XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO CIVIL

VALTER MOURA DO CARMO

ROGERIO MOLLICA

GERMANO CAMPOS SILVA CAMPOS SILVA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963
Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Valter Moura do Carmo
Rogerio Mollica
Germano Campos Silva Campos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-819-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO CIVIL

Apresentação

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Processo Civil durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO em junho de 2019, sob o tema geral: "Constitucionalismos crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo", guardam entre si uma importante relação de multidisciplinaridade na análise dos importante impactos do Código de Processo Civil de 2.015 no Judiciário e nos operadores do Direito.

As discussões no interior do grupo são fruto de uma continuidade positiva, considerando os temas e a profundidade observados, sendo analisados trabalhos de temas bastante abrangentes, com destaque para a Teoria dos Precedentes trazida pelo novo CPC e no ativismo judicial na análise das inovações trazidas pelo novo ordenamento processual civil.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do texto "A resolução parcial de mérito nas causas envolvendo os Entes Públicos e a diminuição do tempo no processo" com a análise dessa "novidade" do Novo Código e dos problemas atinentes aos entes Públicos, como a realização da Remessa Necessária. Tivemos a apresentação ainda do texto sobre "A estabilização da Tutela antecipada e a interpretação restritiva do art. 304 do Novo Código de Processo Civil", com uma crítica ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que outras formas de impugnação, que não o agravo de instrumento, seriam suficientes para evitar a estabilização da tutela. Outra inovação do Código de Processo Civil de 2.015, os Negócios Jurídicos Processuais, foram objeto de dois artigos: "Negócios Jurídicos Processuais: entre a ideologia do consenso e a cultura do contraditório" e "A gestão democrática de processos como forma de aplicação do negócio jurídico processual nos procedimentos de insolvência empresarial".

O Código procurou dar grande importância aos Precedentes como forma de agilizar o processamento dos feitos e proporcionar uniformidade nos julgamentos. Dada a relevância do tema, tivemos a apresentação dos seguintes artigos em relação a Teoria dos Precedentes trazida pelo Novo Ordenamento Processual Civil: "Breves Notas sobre o sistema de Precedentes Brasileiro através do Estudo da Súmula 610 do Superior Tribunal de Justiça", "O incidente de demandas repetitivas e suas implicações: sistema de causa-piloto ou procedimento-modelo?", "Os meios de aplicação do Precedente Judicial nos moldes do CPC /2015". Tivemos ainda a apresentação de trabalho sobre o importante tema da aplicação dos

precedentes nas arbitragens, intitulado: “A (não) vinculação dos Precedentes às decisões proferidas em sede de Arbitragem sob a ótica do Novo Código de Processo Civil”.

O tema mais controverso do Novo Código de Processo Civil, que é a taxatividade ou não das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, previstas no artigo 1.015, como não poderia deixar de ser, foi objeto de dois textos: “Deixem o Agravo de Instrumento em paz” e “O problema das decisões interlocutórias e a cláusula aberta da taxatividade mitigada; uma análise doutrinária e jurisprudencial”. Nos referidos textos temos uma crítica ao ativismo judicial e à decisão do Superior Tribunal de Justiça, que alargou a possibilidade de interposição de agravos de instrumento, gerando muita insegurança nos operadores do direito.

Tivemos ainda a apresentação de artigos sobre temas de muito relevo como “Do cabimento, admissibilidade processamento do recurso de agravo previsto no artigo 1.042 do Código de Processo Civil de 2.015”, “Frade à Execução e a (im)prescindibilidade de averbação na matrícula imobiliária como requisito para a sua configuração” e “Os juizados Especiais de família como forma de acesso à Justiça: criação, competência e conciliação”.

Na sequência tivemos apresentação sobre a necessidade da real fundamentação das decisões judiciais com o texto “Democracia e Processualidade: a (in)efetividade empírica do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015”. Ocorreu, ainda, a apresentação sobre o interessante artigo “Do cabimento da ação rescisória em hipótese de suspeição de magistrado descoberta após o trânsito em julgado da sentença”. No artigo temos a defesa quanto ao cabimento da Ação Rescisória também em caso de suspeição do juiz, eis que o CPC somente prevê o cabimento nos casos de juiz impedido ou absolutamente incompetente (art. 966, II).

