



TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

TUTELA ANTECIPADA PRE-TRIAL PROCEDURE

Camila Silvestre Feitoza¹

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo do procedimento do pedido de Tutela Antecipada em Caráter Antecedente, sendo necessária a sistematização da dinâmica organizacional do Novo Código de Processo Civil (NCPC) a fim de compreender a classificação das Tutelas Provisórias com a análise de seus pressupostos, cabimento e definições, sintetizando a processualística prevista para o seu requerimento. A partir de então, adentraremos ao tema do instituto da estabilização previsto no *caput* do artigo 304 do Código, levantando questionamentos relevantes acerca da constitucionalidade do instituto e as consequências práticas da sua utilização à luz do princípio do contraditório. Para a elaboração deste trabalho foram utilizados livros doutrinários, a legislação processual civil e a Constituição Federal.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Estabilização. Tutela satisfativa. Procedimento antecedente.

ABSTRACT: This paper's subject is the study of the tutela antecipada pre-trial motion, making necessary the systematization of the organizational dynamic of the NCPC to understand the tutela's classification in the new wording, with your requirements,

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Unitoledo), 2017. Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), 2018 até agora.

hypotheses and definition, synthetizing the motion procedure for the pre-trial tutela satisfativa, and it's unfold until the main plea, emphasizing relevant questions about the effects of its granting and stabilization. For the preparation of this work, doctrinal books and civil procedural legislation were used.

Keywords: Tutela antecipada. Stabilization. Tutela satisfativa. Pre-trial procedure.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise sistemática do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente com ênfase no fenômeno da estabilização prevista no *caput* do artigo 304 do NCPC. Para tanto, faremos breve abordagem acerca da dinâmica organizacional do NCPC e analisaremos a classificação das tutelas provisórias e a sua alocação no novo código. Serão abordadas as diferenças entre as tutelas provisórias de modo geral e as hipóteses de cabimento das tutelas de urgência – cautelar e antecipada – bem como os pressupostos para a concessão de cada uma delas. Após esta análise geral, adentraremos ao tema do procedimento da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente, ocasião em que falaremos da fungibilidade existente entre as tutelas de urgência para, finalmente, adentrarmos ao tema da estabilização que, por consequência, está inserida dentro do mencionado procedimento. A partir deste último tópico aprofundaremos o estudo e faremos uma análise crítica das consequências práticas que a utilização deste instituto – a estabilização – pode causar para as partes, discutindo-se a sua constitucionalidade, bem como a sua existência à luz do princípio do contraditório. Para embasar o presente trabalho foram utilizados livros doutrinários e a legislação processual civil e constitucional.

1. CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E DEFINIÇÕES

O Novo CPC reservou o Livro V da Parte Geral para as Tutelas Provisórias trazendo no Título I Disposições Gerais que abrangem nos artigos 294 a 299 pontos aplicáveis às Tutelas de Urgência e de Evidência. Por estarem alocadas na Parte Geral do

Código entende-se que poderão ser deferidas em qualquer espécie de ação, seja de conhecimento ou de execução, assim como também poderão ser requeridas em qualquer procedimento que incidir nos mencionados processos, isto é, no rito comum ou em algum procedimento especial. Segundo Cassio Scarpinnella Bueno, (2016), somente excepcionalmente as disposições previstas neste Título deixarão de ser aplicáveis a alguma espécie de tutela provisória. O Título II abrange os artigos 300 a 310 e se divide em três capítulos que dispõem sobre as tutelas de urgência. O Capítulo I é destinado às Disposições Gerais próprias da tutela de urgência (artigos 300 a 302), o Capítulo II se destina ao procedimento da tutela antecipada quando requerida em caráter antecedente (artigos 303 e 304) e o Capítulo III destina-se ao procedimento da tutela cautelar, também requerida em caráter antecedente (artigos 305 a 310). O Título III, que regula a tutela de evidência, limita-se às casuísticas elencadas no artigo 311 onde, no inciso I, indica a possibilidade de deferimento de tutela de evidência nos casos em que se verificar o abuso de direito de defesa ou, na hipótese de haver manifesto propósito protelatório da parte contrária. O inciso II indica a possibilidade de deferimento sempre que as alegações puderem ser comprovadas somente de forma documental e desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. No inciso III há a previsão de deferimento nos casos em que se tratar de pedido reipersecutório fundado na prova documental adequada de determinado contrato. Já o inciso IV prevê a possibilidade de deferimento sempre que a petição inicial estiver instruída de prova suficiente dos fatos constitutivos do autor, de modo que não haja possibilidade de apresentação de contraprova pela parte contrária. Por fim, o parágrafo único do artigo 311 limita-se a autorizar o deferimento liminar da tutela de evidência, mas somente nos casos elencados nos incisos II e III. Ou seja, em se tratando de precedente obrigatório e reipersecutória, respectivamente.

