référés, e da Itália, que nas palavras do autor, “com peculiaridades tais que a análise do direito comparado, apesar de instrutiva, é insuficiente para resolver os problemas criados pela legislação pátria”. A inspiração surge num contexto, final do século XX, em que o antigo Código de Processo Civil por meio de alterações buscava dar mais efetividade na tutela dos direitos. Isso, pois, a grande questão que se colocava presente era a ausência da razoável duração do processo, em conflito com o art. 5º,

⁶ GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017

inciso LXXVIII, da CF/88. Assim, essas questões ganharam especial destaque no advento do Código de Processo Civil de 2015.

A regulamentação do instituto encontra-se no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 303 e 304. O art. 303, caput, trata da antecipação da tutela, o dispositivo instrui que a parte quando houver urgência contemporânea à propositura da ação, pode requerer a medida antecipatória em petição simplificada, contendo: a exposição da lide; o direito que se busca realizar; a indicação do pedido da tutela final; o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; e o pedido da tutela antecipada. Complementa o art. 304, do mesmo diploma, que concedida a tutela antecipada antecedente, conforme art. 303, caput, a medida se tornará estável se não for interposto o recurso cabível contra a decisão que concedeu a tutela antecipada. Neste caso, segundo Heitor Vitor Mendonça Sica⁷, o recurso cabível é: Agravo de Instrumento (art. 1.015, I, CPC), se decisão em 1º grau de jurisdição; Agravo Interno (art. 1.021, CPC), se decisão monocrática em 2º grau de jurisdição; e Recurso Especial ou Extraordinário, se decisão colegiada em 2º grau de jurisdição. Estabilizada a tutela, seus efeitos só podem ser revistos por decisão de mérito em nova ação com este objetivo, no prazo de até dois anos após a decisão que extingue o processo cuja tutela antecipada estabilizou-se. Após esse prazo, os efeitos não podem mais ser desfeitos.

Para Horival Marques de Freitas Júnior⁸, a estabilização da tutela antecipada é uma técnica antecipatória não cautelar que resolve a lide sem a necessidade de chegar à uma decisão de mérito, visto que sua eficácia não finda com a extinção do feito. Na análise de Humberto Theodoro Junior e Érico Andrade⁹, há uma quebra no vínculo de instrumentalidade e obrigatoriedade entre tutela antecipatória e a decisão de cognição exauriente, visto que é possível se obter a tutela antecipatória sem sequer ter um processo com provimento de mérito.

5.1 DOS RÉFÉRÉS FRANCÊSES

⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Tutela Provisória. Salvador: JusPodium, 2016.

⁸ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. Revista de Processo, São Paulo, vol. 225, p. 179-219, nov. 2013.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. Revista de Processo, São Paulo, vol. 206, p. 13-59, abr. 2012.

Giovanni Bonato e Pedro Gomes de Queiroz¹⁰ em pesquisa sobre o conceito na moderna doutrina francesa encontram dois conceitos de référés. O primeiro como um instrumento, um procedimento específico, dotado de regime autônomo, aplicável a todos os órgãos, que permite obter, de modo simples e rápido, uma solução provisória com possibilidade de se tornar definitivas. E o segundo como juízes de um órgão jurisdicional autônomo em relação ao juiz de mérito do processo. Assim, o conceito é plural, abrangendo diversas figuras, mas que possui características comuns, definidas pelo art. 484¹¹ do CPC francês, que os fazem estar sob o conceito de référés. Do artigo extrai-se três características comuns a todos os tipos de référés: o contraditório prévio; a celeridade e simplicidade procedimental; e a eficácia provisória do provimento. Destacam os autores que a urgência não se faz mais presente no texto normativo, vez que a exigência da celeridade é um conceito mais amplo e engloba aquele conceito. Por esse motivo, há um declínio no conceito de urgência, pois em um sistema que não prevê a execução provisória das sentenças de primeiro grau, o instituto do référés obteve muito sucesso pela celeridade e imediatividade das decisões, não tendo mais importância a característica da urgência.

