

IMPUGNAÇÃO COMO FORMA DE IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Lenda Tariana Dib Faria Neves

Mestranda em Direito Profissional pelo IDP.

Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo IDP.

Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC/MG.

Advogada e sócia do Escritório Amaury Nunes & Advogados Associados.

Secretária-geral da Associação Brasileira de Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

O tenro Novo Código de Processo Civil teve a missão de reinaugurar uma nova sistemática processual. Dentre as inúmeras inovações no Código, o Livro V, Da Tutela Provisória (de urgência e de evidência) se tornou um celeiro de debates e discussões. Repleto de peculiaridades, o novidadeiro instituto trouxe a figura da estabilização da tutela antecipada envolta na orientação de que a estabilização da decisão seria obstada por meio de “recurso”.

Os questionamentos começaram a surgir de toda a parte: a contestação e outras formas de impugnação não seriam capazes de obstar a estabilização? O presente estudo vem analisar se a exigência da interposição de um recurso (ou apenas a desconsideração de outras formas de impugnação vai de encontro com as finalidades do novel *Codex*).

Para tanto, inicia-se o estudo por meio de análise das tutelas de urgência no âmbito do Novo Código de Processo Civil: seu formato, contornos e reflexos práticos. O estudo passa por um afunilamento chegando ao estudo específico da figura estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em seguida, passa-se à análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça aplicado no julgamento do Recurso Especial 1.760.966/SP que aplicou interpretação extensiva do art. 304 do Novo Código de Processo Civil, admitindo outras formas de impugnação como instrumentos capazes de obstar a estabilização da decisão.

Com a compreensão do entendimento aplicado pela Corte Superior, o estudo passa a analisar a legalidade da ampliação da interpretação aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, o estudo recai sobre o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, passando ao exame das mudanças no decorrer do projeto, sempre com o fito de compreender a verdadeira intenção do legislador.

O estudo, assim, passa a se debruçar sobre a origem do instituto que originou a estabilização da decisão, o *ordonnance de référé* para que se possa compreender o intuito originário da estabilização.

À derradeira, é feita uma análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça à luz da interpretação conforme a Constituição Federal.

1. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Antes de adentrar à *vexata quaestio* da estabilização da decisão (e os temas a ela relacionados, em especial possíveis formas de impedir a estabilização da decisão), mister tecer uma breve análise da nova formatação dada às tutelas de urgência, antecipatória e cautelar à luz do novel *Codex*.

Na nova sistemática processual trazida pelo Código de Processo de 2015, é possível verificar a pretensão de dar tratamento único às tutelas: urgência, evidência e cautelar, pois ficaram todas no Livro V, “Da Tutela Provisória” — como se todas elas fossem provisórias.

Desacertado seria seguir na análise do instituto das tutelas (e aqui, frise-se, cerne do nosso estudo, é a estabilização da tutela antecipada) sem uma pausa para a observação e estudo dessa agregação. Jorge Amaury Maia Nunes, que segue o entendimento de Ovídio Batista da Silva e Alfredo de Araújo Lopes da Costa, afirma que as tutelas antecipatórias e as cautelares não merecem o mesmo tratamento — como se “provisórias” fossem. Segundo entendem, as tutelas cautelares são “temporárias” — e apenas a tutela antecipada satisfativa que dá, *ab initio*, o bem da vida vindicado é que seria provisória.

¹ Excluídos, da presente análise, os estudos relativos à Tutela de Evidência.

O ponto, muito embora na prática não tenha causado nenhuma complicação ou adversidade mais séria, merece a crítica acadêmico-doutrinária: “a tutela cautelar no estrito sentido do termo, é temporária e não provisória, porquanto não será substituída por uma decisão definitiva sobre o mesmo mérito”² — o mérito da cautelar é meramente conservativo, com o fim de assegurar o resultado até o término do processo e não se confunde com o bem da vida vindicado pretendido na tutela antecipada (o objeto, a pretensão da ação principal).

Não é outra conclusão a que se chega que não seja a de concordar com o fato de que provisória, mesmo, seria só aquela tutela de cunho satisfativo, cuja decisão de deferimento anteciparia os resultados a serem obtidos após o término do processo (antecipação provisória do bem da vida vindicado) — e que se encontra em oposição à tutela definitiva. Não obstante a nomenclatura adotada pelo legislador — ou a falha ao denominar o instituto, se é que assim se pode dizer — fato é que muito embora o novel *Codex* tenha tentado unificar o tratamento dados a tais institutos ao reger a matéria (com o Livro V, da Tutela Provisória) não teve outro caminho que não fosse a divisão e a efetiva distinção entre tais institutos: (i) Tutela de Urgência no Título II que, além das disposições gerais, subdividiu-se em dois capítulos distintos, o da (ii) tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a (iii) tutela cautelar em caráter antecedente.

Avançando sobre o tema, e analisando os requisitos para a concessão das tutelas, é bem de ver que o Novo Código de Processo trouxe um sistema simplificado, unificando o regime e estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela antecipada e da cautelar, quais sejam: o *periculum damnum irreparabile* e o *periculum in mora* (perigo de dano irreparável e o perigo da demora). O momento de formulação do pedido também passou a ser ponto de convergência entre os institutos: tanto o pedido de tutela satisfativa quanto o requerimento de pretensão cautelar podem ser requeridos em caráter antecedente e/ou incidental.

² MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

Cabe destacar que na seara doutrinária, a distinção entre perigo de dano irreparável e o perigo da demora mostra-se incontestável, muito embora o novo código tenha se afastado desse *discrímen* histórico. Nesse sentido:

Ao que parece, o legislador pretendeu afastar-se do *discrímen* histórico (*omissis*) que havia, desde o direito medieval, entre os conceitos de *periculum damnum irreparabile* e *periculum in mora*, este último relativo a certas causas que, dada a sua simplicidade, relevância, ou urgência da matéria a ser examinada, a prudência e a lógica recomendavam que fossem tratadas por um procedimento sumário. O primeiro, perigo de dano irreparável, relativo a qualquer causa em que se impusesse uma resposta jurisdicional expedita, em decorrência da irrupção de um elemento de risco de dano iminente. Afirma Ovídio, ainda com arrimo na doutrina italiana, que o primeiro conceito responde ao risco da tardividade, enquanto que o segundo responde ao risco da infrutuosidade.³

Assim, o perigo de dano irreparável estaria [historicamente] ligado ao risco da tardividade, voltado às tutelas antecipatórias de urgência. Já o perigo da demora é inerente às tutelas de cautelares e ligado ao risco da infrutuosidade, de natureza conservativa, que visam à preservação do bem da vida vindicado.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do cerne do presente estudo.

2. DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Apesar das inúmeras alterações trazidas pelo sistema unificado, a novidadeira formatação do Novo Código de Processo Civil parece que não trouxe grandes questionamentos quanto às cautelares, especificamente. Doutra banda, já em relação às inovações trazidas relativas à tutela antecipada de cunho satisfativo, requerida em caráter antecedente, o novo código tem se mostrado um terreno fértil para debates e dúvidas dos amantes do Direito.

Pois bem. Traz o art. 303 que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela

³ MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”, além da indicação do valor da causa⁴.

Logicamente, e nos termos do § 5º do art. 303, será necessária a indicação de que o autor pretende valer-se do instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente — de forma a permitir que o magistrado identifique o instituto utilizado e pretendido pelo autor.

Em tais pontos, o dispositivo relembra as orientações do CPC/73 relativas à petição inicial das medidas cautelares⁵ — a matéria, especificamente, parece indene de maiores polêmicas.

Seguindo a sistemática da tutela antecipada antecedente, a nova estrutura processual traz diferentes orientações que deverão ser seguidas pelo autor, a depender da decisão liminar:

(i) caso a liminar não seja concedida, o juízo determinará a emenda inicial no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC/15) — da decisão cabe recurso de agravo; doutra banda,

(ii) caso o magistrado conceda tutela antecipada requerida — entendendo estarem preenchidos os requisitos autorizadores da concessão, os já mencionados *fumus boni iuris* e *periculum in mora* — o autor deverá, no prazo de quinze dias, ou outro prazo que o juiz fixar, aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final (art. 303, I, CPC/15), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, CPC/15).

⁴ Achou por bem, o legislador, orientar a respeito do valor da causa em parágrafo apartado (art. 303, § 4º).

⁵ Art. 801 - Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

I - a autoridade judiciária, a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

III - a lide e seu fundamento;

IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;

V - as provas que serão produzidas.

Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.

Concedida a liminar, o réu é citado e intimado para audiência de conciliação, nos moldes do NCPC. Não havendo acordo ou não sendo o caso da audiência, é aberto o prazo para contestação.

Doutra banda, caso o réu não interponha recurso contra a decisão que concedeu liminarmente a tutela antecipada antecedente, a decisão se torna estável. Nasce, assim, a figura da estabilização da tutela antecipada.

É a partir desse ponto que a sucessão de dúvidas, imbróglis e controvérsias começam a surgir, conforme passará a ser minuciosamente analisado.

2.1 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Cabe o registro inicial, quanto ao ponto, que a estabilização da tutela antecipada encontra sua origem no direito francês que, em seu art. 484, dispõe a respeito de um sistema denominado *donnance de référé* — algo que poderia ser traduzido como ‘jurisdição sumária’.

Em análise perfunctória — limitando o estudo às características gerais do instituto sem adentrar ao funcionamento processual do sistema francês — tem-se que o *référé* visa à estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou paralisação de um abuso e acontece em um procedimento sumário que será julgado perante um juízo que não é, necessariamente, o condutor do processo principal — e nem precisa que exista uma ação em curso para a sua concessão.

Humberto Theodoro Júnior⁶ relembra que “o procedimento [do *référé*] se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a decisão é desprovida de autoridade de coisa julgada”.

A Itália adaptou o modelo francês e criou, em 2003, uma sistemática processual, aplicável apenas aos processos societários (*provvedimenti d’urgenza con strumentalità attenuata*⁷), que se assemelham com a do *référé* francês. A sistemática italiana estabelece, assim como no sistema francês, autonomia da decisão que antecipa os efeitos da tutela, permitindo que a ação principal seja aviada em prazo posterior (30

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT. Vol. 157, 2008. p. 137.

⁷ Nos termos do art. 669-octies do *Codice di Procedura Civile*.

dias). No molde italiano, contudo, a decisão só poderia ser modificada a pedido das partes e se houvesse mudança nas circunstâncias.⁸

Prosseguindo o estudo, o legislador brasileiro optou por não dar a autonomia processual tal como ocorre na França e na Itália e condicionou a estabilidade da decisão que concede a tutela antecipada à não interposição de recurso: “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo **recurso**” (*caput* do art. 304⁹), o que acarretará a extinção do processo (nos termos do art. 304, §1º).

A letra da lei fala em recurso. É dizer: se for apresentada contestação, a decisão, ainda assim, estará estável.

A norma, tal como está, — que admite apenas o recurso como forma de obstar a estabilização da decisão, deixando de lado outras espécies de impugnação — é objeto de crítica por inúmeros doutrinadores.