Por fim, tivemos a apresentação de artigo sobre outros aspectos importantes do Processo Civil, como: “O direito fundamental ao Juiz Natural”, “O princípio da isonomia e seus reflexos no Direito Processual Civil”, A teoria da prova aplicada à nanotecnologia”, “A judicialização da saúde: análise da jurisprudência do TJMG sobre plano de saúde e convênio NATS” e “A coisa Julgada parcial inconstitucional na proposta do Estado Constitucional Brasileiro”.

Aos nossos leitores, desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

Com os mais sinceros abraços.

Goiânia/GO, junho de 2019.

Prof. Dr. Germano Campos Silva – PUC/GO e UNIEVANGELICA

Prof. Dr. Rogerio Mollica – UNIMAR

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 304 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

STABILIZATION OF INTERLOCUTORY RELIEF AND RESTRICTIVE INTERPRETATION OF ARTICLE 304 OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Felipe Galego [1]
Silverio De Oliveira Candido [2]

Resumo

O presente artigo tem como temática a estabilização da tutela antecipada, instituto previsto no art. 304 do Novo Código de Processo Civil, e, como problema, as várias interpretações encontradas na doutrina sobre a palavra recurso, presente no referido dispositivo legal. O trabalho objetiva, após traçar as acepções do termo recurso, estudar qual interpretação deverá ser adotada pelos órgãos jurisdicionais e, como hipótese principal, ao final confirmada, a tese de que a interpretação restritiva é a adequada. Adotou-se como marco teórico a Teoria neoinstitucionalista do processo. A pesquisa é de natureza bibliográfica e se utiliza da metodologia de base hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Código de processo civil de 2015, Estabilização da tutela antecipada, Interpretação do vocábulo recurso, Teoria neoinstitucionlista do processo

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses stabilization of interlocutory relief set out in Article 304 of the New Code of Civil Procedure, and the issue arising from the various interpretations of the word appeal found in the doctrine that appears in the referred legal provision. This paper aims to study which interpretation should be adopted by the courts, after outlining the meanings of the word appeal, and as a main hypothesis, the thesis of restrictive interpretation that is finally confirmed as appropriate. As theoretical frame, we adopted the neo-institutional theory of procedures. The research is based on bibliography and uses the hypothetical-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Code of civil procedure of 2015, Stabilization of interlocutory relief, Interpretation of the word appeal, Neo-institutional theory

[1] Mestrando do PPGD da Universidade Fumec. Especialista em Direito Processual Civil. Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e professor universitário.

[2] Mestrando do PPGD da Universidade Fumec. Advogado, Procurador Geral da Câmara Municipal de Contagem-MG e professor universitário.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 17 de março de 2016, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Novo Código de Processo Civil - Novo CPC (BRASIL, 2015).

Entre as inúmeras alterações e novidades trazidas pela nova legislação ao Direito Processual Civil destaca-se a completa reformulação do instituto das tutelas provisórias.

O Novo Código de Processo Civil dividiu a tutela provisória em duas espécies: tutela de urgência e tutela de evidência (art. 294, *caput*) (BRASIL, 2015). A tutela da evidência foi regulada no art. 311 (BRASIL, 2015) e a de urgência, de natureza cautelar e antecipada, nos arts. 300 a 310(BRASIL, 2015). O novel diploma processual também inovou na possibilidade das tutelas provisórias serem requeridas em dois momentos processuais diferentes, denominados antecedente e incidental.

A tutela provisória assumirá caráter incidental quando pleiteada, mediante petição simples, no bojo de um processo de conhecimento ou execução que já estiverem em curso. Também será incidental, a tutela provisória requerida na petição inicial, juntamente com o pedido principal.

Na hipótese da urgência anteceder a ação principal (ou o pedido principal), o novo CPC prevê a possibilidade de requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente, criando, para tanto, dois procedimentos próprios: o procedimento antecedente para a tutela antecipada (arts. 303 e 304) (BRASIL, 2015) e o procedimento antecedente para a tutela cautelar (arts. 305 a 310) (BRASIL, 2015).