Explica os autores, que o instituto é disciplinado pelos artigos 484 à 492 do Code de Procédure Civile Francês, primeiro livro, regulando as “disposições gerais comuns à todos os órgãos judiciais”. No segundo livro, encontram-se diversos dispositivos que condicionam a concessão dos référés perante cada órgão. Por fim, ainda há disciplina de référés específicas em outros códigos ou leis especiais, pertinente a sua temática.

Com relação ao procedimento, pode-se dizer que ele é sumário, simplificado, informal e célere. Inicia-se com a citação, interrompendo a prescrição, com a finalidade de que o réu compareça a audiência, cujo prazo é exíguo. Na audiência é oferecido o contraditório ao réu, sendo oral e não necessário a representação legal. Ao final da audiência é proferida a decisão motivada em audiência pública. Importante destacar que o juízo do référés é independente em

¹⁰ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os référés no ordenamento francês.

¹¹ Code de procédure civile. Art. 484. L'ordonnance de référés est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires. (O despacho de référés é uma decisão provisória proferida a pedido de uma parte, a outra presente ou citada, nos casos em que a lei confere a um juiz, que não é investido do mérito, o poder de decretar imediatamente as medidas necessárias).

relação ao juízo de mérito. Ademais, vale destacar que mesmo esgotados os meios de impugnação do *référé*, o juízo de mérito pode ter provimento contrário ao juízo do *référé*.

Bonato e Queiroz ainda reforçam que o provimento do *référé* é caracterizado pela provisoriedade e imediatividade da execução. Apesar disso, se provido por juízo de primeiro grau, a decisão é apelável e impugnável pelo recurso chamado *opposition*, já se provido por corte de apelação, o recurso de cassação é o instrumento cabível. Outra questão importante, relacionada ao juízo dos *référés*, é que só são passíveis de revogação ou modificação, se sobrevierem fatos ou circunstâncias supervenientes ou anteriores com conhecimento superveniente ao juízo, por isso, não é cabível a ação rescisória, visto que o próprio procedimento já prevê a possibilidade de revisão do provimento. Deste modo, surgiu uma estabilidade relativa, chamada de “coisa julgada provisória” que impede que o juízo do *référé* decida de modo diverso sem os requisitos supramencionados. Ainda assim, o texto normativo é claro ao afirmar que o provimento do *référé* não faz coisa julgada, como faria o juízo de mérito, mesmo que esgotados os meios de impugnação. No tocante à temporalidade, a ausência de norma é interpretada pela doutrina e jurisprudência no sentido de que o *référé* possui autonomia em relação ao juízo de mérito, deste modo, possui eficácia indefinida no tempo, como regra geral, sendo as exceções, os casos expressamente previstos em lei. Concluem os autores que em razão dessa eficácia temporal ilimitada, o juízo ainda que “provisório, pode se tornar de fato irrevogável”.

Para Horival Marques de Freitas Júnior¹², o *référé* indiretamente prevê a hipótese de que a decisão só poderá ser alterada se o réu assim o quiser. Em outras palavras, se a decisão de cognição sumária alcança a satisfação do autor e do réu, não há motivos plausíveis para que o judiciário dispenda tempo e recursos para confirmar o que já está resolvido no plano fático. Complementa Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade¹³, que o *référé* inverte a lógica processual e faz com que o réu busque a cognição plena apenas quando convicto e com fortes fundamentos para contestar o provimento provisório.

¹² FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. Revista de Processo, São Paulo, vol. 225, p. 179-219, nov. 2013.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. Revista de Processo, São Paulo, vol. 206, p. 13-59, abr. 2012

5.2 DAS TUTELAS SUMÁRIAS ITALIANAS

Segundo traduz Frederico Augusto Gomes¹⁴ dos estudos de Andrea Proto Pisani¹⁵, a constituição italiana dispõe em seu art. 24, parágrafo 1^o¹⁶, que “todos podem recorrer em juízo para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos”, assim, a ação é tida como atípica, não perfazendo necessária uma norma específica para buscar a tutela jurisdicional. Contudo, essa característica se aplica ao rito ordinário que, teoricamente, é o meio adequado a tutelar todo e qualquer direito. Já para o rito sumário, os procedimentos são típicos, via de regra, assim, a norma descreve requisitos específicos a serem preenchidos para a utilização das tutelas sumárias.