Foram vários os apontamentos relacionados à omissão legislativa, em especial a que se relaciona com a natureza da decisão estabilizada, que não foi mencionada pelo legislador (nos termos do já mencionado art. 304, §1º): se terminativa (sem resolução do mérito) ou definitiva (com resolução do mérito) e que, muito embora não sejam objeto do presente estudo, merece o devido registro.

O Novo Código de Processo, que otimizou e tanto acelerou a sistemática processual brasileira, falou menos do que deveria ou, pelo menos, é o que parte da doutrina sustenta, visto que a interpretação literal ofenderia a lógica e o bom-senso: a regra impõe que o processo seja extinto, unicamente, pela falta de recurso, levando à conclusão de que, num mesmo processo, a cognição precária deve prevalecer em relação à cognição verticalizada, exauriente, própria dos juízos ordinários.

Dito de outro modo, tal como está redigido o art. 304 do NCPC, exige que a parte ré recorra da decisão de cognição sumária para impedir a estabilização da decisão para, somente então, ter direito à cognição exauriente — o que, segundo converge grande parte da doutrina, não parece ser condizente com a sistemática, fugindo da finalidade, racionalidade e, quiçá, da constitucionalidade do novel *Codex*.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. *Revista de Processo*. Ano 30. n. 121. Março de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

⁹ Sempre que não houver referência legislativa específica, os artigos citados referem-se ao Novo Código de Processo Civil, Lei 13105, de 16 de março de 2015.

Jorge Amaury Maia Nunes, sustenta que soa rigorosamente absurdo entender que um procedimento sumário (e é natural a criação de procedimentos sumários) seja concebido de sorte a permitir a sua extinção, mesmo ante a oferta de contestação, pelo simples fato de não haver sido tirado recurso de uma decisão de natureza precária. Confira-se:

Aduza-se, em favor de nosso entendimento, o fato de que a necessidade de contestar somente ocorrerá se frustrada a autocomposição e após o aditamento ofertado pelo autor (até porque, não ofertado o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito, com cessação da eficácia da tutela antecipada que foi concedida), **situação em que, pela lógica, terá ocorrido a ordinarização do procedimento, a sugerir a necessidade de realização de cognição exauriente.** Na prática, imagine-se que um réu saiba que seu agravo não será provido ou até mesmo concorde que a pretensão do autor é mesmo verossímil — visto que os pressupostos para a concessão da tutela provisória não são, necessariamente, os mesmos pressupostos da procedência do pedido e que o réu possa, por exemplo, precisar de uma perícia mais complexa para revelar uma verdade contra-intuitiva — mas se vê obrigado a se irressignar contra os pressupostos da tutela provisória, tendo que interpor o recurso apenas para afastar a estabilização.

Sustenta, ainda, que a lei não pode modificar o sentido de algo existente no mundo fático — ‘uma mesa não pode virar cadeira porque a lei quer’. A literalidade da norma, tal como está, cria a impugnação de uma inicial por meio de um agravo de instrumento.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁰ posicionam-se também no sentido de que a manifestação do réu, em primeiro grau de jurisdição, serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização da decisão, *in verbis*:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo — ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.

Daniel Amorim Assumpção Neves corrobora tal posicionamento e sustenta que a própria lógica do sistema, a própria razão de ser da estabilização da decisão é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Além da disso, o doutrinador entende que o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos o que iria de encontro com a interpretação literal do art. 304¹¹.

Há, porém, quem adote um posicionamento mais legal, à lítera, como é o caso de Alexandre Freitas Câmara, ao considerar que o mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização¹². Elpídio Donizetti segue a mesma linha e sustenta que cabe aos juízes atender à vontade da lei. O excesso de garantismo com criação de possibilidades, caminhos e faculdades não previstos na lei atenta contra a celeridade por todos almejada, constitui manifesto atentado à segurança jurídica¹³.

Lúcio Delfino e Diego Crevelin de Sousa trazem o contraponto e são enfáticos em afirmar que se a lei condiciona a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada à não interposição do respectivo recurso, não pode o intérprete, que não dispõe de licença criativa, avançar para recomendar, como caminho viável, a prática de quaisquer outros atos pelo réu que traduzam a sua vontade de dar sequência ao procedimento e obter tutela jurisdicional de mérito.

Apontam, ainda, que ignorar a nitidez do disposto no art. 304 seria fingir-se de cego. Nesse mesmo sentido Igor Raatz sintetiza em três razões para não se admitir que qualquer resposta do réu seja meio idôneo para impugnar a estabilização, são elas: (i) os limites semânticos do texto normativo; (ii) a diminuição (e até inutilidade) da

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 214.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 150.

¹³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Processo Civil Comentado*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 575.

estabilização em virtude de eventual ampliação interpretativa; e, por fim (iii) que o objetivo da norma seria a jurisdição sumária, sem finalidade cognitiva. A abordagem merece destaque, *in verbis*:

Três razões nos levam a não concordar com esse entendimento. A primeira, diz respeito à necessidade de que sejam **respeitados os limites semânticos do texto normativo**. O legislador não modificou o significado da palavra recurso, razão pela qual nem a doutrina, nem o órgão jurisdicional tem a liberdade para substituir a palavra recurso por qualquer manifestação do réu tendente a dar prosseguimento ao processo. Ora, texto e a norma não são cindíveis (embora exista entre eles uma diferença ontológica), razão pela qual não se pode considerar correta uma interpretação que extrapole os limites semânticos do texto. A segunda, é que **esse entendimento transforma a estabilização numa figura tão excepcional que ela acabaria deixando de existir**, até por razões práticas: como, no final das contas, somente em caso de revelia haveria a estabilização (pois qualquer atitude do réu impediria esse fenômeno) o autor nunca teria interesse na estabilização, pois diante da revelia do réu inevitavelmente teria preferência pela decisão fundada em cognição exauriente com aptidão para ser coberta pela coisa julgada. A terceira, está no contra sensu da proposta: se **a tônica é a jurisdição sem finalidade cognitiva**, com a prevalência da tutela sumária, os mecanismos tendentes a impedir a estabilização devem ser os mais restritos possíveis, sob pena de nunca nos desvencilharmos da ordinariedade.¹⁴