No procedimento previsto para a tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador criou, no art. 304 (BRASIL, 2015), a possibilidade de estabilização da medida eventualmente concedida e a consequente extinção do feito, na hipótese de não interposição de recurso em face da respectiva decisão[1].

O sentido que deve ser atribuído ao vocábulo recurso, *previsto* no caput do art. 304[2] do Novo CPC (BRASIL, 2015), tem sido objeto de importante divergência entre estudiosos

[1] O Novo Código de Processo Civil ao prever a estabilização da tutela antecipada antecedente rompe com o paradigma adotado na ordem então vigente de que uma decisão baseada em cognição sumária necessariamente deve ser substituída por outra decisão que tenha por fundamento uma cognição exauriente, motivo pelo qual o processo deve seguir até esse final" (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 63.

[2] 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.

do Direito Processual. Existem vozes que defendem que "recurso" deve ser entendido como recurso *strictu senso*, ou seja, meio processual através do qual a parte pode obter o reexame e eventual reforma de uma decisão judicial (CÂMARA, 2016, p. 165). Outras, porém, afirmam que recurso deve ter interpretação ampla, devendo ser entendido como qualquer meio de impugnação da decisão provisória (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p 608).

Outros autores vão ainda mais além ao consignarem a possibilidade de entendimento de que qualquer modo de demonstração de insatisfação com os termos da tutela provisória seria suficiente para evitar a estabilização. (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 75).

Portanto, a justificativa deste trabalho consiste na necessidade de analisar qual é a correta interpretação do vocábulo "recurso", presente no *caput* do art. 304 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Para tanto, foi realizado um breve estudo sobre os referenciais teóricos que norteiam a Teoria neoinstitucionalista do processo[3], de autoria de Rosemiro Pereira Leal.

Num segundo momento foi feita uma análise sobre os contornos legais da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, com breve exame sobre os dispositivos do Novo CPC (BRASIL, 2015) que tratam do instituto.

Na terceira e última parte deste artigo foram apresentadas as acepções possíveis da palavra recurso e qual seria a mais adequada interpretação do *caput* do at. 304 do CPC (BRASIL, 2015), a partir das bases teóricas difundidas pela teoria neoinstitucionalista do processo.

A pesquisa é de cunho bibliográfico, com metodologia de base hipotético-dedutiva. As fontes bibliográficas consultadas foram textos teórico-científicos sobre o tema.

2 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Os estudos sobre o direito processual receberam importante inovação teórica no ano de 1999 com a publicação da obra "*Teoria geral do processo:primeiros estudos"* de autoria de Rosemiro Pereira Leal, que já conta hoje com mais de uma dezena de edições[4]. Na

[3] Para maior aprofundamento sobre a teoria, indica-se a leitura da obra: LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo:* uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

[4] A mais recente é a 14ª edição, lançada pela Editora Fórum, no ano de 2016. Para este trabalho foi consultada a 8ª edição, assim referenciada: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 8 ed.,rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009

referida obra foi apresentada à comunidade jurídica a denominada *teoria neoinstitucionalista do processo*, que segundo Dourado de Andrade, "[...] oferta novo campo de demarcação teórica para a construção do direito democrático" (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 121).

Em outra obra posteriormente escrita pelo professor, especialmente para tratar sobre sua teoria, Rosemiro Pereira Leal elucida que

> A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a mísera do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico (falseabilidade).(LEAL, 2013, p.1).

A teoria apresenta nova definição de processo, sem qualquer relação com as teorias até então existentes. Conforme o seu criador,

> [...] a teoria neoinstitucionalista do processo nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflito numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a auto inclusão de todos nos direitos fundamentais.(LEAL, 2009, p.88).

A partir de sua teoria neoinstitucionalista do processo, Rosemiro Pereira Leal define processo como

> [...] instituição jurídica constitucionalizada que se define pela conjunção dos princípios do contraditório, da ampla defesa, e isonomia, para assegurar a criação, o exercício e o reconhecimentos de direitos pela estrutura dos institutos procedimentais também criados em lei. (LEAL, 2009, p.272).

