

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO: UM PANORAMA DAS PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹
José Roberto Sotero de Mello Porto²

RESUMO: O texto trata, de forma objetiva e sistemática, das principais controvérsias doutrinárias e questões prático-processuais surgidas com o advento do instituto da estabilização da tutela antecipada previsto no art. 303 do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: tutela; antecipada; estabilização; CPC

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO NORMATIVO E DOGMÁTICO. 2. REQUISITOS. 2.1 URGÊNCIA CONTEMPORÂNEA À PROPOSITURA DA AÇÃO. 2.2 LIMITAÇÃO DE PEDIDO À TUTELA ANTECEDENTE. 2.3 EXPRESSO PEDIDO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA. 2.4 INDICAÇÃO DE PEDIDO FINAL. 2.5 OUTRAS EXIGÊNCIAS. 3. PROCEDIMENTO. 3.1 EMENDA AO REQUERIMENTO. 3.2 NÃO CONCESSÃO DA TUTELA. 3.3 CONCESSÃO DA TUTELA. 3.3.1.A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA. 3.3.2 LIMITES À ESTABILIZAÇÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ENQUADRAMENTO NORMATIVO E DOGMÁTICO

Dentre diversas inovações, o CPC/15 repaginou o tratamento da tutela provisória. Em realidade, as duas espécies do gênero tutela provisória passam a receber tratamento mais sistemático.

As medidas provisórias em questão se dividem em tutelas de urgência e de evidência. Naquelas, existirá o requisito da probabilidade do direito e do risco de dano (os rebuscados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, aportuguesados), ao passo que, nestas, tais exigências restarão dispensadas, ante a sancionável conduta do réu ou o respaldo do pleito perante o sistema de precedentes.

Neste breve trabalho, interessará a imersão na tutela de urgência. Prosseguindo numa abordagem mais clara, didática e sistemática, o legislador enunciou duas subespécies (a tutela antecipada e a tutela cautelar), cada uma passível de ser requerida de duas maneiras (incidental e antecipadamente).

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, Estácio e Ibmec. Martin-Flynn Global Law Professor (University of Connecticut School of Law). Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

² Pós-graduado em Direito Privado pela UCAM. Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

Dessa análise combinatória, cabe analisar as questões que exsurtem da utilização, na prática, da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (capítulo II do título Tutela de Urgência).

2. REQUISITOS

A doutrina rapidamente desenhou os requisitos, extraíveis da letra do art. 303 do Código de 2015.

2.1. Urgência contemporânea à propositura da ação

No caso ora estudado, a urgência motivadora do pedido de antecipação de tutela (autêntico pleito satisfatório) não surge no decorrer da ação, o que motivaria a parte – autor ou réu – a formulá-lo incidentalmente. Aqui, o autor, ao ajuizar a ação, já se encontra em situação de premente necessidade de efetiva tutela jurisdicional.

Não é raro que esse quadro ocorra, sendo corriqueiro o pedido de antecipação de tutela no bojo da petição inicial, mesmo antes da nova ferramenta.

2.2. Limitação de pedido à tutela antecedente

O ponto chave é que, diferente do que comumente se observa, o autor não necessitará desenhar a peça exordial de maneira exaustiva, perpassando todos os requisitos dos artigos 319 e 320, nem trazer lastro probatório documental pleno. Poderá, doravante, “*limitar-se ao pedido de tutela antecipada*”.

As motivações fáticas para tanto serão as mais variadas. Basta imaginar os casos de Plantão Judiciário, notadamente o noturno, nos quais o pedido dirigido ao Estado-juiz goza de tão clamorosa urgência que sequer poderia esperar o início do expediente forense para ser formulado. A questão é, como regra, de vida ou morte, não sendo viável ou recomendável, pelas circunstâncias extrajurídicas (mundo dos fatos), que se perca tempo buscando documentação específica.

Veja-se, por exemplo, o litígio entre segurado de plano de saúde que, ilegalmente, deixa de autorizar cirurgia delicadíssima ou internação em um centro de tratamento intensivo. Soa razoável exigir o contrato celebrado pelo consumidor, tantas vezes por adesão? Por óbvio que não.

Como, em hipóteses tais, a real preocupação do jurisdicionado será a preservação do bem da vida, optar-se-á por deixar de lado pedidos de indenização por danos morais ou materiais (cuja quantificação demandaria instrução processual comum), restringindo o pedido à tutela antecipada.

Tamanha peculiaridade leva parcela da doutrina, como Daniel Amorim Assumpção Neves, a questionar a natureza jurídica dessa “petição inicial” (como literalmente é chamada pela lei). Sustenta o autor ser o pedido mais próximo a um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, apesar da curiosa exigência do valor da causa guardando relação com pedido final (artigo 303, §4º)³.