Essa parte positivista da doutrina entende que o art. 304 não pode ser objeto de interpretação e acreditam que a solução legislativa não é de todo despropositada: “se o recurso é meio interno de impugnação de decisão judicial e é razoável supor que só se obsta a estabilização de tutela antecipada antecedente da qual se discorda, mostra-se plenamente compreensível a escolha do legislador de atar a contenção da estabilização à interposição do recurso de agravo”¹⁵ — concluindo, então, que a intenção do legislador era evidentemente nítida.

¹⁴ DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal. Acesso em mar 2019.

Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-nao-estabilizacao-da-tutela-antecipada-ajuste-no-conceito-de-recurso-ou-surgimento-de-um-novo-efeito-recursal> Acesso em mar 2019.

¹⁵ DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal. Acesso em mar 2019.

Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-nao-estabilizacao-da-tutela-antecipada-ajuste-no-conceito-de-recurso-ou-surgimento-de-um-novo-efeito-recursal> Acesso em mar 2019.

A par da divisão doutrinária a respeito do thema, aguardava-se com entusiasmo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a fim de saber se seria o caso de prevalecer a diretiva gramatical de interpretação ou se seria o caso de interpretação extensiva do dispositivo legal (interpretação sistemática e/ou teleológica).

3. INTERPRETAÇÃO AMPLIADA DO ART. 304 NO ENTENDIMENTO DO STJ – O CASE

O Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, no julgamento do REsp 1.760.966/SP¹⁶, entendeu que **qualquer tipo de impugnação** à decisão que concede tutela antecipada é meio hábil para impedir a ocorrência do fenômeno estabilizatório do art. 304 do NCPC. Naquele caso, alçado o especial à Corte Superior e passando à análise da negativa de vigência dos arts. 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil, o ilustre relator entendeu que qualquer meio de impugnação seria suficiente para obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Quanto ao ponto, iniciou suas considerações analisando o instituto do *référé* do Direito francês — outrora já mencionado —, na medida em que foi referência para a figura da estabilização da decisão no direito brasileiro. Lá, segundo a análise do Ministro Relator, o instituto é aplicável em situações em que as partes teriam se contentado com a tutela antecipada, não havendo necessidade de se prosseguir com o processo até a decisão final (sentença). Confira-se o excerto, *ad litteram*:

Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial (*omissis*)

A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor nem o réu

¹⁶ STJ, REsp 1.760.966/SP, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 04/12/2018. Acesso em fev 2019. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87842082&num_registro=201801452716&data=20181207&tipo=51&formato=PDF

tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queriam uma decisão de cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

O relator, em seguida, afirma que a leitura do dispositivo deve ocorrer utilizando como base na interpretação “sistemática e teleológica” e, por isso, a estabilização deveria ocorrer somente se não houvesse qualquer tipo de impugnação, *in verbis*:

O referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Assevera que admitir apenas os recursos como forma de obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente estimularia a interposição de agravos de instrumento, e de ações autônomas (art. 304, § 2º), sobrecarregando os Tribunais.

Aponta ao final, doutrinadores que comungam do mesmo posicionamento. Destaca-se, aqui, posicionamento trazido de Daniel Amorim Assumpção Neves que sustenta, de forma ampla, que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu seria suficiente para afastar a estabilização prevista no art. 304. Na mesma linha de entendimento, a colenda Corte ressaltou Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira nos seguintes termos, *in verbis*:

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada" (Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente,

Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12^a ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 690).

Conforme se extrai do posicionamento, a Corte Superior não chegou a invocar expressamente a interpretação extensiva, aplicando a interpretação sistemática e teleológica, sem aprofundar a respeito do que seria cada uma delas.

Mostra-se, portanto, imperiosa a análise do sistema hermenêutico aplicado ao caso, bem como a análise do projeto do Novo Código de Processo Civil.

Posteriormente, em recente julgado, e em decisão antagônica, o STJ entendeu que apenas o agravo de instrumento seria capaz de impedir a estabilização da decisão (a votação foi acirrada: 3 (três) votos a 2 (dois)).

Naquela oportunidade, o voto-vencedor, proferido pelo Ministro Sergio Kukina, entendeu que “a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional”.

4. LEGALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir do texto do art. 304 e do entendimento aplicado pela Corte Superior, indaga-se se há espaço hermenêutico para a interpretação extensiva, tal como ocorreu.

Inafastável, portanto, analisar, com base nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e nas regras de hermenêutica, a validade da interpretação aplicada pelo STJ: qual seria a finalidade do texto legal? O legislador de 2015 quis ser mais garantista ao trazer a expressão “recurso”? Quais seriam os limites da interpretação extensiva a ser aplicada pela Corte Superior?

É diante de tais hesitações, sejam elas de ordem sintática, semântica ou pragmática, é que o Superior Tribunal de Justiça passou a ter a função de manter íntegro o ordenamento jurídico por meio da interpretação das leis. A hermenêutica jurídica surge, assim, como forma de compreender as normas e obter soluções para os conflitos que surgem, aplicando métodos para a decifrar o texto legal.

