

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

**FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO
DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA, CONCEDIDA EM CARÁTER
ANTECEDENTE, PREVISTA NO CPC/15.**

**CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE NEW INSTITUTE OF STABILIZATION OF
EMERGENCY SATISFATIVA PROTECTION GRANTED IN PREVIOUS
CHARACTER, PROVIDED FOR IN CPC / 15.**

**Savio Araujo De Lemos Silva ¹
Luana Da Costa Leão ²**

Resumo

O presente estudo tem por escopo antever futuros enfrentamentos jurisprudenciais que nascerão durante a aplicação do instituto jurídico da estabilização das tutelas satisfativas de urgências, concedidas em caráter antecedente; previstas no Código de Processo Civil de 2015. Durante o discurso, analisar-se-á causas concretas de aplicação ou exclusão do referido instituto.

Palavras-chave: Estabilização, Tutela satisfativa, Antecedente, Pontos controversos

Abstract/Resumen/Résumé

This study has the scope to foresee future jurisprudential confrontations that will be born during the application of the legal principle of stabilization of satisfativas emergency guardianships granted in previous character; provided for in the Civil Procedure Code of 2015. During the speech, it analyzes shall be specific causes of application or exclusion from the institute.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Estabilização, Tutela satisfativa, Antecedente, Pontos controversos

¹ Assessor Jurídico MPMS; Especialista em Direito Processual Civil; Especialista em Direito e Processo Penal; pela Faculdade Damásio de Jesus.

² Advogada. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

INTRODUÇÃO:

Ao longo da história muito se discutiu acerca da natureza do direito de ação. Em breve síntese, partiu-se dos teóricos romanistas, com a confusão entre a prerrogativa de agir, com o próprio direito material, até a criação de uma linha doutrinária da ação como direito autônomo, o que justificaria o exercício da prestação jurisdicional ao final da lide, em caso da inexistência do direito alegado, conforme a polêmica Windscheid-Muther.

Note-se que a discussão entre tais juristas fora tão acalorada, que causou uma cisão dogmática profunda entre direito material e processual. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni o "trabalho de Muther, embora crítico - e as vezes muito rigoroso e até mesmo deselegante - em relação à obra de Widscheid, não fora capaz de apagar a importância das teses nela formuladas, embora tenha permitido o enfrentamento de outras questões, relacionadas à obra que lhe serviu de objeto de crítica, também relevantes para o desenvolvimento da teoria da ação" (MARINONI, 2012, p. 165), como direito autônomo.

Esta autonomia, de início, seria a possibilidade das partes reclamarem a tutela jurisdicional do Estado, sendo, portanto, um direito abstrato, porquanto independente do reconhecimento do direito material, com características eminentemente públicas, pela relação Estado-Particular.

Ocorre que Wach não acatou tal disposição, entendendo pela existência de um direito a se obter a tutela do Estado para a sujeição de um particular na obrigação que lhe competia, durante a procedência da ação, aparentando inicialmente uma relação meramente angular, porquanto caracterizada pelo liame Autor-Estado-Réu, sem análise da relação entre Autor-Réu; conforme citação de Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 166).

Impende destacar que tal evolução doutrinária criou a ideia de indispensabilidade do Estado na prestação da tutela jurisdicional, o que por sua vez levou à publicização do direito de ação.

Nesta linha, Liebman, em 1949 "dá destaque à existência de um direito constitucional que todos os cidadãos podem levar as suas pretensões ao Poder Judiciário" (MARINONI, 2012, p. 172).

Tal orientação acerca do Direito de Ação está prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, *in verbis* 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior "todo titular de direito subjetivo lesado ou

ameaçado tem acesso à Justiça para obter, do Estado, a tutela adequada a ser exercida pelo Poder Judiciário" (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 153).

Assim, esta adequação da tutela jurisdicional, fez com que o Direito de Ação voltasse a ser analisando com intrínseca ligação ao Direito Material Civil.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, houve, de fato, publicização das relações civis, notadamente pelos institutos da função social da propriedade e pela proteção à parte presumidamente hipossuficiente nas relações de consumo.

