XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

REGINA VERA VILLAS BOAS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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 Naspolini 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

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Regina Vera Villas Boas –Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-528-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
– Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O desafio de se conciliar o Direito, a Democracia e as instituições do sistema de Justiça em nosso país é uma tarefa difícil e importante a qual os operadores do direito tem se dedicado diuturnamente em nosso país.

A academia tem colaborado de forma decisiva para esta tarefa e o Conpedi tem sido, há mais de duas décadas, um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador, objetivando alcançar a sociedade livre, justa e solidária, preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II, cujas atividades foram realizadas durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, no período compreendido entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos programas qualificados de pós-graduação em direito enriqueceram a apresentação e discussão dos Grupos de Trabalho, possibilitando uma troca de experiências, estudos e investigações visando ao trabalho contínuo de pesquisa acadêmica, com o escopo de orientar a prática jurídica.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações pertinentes ao acesso à justiça nos seus mais variados matizes.

Foram apresentados e discutidos doze trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre o acesso à justiça.

Os temas foram os seguintes: o fenômeno da judicialização, a crise da legalidade e o sistema de precedentes; a possibilidade de se visualizar o precedente como requisito da petição inicial; o cabimento da ação rescisória contra a decisão antecipatória estabilizada; a efetividade do acesso à justiça por meio do IRDR; a teoria das ações temáticas como instrumento de acesso à justiça no processo coletivo; a aplicação da mediação no ambiente escolar; o big data e as políticas públicas; usucapião extrajudicial de bem imóvel; transexualidade e registro civil; e a contribuição cartorial para a redução de demandas judiciais.

Tomara que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e a satisfação que foi para nós coordenar esse Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do Conselho e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática Acesso à Justiça.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas – PUC/SP e UNISAL/SP (Lorena)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA A DECISÃO ANTECIPATÓRIA ESTABILIZADA COMO FORMA DE PRESERVAR A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

POSSIBILITY OF THE RESCISSION ACTION AGAINST THE ANTICIPATING DECISION ESTABILIZED AS A FORM TO PRESERVE THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE

Renata Bolzan Jauris
Luiz Fernando Bellinetti

Resumo

Trata das discussões doutrinárias acerca da estabilização da tutela antecipada antecedente, especialmente na hipótese em que decorrido o prazo determinado pelo parágrafo 5º do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015. Investiga a indefinição conceitual, bem como a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória quanto a tais decisões ante a disposição legal expressa que diz não ocorrer a coisa julgada na hipótese, tendo em vista o paradoxo que a imutabilidade gera, resultando em ofensa ao acesso à Justiça. A pesquisa é teórico-bibliográfica e se vale do raciocínio lógico-dedutivo para o exame dessas questões.

Palavras-chave: Estabilização, Coisa julgada, Tutela de urgência, Acesso à justiça, Ação rescisória

Abstract/Resumen/Résumé

It deals with doctrinal discussions about the stabilization of the anticipating decision estabilized , especially in the event that the period determined by paragraph 5 of article 304 of the Code of Civil Procedure of 2015 has elapsed. It investigates the conceptual indefinition, as well as the possibility of filing a rescission action as such decisions before the legal provision that says not to occur the thing judged in the hypothesis, in view of the paradox that immutability generates, resulting in an offense to access to Justice. The research is theoretical-bibliographical and uses logical-deductive reasoning to examine these questions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stabilization, Res judicata, Emergency injunction, Access to justice, Rescission action

1 INTRODUÇÃO

A estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente, dentre as inúmeras novidades trazidas pelo texto do Código de Processo Civil de 2015 – especialmente no que tange às tutelas de urgência – merece especial relevo: a uma, por ser um instituto que não encontrava precedentes no direito pátrio; a duas, por ser um tema ainda em construção, razão pela qual imbuído de inúmeras controvérsias.

Quando se fala em estabilização da tutela antecipada deve-se vislumbrar a permissão, pelo sistema processual, de que a tutela concedida mediante cognição não exauriente conserve a eficácia de forma autônoma e independentemente de confirmação por decisão posterior que resolva o mérito da lide posta ao crivo judicial. O interesse na propositura da ação principal somente permaneceria hígido na hipótese das partes terem interesse na obtenção de decisão definitiva baseada em cognição exauriente sobre o direito material controvertido.