Com essa divisão organizacional entende-se que as Tutelas Provisórias constituem um gênero, do qual são espécies as Tutelas de Urgência e de Evidência, sendo que a tutela de urgência se subdivide em mais duas subespécies, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipada.

2. DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS

Para analisar a diferença entre as tutelas provisórias é necessário compreender os pressupostos para a sua concessão. Assim, evidenciamos três grandes diferenças entre elas, sendo que a primeira grande diferença é que, nas de urgência – antecipada e cautelar – é imprescindível a existência do *periculum in mora* para que sejam autorizadas pelo juiz, ao passo que a tutela de evidência nunca se apoia nesse pressuposto.

A segunda diferença é que a concessão da tutela de evidência está atrelada a uma espécie de tipicidade, encontrada no artigo 311 do CPC, em que existe toda uma casuística relacionada a esse tipo de providência. No entanto, quando o CPC cuida das tutelas de urgência ele apenas prevê requisitos ou pressupostos de concessão comuns às tutelas antecipada e cautelar, assim, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Todavia, o deferimento de tutela antecipatória deve satisfazer a mais uma exigência legal que não existe na tutela cautelar, mas somente na tutela antecipada, que é a inexistência de perigo de irreversibilidade.

A terceira e última diferença entre essas tutelas está situada no campo da satisfatividade, uma vez que as tutelas antecipada e de evidência sempre são satisfativas, ao passo que a tutela cautelar jamais possui esse efeito. Ser satisfativa significa ter a capacidade ou o efeito de realizar de modo adiantado o direito que o requerente afirma possuir, isto é, proporcionar a ele o acesso ao bem da vida pretendido no processo. Nesse sentido, entende Daniel Amorim Assumpção Neves, assim como já havia observado Pontes de Miranda que “*A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir*” (2016, p. 966).

O maior problema é que em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. A presença de garantia e satisfação em ambas serve para explicar a frequente confusão em sua distinção, o que inclusive levou o legislador a prever expressamente a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único, do Novo CPC). (NEVES, 2016, p. 966-967)

Dessa forma, as tutelas antecipada e de evidência sempre realizam na prática a

pretensão do sujeito que as requereu e permitem a ele desfrutar do proveito auferido com o processo. Já a tutela cautelar apenas é deferida para afastar uma situação de perigo que aflige um direito provável, mas o deferimento dela não realiza por antecipação o direito sustentado pelo requerente e não lhe dá acesso ao bem da vida pretendido com o processo. A título exemplificativo, se um conveniado ajuíza contra o plano de saúde uma ação cominatória da obrigação de fazer uma cirurgia, e necessita obtê-la emergencialmente para que não sofra dano trágico, é caso de tutela antecipada, pois o direito do conveniado será realizado por antecipação – medida satisfativa.

Por outro lado, se um credor vê o devedor dissipar patrimônio com objetivo fraudulento, é caso de se postular e obter uma tutela cautelar – de arresto – que resulte a apreensão do patrimônio sujeito a desvio sem que isso implique o imediato pagamento do credor – medida não satisfativa. Dessa forma, entende-se que a satisfatividade da tutela antecipada ocorre em razão do *periculum in mora*, ao passo que a satisfatividade da tutela de evidência ocorre em razão da notoriedade do direito titularizado pelo requerente.

3. FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Como visto, são duas as espécies de Tutela de Urgência, a Antecipatória e a Cautelar, sendo que a principal diferença entre elas está no campo da satisfatividade, que é a aptidão para a realização adiantada do direito que o requerente diz possuir. Dessa forma, as tutelas antecipadas sempre são satisfativas, ao passo que as tutelas cautelares nunca são, de modo que não existem medidas cautelares satisfativas. O que importa saber, entretanto, é se o juiz poderá ou não operar a substituição entre essas prestações jurisdicionais na hipótese de haver erro de postulação.

Em outras palavras, quando a parte pretender uma tutela antecipada, mas requerê-la erroneamente sob o rótulo da tutela cautelar, e vice-versa. Nesse caso, é possível a substituição de uma e outra, estando o juiz autorizado a operar essa fungibilidade deferindo a tutela de urgência adequada ao caso concreto desde que presentes todos os pressupostos dela. Tanto é assim, que o NCPC praticamente unificou os requisitos de concessão dessas tutelas de urgência. Quando essas tutelas de urgência são postuladas em caráter incidental não há dificuldade aparente ao se operar a fungibilidade, porque não há procedimento algum a ser cumprido nesse caso para o deferimento de qualquer uma delas.