Tal fato, inclusive, permeou todo o Código Civil de 2002, como, por exemplo, no trato da nulidade de cláusulas abusivas e pelo princípio da boa-fé objetiva, relativizando a autonomia da vontade das partes, princípio corolário de tal dogmática.

Assim, na mão inversa, visando à adequação ao direito material supramencionada, o Código de Processo Civil de 2016 traz uma moderada despublicização do direito de ação, trazendo a baila do ordenamento jurídico pátrio o conceito de negócio jurídico processual, onde as partes podem dispor de suas prerrogativas inerentes ao direito de ação, pelo princípio da autonomia da vontade.

Parece paradoxal que a constitucionalização do direito de ação provoque efeito adverso de privatização das relações processuais. O que ocorre, em verdade, é que sob a égide do princípio constitucional da proibição proteção deficiente, busca-se evitar que o direito processual seja um obstáculo ao direito material, reforçando sua característica instrumental.

Ainda, esta privatização processual reforça a igualdade entre os atores da triangularização processual, diminuindo o papel Estatal, e acentuando a importância na relação parte-parte.

Outrossim, continuando a análise do direito processual constitucional, verifica-se a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII da Constituição Federal), que no Novo Código de Processo Civil foi orientado pelo princípio da efetivação, que por sua vez norteou o Poder Geral de Satisfação.

Tais pressupostos criaram, no bojo da antecipação dos efeitos da tutela, o novo instituto da estabilização da tutela satisfativa, que visa conferir a continuidade dos efeitos da tutela antecipada no tempo, em razão da inércia da parte adversa, garantindo celeridade na solução do conflito.

1. DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS NECESSÁRIOS À ELUCIDAÇÃO DO TEMA:

Princípio da Eficiência: é inviável o reconhecimento do devido processo legal, sendo este

ineficiente. Por tal norma, busca-se a gestão do processo para que os atos nele praticados sejam somente aqueles indispensáveis à solução da causa, apresentando-se como uma versão moderna da economia processual, porquanto a administração da justiça está vinculada aos princípios dispostos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Princípio da Efetividade: Na lição de Fredie Didier Jr. (f. 83), tal princípio:

"[...] garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva".

Ou seja, é a garantia de que o acesso ao bem da vida pleiteado seja transportado ao plano da realidade, em detrimento da abstração processual.

Princípio da Adequação do Processo: Conforme exposto alhures no tópico introdutório, a construção do procedimento processual deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do direito material sob tutela, pois "um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional" (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 84).

2. DA TUTELA PROVISÓRIA:

O Novo Código de Processo Civil reorganizou os institutos das tutelas provisórias no Livro V do referido diploma normativo, as quais eram anteriormente tratadas esparsamente no art. 273 e Livro dos Processos Cautelares do CPC/73, considerando a extinção desta última modalidade processual pelo sincretismo processual trazido pelo CPC/16.

Como inovação, trouxe uma parte geral, prevista no art. 294 ao art. 299, tendo em vista a necessidade de antecipar todo ou parcialmente o mérito da causa, em uma análise sumária, quando há uma alta probabilidade de existência do direito pretendido, satisfazendo os anseios dos princípios mencionados no capítulo anterior.

São mecanismos de neutralização da letargia processual verificada na recuperação falencial do poder judiciário brasileiro.

Por ser provisória, é nítida a necessidade de atribuição do caráter precário de tal tutela, ou seja, considerando a invasividade de tal medida, garante-se a parte adversa que tais medidas sejam

ao menos reversíveis, relativizando-se tal pressuposto no sopesamento de bens jurídicos violados, como por exemplo na proteção da vida e saúde.

2.1. Da Tutela Provisória de Urgência:

Quando o direito em pauta possuir alta carga de probabilidade de existência e houver o receio de dano em relação à tutela jurisdicional, é possível o reconhecimento da tutela provisória de urgência, tanto para satisfazer antecipadamente o provimento jurisdicional, como ainda para garantir o próprio sucesso do deslinde da causa, resguardando-se o próprio procedimento.

