



## ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E TEORIA DO FATO CONSUMADO. ESTABILIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO?

Revista de Processo | vol. 242 2015 | p. 225 - 250 | Abr / 2015  
DTR\2015\3680

### Weber Luiz de Oliveira

Especialização em Direito Processual Civil. Mestrando pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina.

### Área do Direito: Processual

**Resumo:** A estabilização da tutela antecipada, incorporada no Projeto do novo Código de Processo Civil, possibilitará que a tutela antecipada satisfativa mantenha os seus efeitos se a parte adversa não recorrer, podendo, pela regulamentação do projeto propor ação para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada no prazo de dois anos. A teoria do fato consumado, criação jurisprudencial que tem como fim manter a situação de fato consolidada por provimento judicial precário (liminar e antecipação dos efeitos da tutela), utilizando de fundamentos metajurídicos, principiológicos e valorativos, pode ser aplicada a estabilização da tutela antecipada, desde que respeite, se existentes, direitos de terceiros, individuais, coletivos e públicos.

**Palavras-chave:** Estabilização da tutela antecipada - Teoria do fato consumado.

**Abstract:** The stabilization of the preliminary injunction, incorporated in the Project of the New Civil Procedure Code, enable that the satisfactory preliminary injunction keep their effects if the other party does not appeal, and may, by regulating of the project propose action to review, amend or invalid the preliminary injunction stabilized within two years. The theory of the fait accompli, judicial creation which aims at keeping the de facto situation consolidated by precarious court decision (injunction and anticipating the effects of guardianship) using of fundamentals meta-juridical, of principles and evaluative, can be applied to stabilization of preliminary injunction, provided that it respects, if any, rights of third parties, individual, collectives and publics.

**Keywords:** Stabilization of preliminary injunction - Theory of the fait accompli.

### Sumário:

- 1.Introdução - 2.A estabilização da tutela antecipada - 3.Teoria do fato consumado - 4.(Im)possibilidade de entrelaçamento - 5.Conclusão - 6.Referências

**Recebido em: 13.01.2015**

**Aprovado em: 21.03.2015**

### 1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) disciplina um novo instituto processual, a estabilização da tutela antecipada, que tem como objetivo tornar estável decisão de tutela antecipada satisfativa se não for interposto agravo de instrumento.

Após estabilizada, a decisão conserva seus efeitos até ser revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito em demanda proposta especificamente com este objetivo.

A teoria do fato consumado é aplicável para manter-se situação de fato consolidada pelo transcurso de tempo, que, quando do julgamento posterior sobre a tutela antecipada ou liminar antes deferida, não mais seja indicado, por questões extraprocessuais (morais, políticas e sociais), a sua revogação, em razão de que se consumou o fato então amparado pelo provimento provisório e satisfativo.

Desse modo, perquire-se se poderá ou não haver entrelaçamento entre a estabilização da tutela antecipada e a teoria do fato consumado, no sentido de manter-se a situação consolidada pela estabilização da tutela antecipada quando do julgamento do pedido meritório de revisão, reforma ou invalidação.<sup>1</sup> Ou seja, se pode haver a estabilização da estabilização.

Para tanto, analisar-se-á os fundamentos legais e teóricos da estabilização da tutela antecipada, no

Brasil, como as justificativas político-sociais e jurisprudenciais a respeito da aplicação da teoria do fato consumado.

Assente-se que os dispositivos mencionados do Projeto do NCPC se referem a redação da Câmara dos Deputados.

## 2. A estabilização da tutela antecipada

A tutela antecipada tem como pressuposto o tempo e a efetividade da prestação jurisdicional. Concede-se, antecedentemente, o direito material almejado com a prestação da tutela jurisdicional em razão de que a espera pelo provimento final pode trazer prejuízo a parte requerente.

O art. 5.º, XXXV, da CF/1988, ao preceituar que a ameaça a direito também não pode ser excluída da apreciação judicial, dota a jurisdição de fundamento para a adoção de técnicas antecipatórias com o desiderato de implementarem meios e procedimentos para a proteção desta ameaça a direito que o tempo pode corroer. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão” (2006, p. 31).

Ainda, o princípio da duração razoável do processo, constitucionalizado pela EC 45/2004, consente com a necessidade de o ordenamento processual disciplinar meios e técnicas adequadas para garantir a celeridade da tramitação. O Novo Código de Processo Civil (NCPC) incluiu este princípio no art. 4.º, dispondo que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A disciplina a tutelar a urgência no âmbito do NCPC brasileiro é a disposta nos art. 294 a 311. Nestes dispositivos vê-se que a tutela antecipada restou dividida em satisfativa e cautelar, podendo estas fundamentarem-se em urgência ou evidência. Em relação a tutela de urgência, o art. 300, do CPC/2015 descreve que “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Denota-se nos preceptivos aludidos que os requisitos, tanto da tutela antecipada satisfativa, quanto da tutela antecipada cautelar são os mesmos, sendo diferentes os procedimentos para as suas efetivações. Diante da divergência de procedimentos pode ocorrer, quando da entrada em vigor do NCPC, situações duvidosas de se concluir qual procedimento adotar quando a tutela jurisdicional veicular pedido cautelar e satisfativo, motivo pelo qual o projeto deveria ter adotado um só procedimento para ambas as tutelas de urgência.