A título exemplificativo, se o requerente ajuizar uma ação de conhecimento cominatória da obrigação de fazer e requerer erroneamente uma tutela cautelar em lugar de uma tutela antecipada, o juiz deferirá a antecipação se presentes os pressupostos dela e a recíproca também é verdadeira.

A dificuldade que pode surgir quanto à fungibilidade é na hipótese de requerimento de tutelas de urgência em caráter antecedente, pois os procedimentos criados pelo NCPC para alcançá-las são diferentes. Com efeito, o parágrafo único do artigo 305 foi categórico ao afirmar que “*Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303*”. Isso significa que o juiz conhecerá mesmo assim do requerimento formulado em caráter antecedente, mas mandará processá-lo conforme o procedimento que o citado artigo prevê para o deferimento da tutela antecipada.

Do mesmo modo, embora o Código não tenha disciplinado expressamente a situação oposta, se o requerente postular erroneamente uma tutela antecipada, quando deveria requerer uma tutela cautelar, poderá o juiz também conhecer do pedido, mas mandará processá-lo segundo o procedimento do artigo 305, caso presentes os requisitos, por analogia ao parágrafo único do mencionado artigo. Por outro lado, como já dito, o NCPC nos permite compreender também ser possível a aplicabilidade das tutelas provisórias genéricas que trata o Livro V tanto nos processos de procedimento comum, como também nos de rito especial, porque alocadas na Parte Geral do Código. Por esse motivo, pode ocorrer de o autor se confundir ao necessitar de uma medida satisfativa, pois é comum na prática a parte requerer tutela antecipada em procedimentos cuja tramitação autorizam deferimento liminar da medida pretendida no processo.

Na hipótese de no procedimento especial haver previsão de liminar que, no caso, exercerá a função da tutela antecipada do artigo 303 (porque satisfativa), entende-se que o magistrado deverá avaliar se há diferença entre os requisitos de concessão desta liminar e os da tutela antecipada, pois não será deferida a tutela antecipada apenas porque não foram cumpridos os requisitos da liminar específica. Por outro lado, tendo o autor apenas se confundido quanto ao requerimento de liminar ou de tutela provisória, requerendo tutela antecipada em lugar da liminar, o pedido não poderá ser prejudicado, podendo o juiz deferir a medida como se fosse pedido liminar.

Nesse sentido explica Daniel Amorim Assumpção Neves, *in verbis*:

Na hipótese do procedimento especial que já tem a previsão expressa de liminar, que exercerá nesses casos a função da tutela de urgência satisfativa, deve-se analisar se há diferença entre os requisitos da liminar e da tutela antecipada à luz do pedido e da condição apresentada pela parte. Se o autor pedir a tutela antecipada porque sabe que não preencheu os requisitos para a concessão da liminar, como fica claro na hipótese de tutela antecipada sancionatória, o juiz deverá decidir normalmente o pedido¹²⁷. Caso o autor apenas tenha se confundido, requerendo tutela antecipada em vez da liminar, o pedido não deverá ser rejeitado pelo juiz somente em razão desse equívoco, que melhor fará em admiti-lo como pedido de liminar, em aplicação do princípio da fungibilidade. (2016, p. 994-995)

Concluindo, o que existe é uma genuína fungibilidade de mão dupla e um direito genérico do jurisdicionado às tutelas de urgência, especialmente, porque ambas são da mesma classe e houve no NCPC a mencionada unificação legal e teórica das duas.

4. CABIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O *caput* do artigo 294 do NCPC classifica as Tutelas Provisórias em Tutela de Urgência e de Evidência e no parágrafo único dispõe sobre o momento para a postulação das Tutelas de Urgência prevendo a possibilidade de formulação do pedido emergencial em caráter antecedente – antes de formular o pedido principal – ou incidentalmente, durante o deslinde do processo. Isso quer dizer que as tutelas de urgência, conforme parágrafo único do artigo 294, permitem ao autor formular pedido emergencial relativo ao seu pleito principal – seja para satisfazer desde já a sua pretensão sob pena de perecimento ou para preservá-lo – antes mesmo da apresentação do seu pedido principal que realmente visará a obtenção do bem da vida desejado.

