

O STJ E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CAPUT DO ARTIGO 304 DO CPC, NA DECISÃO DO RESP 1.760.966/SP: Economia processual ou insegurança jurídica?

THE STJ AND THE EXTENSIVE INTERPRETATION OF THE CAPUT OF ARTICLE 304 OF THE CPC, IN THE DECISION OF RESP 1,760,966/SP: Procedural economy or legal uncertainty?

Willian Aguiar Santos Caldeira¹

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil apresentou algumas novidades ao Direito brasileiro, dentre elas, a tutela antecipada em caráter antecedente, com a possibilidade de estabilização de seus efeitos. Contudo, considerando a decisão do Recurso Especial 1.760.966 – SP, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela aplicação da interpretação extensiva ao *caput* do artigo 304, do CPC, este trabalho tem por objetivo averiguar, através da pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, se a utilização desta técnica poderá causar insegurança jurídica aos litigantes ou economia processual, conforme sustentando pela Egrégia Turma. Quanto ao tema, foram constatadas inúmeras divergências entre os juristas, existindo a corrente defensora da interpretação extensiva e, lado outro, os defensores da leitura literal do dispositivo. Por meio da pesquisa foram analisados aspectos técnicos e teóricos relativos à decisão proferida no julgamento do recurso especial, bem como as possíveis implicações desta prática aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Tutela Antecipada em Caráter Antecedente. Código de Processo Civil. Interpretação extensiva. Interpretação literal. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The New Code of Civil Procedure introduced some new features to Brazilian Law, among them, the anticipated protection in advance, with the possibility of stabilizing its effects. However, considering the decision of Special Appeal 1.760.966 - SP, in which the Third Class of the Superior Court of Justice, understood by the application of the extensive interpretation to the caput of article 304 of the CPC, this paper aims to ascertain, through research bibliographic, doctrinal and jurisprudential, if the use of this technique may cause legal uncertainty to the litigants or procedural economy, as maintained by Egregious Class. On the subject, numerous differences were found among jurists, with the current advocate of extensive interpretation and, on the other hand, defenders of the literal reading of the device. Through the research were analyzed technical and theoretical aspects related to the decision rendered in the judgment of the special appeal, as well as the possible implications of this practice to the jurisdictional ones.

¹Bacharel em Administração e Direito pela PUC Minas. Especialista em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG - FUMEC. Advogado. Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Guanhães. Email: aguiar.caldeira@gmail.com.

Keywords: Advance Guardianship in Background Character. Code of Civil Procedure. Extensive interpretation. Literal interpretation. Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a utilização, pelos membros dos Tribunais de Justiça no Brasil, da técnica de interpretação extensiva do Código de Processo Civil, em dispositivos que apresentam rol taxativo.

No caso específico, será feita a análise do Recurso Especial 1.760.966/SP, julgado aos 4 de dezembro de 2018, em que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entenderam ser possível afastar os efeitos da estabilização da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente, mediante apresentação, pelo réu, da contestação, sob a justificativa de evitar a sobrecarga dos Tribunais Superiores.

Neste julgamento, os Ministros do STJ argumentaram que a apreciação sistemática e teleológica é são aplicável ao artigo 304, do Código de Processo Civil, posto que a finalidade buscada com a estabilização dos efeitos da tutela antecipada torna a interpretação extensiva adequada ao pleito.

Em relação ao instituto, novidade prevista no atual Código de Processo de Civil, fora prevista a possibilidade de limitação da petição inicial ao requerimento de tutela antecipada, para as hipóteses de urgência contemporânea na propositura da ação.

Quanto à questão, o CPC/15 definiu que a tutela concedida tornará estável, se da sua decisão concessiva, a parte quedar-se inerte e não interpor o respectivo recurso.

Nesse sentido, considerando que ao analisar o requerimento de tutela de urgência, o Juízo competente prola uma decisão interlocutória, somos remetidos ao artigo 1.015, inciso I, também do Código de Processo Civil, que define taxativamente, para estes casos, a interposição do agravo de instrumento como recurso devido.

Ademais, o Código Processo Civil, trouxe ainda, a possibilidade de as partes, no prazo de 2 (dois) anos, demandarem, através de procedimento próprio, a alteração da tutela deferida.

Com isso, inexistem justificativas legais para a aplicação da interpretação extensiva para o caso em discussão, visto que o Novo Código de Processo Civil, conforme explicitado acima, trouxe previsões taxativas para as hipóteses de utilização e reforma de decisões concessivas do instituto em questão.

Dessa forma, diante da possibilidade de decisões divergentes, que podem surgir dos Tribunais de diferentes Estados e regiões do país, o tema do estudo será delimitado ao exame da interpretação extensiva do *caput* artigo 304 do Código de Processo Civil, realizada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na decisão do REsp 1.760.966/SP e, se tal prática implica em economia processual ou insegurança jurídica aos profissionais da área.

Por todo o exposto, esta pesquisa se mostra relevante, tendo em vista a necessidade de os profissionais do Direito respeitarem o disposto na legislação pátria, evitando assim, imprevisibilidade, fato causador de incerteza quanto aos procedimentos a serem seguidos e, por conseguinte, insegurança jurídica.

Nessa perspectiva, faz-se necessário averiguar eventuais problemas ou, conforme defendido pelos Ministros do STJ, vantagens, da utilização desta prática, comumente aplicada pelos julgadores no Brasil, sob as mais diversas alegações, sendo que, *in casu*, os fundamentos foram centrados na ideia da economia de interposição do agravo de instrumento.

Importante ressaltar que tal prática é defendida por alguns juristas, dentre eles, Daniel Assumpção Amorim Neves e, criticada por outros como Humberto Dalla Bernardina Pinho.

Para discutir as questões trazidas, o trabalho apresentou as novas modalidades de Tutela Antecipada, previstas no CPC/15, bem como as modificações trazidas pelo novo Código, em relação ao CPC/73 e, ainda, as devidas razões de tais mudanças, trazendo em seguida, explicações quanto ao rol do referido dispositivo, se este constitui lista taxativa ou meramente exemplificativa, elucidando qual a melhor forma de interpretação deste.

Fora realizado, ainda, o estudo do Recurso Especial 1.760.966, considerando a interpretação do *caput* do artigo 304 do CPC, adotada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, avaliando os argumentos sustentados, discutindo se este posicionamento é correto ou incorreto.

Por fim, é apresentada a conclusão sobre a pesquisa, com as considerações finais e, ainda, contribuições para trabalhos futuros.

2 AS NOVAS MODALIDADES DE TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De acordo com Humberto Theodoro Júnior e col. (2019), o novo CPC trouxe três espécies de tutelas provisórias, eventualmente cabíveis em complemento e aprimoramento à tutela principal, alcançada através do provimento, que solucionará a questão posta em Juízo.