Tal instituto diferencia-se da tutela de evidência, outra subespécie das tutelas provisórias, porquanto esta somente requer uma carga máxima de probabilidade do direito pleiteado, sem a necessidade da demonstração do perigo da demora.

E ainda dentro desta subespécie, há a divisão entre Tutela Provisória de Urgência Satisfativa e Tutela Provisória de Urgência Cautelar.

O primeiro instituto tem por escopo antecipar a concessão do bem da vida pleiteado (atributiva), enquanto o segundo visa assegurar a prestação jurisdicional exauriente (conservativa), o que no CPC/73 era previsto como processo cautelar.

Acerca das disposições gerais da tutela de urgência, o art. 300 do CPC em vigência prevê que: "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Em que pese a interpretação gramatical não fazer distinção sobre o grau de probabilidade no direito alegado nas tutelas provisórias Satisfativas e Cautelar, há na doutrina, em especial as orientações de Fredie Didier Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni, no sentido de subsiste a diferença dos graus de probabilidade, sendo necessária, para a tutela satisfativa, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, enquanto para a tutela cautelar, a mera aparência do direito.

Assim, nos graus de probabilidade do direito pretendido, em ordem decrescente, encontramos a Tutela Provisória de Evidência, a Tutela Provisória de Urgência Satisfativa e a Tutela Provisória de Urgência Cautelar.

2.1. Da Tutela Provisória de Urgência Satisfativa:

A primeira grande inovação do CPC/15 é a possibilidade de concessão da antecipação dos efeitos da tutela em caráter antecedente, a despeito de que trata o art. 294, § único de tal diploma

normativo, o que anteriormente só era possível no processo cautelar.

Destarte, considerando que o novo processo civil é sincrético, basta que a parte apresente esboço da petição inicial, demonstrando a presença dos requisitos da tutela provisória de urgência (probabilidade + perigo na demora), para concessão da antecipação pleiteada, devendo-se aditar a inicial em 15 (quinze) dias após a decisão sobre a tutela, nos termos do art. 304, § do CPC.

Tal disposição decorre notadamente do princípio da efetividade, que por sua vez implica no poder geral de antecipação que é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais.

Há que se atentar para o fato de que a antecipação dos efeitos da tutela não se confunde com o julgamento antecipado da lide, porquanto este último é realizado quando há a possibilidade de cognição exauriente, ante a desnecessidade de dilação probatória, pela economia processual.

3. DO PEDIDO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS TUTELAS DE URGÊNCIA:

Outra inovação do Código de Processo Civil é a relativização do princípio da congruência, conforme art. 322, §2º, que segue transcrito:

[...] Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé [...].

Ou seja, o juízo não está mais vinculado a uma leitura restritiva do pedido, além dos juros legais, que também eram previstos como pedidos implícitos no CPC/73, agora existindo a possibilidade de interpretação de outros pedidos inerentes à realização do bem da vida em jogo.

Entendemos que a alteração em questão é instrumento de consecução do princípio da adequação e da satisfatividade, onde o juízo poderá moldar conjunto probatório contido nos autos, à pretensão do autor, entregando o bem jurídico mais adequando.

Exemplificamos: em determinada ação judicial, uma pretensão condenatória só nasce de uma decisão meramente declaratória ou constitutiva anterior. Assim, a tutela declaratória ou

constitutiva é pedido implícito do autor. A parte ingressa com a ação, requerendo liminarmente a satisfatividade da tutela condenatória.

Entretanto, neste caso hipotético, o juízo verifica que dos requisitos da tutela de urgência, a saber a probabilidade do direito ou o perigo da demora, as provas nos autos não são suficientes para caracterizar a concessão liminar da tutela condenatória.

Assim, através da relativização da congruência, pode o juízo, entendendo que os requisitos de urgência são suficientes para as tutelas declaratórias ou constitutivas, deferir a medida liminar pretendida, com a exclusiva finalidade de concessão do pedido implícito, sem que seja caracterizado o julgamento extra-petita, desde que adstrito ao princípio da boa-fé, em especial pelo viés do *venire contra factum proprium*.