Em relação a esta uniformidade dos requisitos, Carlos Augusto de Assis refere que “no âmbito da cognição sumária, o grau de aprofundamento exigido para uma tutela urgente não satisfativa deve ser menor que o requerido para a concessão de uma tutela urgente satisfativa” (2014, p. 258). Contudo, curial admitir que, pragmaticamente, conquanto a satisfatividade do direito seja completa em relação a cautelaridade, é certo que no dia a dia forense os requisitos das tutelas de urgência se misturam, sendo, para a boa prática judiciária, mais adequado o disciplinamento uníssono dos requisitos, tanto para a tutela antecipada satisfativa quanto para a cautelar (LAMY, 2007).

A estabilização da tutela antecipada está regrada no art. 304, do CPC/2015, em que se estabelece que a tutela antecipada satisfativa “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, que no caso é o agravo de instrumento, de acordo com o art. 1.015, I, do CPC/2015.

A tutela antecipada satisfativa que dá ensejo a estabilização é a disposta no art. 303, do CPC/2015: “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”.

Poderá o autor optar em aditar a petição inicial com pedido de provimento final ou deixar de aditar, momento em que o processo será extinto sem julgamento do mérito, mantendo-se, ou melhor, estabilizando-se a tutela antecipada se o réu não agravar.

O réu tem, assim, três opções: 1.ª agravar da decisão concessiva da tutela antecipada satisfativa, com o que evita a sua estabilização e a extinção do processo; 2.ª não agravar e com isto

concretiza-se a estabilização, dando azo a extinção do processo; 3.<sup>a</sup> optando pela 1.<sup>a</sup> ou 2.<sup>a</sup> opções poderá propor demanda “com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada”, consoante § 2.<sup>o</sup> do art. 304, do CPC/2015.

O exercício desta 3.<sup>a</sup> opção deve ser feito dentro do prazo de dois anos, contados da ciência da decisão extintiva (art. 304, § 5.<sup>o</sup>, do CPC/2015).

A estabilização da tutela antecipada satisfativa, desta forma, não gera coisa julgada. O § 5.<sup>o</sup> do art. 304, do CPC/2015 diz que o que se extingue é o próprio “direito de rever, reformar ou invalidar”. A coisa julgada é, conforme conceito legal, disposto no art. 467 do CPC, “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. No NCP, conceitua-se coisa julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502, do CPC/2015). O art. 6.<sup>o</sup>, § 3.<sup>o</sup>, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, diz que coisa julgada é “a decisão judicial de que não caiba recurso”.

Vê-se que o conceito legal de coisa julgada<sup>2</sup> está atrelado a decisão judicial e sua imutabilidade. O mencionado § 5.<sup>o</sup> do art. 304, do CPC/2015 não se refere à decisão concessiva da tutela antecipada satisfativa, mas sim acerca da extinção do próprio direito de pedir revisão da decisão que estabilizou a tutela antecipada e, portanto, não se enquadrando no conceito legal, não gera coisa julgada.

Se não gera coisa julgada não é cabível ação rescisória. Esta a conclusão da Carta de Salvador, que aprovou o Enunciado de n. 33: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

O PL 186/2005 do Senado Federal (2014), de autoria de Ada Pelegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, contemplava que no caso de estabilização a “medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”, o que parece mais consentâneo com o texto constitucional e com o próprio sistema processual, porquanto desnecessária seria a alusão ao prazo do direito próprio de revisão, reforma ou invalidação, já que tendo força de coisa julgada, segue-se, por conseguinte, a regulamentação sobre ação rescisória.

Para Carlos Augusto de Assis (2014, p. 261), a redação inicial do projeto era melhor,<sup>3</sup> pois ditava de forma expressa que não se fazia coisa julgada, com possibilidade da estabilização ser afastada por decisão que a revogasse decorrente de ação intentada para este desiderato, “podendo ser qualquer ação pertinente àquele conflito, cuja propositura estaria sujeita aos prazos comuns de prescrição” (p. 261, nota de rodapé 38).

Outro ponto do disciplinamento da estabilização da tutela antecipada é o relativo a sua tramitação. Em não havendo aditamento da petição inicial, nem tampouco contestação, mas interposto agravo de instrumento, a discussão passa a ser feita no segundo grau de jurisdição, ou seja, há opção de dotar a segunda instância de foro competente para instrução e julgamento definitivo sem a realização destes atos em primeira instância. Entendem Fernando Lage Tolentino e Flávio Quinaud Pedron (2014) que há ofensa ao princípio da ampla defesa, pois o correto seria a continuidade do procedimento no primeiro grau, que teria maior amplitude de discutibilidade, com análise da defesa e documentos do réu e, em sendo mantida a concessão da tutela antecipada satisfativa, ai sim “é que se sujeitaria ao espaço recursal, pois somente após ela, ter-se-ia como respeitado efetivamente tanto a isonomia, quanto o contraditório e a ampla defesa de ambos os litigantes” (p. 544).