As chamadas tutelas provisórias dispostas na nova legislação processual civil, para Theodoro Júnior e col. (2019) referem-se, em regra, a incidentes processuais, e não a processos autônomos ou distintos, de forma que atualmente inexistente a denominação de processo principal e cautelar.

Theodoro Júnior e col. (2019) lecionam que tais provimentos extraordinários correspondem às conhecidas medidas de urgência – cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas), voltadas a evitar o perigo de dano, eventualmente causado ante o tempo necessário para cumprimento das etapas atinentes ao devido processo legal.

Para Alexandre Freitas Câmara (2019) as tutelas provisórias são fundadas em cognição sumária, o que o autor convencionou chamar de exame menos profundo da causa, fundando-se em urgência ou evidência.

Câmara (2019) destaca que a tutela provisória deferida conserva sua eficácia durante a pendência do processo, ainda que este se encontre suspenso, podendo ser modificada a qualquer tempo, em razão da possibilidade de surgirem novos elementos, alheios ao momento da decisão concessiva.

Quanto à competência, Alexandre Freitas Câmara (2019) discorre que para a tutela requerida incidentalmente no processo, o Juízo que tramita o feito será o competente para apreciação do requerimento. Já em relação à tutela provisória de urgência antecedente, ensina que esta deverá ser postulada no Juízo competente para conhecer o pedido principal e, por fim, nos processos de competência originária dos tribunais, bem como nos recursos, o requerimento deverá ser dirigido ao órgão jurisdicional apto a apreciar o mérito.

Já o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) ressalta a presença no novo Código de Processo Civil, de um livro destinado à tutela provisória, concedida em sede de cognição sumária e em juízo de probabilidade, prevendo a modalidade

provisória de urgência, dividida em cautelar e satisfativa, bem como, ainda, a tutela de evidência.

Outro aspecto destacado por Neves (2016) fora a denominação, então presente no projeto de lei aprovado na Câmara, que trazia a previsão da tutela antecipada cautelar e satisfativa e, ainda, da tutela antecipada de evidência.

Todavia, Neves (2016) elogia a postura do Senado ao promover a manutenção das classificações já existentes, tendo em vista a possível facilitação da compreensão dos institutos, por parte dos profissionais do Direito.

Em sua obra “Novo Código de Processo Civil anotado”, Cássio Scarpinella Bueno (2017) destaca a substituição do Livro III e do artigo 273 do CPC de 1973², realizada pela nova legislação processual, em que a Parte Geral, dedica o Livro V ao tratamento das tutelas provisórias.

Bueno (2017) ensina que o cumprimento forçado para efetivação da tutela provisória concedida, seguirá as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença, dispostas no parágrafo único, do artigo 297 do CPC/15³.

Para concessão da tutela provisória de urgência, Bueno (2017) ressalta a necessidade de cumprimento dos requisitos insculpidos no artigo 300, *caput*, do CPC⁴, quais sejam: a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Dinamarco e Lopes (2016) descrevem que o CPC/15 distinguiu de forma nítida o tratamento dispensado a cada uma das tutelas de urgência, porquanto anteriormente possuíamos um trato unitário. Os autores consideram a relevância desta questão ao fato da atribuição de procedimentos distintos às medidas de urgências postuladas em caráter antecedente.

² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994);

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994);

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994);

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994);

~~§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)(Revogado);~~

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002);

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994); § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994);

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002);

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

³ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

2.1 Modificações trazidas às tutelas antecipadas no Código de Processo Civil de 2015

Greco (2015) inicialmente ressalta que no CPC/73 existiam quatro espécies de tutelas antecipadas. São elas as tutelas antecipadas da urgência, a repressiva do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, do pedido incontroverso e a antecipação da tutela da pretensão recursal, todas previstas no regime processual.

Da mesma forma que o CPC/15, o Código de 1973 previa expressamente a revogabilidade e reversibilidade das tutelas, considerada por Greco (2015) como característica comum de todas as espécies.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o tratamento aplicado à reversibilidade da tutela antecipada, segundo Greco (2015), implica em o juiz competente para conhecimento do processo, realizar o juízo de proporcionalidade e ponderação dos interesses postos.

Para Greco (2015), ao apreciar o requerimento de tutela antecipada, o magistrado necessariamente deverá examiná-lo conforme o princípio da proporcionalidade, igualmente aos eventuais direitos do autor e réu, devendo ser concedida somente se não causar grave dano ao demandado.

Donizetti (2017) comenta que o CPC/15 promoveu a exclusão do livro outrora dedicado ao procedimento cautelar. No entanto, tal retirada não significa a impossibilidade de propositura das demandas de natureza cautelar, sendo que a mudança ocorreria no sentido de a concessão da tutela cautelar dar-se de forma antecedente ou incidental em qualquer procedimento, mediante a presença da probabilidade do direito e o perigo da demora do provimento judicial.

Bueno (2017) entende que os procedimentos cautelares específicos previstos no CPC/73 foram mantidos no atual Código. Todavia, houve um importante aperfeiçoamento de suas respectivas disciplinas, mantendo a finalidade e os meios adequados para atingi-lo.

A despeito das mudanças realizadas pelo CPC/15, Neves (2016) critica a possibilidade de efetivação da tutela de urgência cautelar através do arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto e outras formas legais para assegurar o direito, tendo em vista a ausência de especificação dessas medidas, diante da retirada das cautelares típicas.

Pinho (2018) entende que a tutela provisória se caracteriza pelo caráter sumário de sua cognição, bem como pela provisoriedade, advinda da necessidade da prestação jurisdicional efetiva. Na tutela de evidência, Pinho (2018) define que o Código atual visa à proteção de um direito evidente desde o início da demanda, previsão inexistente no CPC/73.

Lado outro, o CPC/15 no entendimento de Pinho (2018), sistematizou a evolução legislativa iniciada no ano de 1994, subdividindo a tutela de urgência em cautelar e antecedente.

Gonçalves (2018) relata que o legislador entendeu a desnecessidade da presença do processo cautelar autônomo em nosso ordenamento jurídico, conquanto, a tutela cautelar tem a capacidade de atingir a mesma finalidade e, ainda, proposta junto ao processo principal.

Concluindo o tema, Gonçalves (2018) destaca que mesmo mantendo a distinção entre tutela antecipada e cautelar, o CPC/15, disciplina as modalidades em conjunto e espécies do mesmo gênero.

3 OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2018) a interpretação de uma norma processual tem o condão de delimitar seu conteúdo e alcance, trazendo suas hipóteses de aplicação, significando, mais do que a simples construção de sentido do texto.

Inicialmente, Pinho (2018) apresenta o método gramatical, que seria um pressuposto interpretativo, tendo em vista observar o sentido literal das palavras formadoras da norma jurídica.

Em seguida, Pinho (2018) descreve o meio pelo qual a norma deve ser analisada como parte restante do ordenamento jurídico e, assim, ser interpretada conforme o sistema, sem paradoxos. Tal técnica é chamada de método sistemático.