E, além disso, assevera ainda que:

> O processo, nessa perspectiva, é a instituição jurídico-linguística fiscalizatória de todo o sistema procedimental institucionalizado que, movimentada pelos legitimados processuais (toda a comunidade jurídica), confere efetividade à teologia da estabilidade processualmente institucionalizada nos níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos. (LEAL, 2013, p. 4).

Também afirma que o processo é garantia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais do contraditório, isonomia e ampla defesa na construção da estrutura do procedimento (LEAL, 2009, p.288).

Importante consignar, conforme preocupação do próprio autor da teoria, que a palavra instituição não tem aqui o sentido que lhe foi atribuído por Hauriou ou Guasp ou qualquer outro sentido que lhe possam dar cientistas sociais ou econômicos, vez que não a utiliza como "bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou economia", mas sim como

> [...]acepção de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional, por via de procedimentos estabelecidos em modelos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2009, p.86).

Apesar da proximidade da teoria neoinstitucionalista do processo com a teoria constitucionalista do processo ou simplesmente modelo constitucional do processo[5], existem entre elas importantes diferenças, que o próprio autor da primeira fez questão de destacar. Assim, afirma que:

> O que distingue a teoria neoinstitucionalista do processo, que sustentamos, da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo) é a proposta de uma teoria da constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito de ação, coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (LEAL, 2009, p.86).

O principal efeito de um processo constitucional democratizado, que observa os fundamentos preconizados pela teoria neoinstitucionalista é a produção de uma decisão altamente legitimada, resultado do confronto de argumentos e de provas, num procedimento caracterizado pela observância do devido processo legal e pelo exercício, em simétrica paridade, da ampla defesa e contraditório.

Por fim, em razão da densidade, complexidade e profundidade dos elementos e do conteúdo científico da teoria neoinstitucionalista, pode-se afirmar que ela se trata muito mais do que uma teoria dedicada exclusivamente ao Direito Processual, mas a toda ciência do Direito (BRETAS, 2015, p.119).

[5] Teoria que, segundo Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, "*toma por base a idéia primeira de supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de direito"* (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2015.

3 SISTEMATIZAÇÃO LEGAL DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

No novel diploma processual, o legislador inovou ao criar um procedimento autônomo de cognição sumária que possibilita a concessão de tutela de urgência "antecipada requerida em caráter antecedente". Assim estabelece o art. 303 no Novo Código de Processo Civil:

> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela 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.(BRASIL, 2015)

Essa opção do legislador teve como principal objetivo possibilitar a introdução do instituto da estabilização da tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro. E assim o fez no art. 304 do Código Processual:

> 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.(BRASIL, 2015)

Registre-se que essa novidade no Novo CPC sofreu críticas por parte da doutrina. Eduardo Talamini asseverou que:

> A estabilização da tutela urgente implica a reunião de institutos e técnicas que têm finalidades distintas. Pretende-se conjugar a função de afastar perigo de danos (tutela urgente) com a função de propiciar a rapidamente resultados práticos em caso de inércia do réu (tutela monitória). O risco daí advindo é o de enfraquecimento da tutela antecipada antecedente como mecanismo de tutela urgente, ao se lhe acoplar a técnica monitória.(TALAMINI, 2015, p.141)

É de se reconhecer, contudo, que grande parte dos autores aplaudiu a inovação, entendendo que a possibilidade de estabilização foi um grande avanço na nova legislação. Foi o caso de Dierle Nunes e Érico Andrade que afirmaram que

> O novo CPC trilhou enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada. Assim, o CPC-2015, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, passou a admitir a estabilização e sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a

> regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente. (NUNES; ANDRADE, 2015, p.74)

3.1 Requisitos legais para estabilização da tutela antecipada

Concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos, se for o caso, e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 301, § 1º, inc. I) (BRASIL, 2015).

O aditamento da petição ocorrerá nos mesmos autos, sem a necessidade de pagamento ou complementação de custas processuais (art. 301, § 3º). Se o autor deixar de realizar o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 301, § 2º) (BRASIL, 2015).