Dessa forma, por se tratar de requerimento provisório, segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 431), o magistrado ao analisá-lo não o fará de forma exauriente, ou seja, de modo a decidir com certeza e concretude sobre o direito que o requerente diz possuir. Ele o fará de modo sumário, fundando sua decisão na verossimilhança ou evidência de que o direito existe. Por este motivo é que o Código lhes atribui natureza provisória, vez que a qualquer momento a decisão concessiva poderá ser revogada ou modificada. O juiz ao analisar pedido de tutela provisória fundamentará sua decisão na probabilidade de o direito existir diante a demonstração, por parte do requerente, dos elementos fáticos necessários para provar o perigo de dano que sofrerá caso não lhe seja

assegurado o pleito, que são, como dito, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Ademais, importante observação de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 431) no que se refere à efetividade que as tutelas têm nos processos, é sobre o fato de que talvez a maior lamentação da sociedade acerca da atuação do judiciário estaria situada na morosidade deste na resolução dos conflitos, o que, conseqüentemente, acarretam prejuízos muito maiores às pessoas economicamente mais frágeis que detêm menores condições de suportar o transcurso do processo para desfrutar da tutela final. É por isso que as Tutelas Provisórias, mais especificamente as de Urgência, também se justificam na Constituição Federal, que dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV).

Nesse sentido, sintetiza Marcus Vinicius Rios Gonçalves *in verbis*:

A rigor, o fundamento da tutela provisória, ao menos nos casos de urgência, poderia ser buscado no texto constitucional, uma vez que o art. 5º, inciso XXXV, determina que a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão. Ora, para que essa regra se torne efetiva, é preciso que o Judiciário também possa arrecadar eventual perigo ou ameaça que, em razão da demora no processo, o provimento jurisdicional possa sofrer. (2016, p. 432)

Assim, é relevante frisar que as Tutelas de Urgência são instrumentos processuais de suma importância não apenas para o direito processual, porquanto criadas para resguardar e garantir o direito – material – reclamado pelas partes no processo visando evitar o seu perecimento pela demora do trâmite processual.

5. PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

A expressão “*fumus boni iuris*” representa um indicativo da “fumaça do bom direito”. Um termo usado no sentido figurado que tem a finalidade de demonstrar que o juiz não precisa se convencer da certeza do direito afirmado pelo requerente da tutela emergencial, pois basta a simples aparência do direito ou a mera impressão de sua existência que surge na convicção do magistrado. Já o “*periculum in mora*” se traduz no risco da decisão tardia, é o perigo da demora na prestação jurisdicional. Dessa forma, para se obter tutela provisória não é necessário realizar um exame minucioso do processo a fim de se obter certeza do direito que o requerente diz possuir, pois o juiz, ao deferir a tutela de urgência, precisa tão somente se convencer da existência de probabilidade ou verossimilhança do direito afirmado e de que há perigo de dano em razão da demora na

prestação jurisdicional, caso em que deverá deferir a tutela emergencial.

No entanto, não basta o “simples receio” de dano do requerente para o deferimento da tutela emergencial. É necessário que a existência do temor tenha base concreta, decorrente de algum fato específico, geralmente ligado a algum comportamento do requerido sinalizando provável prejuízo. Importante observar que o juiz não possui discricionariedade no deferimento ou não da tutela jurisdicional, pois há uma exigência expressa prevista no artigo 298 do NCPC que obriga o magistrado a fundamentar a decisão que conceder, negar, modificar ou revogar tutela provisória, devendo expor com clareza as razões que o levaram a decidir sobre o pedido de tutela.

Nesse sentido é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Não existe discricionariedade para o juiz conceder ou não a tutela provisória, ou seja, o juiz não pode simplesmente escolher entre conceder ou não a tutela provisória imaginando que ambas as soluções serão consoantes com o direito. Estando preenchidos no caso concreto os requisitos legais, o juiz é obrigado a conceder a tutela provisória, também sendo obrigado a indeferi-la se acreditar que os requisitos não estão preenchidos⁶⁹. Será teratológica uma decisão na qual o juiz afirme a presença dos requisitos, mas, por acreditar que a melhor solução é a não concessão da tutela provisória, deixa de concedê-la, ou que, mesmo ausentes os requisitos, resolve por concedê-la por entender essa solução a mais oportuna ou conveniente. (2016, p. 956)

Portanto, não há que se falar em oportunidade e conveniência em se tratando de tutela provisória, pois estando presentes os pressupostos legais o magistrado está obrigado a deferir a tutela emergencial. Da mesma forma, se pendente algum dos requisitos legais para a sua concessão, estará o magistrado também obrigado a indeferir a tutela emergencial. Ademais, deverá também o juiz modificar ou revogar a medida concedida antecipadamente, ante a superveniência de situação que faça com que o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo desapareçam. Pensando nisso, o § 1º do artigo 300 do NCPC permite ao juiz condicionar o deferimento da tutela de urgência a uma caução. Assim, entende-se que sempre que houver dúvidas sobre a existência do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*” e o juiz identificar a possibilidade de a tutela deferida causar dano à parte contrária poderá exigir caução dos danos que a parte eventualmente vier a suportar, salvo as situações das pessoas economicamente hipossuficientes.