Frise-se que esta orientação da aplicação do princípio da adequação da tutela jurisdicional já era exercida anteriormente, através da fungibilidade entre as tutelas satisfativas e cautelares, previstas no art. do Código de Processo Civil de 1973.

Naquele caso, havia fungibilidade pela dúvida fundada quanto à adequação da via eleita para satisfação do bem da vida pretendido. Neste tópico defendemos a fungibilidade implícita-subsidiária, oriunda do art. 322, §2º, conforme exposto alhures.

Tal entendimento ainda consagra o juízo como gestor do processo, porquanto atos de gestão são aqueles dotados de relativo planejamento processual. O juízo que liminarmente interpreta os pedidos implícitos, de modo inquestionável, planeja e delinea os pontos controvertidos da lide, orientando às partes quais são os pontos carentes de serem dirimidos.

Verifica-se ainda que a nova ordem processual orienta-se no sentido de resguardar o procedimento, sendo o indeferimento liminar da petição inicial medida extreme, conforme posicionamento que já vinha sendo adotado pela doutrina e jurisprudência.

Tal sentido decorre da celeridade e economia processual, evitando-se a repositura de novas demandas, por questões meramente superficiais.

Nesta linha, compreendemos que ainda há uma outra forma de fungibilidade da tutela jurisdicional, a saber a fungibilidade implícita-utilitarista; que ocorrerá quando o pedido do autor for juridicamente impossível, mas que a violação do bem da vida resulte em uma causa de pedir que poderá ser amenizada através de outra tutela que guarde liame mínimo com o pedido expresso.

Exemplificamos novamente: uma Unidade Federativa deixa de repassar verbas destinadas à educação básica a um determinado Município, gerando interrupção de serviços públicos. O

Ministério Público do referido Estado ingressa com ação pleiteando liminarmente que seja firmado um convênio entre tal ente federativo e entidade paraestatal, em regime de urgência, para continuidade do serviço público essencial. Ocorre que convênios públicos são atos discricionários do chefe do executivo, tornando o pedido juridicamente impossível, por violação à pedido constitucional sensível (pacto federativo).

Para resguardar tal procedimento, há a possibilidade de concessão liminar para declarar nulo os atos que importaram em desvio de finalidade da verba pública, intimando-se o referido Estado para firmar o convênio pleiteado ou prestar o referido serviço de forma direta, de maneira regular, exercendo seu poder discricionário.

Repise-se que no caso em apreço, as causas de pedir são desvio de finalidade de verba pública e interrupção de serviço público essencial, ao passo que a medida concedida possui ligação com o que fora efetivamente pedido, pois ambas garantem a manutenção do serviço público.

É óbvio que decisões teratológicas que não atendam aos requisitos do art. 322, §2º do CPC deverão ser reformadas. É necessária a criação de precedentes fortes e outras interpretações doutrinárias que garantam os limites interpretativos dos pedidos implícitos.

4. DA ESTABILIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE:

Nos termos do art. 304 do CPC, caso haja concessão da Tutela Provisória de Urgência Satisfativa e não haja interposição de recurso, a decisão se torna estável, conservando seus efeitos no tempo, extinguindo-se o processo.

Neste diapasão tal instituto parece ter aspectos intrinsecamente ligados à preclusão processual, onde há a solução de uma fase processual em virtude de um comportamento da parte adversa.

Aliás, possui também relação com o novo caráter privado do direito de ação, pois constitui verdadeiro ato de disposição de direito processual subjetivo, prevalecendo a autonomia da vontade da parte.

Nos dizeres de Gajardoni "pela técnica da estabilização da tutela antecipada o sistema permite que tutela provisória deferida conserve sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, a ser proferida em cognição exauriente" (GAJARDONI, 2015, p. 895).

Tal estabilização é técnica obtida do direito comparado francês e italiano, sendo necessária sua adequação ao direito material do ordenamento jurídico nacional (GRINOVER, 2014, p. 11-37).