2.3. Expresso pedido de utilização da técnica

O mesmo artigo, em seu parágrafo 5º, traz comando que obriga a expressa indicação, por parte do autor, de que “pretende se valer do benefício” presente do *caput*. Sobre o comando, surgiram algumas interpretações.

A primeira, com a qual se está de acordo, esposada por Alexandre Câmara, extrai da norma que há necessidade de esclarecer não se tratar de uma petição inicial mal elaborada, e sim do uso da técnica de sumarização formal inaugurada pela atual legislação, motivada pela urgência do caso concreto⁴.

Outros concluíram que, para a incidência da técnica da estabilização – a qual será vista adiante -, o autor precisaria indicar seu desejo⁵. No entanto, parece que essa posição não se fundamenta precisamente no parágrafo em questão, que se refere à cabeça do artigo, a qual, por sua vez, nada diz a respeito da estabilização, apontando somente os requisitos para o requerimento (profícuo) da tutela antecipada em caráter antecedente.

Na verdade, até é recomendável que a estabilização esteja associada a um pedido do autor, enquanto desdobramento do exercício do seu direito de ação, resguardado pela inafastabilidade da jurisdição. Contudo, o *link* entre o artigo 303, seu parágrafo 5º e o artigo 304 não soa tão claro.

Seguindo nessa última linha, Eduardo José da Fonseca Costa deixa de condicionar a incidência da estabilização ao requerimento explícito, por se tratar de regime objetivo-

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 210.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180.

⁵ GODINHO, Robson Renault. Comentário ao artigo 303. In CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 477.

comportamental, não subjetivo-incidental. Também para o autor, a lei só exige que se aponte que se quer beneficiar do procedimento, não da estabilização⁶.

2.4. Indicação do pedido final

Não obstante o pedido recaia apenas sobre a tutela antecipada, a qual, uma vez concedida, satisfará o autor, a lei exige que se indique o pedido final. É uma situação bem peculiar, *suis generis*, em que não se formula o referido pedido, mas se o indica.

A utilidade da exigência provavelmente está relacionada à dinâmica da estabilização da tutela antecedente deferida, a qual depende da inércia bilateral (do autor e do réu) para ocorrer. Em não sucedendo assim, a causa poderá tomar contornos de processo comum, cujo pedido final será do conhecimento de todos os agentes processuais (juiz e partes) desde a exordial.

2.5. Outras exigências

O artigo 303 menciona, por fim, a exposição da lide e do direito que se busca realizar, requisitos óbvios e de dispensável apresentação explícita, vez que essenciais para a completude da demanda, em seu elemento causa de pedir.

Por se tratar de tutela de urgência, também o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) deverá estar demonstrado. Ante a própria lógica do pedido de tutela provisória de urgência, trata-se de um ululante elemento essencial à inicial que queira ter o mínimo de viabilidade de procedência.

3. Procedimento

Encontrando-se diante da petição autoral formulada como descrito, o magistrado tomará uma dentre três posturas: conceder a antecipação de tutela, denegá-la ou determinar a emenda da inicial. Passa-se à análise de cada uma das hipóteses.

3.1. Emenda ao requerimento

⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentário ao artigo 304. In STRECK, Lenio Luiz *et al.* (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 428.

Embora não prevista no (curto) tratamento legal, verifica-se possível que, em faltando algum dos requisitos enunciados *supra* para o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, o juiz, em postura cooperativa, poderá oportunizar ao autor que emende seu pedido.

Logicamente, na prática, a resposta autoral deverá se dar prontamente, sob pena de prejudicar o direito material em jogo, bem como de desnaturar a técnica especialmente célere. De todo modo, a solução analógica ao procedimento comum (artigo 321) prestigia a instrumentalidade e a solução primordial do mérito, valores-chave do novo regramento processual civil.

3.2. Não concessão da tutela

Caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para a concessão da antecipação de tutela (por faltar a prova da probabilidade do direito ou do risco ao resultado útil do processo), abrirá prazo para que o autor emenda em até 5 dias sua petição, sob pena de seu indeferimento e decorrente extinção do processo (artigo 303 §6º).

Deve-se notar que, ao contrário do que se sustentou acima, neste caso o juiz indefere o pedido de tutela provisória, mas deixa aberta a via do procedimento comum ao autor. É este último personagem que dará a palavra final, seja na direção da complementação do pedido para que ganhe contornos de uma robusta petição inicial (preenchendo os requisitos dos artigos 319 e 320), seja abandonando o pedido, que será alvo de sentença terminativa.