6. TUTELA ANTECIPADA NO NCPC: PROCEDIMENTO, CABIMENTO E PRESSUPOSTOS

A Tutela Antecipada é também chamada de tutela satisfativa em razão da sua capacidade de efetivamente satisfazer a pretensão do autor ao permitir que ele desfrute, desde logo, do bem da vida almejado com o processo. No CPC de 1973 essa espécie de tutela somente poderia ser postulada de forma incidental. No entanto, conforme o novo Código é lícito ao jurisdicionado apresentar uma petição inicial limitando-se a requerer a Tutela Antecipada, o que dará início a um processo dotado de uma primeira fase procedimental destinada a concessão desse tipo de medida. Na sequência, dentro do mesmo processo, a parte poderá apresentar uma petição intermediária formulando seu pedido principal, próprio da ação de conhecimento. Por outro lado, o procedimento para a concessão de Tutela Antecipada em Caráter Antecedente é bastante diferente do procedimento que se instaura para a obtenção de medidas Cautelares Antecedentes.

As Tutelas Provisórias no NCPC são cobertas de peculiaridades e a primeira delas, como dito, se refere justamente à Tutela Antecipada que, com o novo código, é possível o seu deferimento em caráter antecedente, assim como as tutelas de natureza cautelar. Além disso, as tutelas antecipatórias, por possuírem a mesma classificação das cautelares, também podem ser deferidas incidentalmente, mas apenas na ação e no processo de conhecimento em curso, e não na ação de execução, justamente em razão de sua natureza satisfativa.

Quanto aos requisitos para a sua concessão, o NCPC encerrou a discussão quanto aos pressupostos para a concessão das Tutelas de Urgência, mais especificamente no que diz respeito ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*, uma vez que tais requisitos se tornaram comuns às Tutelas de Urgência. Na nova redação tanto as tutelas antecipatórias como as cautelares exigem a comprovação desses mesmos pressupostos para que possam incidir nos processos. No entanto, isso não quer dizer que o NCPC igualou totalmente os requisitos para a concessão das tutelas cautelar e antecipada, pois esta última, como já dito, demanda um terceiro requisito, pois, além do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o § 3º do artigo 300 do Código diz que a Tutela Antecipada não deverá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade. Esse terceiro requisito exigido pelo Código, segundo Cassio Scarpinnella Bueno, “trata-se de verdadeiro “pressuposto

negativo”, que quer inibir a antecipação da tutela no caso do que é comumente chamado de “periculum in mora inverso” (2016, p. 275).

Dessa forma, pela interpretação literal do dispositivo, tem-se que o judiciário não poderá deferir a antecipação da tutela satisfativa quando antever que a futura e eventual revogação dela inviabilizará o desfazimento dos efeitos produzidos pela medida. Em outras palavras, quando se tornar impossível ao juiz revogar a tutela concedida, de modo a recolocar as partes na situação jurídica que elas se encontravam antes do deferimento. Assim, entende Daniel Amorim Assumpção Neves:

Atento a entendimento doutrinário firmado sobre o tema, o dispositivo legal deixa claro que irreversibilidade não diz respeito ao provimento que antecipa a tutela, e sim aos efeitos práticos gerados por ele. O pronunciamento é sempre reversível, mediante a interposição do recurso cabível ou a prolação de outra decisão que virá substituí-lo. Daí porque correto o dispositivo ao consagrar o entendimento de que a irreversibilidade não é a jurídica, sempre inexistente, mas a fática, que é analisada pela capacidade de retorno ao status quo ante na eventualidade de revogação da tutela antecipada. (2016, p. 996-997)

Entretanto, há uma ponderação necessária a ser feita durante a análise do magistrado quanto à existência deste pressuposto negativo para concessão da tutela antecipada. A vedação da concessão de tutela emergencial satisfativa nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer em determinados casos, pois, ao deixar de deferir uma medida emergencial em razão da existência do perigo de irreversibilidade poderá o respectivo pronunciamento, eventualmente, ensejar uma espécie de “inconstitucionalidade substancial” no caso concreto. Diz-se substancial porque deve-se avaliar a potencialidade dos danos decorrentes do deferimento ou não da tutela emergencial e se o dano que se pretende inibir com a medida é qualitativamente mais importante para o autor do que para o réu na relação processual.