Dispõe o art. 190 do CPC, que se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes poderão, desde que capazes em sua plenitude, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, isto é, àquilo que de especial e, portanto, merecedor de destaque, exista na questão de direito material a ser veiculada no processo, atendendo ao princípio da adequação do processo.

Com efeito, nasce o instituto do negócio jurídico processual, porquanto as matérias relativas ao procedimento deixam de ser de ordem pública, e entram no âmbito das prerrogativas disponíveis das partes.

Nesta linha, no estudo do negócio jurídico, em especial com relação à “escada ponteana”, temos que a estabilização da tutela satisfativa pode ser analisada sob os três aspectos, quais sejam: existência, validade e eficácia.

Tal instituto, ainda aparentemente, é um reconhecimento implícito do pedido, que pode ser parcial ou total. Ora, se a parte recorrer de apenas parte da decisão concessiva dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, resta cristalino que o restante da decisão estabilizará, pelo ônus processual da impugnação específica.

Por ser implícito, o Código de Processo Civil admite que tal reconhecimento seja impugnado dentro do prazo de 2 (dois) anos, contatos a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo pela referida estabilização tutela antecipada, com fulcro no art. 304, §5º. Trata-se de direito potestativo, sujeito, portanto, ao prazo decadencial.

É nítida a intenção do legislador em privilegiar a efetivação da tutela quando não prevê que tal prazo se inicie da intimação, e sim da ciência, podendo esta ser realizada através de meios extraprocessuais, posteriormente devidamente comprovada nos autos.

O art. 304, §6º do CPC informa que a estabilização não fará coisa julgada, dando indício que é desnecessário o pronunciamento jurisdicional acerca da incidência ou não de tal instituto. Havendo o transcurso do prazo sem interposição de recursos acerca da medida concedida, a tutela automaticamente estabilizará, por ser ato eminentemente de disposição dos autores processuais, localizado na base da relação triangular do processo, ou seja, entre as partes.

5. DA (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO:

5.1. Matérias Não Sujeitas à Preclusão:

Como exposto reiteradamente acima, o direito processual deve se adaptar ao direito material, por ser aquele instrumento deste. Assim, considerando que alguns direitos não estão no âmbito de disponibilidade das partes, imperioso reconhecer-se que a estabilização da tutela de urgência satisfativa antecedente não ocorre nestes casos.

Já foi apontado também que a estabilização deve passar pelos três crivos de existência, validade e eficácia. Ora, em se tratando de matérias de ordem pública, é cediço que tal disposição de vontade será ato inválido, não sujeito à convalidação através do instituto em análise.

Podemos citar o caso de uma concessão liminar, em se tratando de ação revisional de alimentos, ou em guarda provisória, que não estará sujeita à estabilização, por se tratarem de direitos indisponíveis.

Em outra análise, há ainda, por exemplo, a determinação em antecipação de tutela do cumprimento de obrigação prescrita. Pelo mesmo motivo, entendemos que tal disposição não ficará adstrita a estabilização, podendo ser objurgada em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Abordou-se neste estudo a similitude entre o instituto da estabilização da tutela satisfativa e os da preclusão e do reconhecimento jurídico do pedido. Estes dois últimos, conforme entendimento pacífico na doutrina, também não ocorrem em se tratando de matérias de ordem pública e direitos indisponíveis.

Neste último caso, faz-se uma ressalva de que, ante o princípio da adequação processual, a tutela provisória de urgência satisfativa relativa a obrigações prescritas perde sua característica de reversibilidade, considerando que o direito material em comento se transmuta em obrigação natural.

Há que se atentar ainda para o caso de haver nulidade processual relativa durante a formação da referida estabilização. Nesta linha, verifica-se que é possível que tal estabilização produza os efeitos de convalescer tal vício, caso não haja impugnação dentro do prazo disposto no art. 304, §5º do CPC.