A inserção da estabilização da decisão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no ordenamento jurídico brasileiro teve como finalidade a redução do número de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, bem como imprimir celeridade aos feitos eis que tão somente a decisão com cognição sumária, em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas, já seria suficiente para satisfazer o reclamo das partes, de forma a promover a ampliação do acesso à Justiça.

Ocorre que trata-se de um instituto novo no direito brasileiro, importado do direito estrangeiro (especialmente o italiano e francês), criado com o fim de afastar os males da demora processual decorrente do exercício do contraditório, através do rompimento com a estrutura tradicional das medidas provisórias como dependentes de uma tutela definitiva.

A construção do perfil conceitual da estabilização da tutela antecipada, bem como dos efeitos e consequências jurídicas da aplicação do instituto, está distante de alcançar consenso doutrinário, o que, somente terá seus contornos definidos após amadurecimento da doutrina bem como constatação daquilo que os tribunais virão a decidir quanto ao tema.

O presente artigo, desta feita, não tem como escopo apontar uma solução para o dilema doutrinário que o tema enfrenta, mas sim, refletir quanto a um dos problemas que a incerteza teórica relativa ao tema tem ocasionado, referente à perplexidade do sistema quanto à decisão que, estabilizada e, transcorrido o prazo de 02 (dois) anos, não faz coisa julgada, porém não tem meio de impugnação disponibilizado pelo ordenamento, ao menos de forma expressa.

Na hipótese, teríamos uma decisão que, a despeito de não ter força de coisa julgada, de não ser embasada em cognição exauriente, mas tão somente em cognição sumária e que, na

prática, teria efeitos mais perenes que a própria coisa julgada, em verdadeira afronta ao acesso à Justiça.

Com o escopo de demonstrar a problemática, passa-se a analisar as propostas doutrinárias pertinentes à estabilização da tutela de urgência antecipatória, bem como é feita a análise do regime de imutabilidade pertinente a estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente e da possibilidade, ou não, do manejo da ação rescisória como meio da impugnação da decisão estabilizada, após o transcurso do prazo de dois anos insculpido no parágrafo 5º do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Utilizando-se do método lógico-dedutivo, o artigo objetiva estudar as diversas propostas doutrinárias quanto a estabilização da tutela antecipada antecedente, bem como os meios de impugnação existentes e analisar o paradoxo ocasionado pela previsão legal de inexistência de coisa julgada da decisão, criando uma espécie de decisão irrecorrível e com maior perenidade que a própria coisa julgada. O trabalho se utiliza de pesquisa bibliográfica, a partir da qual se analisa a possibilidade ou não da utilização da ação rescisória como meio de impugnação da decisão estabilizada após o transcurso do prazo de dois anos e de que forma se adequaria às disposições normativas a garantia do acesso à Justiça.

2 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA

O Código de Processo Civil de 2015, quanto as tutelas provisórias de urgência, trouxe como novidade legislativa, além da uniformização e estruturação dos requisitos ensejadores, a forma de requerimento, ao possibilitar que seja de forma incidental ou antecedente, bem como ao possibilitar a estabilização da tutela provisória concedida em caráter antecedente.

Afirma Desirê Bauermann (2010) que o instituto adotado pelo direito brasileiro baseia-se no direito italiano e francês, sendo que o sistema processual italiano foi inspirado no sistema dos *référés* franceses, com o escopo de minorar os males decorrentes da excessiva demora para obtenção da decisão definitiva da lide e também para evitar a propositura de processos principais na hipótese das partes já se encontrarem satisfeitas com o provimento obtido em sede de antecipação de tutela.

As tutelas provisórias de urgência, nas quais se incluem a tutela cautelar e a tutela antecipada, caracterizam-se por serem de cognição sumária, portanto, concedidas sem que tenha se completado o contraditório e a ampla defesa, ao passo que a tutela definitiva caracteriza-se por passar pelo crivo da cognição exauriente.

São considerados pressupostos para a concessão das tutelas de urgência a probabilidade do direito e o perigo da demora, reputando-se ainda o pressuposto específico da exigência da reversibilidade, na hipótese da tutela provisória antecipada (art.300, §3.º).

Afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 93) que a tutela cautelar diferencia-se da tutela antecipada ao passo que a tutela cautelar destina-se a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material, caracterizando-se pela instrumentalidade e referibilidade enquanto a tutela antecipada seria a efetivadora do direito material, permitindo a sua realização provisória mediante cognição sumária. Nesse sentido (ARENHART e MARINONI, 2016, p. 93):

> Na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária.