Não se vislumbra prejuízo de que a análise da defesa seja feita em âmbito recursal. Eventual instrução e necessidade de provas sobre fatos, como testemunhal e pericial, impõe que o réu, então, maneje a contestação ou ação, a depender se o pedido inicial tiver sido aditado, ou, então, em uma instrumentalidade e efetividade processuais (DINAMARCO, 2008; BEDAQUE, 2007), sejam os autos baixados ao primeiro grau para cumprimento das diligências necessárias para elucidação dos fatos.

Esta é, em síntese, a regulamentação legal inserida no NCP.

Teoricamente, a estabilização da tutela antecipada teve início no Brasil com os estudos de Ada Pelegrini Grinover. Em artigo publicado em 2005, após pesquisas feitas com base em questionário respondido por onze processualistas de diferentes países (Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Colômbia, Espanha, Grécia, Itália, Japão e Uruguai), concluiu-se que “em alguns países pode-se chegar à *Estabilização da Antecipação da Tutela*, quando a ela não se opuser qualquer *recurso*”.



partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do *référé* francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos, reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo de sentença coberta pela coisa julgada” (p. 14).

E, finalizando o referido artigo ressaltou Grinover: “O processo brasileiro soube adaptar os princípios fundamentais do processo civil clássico as novas questões que surgem na sociedade contemporânea: e assim reviu os tradicionais esquemas de legitimação, da coisa julgada, dos poderes do juiz, e controles pelo Ministério Público. Agora é hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias” (p. 34).

As razões que justificariam a adoção da estabilização da tutela antecipada satisfativa seriam duas: retirar do autor o ônus de propor ação somente para ver confirmada a tutela concedida, para que a sua eficácia seja mantida, e a diminuição potencial do número de processos (BAUERMANN, 2013, p. 441).

Sobre a primeira razão é benéfica a busca de efetividade do processo, retirando do autor a imposição de intentar nova ação mesmo que inexista resistência. Contudo, em relação a segunda razão, pode ocorrer apenas a mudança de endereço dos processos em que concedidas tutelas antecipadas satisfativas, da primeira instância, aqui sim com redução de processo, para a segunda instância, com elevação de sua carga de trabalho.

Dessarte, se a defesa do requerido deve-se dar, no caso de concessão de tutela antecipada satisfativa deferida nos termos do art. 303, do CPC/2015, obrigatoriamente por agravo de instrumento, haja vista que se não interposto o mesmo “o processo será extinto”, conforme o § 1.º do art. 304, do CPC/2015, cediço que os tribunais receberão, aos borbotões, recursos de agravos de instrumento para análise do contraditório. Não se espera que tendo interesse em se defender, o requerido não interponha recurso porque quer ver discutido o seu direito em primeiro grau, com a propositura de nova ação para este fim, até porque, pode, desde logo, obter decisão favorável com o julgamento do recurso interposto.

Veja-se, para citar um exemplo, as ações contra a União, Estados e Municípios que postulam pelo direito à saúde (medicamentos e procedimentos médico-hospitalares), que hodiernamente contam-se milhares nos foros brasileiros. São pedidos de tutelas antecipadas satisfativas que certamente se enquadram no art. 303, do CPC/2015 e, por consectário, na estabilização se não for interposto recurso. A não ser por uma otimização e racionalização dos serviços e critérios de defesas pelas Fazendas Públicas, o aumento de agravos de instrumento, nesta seara, é evidência lógica, até porque litigam sem nenhum custo recursal, consoante atual art. 511, § 1.º, do CPC e art. 1.007, § 1.º, do CPC/2015.

Por fim, nota-se que a estabilização da tutela antecipada satisfativa segue a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis* (ARMELIN, 2011, p. 852; MARINONI, 2006, p. 45), utilizada para o procedimento monitorio.<sup>4</sup> Como é cediço, no procedimento monitorio se o réu não apresentar a defesa competente, através de embargos, forma-se em definitivo o título executivo, partindo-se para os demais atos executivos sem as delongas do processo de conhecimento.

A estabilização da tutela antecipada satisfativa, desse modo, será efetivada se o requerido também não apresentar a defesa competente, no caso, agravo de instrumento, conservando os seus efeitos até que sobrevenha decisão em contrário, se proposta a ação dentro do prazo legal, estipulado em dois anos.

### 3. Teoria do fato consumado

A questão judicial e processual que enseja a aplicação da teoria do fato consumado é a das medidas liminares que, uma vez concedidas, geram efeitos imediatos e, após o transcurso do longo tempo de tramitação processual,<sup>5</sup> verificando posteriormente o Poder Judiciário o desacerto daquela decisão, tanto por aspectos formais/legais, quanto materiais/de mérito, pode-se utilizar-se desta teoria para manter a situação de fato consolidada ou não.<sup>6</sup>

A tutela antecipada concedida, por ter caráter precário,<sup>7</sup> deve, em caso de improcedência do pedido



inicial – se aditada a petição inicial pelo beneficiário da antecipação –, ou de procedência do pedido de revisão da estabilização da tutela antecipada satisfativa, ser cassada, voltando-se o postulante da prestação jurisdicional satisfativa ao estado anterior que se encontrava antes do deferimento de seu pedido antecipatório. Isto porque, também é mantida, se houver discussão a respeito do mérito ou da própria estabilização, as características da provisoriedade e reversibilidade dos provimentos antecipatórios.<sup>8</sup>

A Súmula 405 do STF<sup>9</sup> alberga este entendimento. Conforme Teori Albino Zavascki (2000, p. 115), não é necessário menção expressa acerca da revogação, tendo eficácia imediata e *ex tunc*. Para Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 96), de modo divergente, o momento da substituição da liminar pela decisão final se dá somente “depois de esgotado o segmento recursal munido de efeito suspensivo, efeito – não é demais repetir – que tem aptidão de *impedir* a produção de *quaisquer* efeitos da decisão recorrida”.