A exceção vem no art. 700¹⁷, do Código de Processo Civil da Itália, que prevê a hipótese de provimentos de urgência atípicos. Dispõem o artigo que “fora os casos regulamentados nas seções anteriores deste capítulo, se há fundados motivos para temer que durante o tempo necessário para se afirmar o seu direito pela via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode-se requerer ao juízo as medidas de urgência, que parecem, segundo as circunstâncias, as mais adequadas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito”. Assim, resume Andrea Lugo¹⁸, que são atípicos, pois, não há requisitos específicos para sua aplicação, a não ser o risco de dano irreparável e a impossibilidade de se socorrer em um procedimento cautelar típico.

Ainda, em continuidade da tradução de Pisani¹⁹, há uma associação diferente ao grau de cognição das tutelas sumárias, do que a cognição plena das tutelas com provimento de mérito. Sintetiza o autor, em uma tradução livre, “a essência da cognição plena (exauriente) é extraída, de um lado, na predeterminação

¹⁴ GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017

¹⁵ PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998, p. 22-35

¹⁶ REPÚBLICA ITALIANA, Constituição (1947), Parte I, Título I, Art. 24, Parágrafo 1^o. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/CCOS_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 14 de Nov de 2019.

¹⁷ PRECEDURA CIVILE, Codice di (1940), Livro 4, Título I, Art. 700. Disponível em: <<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/>>. Acesso em: 15 de Nov de 2019.

¹⁸ LUGO, Andrea. Manuale di diritto processuale civile, p. 354.

¹⁹ PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998, p. 22-35

legislativa das modalidades de realização do contraditório, das formas e dos prazos em que o processo se articula, do outro lado, da realização do próprio contraditório de forma plena e antecipada. São precisamente essas características que fazem que o acerto final possa ser dotado de um regime de imutabilidade que caracteriza o julgado substancial (material)²⁰. Já a cognição das tutelas sumárias, em uma tradução livre, “não tendem àquela verdade e certeza que constitui o resultado tendencial do processo de cognição plena, mas tendem unicamente à verossimilhança e à probabilidade, isto é, a um resultado inferior”²¹. O autor ainda destaca que a cognição sumária pode ser delimitada pela matéria ou pelo risco de dano irreparável, caso este que autoriza o juízo à postergação do contraditório. Por fim, ressalta o estudioso italiano, que no processo civil italiano, o que justifica as tutelas sumárias é a economia processual, combatendo o abuso de direito de defesa e garantindo uma tutela mais efetiva.

Com relação à eficácia, explica Giovanni Bonato²², que no art. 669-G²³, parágrafo 9º, que, em tradução livre, “o instituto da medida cautelar não pode ser invocada em um processo autônomo”, motivo pelo qual apresenta a incapacidade de produzir a coisa julgada material, pois a parte pode solicitar a modificação ou revogação, nos termos do art. 669-I²⁴, “se houver mudanças nas circunstâncias ou se alegando fato anterior de qual se é adquirido conhecimento após o provimento cautelar”. O autor conclui que, conforme as disposições supra mencionadas, bem como nos *référés* franceses, o provimento cautelar pode durar indefinidamente ao

²⁰ Texto original: “L'essenza della cognizione piena v adunque colta, da um lado, nella predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall'altro lato, nella realizzazione del contraddittorio medesimo in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l'accertamento finale possa essere dotato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale.” (PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998, p. 26-27).

²¹ Texto original: “...non tendono a quella verità e certezza che costituisce il risultato tendenziale del processo a cognizione piena, ma tendono unicamente alla verossimiglianza e alla probabilità, cioè ad un risultato inferiore.” (PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998, p. 26-27).

²² BONATO, Giovanni. La tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano : comparazione con il sistema francese e con quello italiano. Judicium, Pacini Giuridica, 2016, pp.65-128. Disponível em <<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01546211/document>>. Acesso em: 13 de Nov de 2019.