Em outro vértice, quando se fala em tutela provisória deve-se ter em mente que se trata de uma tutela que tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre e cujo prazo de duração dependerá da demora para a obtenção da tutela definitiva (NEVES, 2016, p. 412).

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prevê a possibilidade de concessão das tutelas provisórias, tanto cautelares como antecipatórias, em caráter antecedente ou de forma incidental. A uniformização dos requisitos exigidos para a configuração das hipóteses de concessão dos provimentos, bem como a previsão da possibilidade de concessão da tutela antecipatória em caráter antecedente (que no regime do Código de Processo Civil de 1973 somente era cabível de forma incidental) deveras aproximou os institutos.

Ocorre que no âmbito da tutela provisória urgente somente à tutela antecipatória concedida em caráter antecedente é conferida a possibilidade de estabilizar-se, nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015[1].

---

[1] "Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.
§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.
§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.
§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

O fenômeno da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada consiste na possibilidade de que haja a conservação dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente desde que inexista impugnação pelo réu com o instrumento processual adequado. A decisão torna-se, desta feita, perene.

Nota-se que há três balizamentos a serem tomados como referência: 1) somente a tutela antecipada é apta a se estabilizar, e não a tutela cautelar; 2) apenas a tutela antecipada requerida em procedimento antecedente pode sofrer a estabilização, ao contrário da tutela antecipatória requerida incidentalmente no processo; 3) considerando que não há autorização para tutela da evidência antecedente, somente a tutela de urgência pode estabilizar-se.

Para que ocorra a conservação dos efeitos da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, de acordo com Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 610) são exigidos os seguintes pressupostos:

> (i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização;
> (ii) ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada;
> (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente;
> (iv) a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.

Obtempera-se que o legislador fez a opção de possibilitar que a decisão tomada com base em cognição sumária, não exauriente, independentemente de confirmação pela tutela final e exauriente, receba os atributos de definitividade e independência. Trata-se de superação de padrões jurídicos de há muito consolidados na ciência do direito.

Afirma Daniel Mitidiero (2015):

> Fugindo ao desenho tradicional da tutela antecipada, o legislador brasileiro inovou ao tornar procedimentalmente autônomo o juízo sumário que leva à concessão da tutela antecipada (artigo 301)1. Em uma palavra: *autonomizou* a tutela antecipada. Trata-se de uma opção que tem como objetivo principal viabilizar a introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro (artigo 302).

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 183) defendem que:

---

§ 6º 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 objetivo da regra que prevê a estabilização da tutela antecipada é, por um lado, eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia, e, de outro, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução do mérito.

Quando se defende que através do instituto da estabilização, nos moldes como preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015, haveria a "outorga de capacidade", através da conduta das partes, para a produção de efeitos a uma decisão em um processo que resultou extinto sem os efeitos do mérito, pode-se indicar que tais efeitos seriam provenientes de um verdadeiro negócio jurídico processual: a parte autora conta com a decisão antecipatória e não dá ensejo ao processo de conhecimento, ao passo que a parte ré não oferece resistência à ordem proferida em cognição não exauriente.

Para José Herval Sampaio Júnior (2016) a estabilização seria um negócio jurídico qualificado, através do qual as partes, inclusive, estariam a transigir quanto ao próprio direito material:

> Mesmo havendo uma decisão inicial do Juiz, a estabilização somente vai se operar se o réu aceitar não recorrer, logo no sentido amplo do termo e pela experiência fática que temos na condução de processos de indenização e os acordos que neles construímos, o instituto não deixa de ser um negócio jurídico processual qualificado, em que não só se aceita que os efeitos se perenizem, bem como se resolve, pelo menos, com eficácia condicionada ao decurso do prazo de dois anos, toda a querela e isso é o mais importante.

Ocorre que, a despeito da ideia da estabilização como um negócio processual ser instigante – ao passo que resolveria a questão da atribuição de efeitos de mérito a uma decisão em um processo extinto sem os efeitos do mérito – não passa pelo crivo mínimo da teoria dos negócios jurídicos.