Nesse sentido explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

É necessário superar a interpretação literal do dispositivo para contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. É implícito ao sistema – porque decorrente do “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade” a afastar o rigor literal enunciado pelo dispositivo. (2016, p. 276)

Com efeito, entende-se que quando o dano que se quer evitar com o requerimento

da medida for qualitativamente mais importante ao requerente do que ao requerido a medida poderá sim ser deferida pelo magistrado, ainda que haja perigo de irreversibilidade. Portanto, é preciso cautela ao avaliar os requisitos conforme cada caso a fim de evitar que a interpretação literal do § 3º do artigo 300 enseje alguma espécie de inconstitucionalidade, pois o requisito da inexistência de perigo de irreversibilidade nem sempre prevalecerá.

Sobre o tema, eis entendimento de Cassio Scarpinnella Bueno *in verbis*:

É uma situação-limite, que podemos chamar de “irreversibilidade de mão dupla”, ou como prefere a doutrina, “recíproca irreversibilidade”, na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da razoabilidade. Em lição de autorizado processualista, devem-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra que sem ele sofrerá uma lesão irreparável.

Cabe ao magistrado, no caso concreto, analisar a situação jurídica em que se encontram as partes ao se deparar com a existência de irreversibilidade, e, fazer uso da ponderação ao decidir sobre o deferimento ou indeferimento da medida emergencial, pois a existência de irreversibilidade pode, como visto, ser substancialmente inconstitucional, quando não analisado a proporção dos danos, do ponto de vista de ambas as partes. (2016, p. 999)

Nos casos em que mesmo após feita análise pelo magistrado, persistindo dúvida acerca da irreversibilidade dos efeitos da decisão concessiva, o NCPC nos permite entender que o juiz poderá, conforme o caso, exigir a prestação de uma caução também nesta hipótese, com fim de ressarcir os danos que porventura a parte contrária vier a experimentar em razão do deferimento de uma decisão cujos efeitos serão irreversíveis.

7. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

7.1 A estabilização prevista no *caput* do artigo 304 e a problemática em torno dela

A problemática que envolve o instituto da estabilização no Novo Código de Processo Civil, está situada no *caput* do artigo 304. Segundo o mencionado dispositivo, se da decisão na qual o juiz deferir o pedido emergencial de tutela antecipada – requerida no procedimento antecedente – não for interposto o respectivo recurso a tutela concedida será estabilizada, tendo como consequência a extinção do processo (304, § 1º NCPC). No

entanto, o § 6º do mencionado artigo aduz que esta decisão não fará coisa julgada e que, caso as partes pretendam a reforma, invalidação, revisão ou mesmo a confirmação desta decisão concessiva deverão propor, no prazo de dois anos contados da ciência da decisão, uma ação de conhecimento com base nos §§ 2º e seguintes do artigo 304 do NCPC.

7.1.1 Do contraditório

Primeiramente, o questionamento que surge ao analisar o *caput* do artigo 304 quando diz que a tutela antecipada concedida em caráter antecedente se tornará estável se “*da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*” é sobre qual (ou quais) seria o “respectivo recurso” que o CPC quis remeter. Isso porque, o dispositivo nos permite interpretá-lo extensivamente se abalizarmos nos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que em um primeiro momento pode-se entender que o “respectivo recurso” que o *caput* do mencionado artigo 304 se refere estaria condicionando o comportamento do réu à interposição de um Agravo de Instrumento com fulcro no artigo 1.015, inciso I do NCPC.

No entanto, é preciso considerar que o comportamento do réu dependerá da situação em que as partes se encontrarem e do conteúdo contido na decisão concessiva da tutela, pois dessa forma seria igualmente possível cogitar que o “respectivo recurso” poderia ser os Embargos de Declaração. Nesse caso, atentando em saber o comportamento adequado do requerido na ocasião e, partindo do pressuposto de que, conforme disposto no próprio *caput* do artigo 304, a única saída que o réu terá para não ver a tutela estabilizada e o processo extinto – sem que lhe seja garantido a oportunidade de se defender em cognição exauriente – seria demonstrando o seu inconformismo mediante a interposição de um recurso.

Dessa forma, mitiga-se a possibilidade de se fazer uma interpretação extensiva do *caput* do artigo 304 para melhor atuação na prática, pois, assim, seria possível ao réu lançar mão não apenas do recurso de Agravo de Instrumento, com a finalidade de manifestar o seu inconformismo com o deferimento da medida e conseqüentemente dar continuidade ao processo, mas qualquer outro comportamento nesse sentido seria capaz de igualmente impedir a ocorrência da estabilização. Assim, é necessário encontrar a melhor interpretação do dispositivo e avaliar qual tipo de comportamento se espera da

parte requerida no caso concreto.