Pinho (2018) defende que o método acima possui importância considerável, posto promover a relação entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, fazendo com que o intérprete busque a coerência necessária nas normas constitucionais.

Já o método histórico, refere-se àquele em que a lei é interpretada com base em seu histórico constitutivo, baseando-se em suas causas e realidade política que culminaram em sua criação, conforme pondera Pinho (2018).

Outro parâmetro trazido por Pinho (2018) busca analisar a lei em seu sentido autônomo e objetivo, afastando-a do seu contexto de promulgação, retirando, assim, a vontade subjetiva do legislador da época.

Por sua vez, Gonçalves (2018) defende que o aplicador deverá adentrar no significado do texto, a fim de encontrar o verdadeiro sentido expresso na norma, aplicando-a da melhor maneira.

No mesmo sentido, Mancuso (2018) assevera que os métodos interpretativos utilizados nos demais ramos do Direito Público, são devidamente aplicáveis ao processo civil.

Mancuso (2018) considera a interpretação um trabalho extremamente ligado ao ambiente jurídico, fato este, que se dá em razão de o Direito resultar de fatores culturais, históricos, costumes e, ainda, das próprias demandas judiciais.

Já Venosa (2019) considera que diante de vários métodos de interpretação trazidos pela doutrina, torna-se impossível o predomínio de uma forma em detrimento das demais existentes.

Venosa (2019) prossegue defendendo que um método pode se mostrar apropriado a determinada demanda, cabendo ao intérprete utilizá-lo em observância àquilo que o caso exige, como, por exemplo, a junção da interpretação gramatical com a lógica e sistemática.

Quanto ao tema, Paulo Nader (2019) define que:

Como todo objeto cultural, o Direito encerra significados. Interpretar o Direito representa revelar o seu sentido e alcance. Temos assim: *a) revelar o seu sentido*: a lei que concede férias anuais ao trabalhador tem o significado, a finalidade de proteger e de beneficiar a sua saúde física e mental; *b) fixar o alcance das normas jurídicas*: significa delimitar o seu campo de incidência. Dentro do exemplo citado, temos que apenas os trabalhadores assalariados, isto é, que participam em uma relação de emprego, fazem jus às normas trabalhistas. De igual modo, as normas da Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União têm o seu campo de incidência limitado. (Nader, 2019, p. 248)

Seguindo o entendimento de outros juristas, Nader (2019) aponta que o artigo 5º da LINDB deve ser utilizado de forma obrigatória, visto que o intérprete passou a

exercer um papel eficaz para o progresso jurídico e aplicação dos princípios democráticos, ambos estruturados na filosofia dos fins sociais e bem comum, a fim de eliminar eventuais interesses pessoais que possam se sobressair durante o julgamento.

4 CRÍTICAS DA HERMENÊUTICA AOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

No que se referem aos métodos explicados no tópico anterior, a hermenêutica, através de seus autores, traz algumas observações importantes de serem destacadas.

Nesse sentido, Ommati (2016) ressalta que a interpretação é mais do que um trabalho mecânico. Isto porque, relaciona a compreensão, interpretação e aplicação, além, ainda, de envolver texto e leitor.

Ommati (2016) ensina que a hermenêutica nos demonstra claramente a inexistência de uma interpretação neutra, conforme defendiam os juspositivistas, considerando que o próprio intérprete carrega consigo, pressupostos e valores.

De acordo com Ommati (2016), Schleiermacher fundou a chamada hermenêutica moderna, em que se defendia a busca pela intenção do autor, ou seja, o texto deveria ser interpretado conforme o pensamento do autor, todavia, atualizado pelo intérprete.

Para Ommati (2016), Heidegger fora outro autor a exercer importante papel na transformação da hermenêutica, visto ter iniciado o processo de reviravolta na filosofia linguística, mostrando os equívocos da teoria defendida por Schleiermacher, quanto à presença de um método universal, capaz de evitar mal-entendidos.

Tal reviravolta se mostra evidente ao Heidegger afirmar que a interpretação depende de uma posição, visão e concepção prévias, conforme Ommati (2016) nos bem ensina.

Ommati (2016) leciona, ainda, que Heidegger modificou uma estrutura de pensamento filosófico, até então existente à sua época, posto que fora possível perceber que o mundo se apresenta a nós em forma de linguagem, cuja nossa compreensão advém das tradições, histórias e compreensão prévia.

Ainda, prosseguindo junto à evolução da filosofia da linguagem, Ommati (2016) nos apresenta Hans-Georg Gadamer, filósofo responsável pelo giro hermenêutico na filosofia e, que ainda aprofundou as discussões trazidas por Heidegger.

Gadamer, nas palavras de Ommati (2016), demonstrou a importância do preconceito (conjunto de valores e crenças) na ciência, restando evidente nosso caráter interpretativo, quanto a tudo que nos é apresentado em forma de eventos.

Outro autor destacado por Ommati (2016) fora Wittgenstein, defensor da tese de que a linguagem é constitutiva e criadora do mundo, fazendo com que seja impossível promover uma separação entre teoria e prática.

Nesse ponto, importante destacar a lição de Ommati (2016):

Os autores até aqui analisados produziram uma crítica feroz ao modelo positivista de ciência, baseado na crença de que a racionalidade humana seria limitada e de que era possível construir uma ciência neutra, com métodos puros, para se atingir uma verdade universal [...]. (Ommati, 2016, p. 135).

Ainda, de acordo com Ommati (2016), a crença na vontade da lei fez com que o processo hermenêutico fosse visto como um procedimento para retirada do conteúdo de um texto, enquanto, o verdadeiro propósito é o de atribuir sentido a este.

Todavia, a questão apontada acima tomou novos rumos a partir do momento em que os princípios jurídicos foram inseridos na realidade dos estudiosos do direito, conforme descreve Ommati (2016).

Para Ommati (2016), estes princípios:

[...] conseguiram incorporar os avanços da reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia, ao mostrarem a indeterminação do texto normativo, a necessidade de unir aos atos de interpretação e compreensão o ato de aplicação, e ao mostrar, por fim, que o sentido do texto é encontrado nas diversas situações concretas, passíveis de atualização por força de modificações sociais e jurídicas importantes. (Ommati, 2016, p. 144).

Quanto aos métodos de interpretação criados por Friedrich Carl von Saviny (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), Ommati (2016) questiona a aplicabilidade destes, diante da proposta de interpretar textos jurídicos, com base na vontade do legislador. Para o autor, tal intenção era extremamente problemática, tendo em vista a impossibilidade de saber com exatidão, qual a intenção do legislador.

Diante disso, Ommati (2016) destaca que posteriormente a vontade do legislador fora substituída pela vontade da lei. Aqui, o método teleológico ganhou evidência, por buscar a finalidade legislativa do texto em questão.

No entanto, tal tese acaba por entrar em crise a partir do momento em que se percebe a possibilidade de interpretações diversas, diante das especificidades de situações que podem advir de um caso concreto, conforme evidencia Ommati (2016).