Efetivado o aditamento, se a demanda envolver direito que admite transação, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 301, § 1º, II) (BRASIL, 2015) e, não havendo acordo, começará a fluir o prazo para contestação (art. 301, § 1º, III) (BRASIL, 2015).

Caso o juiz não verifique a presença dos elementos necessários para a concessão da antecipação de tutela, indeferirá a medida de urgência e intimará o autor para que emende a petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de seu indeferimento, com conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito (art. 301, § 6º) (BRASIL, 2015).

Concedida a tutela em caráter antecedente, será cientificado o réu dessa decisão. Caso o réu apresente recurso contra a tal decisão, e desde que aditada a inicial pelo autor, o processo prosseguirá. Caso contrário, ou seja, se não for interposto recurso, a tutela antecipada estabilizará (art. 304, *caput*) (BRASIL, 2015), e o processo será extinto (§1º do art. 304) (BRASIL, 2015).

As breves linhas acima consignadas, que fazem uma rápida descrição legal da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a possibilidade de sua estabilização, são suficientes para uma razoável compreensão de sua sistemática.

As dúvidas e divergências procedimentais sobre o instituto são inúmeras. Muito se discute, por exemplo, sobre a natureza da "extinção do processo" prevista no §1º do art. 304 (BRASIL, 2015); sobre a distribuição dos ônus sucumbenciais no caso dessa extinção; sobre qual deverá ser o destino do processo: extinção com estabilização ou prosseguimento, se

mesmo diante da ausência de recurso o autor aditar petição inicial demonstrando efetivo interesse no julgamento do mérito; e até mesmo da possibilidade de, a despeito de ausência de previsão legal, operar-se a estabilidade em tutelas antecipadas concedidas incidentalmente bem como nas outras espécies de tutelas provisórias

Contudo, o que se propõe discutir é apenas o estudo da correta interpretação do vocábulo recurso contido, no art. 304 do Novo CPC (BRASIL, 2015), sendo que os problemas expostos acima poderão ser objeto de pesquisa em futuros trabalhos.

4 AS ACEPÇÕES DO VOCÁBULO RECURSO

Etimologicamente falando, a palavra recurso originou-se do latim *recursus* e designa ato de alguém voltar para o lugar onde saiu (JORGE, 2015, p. 37) ou pode também representar a idéia de repetição de um caminho já utilizado. (NERY JUNIOR, 2014, p. 204).

Ovídio Araújo Baptista da Silva ressalta que o vocábulo tem sua origem no verbo *recursare* que segundo ele, em latim, significa correr para trás ou para o lugar de onde se veio. (SILVA, 1991).

No nosso idioma pátrio, o significado da palavra recurso está relacionada a sinônimo de auxílio, ajuda, meio para resolver um problema, remédio e até mesmo de fundo ou reserva pecuniária (FERREIRA, 1993, 466).

Bernardo Pimentel Souza assevera que podem ser múltiplas as acepções do termo recurso em nosso idioma. Segundo o referido professor, “ele pode ser empregado como sinônimo de dinheiro, numerário, pecúnia. Também pode significar ajuda, assistência, auxílio, proteção, socorro. Pode ser utilizado, ainda, como sinônimo de dote, faculdade, habilidade, aptidão.” (SOUZA, 2006, p. 28).

No emprego jurídico do vocábulo recurso, notadamente na área processual, tal palavra pode ter dois significados: um, amplo e outro, estrito. Em sentido amplo, recurso é todo remédio jurídico-processual que pode ser utilizado para proteger eventual direito. Nesse sentido de aplicação do termo, até institutos como a ação rescisória, o mandado de segurança, a suspensão de segurança, a reclamação, podem ser designados como recurso (SOUZA, 2006, p .28).

Portanto, em sentido amplo ou *lato*, recurso pode ser entendido como qualquer meio de impugnação de uma decisão judicial, impugnações estas que foram assim conceitua por Flávio Cheim Jorge:

> Os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo. Através deles é possível que os interessados continuem na defesa de seus interesses e direitos, questionando a forma e conteúdo da sentença, e e, uma vez verificado que a lei não foi corretamente aplicada, obtenham a sua reforma ou nulidade. (JORGE, 2015, p. 35).