Diante das incertezas e inseguranças, não há outro caminho que não seja o estudo a respeito [do acerto] da técnica, dos métodos hermenêuticos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e da constitucionalidade da interpretação aplicada.

Pois bem. É cediço que a função da hermenêutica jurídica é a de fixar o sentido e o alcance da norma, porquanto os destinatários devem saber e conhecer os fins para os quais a norma foi preceituada.¹⁷ Assim, utilizando-se do círculo hermenêutico, o jurista coteja elementos textuais e extratextuais para chegar a uma compreensão final: ‘o texto é portador de um significado que é o texto, e não o seu autor’.¹⁸

Hans-Gregor Gadamer, uma das maiores referências da exegese, esclarece que a compreensão hermenêutica não deve partir de uma opinião prévia, mas de opiniões quanto à sua origem e validade. Merece destaque:

La comprensión sólo alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias. Por eso es importante que el intérprete no se dirija hacia los textos directamente, desde las opiniones previas que le subyacen, sino que examine tales opiniones en cuanto a su legitimación, esto es, en cuanto a su origen y validez. (...)

Frente a todo texto nuestra tarea es no introducir directa y acriticamente nuestros propios hábitos lingüísticos (...). Por el contrario, reconocemos como tarea nuestra el ganar la comprensión del texto sólo desde el hábito lingüístico de su tiempo o de su autor.¹⁹

Os fenômenos interpretativos exigem da hermenêutica jurídica mecanismos capazes de solucionar situações não imaginadas pelo legislador. Os métodos de

17 MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

18 Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho: Não há exegese sem um portador de significado (teneur), que é o texto e não o seu autor e, muito menos, aquele que o interpreta; se não existe um significado objetivo, então o texto não tem nada a dizer sobre qualquer coisa, liberando-se os seus ‘intérpretes’ para manipulá-lo e reduzindo-se a atividade hermenêutica a um relativismo banalizador; ‘entre a intenção do autor e o propósito do intérprete, exteste a intenção do texto. MARTIRES COELHO, Inocêncio. *Da hermêutica filosófica à hermenêutica jurídica / Fragmentos*. Ed. Saraiva. 3ª Ed. p 434.

19 Tradução livre: A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (...) Face a qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta ou acriticamente, nossos próprios hábitos lingüísticos. Pelo contrário, reconhecemos como nossa tarefa o alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor. E

em GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 12 edição, 2007, p. 334.

interpretação são, portanto, regras técnicas que visam a obtenção de um resultado, qual seja, a orientação do intérprete para os problemas de decidibilidade dos conflitos.

Analisando precisamente o caso objeto da controvérsia, o Recurso Especial 760.966/SP, foi possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça invocou, de forma expressa, a interpretação “sistemática e teleológica” — mas sem, contudo, adentrar na definição do que seria tal interpretação, ou por quais motivos estaria interpretando dessa forma. Considerou, ainda, aquela Corte Superior, que o legislador disse menos do que queria, mas não mencionou estar aplicando a interpretação extensiva.

Tem-se que, seguindo a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a interpretação pode ocorrer de diversas formas. Pode ser gramatical, lógica ou sistemática quando se relaciona com os problemas das palavras dentro de um contexto ou quando se relaciona às conexões entre as expressões. A interpretação pode, ainda, ser histórica, sociológica e evolutiva, quando a celeuma estiver ligada ao significado das palavras, considerando o conjunto cultural, político e econômico. É o caso, por exemplo, de análise de precedentes normativos que vigoravam no passado e que antecederam a nova disciplina.

A interpretação teleológica e axiológica, por sua vez, relaciona-se ao método de atribuir um propósito à norma: “ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões”.

À luz da redação do art. 304, salta aos olhos que a celeuma interpretativa se relaciona à interpretação teleológica e axiológica — tal como mencionado pelo Ministro Relator — haja vista que não há qualquer indagação ligada às palavras, expressões, nem existem indagações a respeito da interpretação sob o viés histórico-evolutivo da norma.

Muito embora naquele julgado a Corte Superior não tenha adentrado na definição do que seria a interpretação teleológica, fato é que os questionamentos que contornam o art. 304 giram em torno do fim, do objetivo, do propósito que a norma pretendia servir ou tutelar.

Mas há mais a respeito das técnicas hermenêuticas que poderiam ser adotadas pela Corte Superior. Não obstante a imensa cadeia de nomenclaturas, divisões e nuances a respeito dos vários métodos e tipos dogmáticos de interpretação, mantem-se, no presente estudo, a classificação tradicional adotada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que classifica a interpretação, quanto ao alcance da norma, como (i) especificadora (declarativa); (ii) restritiva ou (iii) extensiva.²⁰

A primeira delas, interpretação especificadora é aquela em que “a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência”²¹.

A interpretação restritiva, por sua vez, é aquela que se limita ao sentido da norma jurídica, por ela ter sido muito vaga.

A interpretação extensiva, por seu turno, é aquela que amplia a norma para além do contido em sua letra — essa última foi, sem sombra de dúvidas, o instrumento utilizado pela Corte Superior para entender que não só o recurso seria capaz de obstar a estabilização os efeitos da tutela, muito embora aquela Corte não tenha mencionado, explicitamente, a tivesse aplicado.

Utilizando a melhor doutrina hermenêutica, na hipótese de divergência entre o sentido literal e o sentido genético, teleológico ou sistemático, adota-se “uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra”²². Não foi outro o caminho adotado pelo STJ.