A teoria do fato consumado é utilizada, então, para manter, em definitivo, o estado em que se encontra a parte beneficiada e que seria prejudicada com a cassação da medida antecipatória satisfativa antes concedida, em razão de fundamentos tanto jurídicos, quanto metajurídicos.

Segundo Odim Brandão Ferreira (2002, p. 115), o “fato consumado é o tópico jurisprudencial pretensamente a serviço da equidade por meio do qual o Judiciário, em sentença, ratifica a liminar autorizadora da prática de ato ilícito, apenas porque, no momento de apreciar o mérito da causa, o detentor do provimento cautelar ilegal já desenvolveu, de fato, a atividade que lhe interessava”.

Marga Inge Barth Tessler (2004, p. 98) discorre que os fundamentos das decisões que acolhem a teoria do fato consumado se dão em torno da excepcionalidade da situação, de que os problemas devem ser encarados do ponto de vista da finalidade social das leis e de que a inércia da administração permitiria a constituições de situações de fatos com aparência de legalidade, o que mereceria prestígio do ordenamento jurídico. Denota-se destes fundamentos que muitas decisões judiciais aderem a um raciocínio tópico.<sup>10</sup>

Ponto importante é a legitimidade do Judiciário de validar este fato consumado, se é, portanto, legítima esta atuação no sentido de estabilizar uma situação fática que havia sido estabilizada processualmente de modo indevido, impróprio ou ilegal. Neste sentido, decorre um poder subjetivo que seria dado ao Juiz ou Tribunal na adoção da teoria do fato consumado, porquanto aplicaria o seu entendimento pessoal em detrimento do estatuído na lei positiva, aprovada majoritariamente pelo Poder competente, o Legislativo, eleito democraticamente.<sup>11</sup> Estar-se-ia, na aplicação da teoria do fato consumado, diante de uma decisão contramajoritária, violadora do princípio da democracia.<sup>12</sup> O juiz não pode “sair da órbita do sistema e vestir-se como tecnólogo social ou político social ou terapeuta social”, escreve Lourival Vilanova (2003, p. 363), acentuando, ainda, que o juiz é acompanhado pelas suas “vestes talares, símbolo de seu ofício insubstituível”.

Kelsen (2011, p. 1), na construção de sua teoria pura do direito, sustenta logo de início que o sistema jurídico é fechado, não se podendo amparar em elementos estranhos à ciência jurídica. O positivismo de Norberto Bobbio (2007, p. 22) afasta da mesma forma a possibilidade de encampação da tese do fato consumado e, portanto, de uma estabilização da estabilização, ao referir que “o que caracteriza a relação jurídica não é o *conteúdo*, mas a *forma*”.

Em contrapartida à estas concepções denominadas por Ronald Dworkin (2000, p. 7) de centradas no “livro de regras”, a concepção “centrada nos direitos”,<sup>13</sup> “encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações” (p. 38). Ademais, sustenta Dworkin (2002, pp. 23-71), que ao contrário das regras, aplicáveis na forma do “tudo-ou-nada”, deve ser feita uma análise holística do sistema jurídico, buscando princípios que se amoldam ao sistema, entendendo-se princípio, que contém uma mensuração de peso e importância, como um padrão a ser observado por ser “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (p. 36).

Por sua vez, Robert Alexy (2001, p. 20), ao questionar onde, até que ponto e como os julgamentos de valor podem se relacionar e ser justificados racionalmente, expõe que é necessário um modelo “que, por um lado, permita as convicções comumente aceitas e os resultados de prévias discussões jurídicas, e, por outro, deixe espaço aberto para os critérios de correção” (p. 23).

Pertinente o questionamento de Chaim Perelman (1999, p. 96), sobre a conformação do raciocínio jurídico à satisfação da lei ou à necessidade de justiça e equidade: “Terá o juiz a liberdade de dar a conhecer, a propósito disso, sua apreciação subjetiva do justo e do injusto, seja qual for sua fonte de inspiração, e motivar sua decisão com considerações morais, políticas ou religiosas, para desempenhar de modo satisfatório a missão que lhe foi confiada? Poderá ignorar a lei e pretender, mesmo assim, que está cumprindo sua missão de dizer o direito?”<sup>14</sup>

Com efeito, a temática da política jurídica influencia na aceitação ou impugnação à teoria do fato consumado e, por conseguinte, na possibilidade ou não de estabilização da tutela antecipada, uma vez que a política jurídica, fundamentada em padrões éticos e em critérios de prudência e possibilidades, “estará sempre a serviço de um devir desejável e realizável como resposta crítica e criativa aos desafios que forem surgindo” (MELO, 2004, p. 129).