Por fim, uma observação: existe posição que entende pela possibilidade de concessão da tutela antecipada antecedente em sede do agravo de instrumento contra a decisão que a indefere em primeiro grau. Nesse caso, em havendo reforma pelo tribunal, antes do aditamento do autor e da integração do réu à relação processual, seria cabível a estabilização em segundo grau⁷.

3.3. Concessão da tutela

Caso convencido da probabilidade do direito e do risco decorrente da sua não efetivação imediata, o juiz seguirá a via da concessão da tutela antecipada (§1º do art. 303).

⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 420.

Em casos tais, caberá ao autor aditar a inicial sucintamente elaborada, no prazo de 15 dias (expressamente dilatatório, por autorização legal), acrescentando (i) fundamentos e (ii) documentos e (iii) confirmando seu pedido de tutela final, independentemente de complementação de custas (§3º).

A rigor, percebe-se que não há propriamente uma confirmação do pedido de tutela final, vez que esse fora tão somente indicado na exordial. Tecnicamente, formular-se-ia o pedido final, se assim preferir o ajuizador da ação.

Em sendo aditado o pedido, será o réu citado para a regular audiência de conciliação e mediação, após da qual, se infrutífera, abre-se prazo para contestação.

Importante é ter em mente que o aditamento é autêntico *direito* do autor, do qual poderá perfeitamente dispor, não o exercendo. A letra da lei (art. 303 §2º) prescreve a extinção da ação sem resolução de mérito como consequência da postura passiva do requerente. O quadro, contudo, é mais complexo.

Isso porque, além da possibilidade de o autor aditar seu pedido, existirá para o réu, intimado do deferimento da tutela de urgência, a viabilidade do recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, inciso I). Novamente, a postura poderá ser ativa ou passiva (neutra), o que ganha contornos cruciais na dinâmica da estabilização da tutela provisória.

Para que a tutela antecedente alcance esse *status*, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, a saber: (i) a concessão da tutela antecipada e (ii) a inércia bilateral (*bilateralidade do desinteresse*⁸), isto é, (ii.i) do autor, que não adita a inicial, se satisfazendo com a cognição sumária exercida a seu favor, e (ii.ii) do réu, que deixa de agravar da decisão. Surge, assim, autêntica análise combinatória, apta a ensejar quatro quadros.

O primeiro deles é a dupla inércia ou desinteresse: o autor deixará de aditar a inicial, ensejando a extinção do feito sem resolução do mérito (haja vista a limitação cognitiva), enquanto o réu optará por não agravar da decisão, ensejando a estabilização da tutela.

A vontade unilateral do autor ou do réu é apta a afastar a estabilização, como se percebe. Com maior razão, a bilateral de ambos, por meio de uma convenção processual ou pré-processual (Enunciado n° 32 do FPPC).

A questão é se poderiam, em comum acordo, extinguir a incidência dessa particular imutabilidade. Parece que não, sob pena de se atentar contra uma das garantias de segurança e

⁸ A busca pela solução consensual do litígio parece ter influenciado, enquanto linha mestra do novo código, diversos pontos específicos. A necessidade de desinteresse bilateral, além de ser requisito para a estabilização, o é para afastar a ocorrência da audiência de mediação e conciliação (art. 334 §4º, inciso I). Aliás, a própria estabilização pode ser encontrada também no saneamento compartilhado (LOPES, João Batista. Saneamento compartilhado: uma “antiga novidade”? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodium, 2016, p. 470).

previsibilidade do processo, o que, em última análise, ofenderia a "ordem pública", conceito tradicional, mas que passar por releitura em tempos de pós-modernidade, e que demanda exame particularizado em cada situação.

Interessante, nesse ponto, referir, ainda que brevemente, alguns posicionamentos doutrinários que buscam apresentar contribuições relevantes à árdua tarefa da busca dos limites da convenção⁹. O alemão Gerhard Wagner¹⁰, por exemplo, apresenta distinção fundamental entre duas categorias de acordos processuais.

A primeira refere-se ao exercício ou não de poderes processuais (*Befugnisdisposition*), os quais não afetam as normas instrumentais, como é o caso dos pactos de não executar, ou ainda o acordo para renúncia ao exercício do direito de ação. Já a segunda categoria de convenções abrange a derrogação consensual da norma processual (*Normdisposition*). Nesse último caso, é necessária autorização legal expressa, como ocorre com a distribuição dinâmica do ônus da prova e a modificação dos critérios de fixação de competência¹¹.