No negócio jurídico a vontade compõe o suporte fático da categoria jurídica visando a obtenção dos efeitos jurídicos queridos pelas partes, sendo um instrumento da autonomia privada (MELLO, 2012, p. 202). Não se nega que a vontade nos negócios jurídicos poderá ser restringida. No entanto, na hipótese da decisão estabilizada, a única expressão da vontade é entre recorrer ou não: a tutela obtida é aquela determinada judicialmente sem que as partes possam escolher seus efeitos ou forma de cumprimento. Ao revés, se as partes o desejarem, poderão fazê-lo através de transação, oportunidade em que, optando-se pela homologação judicial, haverá extinção do processo, com os efeitos do mérito.

Portanto, a estabilização seria um ato jurídico em sentido estrito – quando o sujeito manifesta a vontade para aderir aos efeitos do ato já previstos em lei – e não um negócio jurídico.

Ainda sobre a natureza da decisão da tutela antecipada estabilizada, afirmam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 604) que seria uma técnica monitória do processo civil brasileiro. Prosseguem os citados autores afirmando que "A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu." (BRAGA; DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2015, p. 604).

Eduardo Talamini (2012, p. 24-25), no que tange ao caráter monitório atribuído a estabilização da tutela urgente, afirma:

> No entanto, a técnica monitória permanece presente no novo diploma. A estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitória:
> a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor;
> b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável;
> c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente;
> d) não haverá coisa julgada material (v. adiante).

Pode-se observar que a ideia da estabilização da tutela antecipada como forma monitória do procedimento calca-se sobretudo na intenção de inverter ou compartilhar o ônus da demora do processo entre as partes, ao ser propiciado um rápido caminho para a efetivação do direito vergastado quando se atribui efeitos para a inércia do réu.

Em outro giro, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 185) que a técnica da estabilização, ante o caráter monitório que possui, deveria restringir-se a situações em que se revelam a evidência do direito, tal qual ocorre no procedimento monitório. No entanto, reconhecem os autores que o artigo 304 não se preocupa com o direito material alegado, mas tão somente "Trata-se de técnica fundada em perigo de dano, a justificar a sumarização da cognição para a concessão da tutela." (ARENHART e MARINONI, 2016, p. 185). Sem olvidar, a despeito da crítica tecida, admitem os autores a característica monitória empreendida na técnica.

Nota-se, nesse sentido, que a caracterização da estabilização como uma técnica monitória se dá, sobretudo, em razão da necessidade da parte prejudicada praticar um ato (recorrer ou ingressar com sucedâneo recursal) para que seja iniciado o contraditório. Há uma inversão da técnica processual que, como regra, privilegia o contraditório.

3 A ESTABILIZAÇÃO E O REGIME DE IMUTABILIDADE

Em função do contraditório eventual postergado condicionado a interposição do recurso que o legislador prevê, nos termos do parágrafo 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, 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".

Pelo dispositivo legal expresso pode-se inferir que a decisão estabilizada, por opção legislativa, não poderá configurar a coisa julgada material. Após estabilizada a tutela antecipada, conforme a dicção legal, as partes ainda poderão discutir amplamente o direito material contestado em ação de cognição.

A discussão do direito material deverá obedecer os limites dos prazos do direito material, bem como o limite temporal de dois anos, quando então a estabilização da tutela antecipada não poderia mais ser alterada.

No que tange a possibilidade, no prazo dos dois anos, de qualquer das partes demandar contra a outra, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 195) afirmam que:

> A ação proposta pelo réu não lhe outorga o ônus de demonstrar que as alegações dos fatos constitutivos do direito suposto como provável não são verdadeiras. A propositura da ação revela o intuito do réu em modificar ou invalidar a tutela antecipada, mas este não assume o ônus de provar que as alegações dos fatos constitutivos do direito do autor – agora réu – não correspondem à realidade. A situação é similar àquela que ocorre quando utilizada a técnica da inversão do ônus da propositura da ação principal – depois de concedida a tutela do direito com base em cognição sumária. Há inversão do ônus de propor a ação, mas o ônus da prova continua sendo de quem afirmou o direito e ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo.
> A ação do §2º do art. 304 logicamente abre oportunidade para a cautelar (art. 300, CPC), ou seja, para a suspensão dos efeitos da tutela estabilizada ou mesmo, conforme o caso, para a remoção dos seus efeitos concretos. Há de estar presente probabilidade do direito à reforma ou invalidação da tutela estabilizada e perigo de dano.