Segundo Gustavo Zagrebelsky (2005), a coexistência de valores e princípios como base para as constituições permite que se lhes atribua uma imagem de ductilidade, onde “dúctil” é utilizado com o sentido de *flexível*, *maleável* ou *adaptável*. No dizer deste autor: “La visión de la política que está implícita nos es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible em nuestro tempo” (p. 15).

De modo diverso, a doutrina de Max Weber (2009, p. 72-73) dispõe que os sentimentos, por serem de índole fortemente emocional, são muito pouco apropriados para apoiar normas estáveis, uma vez que estes sentimentos são “uma das diversas fontes de aplicação irracional do direito”. Enfático, neste aspecto, é Odim Brandão Ferreira, ao escrever que o “fato consumado é a denominação eufemística de ato jurídico ilícito, cuja prática foi autorizada por sentença consciente desse vício” (2002, p.119).

A segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais como paradigmas que influenciam de maneira determinante as decisões judiciais aderentes à teoria em estudo, não são impeditivas, desde que não haja prejuízo a terceiros e, por conseguinte, ofensa ao princípio da igualdade.

Contrariamente a aceitação do fato consumado no julgamento do mérito dos processos em que foram concedidas liminares, interessante manifestação de Aliomar Baleeiro, quando Ministro do STF: “Sr. Presidente, é possível que meu voto esteja influenciado pela observação de mais de vinte anos de professor, vinte anos durante os quais muitos desses mandados de segurança foram concedidos aos piores estudantes da Faculdade. Vai, aqui, uma reminiscência. Meu avô costumava dizer uma frase, quando era menino, que me ficou até hoje: ‘como eles se formam eu sei, como eles aprenderam a ler é que fico admirado’. De modo que é possível que isso perturbe o meu espírito, neste momento. Porém, com a devida vênia dos eminentes ministros que votaram da maneira que acabamos de ouvir, rejeito os embargos. Não posso admitir que transponhamos para o direito aquilo que, no meu tempo de político, ouvi muitas vezes ser defendido, o *fait accompli* – o fato consumado. Ninguém pode tirar proveito do erro do juiz, sobretudo rapazes que não se empenharam em cumprir seus deveres e vão servir mal à sociedade durante a vida”.<sup>15</sup>

A aferição a ser feita é se no caso concreto inexistirá prejuízo à outras pessoas, que, por exemplo, participaram do certame, seleção ou concurso objeto da discussão judicial e, restando negativa a resposta na medida que apenas influencia a vida do litigante, não há impedimento de aplicar os princípios valorativos existentes no ordenamento jurídico-constitucional em detrimento da regra de conduta delimitada.

Esta verificação da inexistência de lesão à terceiros, quando frente à possibilidade de adoção da teoria do fato consumado na prestação da tutela jurisdicional, tem também como pressuposto o conceito de Aristóteles sobre justiça e sua bilateralidade, pois, “somente a justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem do outro’, visto que se relaciona com o nosso próximo” (1984, p. 122).

No que concerne ao território onde é travada a discussão até então referida, o processo,<sup>16</sup> através do qual é entregue a prestação jurisdicional, ao contrário da adoção de um positivismo de Chiovenda (1998), autores como José Roberto dos Santos Bedaque (2007), Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1997), Cândido Rangel Dinamarco (2008), Luiz Guilherme Marinoni (2009) e José Rogério Cruz e Tucci (1997), sustentam que o formalismo processual não pode ser tido como o fim último do



processo.

Nas palavras de Bedaque, se não houver violação ao devido processo legal ou prejuízo às partes, “ignora-se o vício ou não observância da técnica, possibilitando que o valor mais importante seja alcançado: a entrega da tutela jurisdicional definitiva” (p. 105).

Ainda, no andamento do processo, a verificação de existência ou não de lesão a terceiros para encampar-se a aplicação da teoria do fato consumado deve ter como premissa as lições de Elio Fazzalari (2006), com a sua doutrina do processo como procedimento em contraditório, detentor de uma estrutura dialética. No dizer de Fazzalari (2006, p. 119-120): “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”.

Neste sentido, as pessoas e coletividades, públicas e privadas, que terão seus interesses jurídicos influenciados diretamente, devem ter o poder de contraditar previamente o ato final objeto do pedido jurisdicional que aplicará a teoria do fato consumado. Sendo demonstrado no processo que haverá ofensa a direitos de terceiros, daí exsurge ofensa ao princípio da isonomia e a teoria do fato consumado não deve ser aplicada. Inexistindo interesses juridicamente tutelados que não só o do beneficiário do processo, e desde que também inexista ofensa maior à lei e aos princípios constitucionais estruturantes do sistema jurídico (segurança jurídica, igualdade, boa-fé, estabilidade das relações sociais e institucionais, dignidade da pessoa humana), a teoria do fato consumado pode ser aplicada.

Esta possibilidade tem também abertura no processo, mediante a aplicação do art. 462 do CPC, que dispõe que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. No mesmo sentido, a redação do art. 493, do CPC/2015.