²³ Dispositivo dell'art. 669, parágrafo 9º, octies Codice di procedura civile: “L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

²⁴ Dispositivo dell'art. 669 decies Codice di procedura civile: “...se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.”.

longo do tempo, sendo definidas como de eficácia prolongada indefinidamente. Ainda assim, ressalta que as medidas possuem natureza provisória sendo sujeitas a perda ou modificação de sua eficácia pela sentença de mérito, válido para todas as medidas cautelares.

Com relação ao impedimento do prolongamento dos efeitos da medida cautelar no tempo, é preciso analisar o art.669 terdecies²⁵, do Codice di Procedura Civile. Nos termos do referido artigo, em uma tradução livre, “contra a ordem com a qual foi concedida ou negada o provimento cautelar é permitido reclamação no prazo peremptório de quinze dias da pronúncia em audiência ou da comunicação ou notificação, se anterior. A reclamação (contra o provimento do magistrado é proposta ao tribunal, que) contra o provimento do juiz singular do tribunal se propõe ao colegiado, do qual não pode fazer parte o juiz que emanou o provimento reclamado. Quando a medida cautelar for concedida pela corte de apelação, a reclamação deve ser proposta para outra seção daquela corte, na sua falta, para corte de apelação vizinha (mais próxima). O procedimento é disciplinado pelos artigos 737 e 738. As circunstâncias e os motivos supervenientes ao momento da proposição da reclamação devem ser propostos, no rigor do principio do contraditório, no relativo procedimento. O tribunal sempre pode obter informações e adquirir novos documentos. Não é consentida a remessa ao primeiro juiz. O colegiado, convocam as partes, pronuncia, e em vinte dias da apresentação do recurso, pronuncia uma ordem que não pode ser impugnada com a qual confirma, modifica ou revoga o provimento cautelar. A reclamação não suspende a execução do provimento; todavia, o presidente do tribunal ou da corte competente da reclamação, quando por motivos supervenientes ao provimento houver graves

²⁵ Dispositivo dell'art. 669 terdecies Codice di procedura civile: “Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore. Il reclamo [contro i provvedimenti del pretore si propone al tribunale, quello] contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. Quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina. Il procedimento è disciplinato dagli articoli 737 e 738. Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale puo' sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non e' consentita la rimessione al primo giudice. Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre i venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia il presidente del tribunale o della corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione.”

danos, pode dispor com a decisão impugnável à suspensão da execução subordinando a prestação de contra cautela.”

Da análise do artigo do código italiano, é possível perceber que há um recurso específico, com prazo específico, para impedir que sobrevenham os efeitos da tutela provisória. Vencida essa etapa, com ou sem o recurso ao provimento cautelar, nas lições de Bonato²⁶, os efeitos só podem ser revistos ou modificados se sobrevier a decisão de mérito ou por meio de ação ordinária autônoma.

6 DO MEIO PARA IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Para Frederico Augusto Gomes²⁷ “um dos requisitos mais polêmicos para a estabilização da tutela antecipada [...] antecedente é o da inércia do réu apta a ensejar a extinção do processo, com a perenização dos efeitos da medida concedida”. Segundo ele, a redação do art. 304, caput, do CPC/2015, é clara ao dispor 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”.

Para ele, sempre foi pacífico na doutrina que recurso é tão somente os institutos previstos na legislação como tal. Ou seja, recurso é somente o conceito denominado pela lei como recurso. Embasa o autor, apud Leonardo Carneiro da Cunha que “somente se consideram recursos aqueles mecanismos expressamente previstos em lei como tal. Com efeito, diante do princípio da taxatividade, os recursos estão, todos eles, previstos ou taxados na lei, não podendo ser atribuída natureza recursal a um instrumento que não se encontre no rol dos recursos”²⁸. Desse modo, por meio de interpretação estrita do termo, somente poderia impedir a estabilização os recursos supramencionados na explicação de Heitor Vitor Mendonça Sica²⁹.

²⁶ BONATO, Giovanni. La tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano : comparazione con il sistema francese e con quello italiano. Judicium, Pacini Giuridica, 2016, pp.65-128. Disponível em <<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01546211/document>>. Acesso em: 13 de Nov de 2019.

²⁷ GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017

²⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública e o procedimento monitorio, p. 63

²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Tutela Provisória. Salvador: JusPodium, 2016.