Identificados o método interpretativo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça — a interpretação teleológica e extensiva — além de atestar a validade do método hermenêutico de interpretação jurídica utilizado — passa-se à delicada análise do acerto da interpretação aplicada pela Corte Superior à luz da intenção precípua do legislador.

²⁰ SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo Atlas, 2001.

²¹ SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 290.

²² CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, p. 279.

4.1 Do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

No comando legal do art. 304 há menção expressa a respeito do fato de que a estabilização da decisão ocorre caso não seja interposto o referido “recurso”. Merece destaque, *ipsis litteris*:

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.

Em uma primeira linha investigativa, para que se identifique qual seria a intenção do legislador, mister a análise da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, de forma a aproximar o intérprete à intenção precípua do legislador. Confira-se o excerto, *in verbis*:

No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo.

A tentativa de buscar soluções para combater o formalismo processual e o volume imoderado de ações foi, sem margem para dúvidas, a mola impulsora do legislador de 2015. O Anteprojeto deixa claro, ainda, o intuito de verem aplicados os valores constitucionais ao Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais²³ (pág. 22)

²³ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. Acesso em mar 2019. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>

Ocorre que, parte da doutrina, já mencionada, sustenta que o projeto inicial do código, Projeto de Lei n.166/2010, empregava, genericamente, o termo “impugnação”, sendo, posteriormente, modificado para “recurso” — o que reforçaria a tese de que caso fosse a intenção do legislador de que qualquer meio de impugnação fosse capaz de obstar a estabilização, ele o teria feito mantendo a expressão “impugnação”. Merece análise a redação original:

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º o pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar. § 3º na hipótese prevista no § 2o, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Da leitura do excerto acima é possível verificar que o projeto anterior continha moldes diferentes do formato que foi posteriormente aprovado. O mecanismo da estabilização, por exemplo, continha regra que excluía explicitamente a estabilização em caráter incidental. A redação, tal como estava, era incompatível com o regime das medidas incidentais e, por isso, foi necessária uma completa reformulação do instituto.

O projeto de lei chegou a ter um dispositivo relacionado à estabilização nas tutelas de urgência incidentais: “Aplicam-se à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada. Havendo contestação o processo prosseguirá”, mas o dispositivo acabou sendo rejeitado e o novo código foi aprovado permitindo a estabilização na seara da tutela incidental no formato que conhecemos atualmente.

Nas palavras de Eduardo Talamini, quando analisou a alteração o projeto inicial, o emprego da técnica de estabilização nas medidas incidentais dependia de regras específicas, compatíveis com a estrutura e a dinâmica de todo um processo. Confira-se:

Não se ignora a possibilidade de emprego da técnica da estabilização nas medidas sumárias incidentais — como acontece na Itália, por exemplo. Mas isso depende de regras específicas que definam parâmetros de estabilização compatíveis com a estrutura e dinâmica de um processo de cognição exauriente já em curso.²⁴

Teria sido o caso de aplicação de má técnica no desenvolvimento das regras e parâmetros para estabilização da decisão? A resposta só o legislador possui.

Bem a propósito, Eduardo Talamini traz a lume que a estabilização da tutela urgente não constava das linhas gerais previamente anunciadas pela comissão de juristas incumbida da elaboração do anteprojeto do novo Código, não tendo sido submetido à discussão nas audiências públicas que antecederam a apresentação do Projeto.

Analisando as considerações trazidas e o percurso legislativo do art. 304, vêm à tona que os debates a respeito da matéria foram parcos. O instituto que seria inédito no sistema processual brasileiro, a ser importado do sistema francês e do sistema italiano, merecia a minúcia e a astúcia do legislador.

Fato é que, considerando a tramitação e as modificações legislativas no projeto no novo código, não se pode concluir qual a real intenção do legislador: (i) nem que a expressão aprovada no Novo Código de Processo seria contraditória ao texto anterior (e por isso descarta-se a suposta intenção expressa de estabelecer que o recurso seria o único meio hábil para obstar a estabilização da decisão); e (ii) nem que o legislador teria falado menos do que queria — não tomando por referência o projeto de lei.

Não encontrando a pronta resposta no anteprojeto do novo código, e para encontrar resposta às indagações existentes, mostra-se imperioso retomar o estudo do

²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 30.

instituto francês e italiano para, somente então, avaliar o acerto da interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

4.2 **Análise à luz da origem — *ordonnance de référé***

Basta uma breve análise do procedimento francês do *référé* para verificar que o instituto visa a conferir um maior grau de efetividade à tutela jurisdicional, que deve ser prestado de forma célere, autônoma e independente. No sistema francês, conforme já analisado, as partes podem se contentar com a *ordonnance de référé* e não ajuizar nova demanda a fim de obter a cognição exauriente, mas sempre, em todas as hipóteses, será analisado se o direito das partes não foi contestado. Confira-se:

Sempre foi admitido que o juiz do *référé* pudesse colocar fim a uma circunstância de fato, sem que, para tanto, houvesse a necessidade de prejudicar o mérito do litígio. Concede-se uma oportunidade de intervenção do juiz do *référé* nos casos de flagrante ilegalidade, que pudessem ser conceituados como aqueles sem fundamento ou justificação legal ou aqueles que impediam o exercício de um direito evidente. **É também reconhecido ao juiz do *référé* o poder de fundamentar as *ordonnance* sobre o direito das partes, quando se tratasse de direitos evidentes e não seriamente contestado.**

Ocorre que, no que interessa ao cerne da controvérsia aqui analisada, no instituto francês, para que ocorra a estabilização da decisão, é fundamental que o Réu não se insurja contra o seu conteúdo.

É bem verdade que o sistema francês mostra procedimentos verdadeiramente diferentes do sistema vigente no Brasil.