Assim, sendo o fato consumado espécie de fato superveniente, cumpre “permitir que os fatos supervenientes sejam levados em conta pelo juiz em sua sentença, a qual será atual, mais efetiva e justa, retratando a melhor solução a ser dada ao caso” (CUNHA, 2012, p. 83).

#### **4. (Im)possibilidade de entrelaçamento**

Apresentados sucintamente os institutos em estudo, impende esclarecer se a novel estabilização da tutela antecipada, que com a aprovação do NCP, doravante, terá base e regulamentação legal, pode ser entrelaçada com a tradicional teoria do fato consumado, instituto eminentemente jurisprudencial.

Certo é que, em comum, estes institutos têm três objetivos: a efetividade processual, a estabilidade das relações e a solução do tempo do processo.

Do que foi dito sobre a estabilização da tutela antecipada vê-se que a decisão concessiva permanece em vigor até que seja revista, reformada ou invalidada por decisão ulterior decorrente de pedido da parte adversa.

Ocorre que, no momento da decisão de mérito para a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada, pode ter-se transcorrido tempo suficiente a caracterizar os pressupostos para a encampação da teoria do fato consumado. Haverá, aí, conquanto se entenda que não deve permanecer mais a decisão da tutela antecipada urgente outrora deferida, *continuidade da estabilização*, não mais pelo preenchimento dos requisitos da antecipação da tutela satisfativa, definidos no art. 300, do CPC/2015 (probabilidade do direito e perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional), mas sim pelo entendimento de que deve-se adotar a teoria do fato consumado, diante do tempo já passado e da ocorrência de fatos diversos e supervenientes.

Veja-se que o pressuposto negativo para concessão da tutela antecipada de urgência, qual seja, o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, não se aplica porque não se trata de concessão,



que já teria sido feita anteriormente, mas sim de manutenção da estabilização pelo reconhecimento jurisdicional do fato consumado.

A teoria do fato consumado, assim, estabilizaria, definitivamente, o que já estava estabilizado precária e provisoriamente.

Entretanto, como antes referido, mesmo diante da estabilização da tutela antecipada satisfativa, não se deve aplicar a teoria do fato consumado se terceiros interessados, aqui focados as individualidades e a coletividade, forem prejudicados com a medida.

Este o caso, por exemplo, de ocupação de vaga por candidato que conseguiu a tutela antecipada satisfativa para continuar em concurso público ou para matricular-se em instituição pública. Na análise da decisão meritória de manutenção da estabilização ou a sua revogação, há de serem cientificados para manifestação, se ainda possível, os interessados que por ventura possam vir a serem preteridos na vaga ocupada pelo beneficiário da tutela jurisdicional. Verificando-se, pela manifestação de terceiros, se houver, face muitas vezes o tempo ter transcorrido em demasia,<sup>17</sup> ou de ofício pelo juiz, que a encampação da teoria do fato consumado prejudica outros que poderiam ocupar a vaga então preenchida, a estabilização da tutela antecipada satisfativa deve ser invalidada e revogada a decisão concessiva. Aplica-se aqui o princípio da isonomia em detrimento de fundamentos político-sociais. Aplica-se, também, o conceito de alteridade da justiça.

Diversamente, se não mais existirem candidatos que possam vir a preencher a vaga que está sendo ocupada pela parte ou a existência de qualquer outro prejuízo, sendo oportunizado o contraditório amplo, não só das partes do processo, mas de todos que de alguma forma tenham interesse no resultado do julgamento, entende-se que a estabilização da tutela antecipada deve ser mantida pela aplicação da teoria do fato consumado, em razão da pacificação das relações sociais.<sup>18</sup>

O STF, em recente julgamento (RE 608.482, j. em 07.08.2014),<sup>19</sup> entendeu, no caso de investidura em cargo público, que não pode ser aplicada a teoria do fato consumado para candidato que não foi aprovado em todas as fases do concurso público, asseverando que o interesse público deve prevalecer sobre o particular. O relator, Min. Teori Zavascki foi acompanhado por sete Ministros (Rosa Weber, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski).<sup>20</sup> Votaram em divergência os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux.<sup>21</sup>

A decisão do mérito deste recurso, julgado na atual sistemática da repercussão geral e dos recursos extraordinários repetitivos (CPC, art. 543-A e B), possibilita, portanto, a apreciação dos recursos extraordinários sobrestados que tratam sobre a aplicação da teoria do fato consumado, especificamente em relação a questão de posse e exercício de cargo público por força de decisão judicial com caráter provisório, impondo que, se não forem julgados consoante a orientação firmada, sejam liminarmente cassadas ou reformadas pelo STF.