Por outro lado, em sentido estrito, "ou seja, em linguagem técnica, e à luz do direito brasileiro" (SOUZA, 2006, p. 28), o recurso pode ser definido como "remédio, dentro da mesma relação processual que dispõe as partes, o Ministério Público, e os terceiros prejudicados, para obter reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial" (JORGE, 2015, p. 41).

Para finalizar este ponto do trabalho, destacam-se os ensinamentos de Misael Montenegro Filho que conceituando de forma estrita o termo recurso, afirma que

> [...]é o instrumento processual e que se utiliza voluntariamente a parte que tenha sofrido gravame com a decisão judicial para obter a sua reforma, a sua invalidação, o seu esclarecimento ou sua integração, com a expressa solicitação de que seja proferida nova decisão judicial (MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 38).

4.1. A controvérsia doutrinária sobre o sentido do vocábulo recurso no art. 304 do Novo CPC.

Conforme rapidamente já consignado na seção 1 deste trabalho, o sentido que deve ser atribuído à palavra recurso, *previsto* no caput do art. 304 do Novo CPC (BRASIL, 2015), tem gerado controvérsia entre os autores que já se manifestaram sobre o tema.

Alguns autores defendem que o termo recurso deve ser entendido de forma estrita, ou seja*, "*meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada" (NERY JUNIOR, 2014, p. 203) Outros, porém, afirmam que recurso deve ter interpretação ampla, devendo ser entendido como qualquer meio de impugnação.

Entre os autores que defendem a interpretação restritiva, Alexandre de Freitas Câmara ensina que

> [...] é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. (CÂMARA, 2016, p.165)

Na outra corrente, podemos citar Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria Oliveira e Paula Sarno Braga (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 608) que afirmam que a inércia necessária para a estabilização da tutela antecipada vai além da não interposição do recurso *strictu senso*, mas também a ausência de apresentação de qualquer outro meio de impugnação da decisão, como por exemplo, pedido suspensão de segurança, ou o pedido de reconsideração.

Dierle Nunes e Érico Andrade, na esteira desse raciocínio, vão ainda mais além, ao consignar a possibilidade de entendimento de que uma reclamação e até mesmo a simples apresentação da contestação seria meio suficiente para evitar a estabilização. Para os autores:

> Outra interpretação que se pode vislumbrar é exatamente no sentido contrário: tanto o pedido de suspensão de liminar como a reclamação, apesar de não se enquadrarem propriamente como recurso, constituem meios de impugnação de decisão judicial e, com isso, produziriam efeito semelhante ao do recurso, de modo que nestes casos, mesmo sem a apresentação do recurso propriamente dito (agravo de instrumento) evitar-se-ia a estabilização prevista no art. 304 do novo CPC. E mais: poderia não haver a estabilização se o réu não interpusesse o agravo de instrumento mas contestasse o procedimento? Tal perspectiva já foi, inclusive, defendida recentemente em doutrina, no sentido de que a contestação ou manifestação no sentido da realização da audiência de conciliação/mediação, no prazo do recurso, surtiria o mesmo efeito de impedir a estabilização da tutela antecipada. (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 75)

Destaca-se, ainda, o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves, mestre e doutor pela Universidade de São Paulo, em obra na qual aponta comentários aos dispositivos do Novo CPC. O Professor reconhece que a redação do *caput* do art. 304 não permite interpretação do termo recurso senão a restritiva, mas lamenta a opção do legislador consignando que, na sua opinião, qualquer espécie de resistência do réu deveria suficiente para evitar a estabilização. Veja-se:

> Segundo a previsão do art. 304, caput, do Novo CPC, a tutela antecipada concedida anteriormente só não se estabiliza na hipótese de interposição de recurso pelo réu, que, embora não esteja indicado expressamente no dispositivo legal, é o agravo de instrumento, previsto no art. 1.015, I do Novo CPC. A redação legal está longe de ser adequada.Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante juízo que concedeu a tutela antecipada. (NEVES, 2016, p. 489).