Leonardo Greco¹², a seu turno, sistematiza as convenções em três grupos: (i) aquelas que afetam apenas a direitos processuais das partes, sem interferir nas prerrogativas do órgão julgador, demonstrando-se, portanto, aptas a produzirem efeitos imediatos; (ii) aquelas que afetam os poderes do juiz, o que é autorizado por lei na hipótese de conjugação de intenção das partes, razão pela qual também produzem efeitos desde a avença; (iii) aquelas nas quais a conjugação da vontade das partes deve ser somada à concordância do juiz, que fará uma análise da *conveniência e oportunidade* para que o acordo passe a surtir efeitos, haja vista a inexistência de autorização legal para a limitação dos poderes apenas pela conjugação da vontade dos litigantes.

Ainda segundo o autor¹³, as convenções processuais devem obedecer aos seguintes requisitos: (a) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela; (b) a celebração por partes plenamente capazes; (c) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus

⁹ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Numero speciale: accordi di parti e processo. Milano: Giuffrè, 2008.

¹⁰ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*. Tübingen, 1998.

¹¹ VIDAL. Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. GRECO, Leonardo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do CPC/2015*. Rio de Janeiro, GZ, 2016, p. 101-143.

¹² GRECO, Leonardo. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?. Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

¹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5a. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 61-62.

ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (d) a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual¹⁴.

Irretocável, nessa linha de raciocínio, a ponderação de Robson Godinho¹⁵ ao critica o conceito tradicional de “ordem pública”, salientando ser necessário rever alguns desses conceitos diante da problemática do processo contemporâneo.

Dessa forma, parece que o exame da ofensa ou não à ordem pública deve ser realizado pelo magistrado no caso concreto, observando as peculiaridades de cada situação, as partes envolvidas, a disponibilidade do direito (falar-se-á mais sobre esse ponto a seguir), o alcance e a extensão da decisão e o eventual prejuízo que pode ser causado pelo afastamento da norma do Código pelo acordo de vontade das partes.

Voltando às controvérsias, o segundo ponto que deve ser salientado é o aditamento por parte do autor, sem recurso da parte ré, e o terceiro é a falta de aditamento, mas com interposição do agravo. Nesses dois casos a meio do caminho, o passo seguinte não é tão óbvio como faria crer o simplismo legal.

Isso em razão de os prazos para a manifestação (aditar ou agravar, respectivamente) serem de 15 dias. Nem por isso, entretanto, coincidirão necessariamente, seja porque o prazo para a complementação tenha sido dilatado pelo magistrado, seja porque a intimação do réu tardou a ocorrer.

A solução para a controvérsia que daí decorre é a interpretação à luz do princípio da cooperação, ante a comunidade de diálogo pretendida pelo legislador. Outra saída é a fixação de prazo maior para o aditamento, dando a última palavra ao autor (artigo 303 §1º, inciso I).

14 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. A contratualização do processo: das convenções processuais no Processo Civil. São Paulo: LTR, 2015, p.149.

15 "Parece que a ordem pública é um daqueles institutos que, tal qual a indisponibilidade do direito, prescindem de justificação, ou seja, basta rotular algo como sendo de ordem pública para que sobre ele recaia um regime jurídico especial. Mas não pode ser assim. As normas sobre provas são de ordem pública relativa ou absoluta? O que define ou agrega esse predicado? Não se pode estabelecer acordo em matéria probatória? Essa vedação inclui o aspecto procedimental da prova, ainda que seja para facilitar sua produção? Se as normas probatórias são de ordem pública, pode o juiz casuisticamente “dinamizá-las”? A autorização para as convenções sobre ônus da prova decorre de uma norma também de ordem pública? O critério então seria de política legislativa ou estrutural? Com esses questionamentos pretende-se apenas problematizar a questão e demonstrar que as afirmações precisam de justificações íntegras para que se possam extrair consequências anunciadas previamente. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural". (GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no Processo Civil brasileiro. 2013. 259 f. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 175-176.).

Caso o autor tenha aditado e o réu deixe de agravar, deverá o juiz intimar o requerente para elucidar se, de fato, pretende prosseguir rumo à tutela cognitiva plena, o que demandará inerentes esforços de tempo e de custas, ainda que, ao cabo, possa revestir a decisão com o manto da coisa julgada. Pode ter sucedido que o autor tenha aditado seu pedido *ad cautelam*, se prevenindo contra eventual agravo cujo prazo esteja em aberto no momento em que a complementação teve de ser feita.

Igualmente, há entendimento no sentido de que, se o autor pleiteia tutela antecipada em uma inicial comum e o réu deixa de agravar da decisão concessiva, caberia ao magistrado advertir o autor quanto à possibilidade de desistir do processo, estabilizando a decisão¹⁶.

Contudo, antes de consolidar o princípio da cooperação, esse raciocínio contraria a expectativa legítima do réu, que pode perfeitamente ter deixado para rediscutir a tutela provisória em momento posterior – até porque não há previsão legal de estabilização da tutela antecipada concedida em hipóteses tais, onde existe, na realidade, tutela incidental¹⁷, e não antecedente. A analogia defendida só seria possível, quando muito, em caso de prévia concordância expressa da parte ré que deixa de agravar.