5.2. Tutelas Antecipadas Satisfativas Específicas:

Questiona-se ainda a aplicação de tal instituto em relação às liminares satisfativas

previstas em procedimentos próprios como os alimentos provisórios e a concessão liminar em mandado de segurança.

É nítido que o CPC, como regra geral, deve ser aplicado em tais procedimentos especiais subsidiariamente. Desta forma, quando não houver uma forma procedimental própria prevista na lei especial, não se vislumbra impedimento para aplicação da estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente.

Assim, nos casos anteriormente citados, seria inviável a aplicação de tal instituto, porquanto as Leis nº 5.478/68 e nº 12.016/09 estabelecem a forma de concessão das liminares satisfativas.

Entretanto, conforme já disposto acerca do negócio jurídico processual (art. 190 do CPC), a aplicação da estabilização pode ocorrer, mesmo em procedimentos próprios, desde que haja prévio acordo entre as partes sobre tal medida, porquanto o procedimento, agora, encontra-se sob a liberalidade das partes.

Imperioso destacar que o negócio jurídico processual é prerrogativa das partes, vedando-se ao Estado-juiz, por exemplo, dispor, de ofício, acerca da estabilização em tutelas de urgência satisfativas previstas em leis especiais.

O Novo Código de Processo Civil aumentou os poderes instrutórios do juiz, mas limitou tal ampliação à dilação dos prazos e alteração da ordem de produção probatória, devidamente fundamentadas. Assim, a *mens legis* vai no sentido de priorizar a vontade das partes, e não do juízo, resguardando-se a condução arbitrária do procedimento judicial.

5.2.1. Incompatibilidade da tutela antecipada satisfativa, em caráter antecedente, ao procedimento do mandado de segurança.

O art. 303, §1º, I do CPC prevê que após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, a parte autora deverá “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”.

Ocorre que a celeridade, imanente ao *writ*, prevê a necessidade de protocolização da pretensão da ordem de segurança, com prova pré-constituída, porquanto somente esta caracteriza o direito líquido e certo.

Na clássica concepção de Hely Lopes Meirelles (1990, p. 13):

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais ."

Destarte, inviável a dilação probatória prevista no art. 303, §1º, I do Código de Processo Civil, por duas premissas.

A primeira é a de que um direito líquido e certo, manifesto em sua existência, prescinde de dilação probatória, sendo que esta é inviável no referido remédio constitucional.

"[...] Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do mandamus, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1040245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006)".

Nesta linha, considerando que inexistente possibilidade de dilação probatória em mandado de segurança, conforme jurisprudência iterativa anteriormente mencionada, incompatível se mostra a concessão de tutela satisfativa em caráter antecedente, porquanto o procedimento desta última medida prevê a juntada de novos documentos, após a concessão da liminar pleiteada.

Ainda, porque tal procedimento prevê o aditamento da petição inicial, para complementação, alegando fatos novos. Ora, um direito que necessitar de mais do que uma exposição sumária dos fatos para ser afirmado, não pode ser líquido e certo.

Assim, um direito que necessitar de mais alegações, durante aditamento da inicial, não

pode ser líquido e certo, porquanto não possui as características de ser delimitado em sua extensão e manifesto em sua existência, conforme lição de Hely Lopes Meirelles, já mencionada no presente trabalho.

Há que se ressaltar que este é outro caso de aplicação do princípio da adequação, mencionado no início do presente estudo. Pelo explicitado neste subitem, o remédio processual mais adequado à tutela de direitos líquidos e certos é o mandado de segurança, e não a tutela satisfativa em caráter antecedente, como mencionado acima.

5.3. DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA SATISFATIVA CONCEDIDA PELA VIA RECURSAL:

O item 4 foi esboçado para fixar alguns norteamentos quando houver a necessidade de análise de pedidos implícitos em sede de tutelas de urgência, e facilitar a compreensão de tal pleito, durante a interposição de recursos.

O conceito clássico informa que o pedido delimita o processo. Conforme já mencionado, a amplitude da lide foi aumentada, ante a possibilidade de existência de pedidos implícitos.