A fim de tentar solucionar o problema acima, de acordo com Ommati (2016), Kelsen pretendeu apresentar uma teoria pura do direito, em que a ciência jurídica deveria se afastar de outras áreas. Entretanto, tal modelo também não prosperou, considerando sua ideia de criação de uma moldura, autorizando o intérprete a decidir, com base em um quadro de possibilidades, fazendo, assim, com que o ato interpretativo fique sem sentido, diante da probabilidade de o intérprete autêntico (autorizado a criar norma jurídica), afirmar que qualquer coisa trata-se de Direito.

Em relação às contribuições promovidas pelas teorias de Ronald Dworkin, Ommati (2016) aponta a crítica feita pelo autor norte-americano quanto à ideia de que o Direito se tratava das regras estabelecidas pelo Poder Legislativo ou por outra autoridade competente. Vejamos:

[...] Assim no debate que o autor trará com Herbert L.A. Hart, mostrará que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas por princípios. (Ommati, 2016, p. 169)

Ommati (2016) ensina que Dworkin defendia o ordenamento jurídico em sendo um conjunto de regras e princípios e nas hipóteses em que os profissionais da área se utilizassem de padrões diversos àqueles presentes em textos normativos e decisões judiciais, não era possível afirmar que tal postura se referia a discricionariedade.

Para Dworkin (2002):

Como quase todos os termos, o significado exato de “poder discricionário” é afetado pelas características do contexto. O termo é sempre matizado pelo plano de fundo de informações que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado [...]. (Dworkin, 2002, p. 51).

Isto porque, conforme destaca Ommati (2016), Dworkin considerava que a discricionariedade possuía três sentidos. O primeiro sentido fraco se referia às situações em que havia necessidade de a autoridade pública utilizar-se da capacidade de julgar para aplicar a norma, enquanto a segunda possibilidade era aplicável à hipótese de decisão em última instância, sem possibilidade de reforma ou cancelamento. Por fim, o sentido forte garantia discricionariedade ao magistrado para decidir questões controvertidas, criticado pelo autor, por desconsiderar a existência de padrões normativos vinculantes da decisão judicial.

Partindo dessa perspectiva, Ommati (2016) afirma que caso a discricionariedade no sentido forte se fizesse presente no Judiciário, o Estado de Direito seria diretamente comprometido, considerando a possibilidade de criação de direito novo, ocasionando em decisões surpresa e, ainda, em desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

Por fim, ainda com base nos ensinamentos de Ommati (2016), percebemos que as tentativas jurídicas de encontrar as intenções psicológicas do legislador são totalmente insustentáveis, assim:

No caso do Direito, a melhor interpretação da prática jurídica implica considerá-lo (o Direito) uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decido pelo juiz. Isso porque os praticantes dessa atividade (Direito) raciocinam e decidem não apenas com base em regras escritas, mas também como base em princípios, expressos e implícitos, pouco importa, e buscam sempre estabelecer nas diversas controvérsias nas quais se envolvem qual é a resposta correta, quem tem direito e quem não tem, o que o Direito exige de cada situação [...]. (Ommati, 2016. p. 190).

Pois bem. Com base nas teorias explanadas acima, resta evidente a inviabilidade de utilização dos métodos de interpretação defendidos por parte da doutrina brasileira.

Isto porquanto, conforme destacado por Ommati (2016), os autores da chamada hermenêutica filosófica previram diversos problemas quanto à aplicabilidade prática destas técnicas, tendo em vista a especificidade dos casos postos em discussão no Judiciário, bem como, os contextos culturais, históricos e sociais que estes estão inseridos.

Ademais, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal (2018), o espaço de aplicação do Direito deve-se dar pelo devido processo legal, em que a hermenêutica nas democracias se funda na estrutura processual que institui a lei, impossibilitando, assim, a utilização de ciências ou técnicas de interpretação.

5 A INTERPRETAÇÃO DO TERMO “RECURSO” PRESENTE NO ARTIGO 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Eduardo Lamy (2018) considera que o CPC/15 trouxe ao processo civil brasileiro novidades capazes de causar perplexidade na doutrina, visto a necessidade de desenvolvimento teórico para conduzir os juristas na aplicação de tais inovações,

sendo que a estabilização da tutela antecipada inovou quanto à maneira de obtermos a finalidade do processo. Isto porque, tal possibilidade provoca uma autonomia da cognição sumária oriunda da estabilização da tutela requerida em caráter antecedente.

Segundo Eduardo Lamy (2019) o *référé* presente no Direito francês, provavelmente fora a inspiração para criação da estabilização da tutela no atual sistema processual vigente no Brasil. Quanto ao texto do dispositivo (artigo 304, *caput*, CPC), Lamy (2015) define de forma categórica que o termo “respectivo recurso” claramente remete à hipótese de interposição do agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015, I, do CPC⁵.

Entretanto, Lamy (2018) entende que a leitura literal do dispositivo importaria em sua inconstitucionalidade, uma vez que autor e réu possuem o direito de obter a solução definitiva da lide, sustentando que a leitura do artigo 304, do CPC à luz da Constituição se mostra a medida mais adequada, posto que a ampliação de possibilidades para se evitar a estabilização dos efeitos da tutela, garante a efetiva proteção dos direitos.

Na visão de Lamy (2018), os embargos de declaração (artigo 1.022, CPC⁶), a reclamação (artigo 998, CPC⁷), a contestação e, até um mero pedido de reconsideração teriam o condão de impugnar o pronunciamento judicial concessivo da tutela antecipada.

Outro jurista a criticar o texto legal do artigo 304, *caput*, do CPC, fora Daniel Amorim Assumpção Neves (2016). *In verbis*:

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, nos termos do art. 1.015, I, do

⁵ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias (...);

⁶ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

⁷ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. § 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Novo CPC. A redação legal está longe de ser a mais adequada (Neves, 2016, p. 215).

Nesse sentido, Neves (2016) salienta que o dispositivo em questão deveria ter previsto qualquer forma de resistência do réu, como hábil a afastar a estabilização dos efeitos da tutela.

Didier Jr, Braga e Oliveira (2016) lecionam que caso o réu decida pela antecipação de sua defesa, ou seja, ofereça contestação à concessão da tutela antecipada, bem, ainda, à definitiva, fica descaracterizada sua inércia, obrigando ao magistrado dar prosseguimento ao feito, concedendo ao réu, a prestação jurisdicional definitiva.

Lado outro, Pinho (2018) argumenta que a novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil quanto à estabilização dos efeitos da tutela, assenta-se na aceitação tácita da decisão pela parte demandada.

Pinho (2018) discorre que a necessidade de recorrer da decisão faz com que o réu tenha mais interesse na causa, buscando uma viável tese defensiva, tornando o debate em 2ª Instância mais rápido, atendendo aos princípios processuais da celeridade e economia processual.