Do outro lado da moeda, crível que o réu recorra e o autor não robusteça a exordial. Ocorrendo isso, será caso de perda de objeto do recurso, em decorrência da extinção sem julgamento de mérito da ação, devendo ser comunicado o relator do prejudicado agravo.

Último cenário ventilável é o aditamento autoral e o recurso do réu, prosseguindo o feito pelo procedimento comum (art. 303 §1º).

3.3.1. A estabilização da tutela

O quadro mais polêmico e, portanto, interessante é aquele em que sucede a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida. Como visto, será necessário que o autor não adite seu pleito inicial e o réu deixe de interpor o recurso cabível, na linha do artigo 304. Diversos questionamentos já foram postos pela doutrina, até o presente momento.

O primeiro grande incômodo se refere à real necessidade de recurso por parte da parte ré.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 165.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 211.

Para uma primeira linha de autores¹⁸, a letra do referido dispositivo não deixa margens para interpretações mais amplas, devendo o termo “recurso” ser visto propriamente em seu sentido mais estrito. Assim, somente a apresentação da insurreição correspondente (agravo de instrumento ou agravo interno, a depender da instância competente) impedirá que a tutela se estabilize.

De fato, como se teve a oportunidade de explicar anteriormente, a decisão do legislador ao exigir a interposição do recurso traz benefícios como a exigência de pagamento de custas (o que demonstra um interesse real e efetivo na reforma da decisão liminar, bem como a viabilidade da tese defensiva) e o prestígio dos princípios da celeridade e da economia processual¹⁹.

Mesmo dentro desse restrito raciocínio, encontram-se outras interrogações. Por exemplo: bastará a interposição do recurso ou o mesmo deverá ser admitido efetivamente? Heitor Sica, com razoabilidade, ponderou que, em sendo tempestiva a insurreição cabível, estará satisfeito o requisito legal para a não estabilização, ainda que posteriormente o tribunal inadmita o agravo²⁰.

Uma segunda posição advoga uma maior abertura do termo “recurso”. Nesse grupo, há quem entenda que mesmo a contestação²¹ apresentada pelo réu ou a mera manifestação pela audiência de conciliação e mediação²² bastariam para afastar o efeito estabilizador, enquanto outros²³ extraem do comando que meios impugnativos em geral atenderiam à exigência do artigo 304, como o pedido de suspensão de liminar, a reclamação, o mandado de segurança ou o pedido de reconsideração da decisão²⁴.

De todo modo, até que se tenha um posicionamento firme da jurisprudência em sentido oposto, é preferível que se interponha o agravo correspondente, evitando a especial

¹⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83.

²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 421.

²¹ GODINHO, Robson Renault. Comentário ao artigo 304. In CABRAL, Antonio do Passo et al. (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 479.

²² MITIDIERO, Daniel. Comentário ao artigo 304. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 789.

²³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 421.

²⁴ Falando em *sinalema exteriorizante de resistência*: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentário ao artigo 304. In STRECK, Lenio Luiz et al. (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 427.

espécie de preclusão lógica ora comentada, por mais que o estímulo legal ao recurso acabe por contrariar a finalidade do legislador de reduzir as impugnações no decorrer do processo²⁵.

A doutrina entendeu, ainda, que a interposição de recurso por assistente do réu seria apta a garantir a continuidade do feito, salvo se seu interesse contrariar o da parte principal (Enunciado n° 501 do FPPC).

Similarmente, em casos de litisconsórcio, é de se questionar se o agravo por um deles impede a estabilização contra os demais. A solução correta parece ser analisar a espécie de litisconsórcio: se unitário, a estabilização parcial restará afastada; se simples, soa possível que a demanda prossiga somente contra aquele que se insurgiu contra a antecipação da tutela²⁶.

Aliás, plenamente possível a estabilização parcial da tutela, seja subjetivamente (quanto a apenas um ou alguns dos réus), seja objetivamente.

O atual quadro normativo, que expressamente prevê o julgamento parcial de mérito, não deixa dúvidas a respeito. Na cumulação própria simples, nada impede que ocorra, bem como na sucessiva, quando deferidos todos os pedidos²⁷. Por outro lado, na cumulação imprópria subsidiária, somente poderá se estabilizar a concessão do pedido principal, prioritário.