Sem adentrar no estudo profundo do direito comparado do *référé* — que não é objeto da presente análise — é preciso verificar os contornos do instituto criado pelo sistema brasileiro para que se apure se a intenção do legislador era, de fato, conferir estabilização da decisão apenas em situações em que as partes se contentavam com a decisão de antecipação de tutela — na linha interpretativa aplicada pela Corte Superior.

Assim, da mera análise do procedimento francês, é possível constatar inúmeras diferenças entre eles. É possível, v.g., que no sistema do *référé* se dispense a

representação processual por um advogado, assemelhando-se com o que acontece nos Juizados Especiais da Lei 9.099/95 no Brasil. O sistema também se diferencia do brasileiro quando dispõe que a parte sucumbente pode ainda, por exemplo, recorrer da decisão judicial exarada pelo juiz do *référé* e, ao mesmo tempo, ajuizar nova demanda para obter a cognição exauriente. Em várias passagens é possível ver o afastamento do sistema brasileiro do sistema francês.

Cécile Chainais aponta que “o procedimento provisório do *référé* é caracterizado pela oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e pela celeridade” — características bem diferentes do sistema de estabilização vigente no Brasil.

Já se disse que a nova legislação processualista brasileira foi proposta no intuito de garantir maior efetividade e celeridade ao processo, transformando a estabilização da tutela em uma fuga do procedimento comum (longo e demorado), mesmo que tal solução seja realizada em caráter provisório, num primeiro momento.

Extraí-se que foi na tentativa de retirar do judiciário montantes exagerados de lides que se procurou propiciar uma tutela que pudesse apaziguar as situações controvertidas pois em determinados casos, sendo a tutela antecipada suficiente para ambos os polos da demanda, o processo deveria ser extinto. Confira-se:²⁵

Como forma de retirar do Judiciário o montante exagerado de lides a seres solucionadas, procurou-se compulsar os interesses discutidos, e proporcionar uma tutela que possa apaziguar as situações controversas, pois em determinados casos, conforme for a decisão tomada em caráter antecipado antecedente, **pode ser suficiente para ambos os polos do processo**, extinguindo já nesse momento o interesse em prosseguir e levar a diante o desenrolar do processo.

Diante disso, **o interesse brasileiro em estimular o não prolongamento das lides e afastar em determinadas situações o exaurimento da cognição, nos fez buscar na legislação francesa a saída a esta problemática.**

²⁵ MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, p.51-52.

Note-se que no modelo escolhido pelo legislador pátrio, a estabilização da tutela é aplicada em apenas em casos em que a parte contrária não usufrua do seu direito de contraditório e ampla defesa. Nesse viés, o manejo de agravo de instrumento, que por vezes estaria sabidamente fadado ao fracasso, seria aviado com o único fim de obstar a estabilização da decisão — soma-se a isso o fato de que não seria necessário o provimento do recurso: bastaria o mero aviamento do agravo para que se obste a estabilização da decisão.

Ora, o agravo não se presta a esse fim e nunca se teve registro que o novo código de processo civil pretendia criar uma nova figura recursal e nem mesmo um novo “efeito recursal”.

Imagine-se uma a situação em que o réu, num primeiro momento, se conformasse com a tutela antecipada concedida mas necessitasse da dilação probatória para reverter os rumos da decisão que lhe foi desfavorável. Seria imposto a esse réu a obrigatoriedade do manejo de recurso sem qualquer proveito, utilidade ou interesse — visto que o réu não teria qualquer irresignação quanto à tutela concedida ao Autor. Ora, não haveria nenhum proveito processual nessa sistemática: nem na efetividade nem em celeridade na resolução do conflito, o que contraria o próprio instituto — tanto na sua origem francesa, quanto no formato adaptado pelo legislador brasileiro.

Enquanto isso, na doutrina francesa é praticamente impossível crer em estabilização sem a participação da parte que teve uma decisão desfavorável a si — quiçá ignorar uma impugnação ofertada pelo réu.

Para aquele ordenamento, a estabilização somente será observada se a parte “derrotada” pôde dar ao magistrado um mínimo de conhecimento a respeito da sua visão da controvérsia²⁶. Daí o positivo resultado de que 80% das decisões do *référé* estabilizam-se.

Postas essas considerações, observa-se que em muito se afastou o sistema brasileiro do francês, mas fato é que a natureza do instituto, em sua própria essência, não permite que a vontade inequívoca do réu de ver o prosseguimento do feito, com o

²⁶ MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 53.

exaurimento da cognição, seja desconsiderada. Ignorar a manifestação do réu — ou outras formas de impugnação — com o intuito de obstar a estabilização da decisão seria uma evidente violação aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Bem a propósito, a violação constitucional passa ser doravante analisada.

4.3 Da interpretação conforme

Em que pese a análise teleológica da estabilização da tutela antecipada permitir a aceitação de outras formas de impugnação para estabilização da decisão, o estudo merece o mapeamento das hipóteses em que a diretiva gramatical deve ceder diante de outras diretivas institucionais, o que acarreta na necessária análise hermenêutica à luz da interpretação conforme a Constituição Federal.

A interpretação conforme, não obstante os demais instrumentos interpretativos já trazidos ao presente ensaio, é uma das mais modernas formas de hermenêutica que visa, não só a descoberta da vontade da lei, mas, ao seu enquadramento à moldura constitucional. Não é dado, aqui, ao intérprete, a discricionariedade para subverter o sentido da lei, onde a interpretação conforme a Constituição enfrenta os limites do próprio texto legal. Desse modo, se a norma for inevitavelmente incompatível com a Constituição a declaração de sua inconstitucionalidade deve ser decreta.²⁷

Corolário do processo legal o princípio do contraditório impede que o direito do litigante de se manifestar seja encurtado, diminuído ou restringido, nos termos da Carta Magna que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV da CF).