Para Pinho (2018) a estabilização dos efeitos da tutela possui diversas controvérsias e polêmicas, dentre elas, a necessidade de interposição do agravo de instrumento pela parte ré. Contudo, mantém seu posicionamento de defesa da interpretação literal do *caput*, do artigo 304, do CPC. Vejamos:

De fato, como tivemos a oportunidade de explicar anteriormente, a decisão do legislador ao exigir a interposição do recurso traz benefícios como a exigência de pagamento de custas (o que demonstra um interesse real e efetivo na reforma da decisão liminar, bem como a viabilidade da tese defensiva) e o prestígio dos princípios da celeridade e da economia processual. (PINHO, 2018, p. 590)

Já Eduardo José da Fonseca Costa (2016) inicialmente frisa que diferentemente do aplicado na França e na Itália, países cujo sistema processual fora base para implementação da estabilização dos efeitos da tutela no regime processual brasileiro, aqui, o autor beneficiário da inércia do réu não obtém uma ação declaratória para completar a cognição. Dessa forma, a tutela só se estabilizaria, com a certeza de que o autor abrirá mão da cognição exauriente.

Seguindo os questionamentos, Câmara (2019) pondera que o termo “recurso” presente no dispositivo em questão pode direcionar a duas vertentes de interpretação. A primeira, de forma literal, enquanto a segunda, de maneira ampla. No entanto, entende inexistirem motivos para aplicação de um sentido amplo ao texto do artigo 304, do CPC.

Conforme explana Câmara (2019), o termo recurso se faz presente no Código de Processo Civil com três significados diversos, sendo o primeiro em sentido estrito (meio de impugnação de decisões judiciais). O segundo significado, por sua vez, tem ligação direta com a tecnologia aplicada em atos eletrônicos, prevista no §3º, do artigo 236⁸. Por seu lado, o terceiro sentido, na exposição do jurista, reporta-se a dinheiro.

⁸ Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial.

§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Donizetti (2017) aduz que a autonomia do instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente se justifica diante da intenção da reforma processual em propiciar resolução de lides com menos processos.

No que diz respeito ao termo “respectivo”, inserido do *caput*, do artigo 304, Donizetti (2017) destaca que este carrega o significado de competente, devido, cabível, e, sendo assim, o recurso a ser interposto em face da decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente é o agravo de instrumento.

Neste ponto, importante ressaltar a observação trazida por Heitor Vitor Mendonça Sica (2016), que evidencia a opção do legislador em indicar no CPC/2015, um rol taxativo de decisões agraváveis, assim como ocorria no CPC/1939.

Sica (2016) comenta que o CPC/1973 concedia ao agravante a possibilidade de escolha da modalidade de recurso (instrumento ou retido), fato justificável pela ampla recorribilidade imediata.

In casu, diante da taxatividade prevista no atual CPC, temos a presença das tutelas provisórias, dispostas entre os artigos 294 e 311, no rol de decisões agraváveis, seja para atacar à concessão ou, ainda, a efetivação da medida, conforme destacado por Sica (2016).

Do mesmo modo, Negrão *et al* (2017) entende que a interpretação do dispositivo em questão deve se dar de forma restritiva, sendo, portanto, agravável a decisão que concede a antecipação da tutela.

Para tanto, Negrão *et al* (2017) também ressalta a possibilidade de o autor registrar em sua petição inicial, seu desinteresse pela estabilização da tutela, fazendo assim, com que o processo continue tramitando, independentemente da interposição do agravo de instrumento pelo réu.

Nessa perspectiva, Montenegro Filho (2018) ressalta que a possibilidade de estabilização dos efeitos, aplica-se somente à tutela provisória de urgência antecipada, excluindo, portanto, a modalidade provisória de urgência cautelar. Alega, ainda, ser necessária a interposição do agravo de instrumento em desfavor da decisão, a fim de evitar a aplicação dos efeitos previstos no dispositivo em discussão.

Quanto à questão levantada pelos juristas defensores da interpretação extensiva do dispositivo em análise, principalmente no que diz respeito à necessidade de obtenção de um provimento final definitivo pelas partes, a observação feita por Theodoro Júnior e col. (2019) acaba por refutar tal tese.

Theodoro Júnior e col. (2019) consideram que a opção do legislador pela não formação de coisa julgada para o caso de estabilização da tutela revela-se medida adequada, tendo em vista a impossibilidade de conferir ao provimento estruturado na cognição sumária, a mesma formalidade daquele formado pela cognição plena do julgador.

Por todo exposto, resta evidente a ausência de um entendimento doutrinário pacífico quanto à correta interpretação do termo “recurso” disposto no *caput* do artigo 304, do CPC.

Todavia, Rosemiro Pereira Leal (2018) assevera ser inadmissível nos tempos atuais, falar-se em interpretação jurídica fora da lei. Para o autor, a hermenêutica jurídica trata-se de instrumento de aplicação do direito para o intérprete, sendo a concretização deste, um ato hermenêutico das partes, com base no devido processo intra e infracoinstitucional.

Dessa forma, Leal (2018) considera grave a confusão que pode advir de um sistema jurídico em que o juiz seja o intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional, além de pensador legal e extrajurídico do direito.

Para Leal (2018):

O *pensador* do direito não o pensa ou o interpreta para aplicar, mas para ensinar, debater, organizar, esclarecer. Ao *intérprete-julgador* incumbe o pensar direcionado à aplicação do direito processualmente procedimentalizado, e *intérpretes*, nas democracias, são todos os que se vinculam aos interpretantes lógico-jurídicos postos pelo *devido processo coinstitucional* que jurisdiciona o proceder para os figurantes do *procedimento*, concretizando e legitimando-o como estrutura criada pelo *povo* (legitimados ao processo) e que se destina a habilitar processualmente o povo a recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente. (Leal, 2018, p. 91)

Em regimes democráticos o magistrado não possui liberdade de interpretação da lei, exercendo função de aplicador da legislação com base na vinculação existente entre os intérpretes legais, conforme destaca Leal (2018).

Leal (2018) aponta que nas democracias plenas, o devido processo legislativo é o responsável pelo controle sobre a jurisdição constitucional, visto que a própria constituição é construída com base no devido processo coinstitucionalizante. Para o autor, poder e tutela se afastam de simples modos pessoais de atuação na busca do bom ou do adequado, sendo, portanto, conteúdos legalmente produzidos.

Ainda, de acordo com as lições de Leal (2018), todas as decisões judiciais devem ser proferidas em observância aos princípios instituidores do processo, quais sejam: ampla defesa, contraditório e isonomia, bem ainda, o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal⁹.

Considerando as diversas discussões e divergências outrora apontadas, percebemos que a interpretação do termo “recurso” contido no dispositivo em análise será alvo de inúmeras críticas e discussões doutrinárias.

No entanto, em que pesem os argumentos trazidos pelos defensores da leitura extensiva do *caput* do artigo 304, do CPC, temos que tais alegações não merecem prosperar, devendo o aludido dispositivo ser interpretado de forma literal.