Nada obstante o entendimento majoritário do STF nesta questão de investidura em cargo público, a abertura constitucional para aplicação de princípios valorativos no sistema jurídico brasileiro, em uma visão neoconstitucionalista, consente com a aplicação da teoria do fato consumado nos processos deste jaez. Não se trata, especificamente, de perpetuação de uma ilicitude, mas sim de concretização de valores constitucionalizados,<sup>22</sup> como da dignidade da pessoa humana, pessoa humana que se verá despida de situação consolidada pelo tempo em detrimento do seu sustento e de sua família em razão de que o processo permaneceu por anos nos escaninhos judiciais e, quando do julgamento definitivo, cassa-se toda sua organização, planejamento e expectativas de vida.<sup>23</sup>

Note-se que o princípio constitucional da duração razoável do processo, incluído também no art. 4.º, do CPC/2015, portanto, norma heterotópica, impõe que o tempo do processo seja razoável, conceito este abstrato, mas que denota claramente que a demora processual deve ser evitada. De modo que, transcorrido tempo suficiente que consolide situação de fato criada pela estabilização da tutela antecipada, há ofensa aquele princípio constitucional, que neste caso de inexistência de prejuízo a terceiros ou ao interesse público, deve ser amparada pela jurisdição.

Toma-se, aqui, a advertência de Pontes de Miranda (1983, XVI), de que “os juristas mesmos pecam em não verem que o direito abrange maior campo do que aquele que costumam, na rotina do ensino, da judicatura, ou da elaboração das leis, apontar ou pesquisar”.





O tempo, neste condão, que é pressuposto da aplicação da teoria do fato consumado, não deve ser visto somente como passado, de que não estavam preenchidos os requisitos legais à época da concessão da tutela antecipada satisfativa, mas também e sobretudo, como tempos presente e futuro, da análise de inexistência de danos a terceiros, individuais e coletivos, e de solução definitiva de situação fática consolidada na programação de vida e projetos da pessoa, estabilizando as suas relações, que outra coisa não é o objetivo do Direito, de regulação da vida em sociedade e de pacificação de suas relações.<sup>24</sup> Os escopos da jurisdição, sistematizados por Cândido Rangel Dinamarco<sup>25</sup> (2008), consentem com esta assertiva.

Outrossim, não se deve possibilitar a aplicação da teoria do fato consumado nos casos em que a tutela antecipada satisfativa foi concedida em detrimento de interesse público envolvido, sendo exemplos as ações de direito sanitário e de direito ambiental, como as de autorização de construções em áreas de preservação ambiental ou de proteção do patrimônio histórico-cultural.<sup>26</sup> Nestes casos os bens jurídicos envolvidos transcendem o interesse particular, merecendo amparo do ordenamento jurídico e, por conseguinte, inaplicabilidade da teoria do fato consumado à tutela antecipada satisfativa estabilizada.

O fato consumado aplicado à estabilização da tutela antecipada satisfativa, dessa forma, não deve ser encampado em termos absolutos, mas sim com reserva, temperamento e análise complexa do caso concretamente analisado. Como refere Leonardo Carneiro da Cunha (2010, p. 270), “a revogação ou anulação de um provimento de urgência impõe a restituição das partes ao estado anterior, ressalvadas situações excepcionais, que demonstrem a necessidade de impedir a restituição, mercê da prevalência da segurança jurídica e da boa-fé, com aplicação do postulado da proporcionalidade”.

Adotando-se a teoria de Pontes de Miranda sobre o fato jurídico, no sentido de que fato jurídico “é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (1983, p. 20) e que é o fato jurídico que dá eficácia a regra jurídica, ou seja, “não é a regra jurídica que fica entre o suporte fático e a eficácia; é o *fato jurídico*” (p. 73), parece adequado dizer que o fato consumado pelo tempo e, eventualmente, por outros suportes fáticos (realização de procedimentos cirúrgicos, alienação judicial de bens etc.), é fato jurídico porque é juridicizado<sup>27</sup> tanto pelos princípios constitucionais, como o da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais, da supremacia do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da legitimidade das decisões judiciais, da duração razoável do processo, da boa-fé, quanto pelos princípios processuais,<sup>28</sup> como da instrumentalidade da forma, do processo como resultado, da proporcionalidade, da efetividade e do atendimento pelo juiz aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum. De modo que, sendo fato jurídico o fato consumado, a sua eficácia é consequência desta relação de conformação entre a regra/princípio jurídico, seja constitucional ou processual, e o suporte fático.

Como afirma Marcos Bernardes de Mello (1985, p. 37), “a norma jurídica é quem define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia”. Em âmbito processual, pode-se afirmar que o “ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento” (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 33), podendo ser praticado dentro ou fora dos autos do processo.<sup>29</sup>

Portanto, o suporte fático (fato consumado) pode ou não, como fato jurídico e superveniente, aplicar-se a estabilização da tutela antecipada, estabilizando ou desestabilizando o que estava estabilizado, porque sobre ele é aplicável a regra jurídica que, a depender do seu conteúdo relacionado a outros fatos jurídicos (dano, prejuízo, igualdade, interesse público, segurança jurídica etc.), pode dar ou não eficácia definitiva a estabilização da tutela antecipada satisfativa.

Na concepção de fato jurídico processual, o fato consumado como fato extraprocedimental, integra-se como suporte fático juridicizado e “processualizado” pelo direito material (princípios constitucionais) e pelo direito processual (princípios processuais),<sup>30</sup> para a declaração judicial na forma de sentença ou acórdão, que como fato jurídico processual final, dá eficácia continuativa ou descontinuativa a estabilização da tutela antecipada satisfativa.