Em havendo estabilização, surgirá uma sentença terminativa (art. 304 §1º), discutindo-se se a mesma condenará o réu às verbas sucumbenciais. Alguns autores²⁸, seguindo o regramento geral, afirmam positivamente, enquanto outros preferem realizar uma interpretação à luz do suposto “microsistema normativo de tutela de direitos subjetivos pela técnica monitória”, estendendo o benefício expresso do mandado monitório não embargado para o réu que deixa de recorrer da antecipação de tutela²⁹.

Deve-se ter em mente que a estabilização, enquanto figura excepcionalíssima, distinta da coisa julgada³⁰ pela ausência de seus efeitos positivos e de cognição exauriente³¹, está

²⁵ Notaram a incongruência SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 421 e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 212.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 29, jul./2012.

²⁷ Em sentido contrário, entendendo que a sucessividade é, de todo, incompatível com a estabilização: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 431-432.

²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 426.

²⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 434.

³⁰ A decisão estabilizada não será alvo de ação rescisória jamais, vez que essa via demanda coisa julgada material a ser desfeita – e não é o caso. Nessa linha, veja-se o teor do Enunciado n° 33 do FPPC.

³¹ Na tutela antecedente estável, a imutabilização diz respeito ao elemento mandamental ou executivo, ao passo que, na coisa julgada material, se refere ao elemento declaratório (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 428-430).

reservada, por força de lei, à concessão da tutela antecipada antecedente, não se falando em tal fenômeno quanto a decisões cautelares, tutela de evidência ou antecipada incidental.

Verdadeiramente, as cautelares, por não conterem elemento satisfativo da pretensão autoral, estão impedidas, por sua natureza, de se estabilizarem³². Por isso, aquelas concedidas em caráter antecedente terão sua eficácia cessada nas hipóteses do artigo 309.

Ao contrário, as tutelas de evidência poderiam ter sido alvo da mesma opção legislativa da tutela de urgência antecipada – o que seria, inclusive, medida de economia processual e celeridade³³. Porém, como o código nada diz a respeito, e o requisito legal é essencial para a dinâmica (basta ver que, antes do advento da atual codificação, ninguém argumentava pela sua viabilidade), permanece fechada essa porta. O mesmo raciocínio se aplica à tutela antecipada incidentalmente requerida e deferida.

Estabilizada a tutela e extinto o processo (artigo 304 §5º), inicia-se o prazo de dois anos para a ação com intuito de a rever, reformar ou invalidar (§2º), interregno durante o qual seus efeitos são mantidos (§3º).

Curioso é que a lei dá legitimidade a ambas as partes para o ajuizamento da referida demanda impugnativa. Cumpre questionar: quando o autor terá interesse na sua deflagração? A primeira resposta, com base na literalidade do dispositivo, é nunca.

A doutrina, porém, tende a admitir o alargamento dos objetos dessa ação para além daqueles previstos no parágrafo 2º, incluindo entre eles a confirmação da tutela antecipada³⁴. Tratar-se-ia de uma opção do autor em buscar a coisa julgada material, que lhe traz maiores benefícios, embora também custe mais a ser produzida.

Vistos os pedidos, a causa de pedir dessa provocação poderá ser formada, por analogia, pelas mesmas da ação rescisória, ao menos. A competência será absoluta funcional e recairá sobre o juiz que sentenciou a estabilização.

Nessa ação revisional, parte da doutrina admite que ocorra estabilização de eventual tutela antecedente, ensejando estabilizações em cadeia³⁵, algo banido por outros autores³⁶. Parece, a rigor, que não seria caso de estabilização nesse ulterior pleito porque não atendidos

³² Como ensina Dinamarco, a cautelar é um apoio ao processo; a tutela antecipada é um apoio às pessoas (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27).

³³ Entendendo, *de lege ferenda*, pela possibilidade de sua estabilização, ante a “omissão injustificada”: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 212.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 213. GODINHO, Robson Renault. *Op. cit.*, p. 478. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 624. Em sentido contrário, entendendo inexistir previsão legal para a ação confirmatória: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 425-426.

³⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 427.

³⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 432.

os requisitos para a tutela antecipada em caráter antecedente. Poderia até haver antecipação da tutela final (revisão, modificação, extinção e, como admitimos, confirmação da primeira tutela provisória), mas na forma incidental, que não se estabiliza.

Decorrido o prazo de dois anos, sucederá o fenômeno da *superestabilização*³⁷ ou *estabilidade qualificada*³⁸. Trata-se, como dito, de uma imutabilidade diversa da coisa julgada, pela cognição sumária que a precede e o exclusivo efeito negativo da mesma³⁹. Em suma, “a certeza se torna imutável e indiscutível, a probabilidade, não”⁴⁰.

Após esse prazo, a questão deixaria de ser discutível, salvo para aqueles que entendem pelo cabimento da rescisória, via interpretação ampliativa do artigo 966 §2º.