Da análise do Capítulo II, inserido no Título destinado às Tutelas de Urgência no CPC/15, não se vislumbra afronta aos princípios processuais do contraditório, isonomia ou da ampla defesa, assim definidos por Rosemiro Pereira Leal (2018):

[...] o *princípio* (instituto) do *contraditório* é referente lógico-jurídico do *processo* coinstitucionalizante, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo *direito-garantia* de se manifestarem. (Leal, 2018, p. 155).

[...] O *instituto da isonomia* é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (*processo*), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à *igualdade temporal* de dizer e contradizer para a implementação, entre partes, da estrutura procedimental. (Leal, 2018, p. 155)

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

[...] O *instituto da ampla defesa* é coextenso aos do contraditório e isonomia porque a amplitude da defesa se faz nos *limites temporais* do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. (Leal, 2018, p. 156).

Conforme podemos observar, o referido Capítulo do CPC/15 garante ao réu a possibilidade de contradizer os argumentos apresentados pelo autor, através da interposição do recurso para impugnação de decisões interlocutórias.

Assegura, ainda, a qualquer das partes, o direito de revisão, reforma ou invalidação da decisão, observado o previsto no artigo 304, §§ 2º, 3º, 4º e 5º, do CPC¹⁰.

Além do mais, o argumento utilizado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze em seu voto no Recurso Especial nº 1.760.966/SP, em momento algum remete às hipóteses sustentadas pelos juristas defensores da interpretação extensiva do dispositivo, conforme será demonstrado e analisado no próximo capítulo.

6 O RECURSO ESPECIAL 1.760.966/SP E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diante do teor da decisão proferida no julgamento do REsp 1.760.966/SP, percebemos que as divergências acerca da tutela antecipada em caráter antecedente atingem os Tribunais do país, ao ponto de o Ministro Marco Aurélio Bellizze afirmar em seu voto que o dispositivo processual em análise disse menos do que pretendia e, que diante da finalidade buscada com a estabilização da tutela, a interpretação extensiva do instituto se mostra adequada.

Partindo da afirmativa de Marco Aurélio Bellizze, percebemos que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça justificou seu posicionamento com base em uma possível vontade do legislador ou, ainda na vontade da lei, em oferecer aos demandantes, uma alternativa célere para satisfação de eventual direito, com base em decisão que não produzirá coisa julgada material, se encerrando antes da cognição exauriente.

Aqui, podemos visualizar a aplicabilidade da crítica feita por Ommati (2016) quanto à utilização dos métodos de interpretação aos textos jurídicos, tendo em vista a impossibilidade de verificarmos qual a real intenção do legislador, bem como, ainda, à probabilidade de interpretações diversas, oriundas das especificidades dos casos levados ao Judiciário.

Outro ponto do voto que merece destaque refere-se à alegação de sobrecarga desnecessária dos Tribunais, quando da interposição de agravos de instrumento para confirmar ou reformar a decisão concessiva da tutela antecipada e, ainda, o estímulo desnecessário para o ajuizamento da ação prevista no artigo 304, §2º, do CPC, ao passo que, apenas bastaria uma simples manifestação do réu, para que o feito prosseguisse até a prolação de sentença.

¹⁰ Art. 304 (...) § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º. § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º.

Todavia, tal sustentação não encontra amparo legal, tendo em vista que conforme leciona Eduardo José da Fonseca Costa (2016), o procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente fora criado para auxiliar a parte autora, diante de situações emergenciais, a elaborar o requerimento de tutela, em vez de uma petição inicial exaustiva, fazendo com que a estabilização só ocorra, caso o interessado proceda ao aditamento da inicial e, lado outro, o réu deixe de recorrer, razão pela qual, a contestação se revela inapta a afastar tais efeitos.

Ademais, importante ressaltar que a contestação não se trata de recurso, e sim de forma de defesa do réu em contraposição à petição inicial, se justificando pela necessidade de respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, conforme descreve Bueno (2019).

Ainda, de acordo com Bueno (2019):

A contestação é a forma mais ampla da defesa do réu. É, por excelência, o instante procedimental em que se espera que o réu traga concomitantemente todas as alegações, de ordem processual e de ordem material, que possam ser significativas para convencer o magistrado a não prestar a tutela jurisdicional pretendida pelo autor, seja por reconhecer a presença de algum defeito insanável no plano do processo, que justifica a sua extinção, seja por rejeitar o(s) pedido(s) formulado(s) na inicial porque, na perspectiva do direito material, entende que o autor não é merecedor da tutela jurisdicional por ele postulada em sua petição inicial. (Bueno, 2019, p. 121).

Lado outro, Câmara (2019) ensina que recurso é manifestação voluntária de insatisfação da parte, a fim de impugnar decisões judiciais, visando à reforma, invalidação ou esclarecimento do pronunciamento judicial recorrido.

Marcelo Ribeiro (2019) lembra que os recursos são oferecidos pelo sistema processual, a fim de permitir ao interessado a possibilidade de obter, após provocação voluntária, a correção de eventual erro praticado pelo órgão jurisdicional, no exercício de sua atividade.

Leal (2018) define que:

Confere-se à palavra *recurso* a ideia de retomada de um caminho já percorrido (do latim *re currere*). No campo do direito, assoma-se de importância o regramento, pela norma, dos termos jurídicos, porque só assim se delimitam os significados que compõem a sistematicidade legal garantidora de direitos e faculdades. (LEAL, 2018, p. 319/320)

Nesse sentido, imprescindível destacar, na íntegra, o artigo 994, do CPC:

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:
I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Vejamos que nem os juristas, tampouco a legislação, definem a contestação, sendo um recurso.

Diante disso, percebe-se que a interpretação extensiva do *caput* do artigo 304, do CPC, nesse caso, se mostra equivocada, causando assim, incerteza e insegurança jurídica quanto à aplicação do referido dispositivo.

Importante ressaltar que embora a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.760.966/SP não possua caráter vinculante, esta pode se tornar referência para que

outras turmas do Superior Tribunal de Justiça adotem tal postura e, ainda, Tribunais estaduais decidam de maneira semelhante.

Fux e Bodart (2019) enfatizam que o novo CPC possui requisitos de formação semelhantes a alguns institutos processuais do Direito norte-americano, especificamente quanto ao IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), utilizado na resolução de controvérsias sobre a mesma questão de direito.

A previsão de uniformização da jurisprudência, disposta no artigo 926, do CPC¹¹, de acordo com Fux e Bodart (2019) exerce importante papel na construção de previsibilidade jurídica.

Deste modo, considerando as evoluções apontadas por Dinamarco e Lopes (2016) no que se refere ao crescimento da força jurisprudencial nos países de *civil law*, resta impossível afirmar que atualmente a jurisprudência não constitui fonte de direito em nosso ordenamento jurídico.