²⁷ DORNELES, Tatiana Poltosi. *O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos%20leitura&artigo_id=1528<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos%20leitura&artigo_id=1528>. Acesso em fev 2019.

Sob a proteção constitucional, deve-se ter em mente que os institutos do Novo Código de Processo Civil só podem ser considerados efetivos se abarcarem as garantias constitucionais.

Analizando sob tal ótica, é possível verificar que o atrelamento do impedimento da estabilização por meio da interposição do recurso seria desconsiderar, em absoluto, a manifestação do réu, em evidente ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Rememore-se que não há qualquer necessidade de admissibilidade ou provimento do recurso (!).

Nessa senda, desconsiderar por completo eventual impugnação, ignorando a insurgência do réu contra a decisão sumária não atenderia às garantias constitucionais mínimas. Nas palavras de Gustavo Bohrer Paim:

Uma decisão antecipatória que possua maior estabilidade e que preveja a inversão do contraditório, facultando ao sucumbente da referida decisão a propositura ou a continuidade de uma ação plenária, **não atentaria às garantias constitucionais**, tratando-se, por conseguinte, de matéria passível de ser analisada em conformidade com a conveniência de sua aplicação²⁸

É possível apurar, ainda, que afastar a impugnação ofertada, aplicando o evento estabilizador, resulta no cerceamento ao direito do réu de obter a cognição exauriente, em nítida afronta ao devido processo legal.

De todo exposto, parece certo afirmar que a inversão da iniciativa, de incumbir ao réu a insurgência contra a decisão concessiva de tutela, é válida e plenamente constitucional.²⁹ O que parece fugir da Carta Magna é a desconsideração da contestação ou outras formas de impugnação como forma de obstar a estabilização.

5. CONCLUSÃO

²⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., p. 189

²⁹ Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva: “o princípio do contraditório está igualmente preservado nos casos do chamado contraditório eventual, em que a defesa transforme-se de contestação, em causa petendi de uma ação inversa a ser facultativamente ajuizada pelo sucumbente no juízo sumário. “ SILVA, Ovídio Baptista. *O contraditório nas ações sumárias. Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2002. p. 281.

A interpretação extensiva aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, muito embora não tenha esmiuçado a matéria ou se debruçado sobre os instrumentos hermenêuticos aplicados, aplicou de forma equivocada a interpretação restritiva ao não reconhecer outras formas de impugnação como instrumentos hábeis a obstar a estabilização da tutela antecipada.

Pela arquitetura organizacional do Novo CPC não é possível extrair se era a vontade do legislador criar um novo efeito ou uma nova formatação de recurso³⁰. É possível verificar, todavia, que a estabilização da tutela foi mecanismo criado para dar celeridade e efetividade aos processos de cognição sumária. É preciso, assim, que sejam criados ‘freios para que desastres não aconteçam’.

Analísado o procedimento a partir de sua origem histórica, é possível verificar, ainda, que o instituto da estabilização jamais se sobreporia à contrariedade do réu com a decisão em ver o processo ser estabilizado. O instituto foi criado precipuamente para atender situações em que as partes se contentam com a decisão: o autor com a antecipação da tutela satisfativa e o réu sem interesse em prosseguir no litígio. Seria inimaginável no sistema francês ignorar uma impugnação (ou contestação, v. g.) e estabilizar uma decisão pelo simples do fato da parte não ter aviado o “recurso”.

Sob a ótica do direito pátrio, a manifesta vontade do réu em não ver a decisão estabilizada, seja por meio do recurso, seja por meio de outras formas de impugnação, deve ser considerado instrumento hábil a impedir a estabilização.

Ainda assim, não seria possível admitir, à luz dos princípios elencados na Carta Magna, que a estabilização pudesse ocorrer em detrimento da impugnação apresentada, sob pena de afronta direta ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 186/2005*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/73862> Acesso em 5 de mar de 2019.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência. Soluções Processuais diante do tempo da Justiça*. 2ª ed. Ed. RT 2017.p. 234.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015*. Revista de Processo, São Paulo.

DELFINO, Lúcio. CREVELIN DE SOUZA, Diego. *A (não)estabilização da tutela antecipada: ajuste no conceito de recurso ou surgimento de um novo efeito recursal*. Acesso em mar 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Processo Civil Comentado*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 12 edição, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela Jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo. Ano 30. n. 121. Março de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Alvares Ed., 1958.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MAIA NUNES, Jorge Amaury Maia. Processo e Procedimento. Portal Migalhas. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Acesso em fev 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>

MALINOVSKI, Andrey. *A estabilização da Tutela antecipada antecedente e o comparativo com o référé francês*. 2017. Monografia -Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

MARINONI. Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência. Soluções Processuais diante do tempo da Justiça*. 2ª ed. Ed. RT 2017.

MARTIRES COELHO, Inocêncio. *Da hermêutica filosófica à hermenêutica jurídica / Fragmentos*. Ed. Saraiva. 3ª Ed.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RAATZ, Igor. *Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro*. Livraria do Advogado. 2018.

SAMPAIO JR., Tercio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação.*** 3 ed. São Paulo Atlas, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil* v.2. Processo Cautelar (tutelas de urgência) 4.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro.* Revista de Processo, São Paulo, a. 37, v. 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.* Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT. Vol. 157, mar. 2008.

VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale.* 3. ed. Paris: LexisNexis, 2012

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. ***Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória).*** 16.ed. 2.v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.