Entretanto, segundo Gomes, parte da doutrina defendeu uma interpretação ampla do termo, mesmo contrariando a tradição processual civil. Assim, defende esses autores que o termo “respectivo recurso” deve ser lido como “outro/qualquer meio de impugnação”, sendo aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada. Estabeleceu-se assim um grande dissenso na doutrina pátria acerca do tema.

6.1 DO PROJETO DE LEI À LEI PUBLICADA

Preliminarmente é importante destacar na Exposição de Motivos do CPC 2015³⁰ que o diploma visa “atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal”.

Com relação ao instituto da estabilização da tutela antecipada, justifica o legislativo que o mecanismo visa obter no processo o “maior rendimento possível”. Para isso, explica que “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”. A ideia é de que haja “a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”, ainda, “impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência”.

Apesar do discurso em conformidade com as necessidades do contexto processual nacional, no anteprojeto do Código de Processo Civil, Projeto de Lei 8046/2010³¹ (Código de Processo Civil), assim prescrevia o instituto:

Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

³⁰ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de Dezembro de 2019.

³¹ BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de lei 8046/2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 de Novembro de 2019.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento. (Grifo meu)

Art. 287. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. (Grifo meu)

...

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. (Grifo meu)

Deste modo, em uma análise isolada, o termo que foi apresentado no anteprojeto do Código de Processo Civil era o da “impugnação”. Este conceito, na compreensão da doutrina, é mais amplo do que o conceito de recurso, e entende-se assim, que abrange não só o recurso como qualquer outro meio de manifestação processual de contrariedade. Contudo, analisando sistematicamente o anteprojeto, vê-se no art. 279, parágrafo único que foi expresso o meio impugnável com o Agravo de Instrumento, deste modo, o legislador optou pela escolha de um meio específico para impedir a estabilização.

Outro ponto que corrobora com essa interpretação é que analisando o art. 288, § 2º, do PL 8046/2010, apesar de expresso o termo “impugnação”, há uma descrição típica, se não muito próxima, do recurso, pois, o texto diz expressamente que é a impugnação da decisão ou medida liminar, eventualmente concedida. Assim, por exemplo, não bastaria apenas o pedido de indeferimento pela contestação, seria necessário um ato específico em relação ao provimento da medida liminar.

A dubiedade que restou na redação do anteprojeto já suscitava discussões, assim, não surpreende que na redação final, o legislador optou por substituir o termo “impugnação” pelo termo “respectivo recurso”, buscando decretar o fim da discussão

acerca do meio de impedir a estabilização, ainda que incongruente com o discurso que conduziu a formulação do código de 2015, pela exposição de motivos.

6.2 DA DOCTRINA

O dissenso levantado pela interpretação do termo adequado na doutrina pátria levou grandes nomes do processo civil estarem em posições opostas. Assim, encabeçam aqueles que defendem uma interpretação ampliativa os renomados Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero³², que em suas palavras, “tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela”. Para eles, essa interpretação oferece vantagens à celeridade processual ao economizar o recurso de agravo e de reconhecer a devida relevância à manifestação de vontade do réu, visto que em ambas as manifestações, resta inequívoca a vontade do réu em exaurir o debate.

Também segue esse entendimento Bruno Garcia Redondo³³, que defende que à luz das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, interpretar o termo como impugnação é o mais adequado para impedir a estabilização da tutela. Complementa Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz³⁴, que o réu também tem direito à obtenção da tutela jurisdicional adequada, e não é compatível a restrição a esse direito, por um procedimento específico, quando já manifestado resistência ao pedido por outros meios formais. Na mesma linha, Cassio Scarpinella Bueno³⁵ defende, por ora, a interpretação ampliativa como a mais adequada.

Ainda, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁶ sustentam que a *ratio legis* do instituto é dar celeridade ao processo quando há

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol II. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³³ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias, p. 175

³⁴ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil, p. 115.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 130.105, de 16-3-2015, p. 233.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, p. 621-622.

inércia do réu, assim, qualquer apresentação de defesa tempestiva, já afastaria a inércia do réu e com isso a estabilização.