3.3.2. Limites à estabilização

A tutela de certos direitos ou a circunstância em que é realizada, contudo, pode ser incompatível com a técnica da estabilização. Vejamos algumas situações-problema.

Primeiro caso é o dos direitos dos incapazes. Soa desproporcional que o precário trato por parte do representante judicial enseje tão grande consequência para seu titular.

Mais delicada é a hipótese dos relativamente incapazes; como também atuam em juízo assistidos, parece mais prudente afastar a referida espécie de preclusão.

Com o avanço da matéria no âmbito do direito civil, novas questões aparecem no campo processual. É o caso daquelas pessoas auxiliadas pela tomada de decisão apoiada (artigo 1783-A do Código Civil). Como, no entanto, tecnicamente, não se trata de incapazes – antes, de um mecanismo menos gravoso e, portanto, prioritário em relação à curatela –, a princípio nada obstará que a estabilização se dê em desfavor desse sujeito, a menos que, no caso concreto, algum dado esclareça uma relevante ofensa à isonomia, material ou processual.

Os vulneráveis, em geral, também são casos-limite. No entanto, o atual estágio da matéria permite que, preenchidos os requisitos (leia-se: precauções) legais, nada obste a incidência de qualquer técnica processual a seu favor ou contra si. Na verdade, a Defensoria

³⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 427.

³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. cit.*, p. 424.

³⁹ A doutrina aponta, ainda, a falta de eficácia preclusiva como diferença (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 29.). Em sentido oposto, enxergando coisa julgada após o decurso do prazo de dois anos: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 212.

Pública⁴¹, na maior parte dos estados da federação, encontra-se suficientemente estruturada a ponto de lhes garantir representação capaz de afastar prejuízos inerentes à sua condição.

As hipóteses de atuação da curadoria especial aparecem como outra problemática questão. Dentre elas, estão não só os incapazes sem representante ou em conflito com ele, mas também presos e revéis citados fictamente (por edital ou por hora certa). A doutrina diferencia a natureza jurídica dessa atuação⁴², o que se revela tecnicamente louvável. Para fins de afastamento da estabilização, no entanto, é indiferente ser caso de representação processual ou legitimação extraordinário, vez que há sempre um déficit representativo capaz de trazer prejuízo à parte material com o advento da imutabilidade em estudo.

Quando o réu for a Fazenda Pública, a exigência do reexame necessário (artigo 496) se restringe às sentenças de procedência em seu desfavor. Pois bem, a decisão que estabiliza os efeitos da tutela é uma sentença, ainda que terminativa (artigo 304 §1º), e, na essência, se dá contra o ente fazendário. Assim, embora parcela da doutrina conclua justamente no sentido oposto⁴³, uma interpretação teleológica do instituto do duplo grau obrigatório leva a estender sua aplicabilidade à decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente⁴⁴.

Dentro de uma ação rescisória também beiraria o absurdo a concessão de uma tutela antecedente com posterior estabilização. Em casos tais, a coisa julgada se veria desprestigiada em relação a uma imutabilidade por cognição sumária, afetando, inclusive, a garantia constitucional de sua não violação (artigo 5º, XXXVI).

No procedimento judicial preparatório ao arbitral, é possível que se veja concedida uma tutela antecipada, inclusive em caráter antecedente. Contudo, a essência da atividade arbitral e o expresso prazo do artigo 22-A incorporado à Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/15 (posterior ao código) são argumentos intransponíveis contra a imutabilidade pela via ora estudada⁴⁵.

41 É função da instituição constitucional a tutela dos vulneráveis, grupo que inclui os hipossuficientes técnicos, organizacionais, jurídicos, e outras parcelas do corpo social, como os consumidores, os idosos, as crianças e adolescentes, a mulher vítima de violência, entre outros (art. 4º, XI da LC 80/94).

42 Para exauriente estudo a respeito, veja-se: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 558-563.

43 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 427.

44 Advogando interpretação restritiva das normas que afastam a isonomia processual, com remessa necessária após o prazo de 2 anos: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Op. cit., p. 433-434.

45 TALAMINI, Eduardo. Tutela antecipada antecedente, a arbitragem e a regra da estabilização. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236803,91041-Tutela+antecipada+antecedente+a+arbitragem+e+a+regra+da+estabilizacao>. Acesso em 11/06/2017.

Comumente, também se afasta da dinâmica da estabilização a tutela que tenham por objeto direitos indisponíveis⁴⁶. Há de se desenhar, no entanto, a distinção expressamente consagrada no artigo 3º, §2º da Lei de Mediação, entre suas espécies transacionável e não transacionável.