Por sua vez, Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 611) vislumbram a possibilidade da parte autora ingressar com a ação autônoma com o simples intuito de confirmar a decisão, porém com cognição exauriente e formando coisa julgada.

O que se obtempera, no entanto, é que a decisão estabilizada não configura a coisa julgada[2] especialmente em razão de não certificar um direito em si, mas tão somente atribuir

[2] Com relação ao conceito de coisa julgada, Pontes de Miranda (1979, p. 172 explica que "As palavras *coisa julgada* indicam uma decisão que não pende mais dos recursos *ordinários*, ou porque a lei não os concede (segundo lei das alçadas), ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios, ou porque já foram esgotados.

carga de eficácia à decisão. Também não pode ser configurada como uma preclusão[3] eis que produz seus efeitos no plano extraprocessual. Não se pode dizer que se trata de uma perempção eis que esta se configura como a perda do direito do autor de demandar ao Poder Judiciário como num efeito da terceira sentença proferida em razão do abandono (DONIZETTI, 2009, p. 237) o que não ocorre na hipótese.

Trata-se a decisão estabilizada de um gênero próprio que não se adequa a quaisquer dos balizamentos conceituais tradicionais de imutabilidade. Frederico Augusto Gomes (2017, p. 104) aduz que:

> Portanto, a estabilização da tutela antecipada não se pode enquadrar em nenhuma das clássicas imutabilidades processuais. Os conceitos até então desenvolvidos são insuficientes para dar conta dessa nova figura, daí a confusão e o dissenso na doutrina: é impossível classificar a estabilização da tutela antecipada com olhos para o passado, pois não é apenas um instituto novo, mas inaugura uma nova categoria de institutos.
> Nova categoria de institutos não necessariamente porque venha a surgir daqui por diante, mas porque precisa ser reconhecida. São as imutabilidades que não se enquadram nos modelos processuais clássicos.
> Parece preciso, nesse aspecto, um diálogo mais aproximado com o que se tem produzido a respeito do direito material para compreender adequadamente a estabilização da tutela antecipada como uma nova imutabilidade.
> Coisa julgada, preclusão e perempção não se prestam a explicar o fenômeno. Contudo, ato jurídico perfeito, *supressio*, boa-fé objetiva e a vedação ao *venire contra factum proprium* parecem pautar de modo mais correto os limites que se podem dar a estabilização da tutela antecipada.

Nota-se que a opção política do legislador é consentânea com a tradição do direito brasileiro de reservar a coisa julgada tão somente para as decisões proferidas mediante cognição exauriente (NEVES, 2016, p. 455). Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 456) afirma inexistir sentido lógico de se conferir imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material a uma decisão proferida mediante cognição sumária eis que a certeza se tornaria indiscutível e imutável e a probabilidade não.

No mesmo sentido Eduardo Talamini (2012, p. 28):

> O instituto da coisa julgada e constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita a confirmação. Ha uma vinculação constitucional da coisa julgada a cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5.°, L1V, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída

O efeito de uma tal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que porventura se cometesses contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação".

[3] Moacyr Amaral Santos (1998, p. 56) conceitua a preclusão como a perda de uma faculdade ou direito processual, que fica extinto por haver se esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos. Ressalva-se que a mesma questão poderá surgir e ser discutida em outro processo quando acobertada por preclusão em determinado processo, ainda que coincidam as partes, objeto e órgão jurisdicional.

> indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune a revisão não e só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pode desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumaria (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.

Nota-se, portanto, que a doutrina tem visto com bons olhos a previsão normativa relativa a não caracterização da coisa julgada na hipótese da decisão que estabiliza-se. Os fundamentos primordiais têm sido justamente o fato de ter sido a decisão proferida em sede de cognição sumária, e por ser fruto de um processo extinto sem o julgamento do mérito.

Nesse sentido, a decisão estabilizada assume uma roupagem própria dentro do regime das imutabilidades preconizado pelo sistema jurídico pátrio.

4 CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A decisão antecipatória estabilizada na tutela urgente antecedente, antes o transcurso do prazo de dois anos[4] para a propositura da ação autônoma, sem que haja coisa julgada (mas sendo um efeito da inércia do réu), não causa maiores celeumas ante a possibilidade explícita de impugnação através de ação autônoma.

Ocorre que, transcorrido o prazo, tem-se que a decisão que concede a tutela antecipada, com base em cognição sumária e não exauriente, torna-se imutável e indiscutível. "Pode-se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, mas a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas." (NEVES,2016, p. 456).