Nesse sentido, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, 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. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento. (2017, Vol. II, p. 147)

Também observa Daniel Amorim Assumpção Neves:

Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do art. 304, caput, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê “recurso” deve se entender “impugnação”, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação). (2016, Vol. Único, p. 1.011)

Com efeito, analisando detidamente o mencionado artigo 304 é possível chegar a questionamentos relevantes. Conforme cita Cassio Scarpinnella Bueno, (2016, p. 282/283), a exemplo, nos casos onde o réu não recorre mas comparece à audiência de conciliação ou mediação, ou no caso de ele se dar por citado e, independentemente da audiência de conciliação, contestar a ação. Da mesma forma, se ele tão somente se manifestou nos autos mediante simples petição pugnando pela revogação da tutela antecipatória concedida ou, ainda, se apresentou Embargos de Declaração indicando algum vício que conduzisse o juiz a se retratar. Em todos esses casos, entende-se que seria possível afastar a incidência da estabilização que paira em desfavor do réu.

7.1.2 Constitucionalidade

Para falar de constitucionalidade à luz do direito processual, José Miguel Garcia

Medina (2017) sintetiza uma das finalidades do processo civil. Entende que através do processo é que se realizam os direitos subjetivos e que o direito processual não serve como um mero instrumento acessório do direito material. Tem-se que a previsão de um direito subjetivo traçada pelo ordenamento sem que se tenha um adequado procedimento, voltado à concretização material de tal direito, seria, de certo modo, apenas um direito abstrato, irrealizável concretamente ou, em última análise, inexistente. Dessa forma, é preciso que haja não somente a existência de um direito material em si, mas a junção deste com os meios necessário para a sua concretização prática.

O que se espera do ordenamento é que através do processo determinadas finalidades possam ser alcançadas e, dessa forma, entende-se que o processo civil tem como alvo a pacificação dos conflitos de uma forma justa, além de conscientizar a sociedade para que cumpram seus deveres (finalidade social). O processo também tem como finalidade a afirmação do poder do Estado de administrar a justiça, de modo a respeitar a liberdade dos cidadãos (finalidade política), além, é claro, do dever de proporcionar o uso de técnicas processuais que sejam adequadas à realização do direito material em discussão (finalidade jurídica). É justamente neste último ponto - finalidade jurídica - que era necessário se chegar para iniciar a discussão do presente tópico.

Como visto anteriormente, segundo dispõe o Código, a única saída para o réu não ver a tutela antecipatória deferida estabilizar seus efeitos e, conseqüentemente, levar à extinção do processo, é necessário um comportamento nos autos manifestando o seu inconformismo com a medida emergencial deferida. Com efeito, tem-se que é possível a ao réu lançar mão de quaisquer meios de manifestação nos autos, tais como a interposição de um Agravo de Instrumento, a oposição de Embargos de Declaração ou mesmo a mera manifestação nos autos por meio de simples petição, a depender da situação. Por outro lado, não tendo a parte requerida manifestado qualquer comportamento nesse sentido, os efeitos da decisão serão estabilizados e, conforme § 1º do artigo 304, o processo será extinto.

Entretanto, a problemática no tocante à estabilização está situada no § 6º do artigo 304 que dispõe que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. O referido artigo propõe que a decisão não fará coisa julgada, mas estabilizará seus efeitos

e, ao mesmo tempo, diz que esses efeitos somente serão afastados se qualquer das partes proporem uma ação de conhecimento fundada nos §§ 2º e seguintes do artigo 304.

Assim, o questionamento que surge neste ponto é se tal medida seria constitucional à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), uma vez que não permitirá ao réu o amplo exercício do contraditório em uma cognição exauriente, cuja finalidade é justamente obter uma decisão definitiva baseada na certeza de todos os fatos e provas contra ele apresentadas, já que a consequência da estabilização é a extinção do processo (§ 1º do artigo 304, NCPC). Com efeito, o referido artigo 304 condiciona o regular andamento do processo a um comportamento – de inconformismo – do réu logo no início da relação processual, de modo que, caso ele não impugne esta decisão concessiva da tutela, no momento em que ela foi proferida, não mais terá como fazê-lo, pelo menos não nesta fase processual antecedente.