Do outro lado do dissenso, estão aqueles autores que defendem a interpretação do termo pela tradição do processo civil. Segundo os professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini³⁷, o réu deve interpor recurso contra a decisão, em primeiro grau, que concede a tutela antecipada antecedente, sob pena de estabilizar-se. Outro doutrinador que defende essa posição é Leonardo Carneiro da Cunha que, em suas palavras, “o texto normativo refere-se a recurso, que é, aliás, o único meio que impede a preclusão. A estabilização decorre, portanto, da ausência de agravo de instrumento, que é o recurso cabível contra a decisão que versa sobre tutela provisória (CPC, art. 1.105, I). Qualquer outro meio de impugnação não impede a estabilização”.

Daniel Amorim Assumpção Neves³⁸ defende a interpretação restritiva, apesar de criticar a escolha legislativa, em suas palavras, “A maior novidade certamente vem prevista no art. 304 do Novo CPC. Segundo o caput do dispositivo, a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Só lamento que a única conduta do réu para impedir a estabilização da tutela antecipada seja a necessária interposição do agravo de instrumento. Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela. De qualquer forma, não havendo a interposição do recurso, o processo será extinto (§ 1.º) e a tutela antecipada concedida será estabilizada, podendo qualquer das partes demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (§ 2.º) no prazo de dois anos contado da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5.º)”.

Um dos nomes que compuseram a Comissão de Juristas, que elaboraram o anteprojeto do CPC 2015, foi Elpídio Donizetti³⁹, para ele não basta contestar, quis o legislador impor ao demandado o ônus de apresentar o respectivo recurso de modo que a questão da estabilização seja especificamente questionada e não tratada como uma mera negativa.

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional, (processo comum de conhecimento e tutela provisória), vol. 2. 16.ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, p. 891

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

³⁹ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

6.3 JURISPRUDÊNCIA – RESP 1760966/SP

A questão da interpretação, restritiva ou ampliativa, do termo “respectivo recurso” não se conformou no âmbito doutrinário e chegou ao judiciário. Tema recente, e por isso, de poucos exemplares, duas decisões de turmas do Superior Tribunal de Justiça tiveram acórdãos sobre o tema. A primeira jurisprudência de impacto veio com o acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 04 de Dezembro de 2018, que por unanimidade, decidiu pelo entendimento ampliativo do art. 304 do CPC/2015, na REsp 1760966/SP⁴⁰, conforme ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ART. 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.

(STJ – Resp: 1760966/SP 2018/0145271-6, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 04/12/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2018)

Em síntese, entendeu a terceira turma, que a impugnação tempestiva é suficiente para afastar a estabilização da tutela antecipada antecedente. No caso em tela, o réu apresentou contestação tempestiva, pedindo a revogação da tutela, o qual foi deferido, impedindo a estabilização. Fundamentou a 3ª Turma do STJ, que de inspiração do Référé Francês, o instituto tem com objetivo dar celeridade aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, tornando-se desnecessária a sentença. Ainda, apesar de expresso “respectivo recurso” que via de regra seria o Agravo de Instrumento, numa interpretação

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1760966/SP. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661787132/recurso-especial-resp-1760966-sp-2018-0145271-6/inteiro-teor-661787142?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 de Novembro de 2019.

sistemática e teleológica, o dispositivo deve ser interpretado de forma ampliativa, pois o que se pretende é que estabilize-se a medida cautelar em que o réu não se apresentou contrariedade, ou seja, se conformou com a decisão. Além disso, corrobora que a importação do instituto visa a celeridade processual, assim, tomar pelo sentido estrito do termo, iria contra a própria lógica do instituto, burocratizando com recursos e ações autônomas no tocante a estabilização, além de sobrecarregar o judiciário.