Logo, ainda que não tenha sido a melhor opção a escolhida pelo legislador, a norma deve ser respeitada e aplicada, sem qualquer ampliação interpretativa incabível na hipótese.

4.2 A interpretação restritiva do termo recurso presente no art. 304 do novo CPC

A controvérsia exposta em breve chegará aos órgãos jurisdicionais para apreciação e decisão. Assim sendo, a partir das bases e referenciais teóricos da teoria neoinstitucionalista do processo, tentaremos demonstrar qual deverá ser a interpretação dada pelos juízes e tribunais ao *caput* do art 304 do Novo CPC (BRASIL, 2015), quando do inevitável e iminente enfrentamento da divergência.

A mencionada teoria, já brevemente sintetizada, surge como enfrentamento ao direito dogmático e consequente superação, no âmbito do Direito Processual, da teoria da natureza do processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu e, consequentemente, da escola instrumentalista, que defende que o processo é um mero instrumento da jurisdição, "a serviço da paz social" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50).

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar Von Bullow, em 1868, que entendeu o processo como uma relação jurídica existente entre o Estado e as partes. No Brasil, essa teoria foi difundida por Enrico Tulio Liebman e disseminada pela denominada Escola Instrumentalista de Processo, principalmente por Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

A escola instrumentalista apregoa que os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais e políticos (escopos metajurídicos da jurisdição). Aroldo Plínio Gonçalves, ao discorrer sobre a jurisdição sob a ótica da escola instrumentalista, principalmente a partir dos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 1990), esclareceu que segundo esse autor

> [...] os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas, também, sociais, compreendendo a "pacificação com justiça e a educação", e políticos, a participação, a "afirmação da autoridade do Estado e de seu Ordenamento". O conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é a expressão do poder do Estado e, assim, "é a cavidade à realização dos fins próprios do Estado. (GONÇALVES, 2012, p.157).

Ao tratar o processo como um instrumento da jurisdição, ou seja, meio para buscar a paz e a justiça, pela justiça, os adeptos do instrumentalismo defendem, ou no mínimo

autorizam, que o magistrado se torne a figura soberana da relação processual, decidindo de forma discricionária e arbitrária, ignorando atuação das partes (CITRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 327).

Por esta e outras razões, André Cordeiro Leal (LEAL, 2008) já denunciou a crise do instrumentalismo, principalmente porque mantém intocada a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento típico do direito privado obrigacional, fonte das primeiras e equivocadas teorias da natureza jurídica do processo.

Ao colocar a jurisdição, e com ela os seus escopos metajurídicos, no centro na ciência processual, a escola instrumentalista eleva o estado-juiz ao topo da "relação jurídica processual", fazendo com que a atividade do julgador seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua iluminada sabedoria, em uma atividade solitária e solipsista, autorizando o magistrado inclusive a realizar determinações jurídicas não contidas no direito legislado (STRECK, 2010, p. 41), o que não pode é admitido pela teoria criado por Rosemiro Pereira Leal.

Na teoria neoistitucionalista, ao contrário da instrumentalista, o juiz não é tratado como um ser superior às demais partes envolvidas na relação processual (CAMPOS; MARIA, 2016, p. 2015), eis que para que a jurisdição, e consequentemente a atividade desempenhada pelo magistrado seja compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que ela seja compreendida como "a interpretação compartilhada do texto legal pelo regimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia)" (LEAL, 2008, p. 151).

Uma das grandes críticas da teoria neoinstitucionalista do processo recai sobre o principio do *non-liquet*, expressamente previstos em nosso ordenamento na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL, 1942), no seu art. 4º e no art. 140 do Novo CPC (BRASIL, 2015). O princípio permite ao juiz que diante de uma lacuna no ordenamento jurídico crie direito com base na sua sensibilidade e consciência.

A perspectiva neoinstitucionalista não concebe que as decisões judiciais, sejam ela de mérito ou de natureza procedimental, estejam unicamente a cargo de uma autoridade, que de forma solipsista e baseada em sua própria consciência, resolverá a sorte e o futuro daqueles que serão eventualmente atingidos pelos provimentos judiciais.