Por outro lado, importante frisar que conforme defendido por José Miguel Garcia Medida (2017, p. 365), o que está estabilizado e não comporta rediscussão – senão no prazo de dois anos por meio da ação referida no § 2º do artigo 304 – são os efeitos do pedido antecedente e não o pedido principal, porquanto nem sequer foi exaustivamente formulado.

Analisando o ponto de vista de um direito processual justo, com o devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, é válido que se crie vias alternativas ao procedimento comum e nada impede que haja procedimentos diferenciados que visem o “encurtamento” do processo e que o deferimento sumário de determinadas medidas sejam limitados à probabilidade de existência do direito. No entanto, é preciso compreender que o resultado que se busca com a criação de procedimentos assim nem sempre condiz com os efeitos que a sua aplicação podem ensejar na prática, quanto mais com os parâmetros constitucionais que o próprio CPC defende no artigo 1º quando dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 148) questiona justamente essa legitimidade constitucional, do fato se equiparar os efeitos do procedimento comum – que é realizado com contraditório, ampla defesa e direito à produção de provas – com o procedimento da Tutela Antecipada Antecedente prevista nos artigos 303 e seguintes do CPC que afasta

tudo isso ao prever a possibilidade de ocorrência da estabilização caso o réu não manifeste seu inconformismo. Marinoni entende que dessa forma abrem-se questionamentos sobre a real função do processo civil para o Estado Constitucional.

Desse modo, tem-se que uma das finalidades do Processo Civil no Estado Constitucional é a obtenção de decisões justas, havendo a necessidade de se construir procedimentos balizados na busca dessas decisões. No entanto, observa Luiz Guilherme Marinoni, (2017, p. 148) que, “parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo”.

CONCLUSÃO

A constitucionalidade do instituto da estabilização prevista no *caput* do artigo 304 do NCPC será sempre passível de discussão. Acredita-se que em não poucos casos o procedimento da Tutela Antecipada Antecedente servirá, de certo modo, mais como uma estratégia processual para o autor, com a finalidade de obter determinada vantagem sobre o réu com eventual estabilização da medida, do que necessariamente para satisfação de um direito emergente, se deslocando, assim, da ideia de um processo voltado à busca por decisões justas. Isso porque, como visto, a ausência de manifestação de inconformismo pelo réu no prazo legal gera consequências para ambas as partes, pois ainda que a coisa julgada não paire sobre os efeitos da medida (§ 6º, art. 304), a sua rediscussão é limitada ao prazo dos dois anos previsto no § 6º do artigo 304 e às hipóteses do § 2º do mesmo artigo, quais sejam, a revisão, a reforma ou a invalidação da decisão.

Não nos parece crível que o NCPC tenha inovado tão positivamente com a criação de um procedimento antecedente para a Tutela de Antecipada – *já que o CPC de 1973 previa procedimento antecedente apenas para as hipóteses de Tutela Cautelar* – e prever a criação de um instituto flagrantemente incompatível com os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ao permitir a estabilização de uma medida deferida de forma sumária e não exauriente, fundada apenas na probabilidade do direito alegado existir.

Não bastasse isso, ainda condiciona a sua reforma, revisão ou invalidação a uma

espécie de ação de conhecimento, cujo prazo para ajuizamento é de dois anos, contados da ciência da decisão concessiva. Neste ponto, há relevantes questionamentos levantados pela doutrina acerca do cabimento de Ação Rescisória na hipótese do decurso do prazo para a propositura da ação mencionada no § 5º do artigo 304 que vise à reanálise da medida estabilizada.

Nota-se a existência de contradição na lei processual, pois, ao mesmo tempo em que dispõe que a tutela concedida não fará coisa julgada, prevê que seus respectivos efeitos somente poderão ser afastados por decisão proferida na ação mencionada no § 5º do artigo 304. Portanto, defende-se a necessidade de interpretação extensiva do *caput* do aludido artigo 304, a fim de evitar a ocorrência de alguma espécie de inconstitucionalidade que eventualmente sobrevenha às partes pela não observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília: 2015 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 15 de junho 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: 1998. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 28 de junho de 2020.

BRASIL. Dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Brasília: 1968. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm> Acesso em 25 de julho de 2020

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: 1942. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 4 de agosto de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinnella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª Ed. Salvador: Jus Podvm, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª Ed. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART,** Sérgio Cruz; **MITIDIERO,** Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART,** Sérgio Cruz; **MITIDIERO,** Daniel. *Curso de Direito Processual Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. II, 3ª Ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. Vol. único. Salvador: Jus Podvm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim. *Novo Código de Processo Civil: Inovações; Alterações e Supressões comentadas*. São Paulo: Editora Método, 2016.