Apesar da unanimidade do acórdão da 3ª Turma do STJ, a divergência do tema paira também sobre o próprio judiciário. Mais recentemente, a 1ª Turma do STJ, em acórdão proferido em 22 de Outubro de 2019, por 3 votos à 2, decidiu pela interpretação restritiva do dispositivo no REsp 1797365⁴¹, conforme ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

(STJ – Resp: 1797365/RS 2019/0040848-7, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 03/10/2019, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2019)

Em suma, entendeu a primeira turma que os meios de defesa possuem finalidades específicas, assim, a contestação demonstra a resistência em relação aos fundamentos do autor com vistas à tutela exauriente, já o agravo de instrumento, demonstra resistência à decisão de cognição sumária específica que concede a tutela provisória. Deste modo, os consideram institutos inconfundíveis. Porém, os votos vencidos fundamentam na interpretação sistemática e teleológica, que é somente com a inércia do réu em oferecer qualquer resistência que permite a estabilização.

7 CONCLUSÃO

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. REsp 1797365 (2019/0040848-7 – 22/10/2019). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900408487&dt_publicacao=22/11/2019>. Acesso em: 16 de Dezembro de 2019.

Analisando a origem do instituto conclui-se que, tanto nos *référés* franceses, por meio do recurso *opposition*, quanto nas tutelas sumárias italianas, com a reclamação (*art. 669, terdércies, do Codice di Procedura Civile*), faz-se necessário um recurso específico para impedir a duração indefinida dos efeitos da tutela antecipada nos modelos estrangeiros.

O legislador ao elaborar o anteprojeto, deixou dúvida como o instituto deve ser interpretado, pois no art. 279, do PL 8046/2010, deixa claro que o meio de impugnar a medida cautelar é o Agravo de Instrumento, e nos artigos seguintes descreve como “impugnação” o meio de impedir a estabilização da tutela antecipada, apesar disso, no art. 288, § 2º, do mesmo diploma, parece ter descrito a uma conduta específica, como um recurso, do réu em relação à decisão ou medida liminar concedida, que produziria efeitos por tempo indeterminado. De todo modo, na versão final, prevaleceu o termo “respectivo recurso”, mantendo a mesma lógica da versão anterior. Reforça essa hipótese o posicionamento de Elpídio Donizetti⁴², que tendo participado da Comissão de Juristas que elaboraram o código, se posiciona veemente contrária a interpretação ampliativa e ainda reforça que foi escolha do legislador.

Como já explicado, a adaptação de um instituto estrangeiro no ordenamento pátrio é apenas um exercício hipotético, sendo que questões não suscitadas aparecerão apenas após o emprego fático do instituto. Não há de se duvidar que o legislador, muito por não conhecer a prática jurídica, tenha se atentado a mínimas modificações do instituto para evitar maiores efeitos colaterais. Deste modo, seria bem plausível que a escolha pelo termo “respectivo recurso”, realmente tivesse a intenção de uma interpretação restritiva, a do agravo de instrumento e não da impugnação, que abrange outras formas de se apresentar o inconformismo com a decisão.

Contudo, impossível é a mera importação de um instituto sem suas adaptações e, dentre elas, o exercício hipotético da realidade social fática do local para onde está se inserindo tal instituto. Assim, deveria o legislador tentar ao máximo compreender a questões fáticas que se impõe à realidade pátria. Questiona-se isso, pois é compreensível que nos modelos estrangeiros tenha sido eleito um recurso específico para impedir os efeitos indefinidos das medidas cautelares, ora,

⁴² DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

trata-se de países com outra realidade jurisdicional, com diferentes questões a serem enfrentadas pelos órgãos jurisdicionais. Ainda assim, na exposição de motivos, o legislador parece ter tido a intenção de um processo mais simples na ação processual, com celeridade processual e efetividade do resultado da ação, buscando um maior rendimento processual, que com vistas práticas do instituto após seu desempenho prático, seria mais adequado um entendimento ampliativo.

Os problemas enfrentados pelos órgãos jurisdicionais brasileiros são de outra ordem e há tempos se discute a razoável duração do processo. Ainda que haja grande dissenso na doutrina na questão de interpretação do termo, hoje posta, expresso no art. 304 do CPC/2015, há um uniformidade quando se discute que o termo mais adequado que o legislador deveria ter empregado era o da impugnação. Se a única análise necessária fosse a processual doutrinária, seria adequado defendermos a interpretação estrita do termo “respectivo recurso”.