Nessa linha de raciocínio, a conclusão que se pode chegar não é outra: se em razão de suas bases e fundamentos teóricos o neoistitucionalismo não concebe que o direito seja criado pela autoridade no caso de uma lacuna legal, muito mais inadmissível que o magistrado crie um direito ou uma regra para uma hipótese legalmente prevista e que cujo texto legal, de

tão singelo e claro, não permite método de interpretação além do literal, resultante numa interpretação restritiva de um determinado vocábulo.

É o caso do dispositivo legal em análise que a seguir novamente se transcreve:

> 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. (BRASIL, 2015).

Não podem os processualmente legitimados ficarem à mercê do entendimento solitário da autoridade judicial responsável por cada um dos procedimentos judiciais em curso, quando da aplicação de norma procedimental que, em razão de seu texto, não permite qualquer dose de subjetivismo.

Afinal de contas, a teoria neoinstitucionalista do processo "conjectura a hermenêutica *isonômica,* que assegura um direito igual de interpretação para todos (o que não deve ser confundido como um direito de igual interpretação)" (LEAL, 2013, p.10) e faz com que a legitimidade decisória "deixe de ser um ajuste da lei que atende à expectativa social dominante e passe a corresponder à fiscalidade" (GRESTA, 2014, p.192).

Como muito bem lecionado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, estudioso da ciência processual fundada na democraticidade:

> [...] os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrinjam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico [...] (BRETAS, 2015, p. 158-159)

Logo, não caberá ao órgão jurisdicional inovar no ordenamento jurídico, aplicando interpretação extensiva quando a norma assim não permite.

5 CONCLUSÃO

A Teoria Neonstitucionalista do Processo é, atualmente, a teoria que mais se aproxima ao paradigma do Estado Democrático de Direito e apresenta fundamentos teóricos consistentes para explicar como a principiologia do processo constitucional democrático (contraditório, ampla defesa e isonomia) podem assegurar as condições de legitimidade das decisões judiciais.

Desta forma, imperiosa a aplicação dos fundamentos da referida teoria para conjecturar solução para uma controvérsia já instaurada entre os estudiosos do direito

processual e que em breve deverá ser enfrentada pelos tribunais, qual seja, a interpretação do sentido da palavra recurso presente no caput do art. 304 do Novo CPC (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, considerando os fundamentos da referida teoria, que foi o referencial teórico deste trabalho, conclui-se pela necessidade dos tribunais interpretarem o dispositivo legal de forma restrita, ou seja, que a única forma de obstar a estabilização da tutela antecipada requerida e concedida em caráter antecedente será a interposição do meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada no caso, ou seja, o Agravo de Instrumento, previsto no art. 1.015 do Novo CPC (BRASIL, 2015)..

Não caberá, portanto, interpretação ampla ou extensiva, que leve a considerar recurso como qualquer meio de impugnação da decisão ou qualquer simples manifestação de inconformismo com a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, conforme defendido por alguns autores, pois, segundo a teoria neoinstitucionalista do processo, inadmissível que o magistrado inove o direito através da via decisória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Lei de introdução as normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br /ccivi l_03/decreto-lei/Del4657 compilado.htm > Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRETAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

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

CAMPOS, Felipe de Almeidaf; MARIA, Thais Campos. A racionalidade das decisões judiciais na perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: , LEAL Andre Cordeiro; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; DIAS, Jean Carlos (Org.). *Processo e democraticidade jurídica.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CANDIDO, Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013

DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno**.** *Curso de Direito Processual Civil.* 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo**.** *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 466.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2º Ed. Belo Horizonye: Del Rey, 2012.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2014.

J*O*RGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Andre Cordeiro Leal. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo:* uma trajetória conjectural. Belo Horizonte:Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 8 ed.,rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm. 2016.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, *n. 56,* abr./jun. 2015 *p. 63-91*.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. Curso de processo civil. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos e à ação rescisória*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR (Coord.). *Novo CPC*: Doutrina Selecionada. Salvador. Juspodium, 2015. v. 4. p. 119-143.