Dinamarco e Lopes (2016) apontam que o marco inicial deste movimento se deu no ano de 1963, com a criação da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que embora não possua caráter vinculante, tem seus enunciados constantemente utilizados por magistrados, como parâmetro para julgamento de causas semelhantes.

Tal aspecto, conforme destacam Dinamarco e Lopes (2016), condicionou à imposição, no novo CPC, da observância obrigatória pelos magistrados de todos os níveis, dos precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais, restando, assim qualificados como fonte do direito.

No entanto, o que temos presenciado são decisões com conteúdos divergentes, acerca de casos semelhantes, fato diverso ao proposto na legislação processual, bem como pela doutrina.

A fim de ilustrar a questão, trago a ementa de dois julgados recentes proferidos pela 2ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA DE URGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. CUNHO COMINATÓRIO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. AUTORIZAÇÃO E CUSTEIO DE EXAME PET SCAN PARA DIAGNÓSTICO DE RECIDIVA DE CÂNCER GÁSTRICO. EXPRESSO DESINTERESSE EM ADITAR A PETIÇÃO INICIAL. PARTE RÉ. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CITAÇÃO OCORRIDA, COM POSTERIOR CONTESTAÇÃO. ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NÃO VERIFICAÇÃO. ANÁLISE DO MÉRITO NA SENTENÇA. CABIMENTO. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I- O indeferimento de provas inúteis e desnecessárias ao julgamento da demanda não enseja cerceamento de defesa. II- Conforme precedente do STJ no julgamento do REsp 1.760.966/SP, firmado em análise minuciosa dos artigos 303 e 304 do CPC, em caso de concessão de tutela antecipada de urgência pedida em caráter antecedente, se o autor não aditar a petição inicial e o réu não agravar, mas contestar, os efeitos da medida não se tornam estáveis até a prolação da sentença, na qual será apreciado o mérito da lide, ou seja, o cabimento ou não da pretensão inicial. III- Para concessão de tutela antecipada, o art. 300 do CPC exige a presença dos seguintes requisitos: a probabilidade do direito;

¹¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, além da reversibilidade da medida. IV- Prevendo o contrato de plano de saúde, de forma expressa, cobertura para tratamento de câncer, e demonstrada, nos autos, a necessidade de o segurado passar por exame de Pet-Scan, para verificação de recidiva de câncer gástrico, a operadora do plano deve arcar com o custo de tal procedimento, ainda que ausentes os requisitos elencados na DUT emitida pela ANS. V- Evidenciada a cobertura e o perigo de dano à saúde do segurado, sendo possível a reversão pecuniária da medida, deve ser mantida a decisão antecipatória da tutela, pela qual a operadora de plano de saúde foi compelida a arcar com o custeio de exame requerido. VI- Recurso conhecido, preliminares rejeitadas e mérito não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.126230-4/001, Relator (a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2019, publicação da súmula em 08/05/2019).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. MENOR. MEDICAMENTO. COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO. I. A competência para julgamento recursos interpostos contra decisões proferidas por juiz da infância e juventude é das Primeiras à Oitava e Décima Nona Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos termos do art. 36, inciso I, 'b', do RITJMG; II. A apresentação da contestação não impede a estabilização dos efeitos da tutela, mas sim, a interposição de recurso cabível, no caso, o agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC). (TJMG - Apelação Cível 1.0372.17.001628-4/001, Relator (a): Des.(a) Washington Ferreira, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/02/2019, publicação da súmula em 18/02/2019).

No primeiro julgado, a 10ª Câmara Cível do E.TJMG entendeu pela aplicação do entendimento presente do recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto, no segundo julgamento, a 1ª Câmara Cível decidiu pela interpretação literal do dispositivo processual, causando assim, incerteza quanto aos próximos posicionamentos dos magistrados em relação ao tema.

Para Fux e Bodart (2019) a insegurança jurídica na jurisprudência pátria tem origem na motivação das decisões colegiadas. Para justificarem tal posicionamento, os autores lembram que o sistema de precedentes vinculantes, presente no atual CPC, encontra dificuldades, tendo em vista que os magistrados apresentam suas próprias razões para decidir, fazendo com que inexista nos julgados, uma fundamentação comum para auxiliar em demandas semelhantes.

Dessa forma, o argumento de economia do recurso de agravo de instrumento, coloca em risco a segurança jurídica, definida por José Afonso da Silva (2014) como o conjunto de fatores hábeis a auxiliarem as pessoas a preverem, de forma antecipada, a consequência de seus atos, o que claramente resta comprometido, diante das divergências já apontadas.

Por sua vez, a economia processual no Estado Democrático de Direito, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal (2018), jamais deve ser observada partindo de parâmetros econômicos, a fim de provocar encurtamento da atividade processual ou celeridade, para otimização dos custos do serviço público prestado.

Leal (2018) defende que a única vantagem a ser buscada na prestação jurisdicional, por meio da lei processual, é garantir aos demandantes a observância da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

Além disso, diante do argumento de evitar a sobrecarga dos Tribunais Superiores para julgamento dos recursos e, da natureza do procedimento da tutela

antecipada em caráter antecedente, podemos questionar, ainda, quanto ao respeito do duplo grau de jurisdição.

Considerado por Rosemiro Pereira Leal (2018) como requisito, o duplo grau de jurisdição advém da necessidade de permitir à parte interessada, a revisão da decisão judicial, com reexame da motivação legal, por órgão jurisdicional superior àquele responsável pela decisão monocrática.

Dinamarco e Lopes (2016) consideram o duplo grau de jurisdição como princípio estritamente ligado à estrutura do Poder Judiciário, se configurando na oferta à parte interessada, da oportunidade de revisão da decisão, por órgão superior.

Para Dinamarco e Lopes (2016), a presença de somente um grau de jurisdição, poderia significar a contenção de litígios, fazendo com que eventual desconfiança dos litigantes, se perpetuasse em face do Judiciário.

Monnerat (2019) entende que o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser visto como garantia de revisão das decisões judiciais e, que mesmo diante da ausência de previsão do direito na Constituição Federal, devemos integrá-lo ao modelo constitucional de processo civil, visto que a própria Carta Magna prevê a existência dos Tribunais, atribuindo-lhes competências específicas para o julgamento de recursos.

Pinho (2018) destacou que a necessidade de interposição de recurso em face da decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente traz diversos benefícios, dentre os quais evidencia o interesse da parte em obter a reforma do provimento judicial, com uma tese defensiva viável.

Por fim, conforme destaca Souza (2017), a decisão que defere ou indefere a tutela provisória, normalmente trata-se de pronunciamento interlocutório, sendo que o artigo 1.015, I, do CPC¹², estabelece o agravo de instrumento como recurso cabível.

Assim, diante de todos os apontamentos trazidos pela doutrina, a interpretação extensiva aplicada ao *caput* do artigo 304, do CPC, no caso do REsp 1.760.966/SP, ao argumento de evitar sobrecarga dos Tribunais, se mostra medida inadequada.