Aqui há que se pontuar algumas questões. Numa interpretação literal do referido dispositivo existem direitos disponíveis e indisponíveis. Os disponíveis são sempre transacionáveis; os indisponíveis podem ou não admitir autocomposição. Quanto aos disponíveis, é possível realizar mediação extrajudicial ou judicial. Nesse último caso, caberá ao magistrado homologá-lo (art. 334, § 11, 515, II, e 487, III, "b"), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

Já quanto aos direitos indisponíveis é preciso examinar o seu conteúdo. Primeiramente, encontram-se os direitos indisponíveis não transacionáveis. Nesses casos, haverá ou uma expressa norma proibindo o acordo, ou ainda a violação a um direito fundamental, o que deverá ser apreciado pelo magistrado no caso concreto, já que tais acordos necessitam da homologação judicial, precedida da oitiva do Ministério Público, para que possam produzir seus efeitos.

Assim sendo, caso o juiz entenda que as partes se excederam, e avançaram sobre matéria que não se encontra dentro de sua esfera de disposição, deverá recusar a homologação.

Pode-se dizer, então, que se for feito acordo sobre direito indisponível não transacionável, tal avença será nula de pleno direito. Como exemplos podemos citar os seguintes dispositivos legais: a) art. 1.609 do Código Civil (O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável). b) art. 39, § 1º da Lei nº 8.069/90 (a adoção é medida irrevogável). c) arts. 1º e 9º da Lei nº 9.434/97 (autorizam a disposição apenas gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins terapêuticos e de transplante). Qualquer acordo de vontades que contrarie expressamente tais dispositivos legais será nulo.

Por outro lado, na hipótese dos direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial não poderá produzir seus efeitos. Em outras palavras, a homologação é condição de eficácia do acordo.

46 REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

Dessa forma, sempre que o CPC fizer restrição ao uso de institutos em direitos indisponíveis, estará se referindo, apenas, aos direitos indisponíveis não transacionáveis (art. 3, § 2º, parte final, da Lei nº 13.140/2015).

Pode ser esse um parâmetro interessante para analisar o cabimento da estabilização na tutela coletiva, o que tem sido afastado por alguns, inclusive com base na falta de previsão da ação coletiva passiva, à qual se equipararia a ação revisional do artigo 304 §2º⁴⁷. Porém, não se buscará aprofundar no tema nos apertados limites desse estudo.

Em procedimentos especiais, como o dos juizados especiais, parece complexo equacionar a incidência da técnica. No entanto, a tutela provisória também nesse microsistema sempre foi admitida segundo os ditames do diploma geral. Com efeito, ainda mais com a atual aproximação entre ambos os regramentos, que priorizam a solução consensual sobremaneira, não parece existir elemento ontológico capaz de os distinguir a ponto de afastar a tutela antecipada em caráter antecedente e suas consequências, entre as quais sua estabilização.

Da mesma forma, no mandado de segurança – instrumento especialíssimo, mas que sempre permitiu antecipações de tutela, inclusive liminarmente (artigo 7º e parágrafos da Lei 12.016/09).

Se admite, sem problemas, que se estabilize a tutela concessiva de alimentos provisórios (Enunciado nº 500 do FPPC). No entanto, parece mais correto restringir essa preclusão aos efeitos patrimoniais da questão, sendo inimaginável que o vínculo pessoal entre pai e filho não possa ser questionado, pela via da cognição exauriente.

Em muito apertada síntese, essas eram as principais questões que gostaríamos de sistematizar, no intuito de contribuir para o amadurecimento e aperfeiçoamento de tão complexo instituto.

47 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 427-428.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A contratualização do processo: das convenções processuais no Processo Civil*. São Paulo: LTR, 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo CPC Anotado e Comentado*, 2ª edição, Rio de Janeiro: GEN, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentário ao artigo 304. In STRECK, Lenio Luiz *et al.* (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GODINHO, Robson Renault. Comentário ao artigo 303. In CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XIV, Ano 8, jul.-dez./2014.

LOPES, João Batista. Saneamento compartilhado: uma “antiga novidade”? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodium, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

MITIDIERO, Daniel. Comentário ao artigo 304. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização?. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 40, n. 242, p.223-248, abr. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no Novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, jan.-jun. 2015, disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.

_____. DUARTE, Marcia Michele Garcia. Conciliação e Mediação: impacto do novo CPC nos Juizados Especiais. In REDONDO, Bruno Garcia; SANTOS, Welder Queiroz dos; SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. *Coleção Repercussões do novo CPC – vol. 7*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Processo em Jornadas*. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 445-453.

_____. Dos conciliadores e mediadores judiciais In: Comentários ao Código de Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v.1, pp. 248-259.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 29, jul./2012.