A finalidade da aplicação do instituto da coisa julgada funda-se, especialmente, na ideia de segurança jurídica e, a atribuição da qualidade de coisa julgada em determinado sistema

[4] Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 457) defende a natureza decadencial do prazo de dois anos estipulado pelo artigo 304, parágrafo 5º do Código de Processo Civil de 2015. Vejamos: "Prefiro o entendimento de que o prazo de dois anos criado pelo art. 304, §5º, do Novo CPC, tem natureza decadencial, a exemplo do prazo para a ação rescisória previsto no art. 975, *caput*, do Novo CPC, de forma que o direito de ação das partes deve ser exercido dentro desse prazo. Até porque, se assim não fosse, qual será o sentido de haver um prazo previsto expressamente em lei para a propositura de tal ação?".

jurídico tem a natureza de opção de cunho político (ANTUNES e BELLINETTI, 2010, p. 7368).

Ocorre que, atribuindo-se os efeitos da coisa julgada, da imutabilidade e indiscutibilidade à decisão concessiva da tutela antecipada após o transcurso do prazo, sem, no entanto, atribuir a qualidade de coisa julgada a esta, surge situação de verdadeira perplexidade, em que uma decisão que confere uma tutela com base em cognição sumária, proferida em um processo extinto sem o julgamento de mérito, assume contornos de maior rigidez que a decisão proferida em sede de cognição exauriente eis que esta poderá ser atacada por meio de ação rescisória[5] a qual somente é cabível nas hipóteses taxativamente previstas.

Daniel Assumpção Amorim Neves (2016, p. 458) explica e propõe a admissibilidade da ação rescisória na hipótese, a partir de uma interpretação ampliativa do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015:

> Se a parte quiser alegar um dos vícios previstos no art. 966 do Novo CPC, poderá se valer da ação prevista no §2º do art. 304 do Novo CPC. Entretanto, após esse prazo, os vícios, que só poderiam ser alegados por meio de ação rescisória, já não podem mais sê-los porque essa espécie de meio de impugnação depende de coisa julgada. E o §6º do art. 304, do Novo CPC, não deixa dúvida sobre não existir coisa julgada na decisão concessiva de tutela antecipada antecedente.
> A única saída possível é uma interpretação ampliativa do §2º do art. 966 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, cabe ação rescisória contra decisão terminativa (ou seja, que não resolva o mérito) desde que ela impeça a nova propositura da demanda ou admissibilidade do recurso correspondente. Apesar de se tratar de situação distinta, já que a decisão que antecipa a tutela é indiscutivelmente de mérito, pode-se alegar que a decisão terminativa também não faz coisa julgada e ainda assim pode, respeitadas determinadas exigências, ser impugnada por ação rescisória.
> A ausência de coisa julgada, portanto, teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão de ação rescisória, o que poderia liberar o caminho para a conclusão de cabimento de tal ação contra a decisão que concede a tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado.

Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 670) igualmente constata a incongruência sistêmica: "Como se vê, embora nascida sob o signo da provisoriedade, a tutela de urgência satisfativa pode tornar-se inatacável graças a um mecanismo processual que a põe a salvo de demandas tendentes à revisão, reforma ou invalidação, ao cabo de um prazo fatal ou peremptório."

[5] O artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015 elenca as possibilidades de ajuizamento de ação rescisória. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 306) definem: "Ação rescisória é uma ação que visa desconstituir a coisa julgada. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo o princípio da segurança jurídica – substrato indelével do Estado Constitucional – a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas de maneira taxativa pela legislação (art. 966, CPC)."

No entanto, descarta a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória visando o ataque da decisão por considerar o prazo de dois anos como decadencial (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 669-670):

> Admitida certa equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão, estabilizada, à primeira vista, não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começaria a correr após o trânsito em julgado das decisões. Assim, apenas após a estabilização definitiva da decisão sumária é que se poderia pensar no eventual início do prazo para o manejo da rescisória.
> Na verdade, porém, não cabe cogitar de ação rescisória na espécie, pela simples razão de que por disposição expressa da própria lei a decisão estabilizada não assume a autoridade de coisa julgada, e a rescisória, também por expressa previsão legal, só se presta a desconstituir decisão acobertada pela coisa julgada material (NCPC, art. 966). Logo, após o biênio do art. 304 § 5º, qualquer tentativa de discutir em juízo a questão resolvida na decisão estabilizada esbarrará na barreira intransponível, não da *res iuticata*, mas da decadência, como sói acontecer com qualquer direito extinto por ultrapassagem do prazo fatal de exercício.

Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 613), a despeito de considerarem que a decisão da tutela antecipada estabilizada projeta a eficácia para fora do processo, entendem que não há reconhecimento judicial do direito do autor, o que, faria a estabilidade processual distinguir-se da coisa julgada e, nesse sentido, seria incabível a ação rescisória[6].

Em outro giro, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 200) defendem que a inexistência do direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não implicaria em impeditivo para discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. O direito poderia ser rediscutido em qualquer processo, desde que não implicasse em reforma ou invalidação da tutela antecipada:

> Realmente, se a norma simplesmente afirma que o prazo de dois anos extingue o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada, não cabe pensarem qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. Há somente impedimento de rever a tutela do direito material, seja para reformar, extirpar ou remover os efeitos concretos da tutela que já se exauriu, seja eventualmente para paralisar a sua eficácia executiva.

Infere-se que a doutrina busca construções teóricas das mais variadas para tentar mitigar a inconsistência ocasionada no sistema ante a não atribuição, pelo legislador, da qualidade de coisa julgada à decisão estabilizada que concede a tutela antecipada. Conforme afirma Frederico Augusto Gomes (2017, p. 216):

---

[6] No mesmo sentido o Enunciado 33 do FPPC: "Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência." e o Enunciado 27 da ENFAM: "Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015."

> A estabilização da tutela antecipada não é coisa julgada, mas com ela tem elementos comuns; é uma técnica monitória, mas não se confunde com a ação monitória, sobretudo pelos escopos que lhe são atribuídos pelo sistema; é um ato jurídico processual, mas não é, de modo algum, um negócio jurídico; possui um misto de finalidade pública e privada; não ofende o devido processo legal, mas devem ser respeitadas as balizas que a delimitam.
> A par disso, a estabilização da tutela antecipada traz diversas dificuldades interpretativas, que começam com os requisitos para sua ocorrência (o que a lei processual quer dizer com recurso?), passam por sua natureza (como compatibilizar o prazo de dois anos para rediscussão com a expressa previsão de que a estabilização não se trata de coisa julgada?) e se estendem por um sem fim de questões (…)

A situação de fato evidenciada, em que uma decisão sem julgamento do mérito e sem cognição exauriente, seria revestida de maior rigidez e imutabilidade que aquela proferida sob o crivo do contraditório exauriente, causa perplexidade no sistema.

Tal perplexidade deve ser sanada eis que o sistema deve ser uniforme e o intérprete deverá buscar a forma mais lógica e que mais se adeque à ideia do legislador. Nessa toada, não se pode admitir que uma decisão precária revista-se de maior imutabilidade que uma sentença de mérito proferida sob o crivo do contraditório amplo.

Nesses termos, poderá o intérprete admitir o cabimento da ação rescisória, ampliando o rol previsto no artigo 966 do Código de Processo Civil, ou, admitir, porventura, que na interpretação do parágrafo 6º que inadmite a coisa julgada à decisão estabilizada referir-se-ia tão somente àquela decisão durante o transcurso do prazo de dois anos e, com a extinção do referido prazo, nos termos do parágrafo 5º, estaria configurada a coisa julgada e, portanto, a ação rescisória seria admissível.

Observa-se, portanto, que a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, consistente na estabilização da decisão da tutela antecipada antecedente dispõe de diversas lacunas relativamente a forma de impugnação, especificamente após o transcurso do prazo de dois anos. O cabimento ou não da ação rescisória com relação a esta espécie é matéria deveras controvertida e que desafia as mais diversas posições doutrinárias.

Particularmente, se entende que a admissão da ação rescisória como forma de impugnar essa decisão estabilizada é uma tese mais adequada à preservação das garantias constitucionais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório e, especialmente, do acesso à Justiça.

O acesso à Justiça, tratado como direito de acesso à ordem jurídica justa, compreende direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos bem como direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça (WATANABE, 1988, p. 128).