Contudo, excelente interpretação fazem Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴³ que preconizam do processo uma tutela adequada à tutela dos direitos. Assim, importa dizer que a interpretação do termo em sentido estrito, remonta ao processo neutro e isolado em si, indiferente diante das questões fáticas.

Ressalta-se ainda que a razoável duração do processo ainda é uma questão atual e que os órgãos jurisdicionais brasileiros enfrentam diariamente, assim, reforça o entendimento da decisão do STJ (REsp 1760966/SP), que parece ter sido mais acertada, que percebeu em seus campos um aumento no tempo de processo e aumento de demandas, por meios dos recursos específicos e demandas com intenção revisional, colidindo frontalmente com a destinação a que se propõe o instituto: a duração razoável do processo. Entretanto, mesmo na jurisprudência mais relevante, a questão também se mantém controvertida, como se pode perceber pela decisão mais recente, da primeira turma do STJ, que decidiu pela interpretação restritiva, ainda que acordão decidido por maioria (3x2). Analisando o restrito quadro de jurisprudência do STJ, a divergência entre turmas em breve será questionado, e considerando apenas as duas decisões, e o desenvolvimento de votos dos ministros nesses restritos exemplares, há uma probabilidade maior de que o entendimento que prevaleça no STJ seja a da interpretação ampliativa do dispositivo.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol II. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Conclui-se, por tanto, que o legislador optou pelo recurso específico, numa posição conservadora, mais próxima do modelo francês e italiano, ao editar o código de processo civil de 2015, contudo, hipótese plausível é que deixou de avaliar a realidade fática do nosso ordenamento, e a escolha pelo termo restritivo propiciou um efeito contrário à lógica que se buscou ao trazer o instituto ao ordenamento pátrio. Por tanto, apesar da grande divergência, analisando os fundamentos do instituto, a realidade social pátria e o contexto processual atual, a interpretação ampliativa do art. 304, do CPC/2015, no sentido de impugnação é a mais adequada para garantir a tutela dos direitos, tanto do autor, como do réu, impedindo a estabilização da tutela antecipada antecedente.

8 BIBLIOGRAFIA

BONATO, Giovanni. La tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuevo c.p.c. brasileiro : comparazione con il sistema francese e con quello italiano. *Judicium*, Pacini Giuridica, 2016, pp.65-128. Disponível em <<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01546211/document>>. Acesso em: 13 de Nov de 2019.

BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os référés no ordenamento francês. Disponível em: <<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01655318/document>>. Acesso em: 26 Outubro 2019.

BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de lei 8046/2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 de Novembro de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/941842/mod_resource/content/1/Exposicao%20de%20MotivoM%20CPC%202015.pdf>. Acesso em 16 de Dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1760966/SP. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661787132/recurso-especial-resp-1760966-sp-2018-0145271-6/inteiro-teor-661787142?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 de Novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1797365/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201900408487&dt_publicacao=22/11/2019>. Acesso em: 16 de Dezembro de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 130.105, de 16-3-2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública e o procedimento monitório, p. 63. Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

DIDIER JR., Fredir; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. Revista de Processo, São Paulo, vol. 225, nov. 2013.

GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. Tutela Provisória. Revista de Processo, São Paulo, vol. 260, out., 2016.

LUGO, Andrea. Manuale di diritto processuale civile, p. 354. 18. Ed. Padova: Editora Giuffrè, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol II. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998.

PRECEDURA CIVILE, Codice di (1940), Livro 4, Título I, Art. 700. Disponível em: <<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/>>. Acesso em: 15 de Nov de 2019.

REPÚBLICA ITALIANA, Constituição (1947), Parte I, Título I, Art. 24, Parágrafo 1º. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/CCOS_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 14 de Nov de 2019.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias. Tutela Provisória. Revista de Processo, São Paulo, vol. 244, jun., 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Tutela Provisória. Salvador: JusPodium, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Tutela provisória no novo CPC: panorama geral. 2016a. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236728,81042-Tutela+provisoria+no+novo+CPC+panorama+geral>>. Acesso em: 20 Outubro 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. Revista de Processo, São Paulo, vol. 206, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional, (processo comum de conhecimento e tutela provisória), vol. 2. 16.ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.