Isto porquanto, o termo “recurso” presente no artigo 304, do CPC, fora direcionado ao sentido de admitir uma forma de defesa do réu (contestação), como hábil a afastar os efeitos da estabilização da tutela, enquanto, o dispositivo é taxativo ao exigir a interposição do respectivo recurso.

Tal prática pode, ainda, promover a desestruturação da tutela em caráter antecedente, considerando que a admissão de manifestações de mero inconformismo em face da decisão concessiva do instituto, como devida a afastar os efeitos da estabilização da tutela, faz com que a parte perca o direito de ter seus argumentos analisados por órgão jurisdicional hierarquicamente superior, formados, em alguns casos, por membros com maior experiência técnica que os Juízos originários, garantindo segurança aos interessados.

7 CONCLUSÃO

Este artigo analisou a interpretação extensiva do artigo 304 do CPC, com base no Recurso Especial nº 1.760.966/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 04/12/2018 e publicado no DJe em 07/12/2018, em que a contestação fora admitida como forma de afastar os efeitos da estabilização da tutela requerida em caráter antecedente.

¹² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I - tutelas provisórias;

Novidade disciplinada no artigo 303 do CPC, a tutela antecipada em caráter antecedente permite ao autor apresentar sua petição inicial de forma incompleta, se limitando apenas ao requerimento de antecipação da tutela, nos casos em que a urgência seja contemporânea à propositura da ação.

Nesse caso, o CPC em seu artigo 304, determina que na hipótese de ausência de interposição do respectivo recurso em face da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, esta se tornará estável.

Claramente, considerando que a decisão que defere ou indefere a tutela trata-se de pronunciamento interlocutório, o recurso a ser manejado em face desta, é o agravo de instrumento.

Todavia, diante do posicionamento adotado pelos Ministros da Terceira Turma do STJ, bem como por parte doutrina, defendendo a interpretação extensiva do artigo 304 do CPC, surgiram dúvidas quanto à viabilidade de tal técnica neste caso específico.

A fim de avaliar os aspectos inerentes ao tema, foram apresentadas as novas modalidades de tutela antecipada, trazidas com o novo diploma processual. Em seguida foram trazidos os métodos de interpretação de normas jurídicas, defendidos por parte da doutrina e, ainda, as críticas de autores da hermenêutica e do processo civil quanto à inviabilidade de aplicação destas técnicas no âmbito jurídico.

Adiante, com a reconstrução do caso decidido pelos Ministros do STJ, restou evidente a inaplicabilidade da interpretação extensiva no dispositivo em questão, visto que seu rol é taxativo e, *in casu*, fora admitida uma forma de defesa do réu, como meio de evitar a estabilização da tutela, sendo que o texto legal exige a interposição do recurso.

Importante frisar, ainda, que o argumento central de tal entendimento se baseou na possível economia de interposição do recurso de agravo de instrumento, fato criticado pela doutrina, tendo em vista que o processo no Estado Democrático de Direito deve observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, sem encurtamentos na atividade jurisdicional, sob alegações atinentes à economia processual.

Ademais, pode-se questionar a afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, posto ser assegurado às partes o direito de obter a revisão das decisões proferidas em primeira instância, por órgão hierarquicamente superior e, sendo o instituto estruturado de forma a permitir a reapreciação da decisão em segundo grau, o argumento de economizar o manejo do agravo de instrumento, nos revela inadequado.

Portanto, conclui-se que a aplicação da interpretação extensiva utilizada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na decisão do Recurso Especial 1.760.966/SP causa insegurança jurídica aos jurisdicionados, posto inexistir no dispositivo processual em questão, afrontas aos princípios processuais, tampouco à Constituição Federal, bem como previsão legal autorizativa que justifique a adoção da técnica extensiva para análise de seu texto.

Diante do conteúdo pesquisado, e a partir da análise dos argumentos dispendidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que o tema continuará sendo alvo de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

No entanto, é imprescindível o respeito à taxatividade do dispositivo processual (artigo 304, *caput*, CPC), evitando assim, incertezas às partes envolvidas no processo.

Isso porquanto, o instituto da tutela antecipada em caráter antecedente fora devidamente estruturado de forma a permitir ao autor a opção de não se beneficiar da estabilização de seus efeitos.

Ao réu, por sua vez, fora garantida a possibilidade de interposição do recurso admitido em face da decisão de primeiro grau, respeitando assim, o princípio do contraditório, bem como, o duplo grau de jurisdição.

Além disso, as partes podem obter a revisão, reforma ou invalidação do provimento, dentro do prazo legal de 02 (dois) anos, através da propositura de ação própria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática de recursos no processo civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 08 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp nº 1.760.966/SP (2018/0145271-6)**. Recurso Especial. Pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Arts. 303 e 304 do código de processo civil de 2015. Juízo de primeiro grau que revogou a decisão concessiva da tutela, após a apresentação da contestação pelo réu, a despeito da ausência de interposição de agravo de instrumento. Pretendida estabilização da tutela antecipada. Impossibilidade. Efetiva impugnação do réu. Necessidade de prosseguimento do feito. Recurso Especial desprovido. Recorrente: Lenyara Sabrina Lucisano. Recorrido: Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 4 de dezembro de 2018. Brasília: STJ, [2018]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201801452716&dt_publicacao=07/12/2018. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 424-434.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUX, Luiz. BODART, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria geral do processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça (10ª Câmara Cível). Processo: **Apelação Cível: 1.0000.18.126230-4/001**. Ementa: Apelação Cível. Tutela de Urgência. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Tutela antecipada em caráter antecedente. Cunha cominatório. Contrato de plano de saúde. Deferimento da medida. Autorização e custeio de exame *pet scan* para diagnóstico de recidiva de câncer gástrico. Expresso desinteresse em aditar a petição inicial. Parte ré. Não interposição de agravo de instrumento. Citação ocorrida, com posterior contestação. Estabilização dos efeitos da tutela. Não verificação. Análise do mérito na sentença. Cabimento.

Precedente do STJ. Recurso conhecido e não provido. Relator: Desembargador Vicente de Oliveira Silva, 30 de abril de 2019. Belo Horizonte: TJMG, 2019.

Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000181262304001. Acesso em 16/10/2019.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça (1ª Câmara Cível). Processo: **Apelação Cível: 1.0372.17.001628-4/001**. Ementa: Apelação Cível. Estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente. Menor. Medicamento. Competência. Ausência de recurso. Relator: Desembargador Washington Ferreira, 12 de fevereiro de 2019. Belo Horizonte: TJMG, 2019. Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10372170016284001. Acesso em 16/10/2019.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil sintetizado**. 15ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEGRÃO, Theotônio et al. **Novo Código de Processo Civil**: edição especial. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3ª ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Art. 1.015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1332-1342.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e col. **Código de Processo Civil anotado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.