Há o compromisso do aparelho estatal, portanto, em buscar a solução justa para a resolução dos conflitos de interesse. Por sua vez, a manutenção da aplicação da estabilização da tutela antecipada com imutabilidade mais forte que a atribuída à coisa julgada não contribui, ao revés, prejudica, a pacificação social que se busca atingir com o processo eis que poderá ensejar situações em que a tutela provisória estabilizada torna-se irrecorrível e o direito material venha a ser questionado em ação autônoma. Por sua vez, nessa ação autônoma, poderá a decisão ser contrária a tutela estabilizada, já imutável. É este paradoxo, nefasto à concretização do acesso à Justiça, que deverá ser evitado pela doutrina e jurisprudência na aplicação do instituto.

5 CONCLUSÃO

O direito de discutir a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada de forma antecedente extingue-se no prazo de dois anos. Todavia, a extinção de tal direito não poderia implicar, por óbvio, que as partes não possam manejar ação própria em que seja discutido o direito de fundo. Os resultados dessa ação, no entanto, não poderiam atingir a tutela antecipada estabilizada.

Ocorre que no desenvolvimento dessa ideia e dentro de uma interpretação do sistema processual, sendo possível a ação rescisória contra decisão transitada em julgado fundada em cognição exauriente, não seria razoável inadmitir modificação nessa tutela estabilizada após os dois anos. Estar-se-ia diante de um verdadeiro paradoxo, eis que, não se reconhece que a decisão estabilizada possa produzir coisa julgada em razão de não ter sido objeto de cognição exauriente; porém, do ponto de vista pragmático, ao não se admitir a rescisória contra tal decisão, atribui-se a ela imutabilidade maior que o ordenamento confere à própria coisa julgada. É cristalina a ofensa à garantia do acesso à Justiça em hipóteses como esta.

Ressalte-se também que o direito brasileiro tem aceitado, de forma cada vez mais ampla, a relativização e desconstituição da própria coisa julgada nas hipóteses em que a decisão transitada em julgado funda-se em norma reputada inconstitucional ou quando a situação criada pela sentença redundar em ofensa à Constituição.

Gera verdadeira inconsistência sistêmica no ordenamento admitir que a decisão estabilizada, decorrido o prazo de dois anos e extinto o direito de discuti-la, terá imutabilidade mais rígida do que aquela conferida a sentença, que forma coisa julgada e foi proferida em cognição exauriente.

É nítido que a caracterização da estabilização da decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente, bem como a definição de seus contornos e efeitos é tema que ainda está no alvorecer das discussões e longe de serem apresentadas soluções definitivas – soluções estas que, por sua vez, talvez demandem, inclusive, complemento legislativo ante o paradoxo criado pela atribuição de imutabilidade maior que aquela conferida à coisa julgada à decisão em tutela antecipada antecedente estabilizada após a extinção do direito de discuti-la.

Nessa linha argumentativa, uma solução sistemática e de acordo com a ordem constitucional é aquela que admite a utilização de ação rescisória como instrumento apto para desconstituir essa decisão estabilizada na forma do artigo 304, §5.º do CPC.

Ao final, fica evidenciado que são diversas as dificuldades que a aplicação da estabilização da tutela antecipada apresenta, ante as disposições legais que formam seu arcabouço, bem como por ser um instituto ainda novo no direito brasileiro e que demandará grande esforço na sua interpretação e aplicação, inclusive uma recomendável remodelagem legal, a fim de permitir a sua eficaz utilização e evitar que se transforme em mais um instituto natimorto.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Thiago Caversan. BELLINETTI, Luiz Fernando. **Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. *In*: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 7364-7378.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BAUERMANN, Desirê. **Estabilização da Tutela Antecipada.** Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 4, v. VI, jul.-dez. 2010. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21567> Acesso em 09 de agosto de 2016.

BRAGA, Paula Sarno. DIDIER JÚNIOR, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GOMES, Frederico Augusto. **A estabilização da tutela antecipada.** 2017. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://dspace.c3sl.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 08 de agosto de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Autonomização e estabilização da tutela no novo Código de Processo Civil.** 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/91449/2015_mitidiero_daniel_autonomizacao_estabilizacao.pdf?sequence=1> Acesso em 08 de agosto de 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único.** 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo V.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval**. A estabilização prevista no novo CPC como um negócio jurídico processual qualificado.** 2016. Disponível em: <https://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/299959454/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado> Acesso em 08 de agosto de 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Volume 3.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da demanda urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro.** Revista de Processo, São Paulo, vol. 209, 13-34, jul. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 1.** 58. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.