Feitas tais considerações, verifica-se que um dos efeitos recursais é o devolutivo, ou seja, aquele encaminha a discussão processual para reexame. O verbo devolver é transitivo direto e indireto. O sujeito devolve algo a alguém. Este "algo" é a matéria discutida, que por sua vez foi delimitada pelo pedido, conforme já mencionado.

Assim, é de se admitir que a liminar concedida pela via recursal, através dos efeitos suspensivo/ativo, são suscetíveis de estabilização, porquanto à uma prorrogação da discussão processual, através da devolução da controvérsia ao órgão *ad quem*.

6. DO PRAZO DECADENCIAL PARA REVER A ESTABILIZAÇÃO E A ALTERAÇÃO FÁTICA:

É imperioso que o processo guarde intrínseca relação com o contexto fático nele produzido. Trata-se do brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja a tutela jurisdicional somente será concedida após a apresentação fática ao juízo.

Nesta linha, a ocorrência de um fato, possui automaticamente efeitos na esfera jurídica. Não é por outra razão que o fato novo tem o condão de elidir a coisa julgada, através da Ação Rescisória, nos termos do art. 966, VII do CPC, relativizando-se a segurança jurídica em benefício

da justiça *strictu sensu*.

Se o fato novo tem o condão de desconstituir a coisa julgada, o que se dirá então da estabilização da tutela satisfativa antecedente que não está abarcada por tal instituto, conforme mencionado anteriormente. Aplica-se a expressão *a maiori, ad minus*, ou seja, quem pode mais, pode menos.

Destarte, entende-se que, em caso de alteração fática, a parte não fica vinculada ao prazo decadencial de 2 (dois) anos para impugnação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, com supedâneo na inafastabilidade do controle jurisdicional.

Como exemplo, podemos citar um caso onde a parte autora obtém uma medida liminar concedendo-lhe tratamento médico contínuo, em desfavor de determinado plano de saúde. Nesta linha, com a superveniência da cura do referido paciente, a parte ré poderá rever a estabilização da antecipação dos efeitos da tutela antecedente, mesmo após o prazo decadencial previsto no art. 304, §5º do CPC.

7. DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECEDENTE:

A estabilização da antecipação dos efeitos da tutela em caráter antecedente é ato processual automático não revestido de coisa julgada, em virtude da inércia da parte adversa. Assim, para impugná-la, a parte deve lançar mão de ação ordinária anulatória, sem prejuízo de cumulação de pedidos, como por exemplo perdas e danos para reaver prejuízos sofridos pela antecipação da tutela.

O não conhecimento da estabilização pelo juízo não consta do rol taxativo de impugnação das decisões interlocutórias pelo agravo de instrumento previsto no art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil.

Entretanto, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetivação, extrai-se que a parte poderá demandar pela via do mandado de segurança, caso o juízo não reconheça a referida estabilização, porquanto direito processual líquido e certo.

8. CONCLUSÃO:

Por todo exposto, verifica-se que o instituto da estabilização dos efeitos da tutela, por ser algo inédito no ordenamento jurídico, ainda irá direcionar os operadores jurídicos pátrios em

diversas dúvidas.

Através do método hermenêutico, buscou-se com o presente estudo sanar alguns futuros pontos que poderão ser objeto de discussão, direcionando-se o discurso com base nos valores axiológicos emanados do Novo CPC, em especial o princípio da eficiência, da adequação processual e da efetividade.

Em suma, extrai-se que há um vácuo conceitual em relação ao novo instituto da estabilização da tutela de urgência satisfativa concedida em caráter antecedente, mas que tal disposição não impede sua aplicação, desde que realizada com os valores oriundos do Novo CPC, conforme já mencionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 1124537/SP, processado na forma de Recurso Repetitivo. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe 18/12/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=MANDADO+DE+SEGURAN%C7A+DILA%C7%C3O+PROBAT%D3RIA&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 26/09/2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 26/09/2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1 – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2 – Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela.** 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral.** São Paulo: Editora Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 30ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 14ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I – Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.** 56ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2015.