Em âmbito processual, portanto, o fato jurídico processual pode ser assim distinguido: o plano da existência é a alegação petítória da parte acerca da ocorrência do fato consumado nos autos do processo; o plano da validade, o reconhecimento de regra jurídica processual que reconheça, sem



vício, e, portanto, válida, a alegação e integração do fato consumado nos autos, decorrente, notadamente, da aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do processo, do não prejuízo, do resultado, da efetividade processual, da proporcionalidade; e, o plano da eficácia, se comporia da sentença reconhecadora do fato consumado que mantém a estabilização da tutela antecipada, ou, contrariamente, da sentença que não reconhece aplicabilidade ao fato consumado e, portanto, procede a revisão, reforma ou invalidação da decisão.

## 5. Conclusão

O instituto da estabilização da tutela antecipada, incluído no Novo Código de Processo Civil por influência doutrinária de Ada Pellegrini Grinover, terá o condão de fazer com que a decisão judicial que conceda uma tutela antecipada satisfativa mantenha-se incólume, produzindo efeitos se a parte contrária não agravar de instrumento desta decisão. Prestigia-se a satisfatividade da decisão judicial e a sua efetividade.

Eventual impugnação desta decisão então estabilizada deverá se dar por propositura de ação com este objetivo, já que a disciplina do NCPD determina que somente haverá contestação se a parte autora aditar a petição inicial, pedindo em tutela final a confirmação do pedido deferido antecipadamente. Se ino correr aditamento o processo será extinto sem julgamento do mérito, permanecendo estabilizada a tutela antecipada.

Dotou-se de prazo de dois anos para que a parte prejudicada demande contra a outra pedindo a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, prazo este que se não exercido faz extinguir o próprio direito de revisão, reforma ou invalidação. Não foi estabelecido no Projeto se há ocorrência de coisa julgada e, uma vez que a extinção é do próprio direito e não havendo trânsito em julgado, incabível se mostra o manejo de ação rescisória.

Diante deste contexto, pesquisou-se se a teoria do fato consumado, antiga criação pretoriana, poderia ser aplicada a estabilização da tutela antecipada, novel criação legislativa.

A teoria do fato consumado possibilita que mesmo diante da ausência dos requisitos legais, possa-se manter a eficácia da decisão satisfativa antecipada em razão de fundamentos de ordem principiológicos valorativos, fundadas no texto constitucional e decorrente do sistema processual. Trata-se de legitimação da jurisdição de adotar posicionamento diverso da delimitação legal, tomando-se como suportes fáticos do fato consumado o tempo e a realização de procedimentos irreversíveis.

A possibilidade ou não do que se denominou de estabilização da estabilização, ou seja, da aplicação da teoria do fato consumado à estabilização da tutela antecipada satisfativa depende de análise complexa da situação consolidada e dos tempos passado, presente e futuro, norteados pelos bens jurídicos tutelados e pela influência de qualquer decisão na vida das pessoas.

Entendeu-se que é possível a aplicação da teoria do fato consumado à estabilização da tutela antecipada desde que demonstrada a inexistência de lesão a direitos tuteláveis de terceiros, tanto de indivíduos quanto da coletividade e públicos, como também da demonstração de que efetivamente se tem presente a juridicização necessária para o reconhecimento do fato consumado.

Isto porque, sendo o fato consumado um fato jurídico juridicizado pelos princípios constitucionais e processuais, como os da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais, da supremacia do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da legitimidade das decisões judiciais, da duração razoável do processo, da boa-fé, da instrumentalidade da forma, da instrumentalidade do processo, do resultado, da proporcionalidade, da efetividade e do atendimento pelo juiz aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, é certo que não pode o exercício da jurisdição destituir a parte beneficiária de situação de fato consolidada pela própria jurisdição e que não causa prejuízo ao interesse público ou particular.

## 6. Referências

ALEXY, Robert (2001). *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy.

ARISTÓTELES (1984). *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão



inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Editor Victor Civita.

ARMELIN, Donaldo (2011). Tutela jurisdicional diferenciada. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (orgs.). *Princípios e temas gerais de processo civil. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT. vol. 1.

ASSIS, Carlos Augusto de (2014). Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil. In: AA.VV. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm. vol. II.

BAUERMANN, Desirê (2013). As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 224. p. 425-445. São Paulo: Ed. RT.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos (2007). *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

BOBBIO, Norberto (2007). *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2012. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27.09.2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal 5.869, de 11.01.1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2013. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em 27.09.2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal (2014). Projeto de Lei 186/2005: Modifica os §§ 4.º e 5.º o art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Acesso em 27.09.2014. Disponível em: [\[http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf\]](http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf).

BUENO, Cássio Scarpinella (2004). *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966*. 2. ed. São Paulo, Saraiva.

CAPPELLETTI, Mauro (1999). *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

CHIOVENDA, Giuseppe (1998). *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller.

COMPARATO, Fábio Konder (2004). O Poder Judiciário no regime democrático. *Estud. av.* vol. 18. n. 51. São Paulo, ago. 2004. Disponível em: [\[www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200008&lng=pt&nrm=iso\]](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20.10.2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (1997). *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUNHA, Leonardo Carneiro (2010). *A fazenda pública e juízo*, 8ª ed., São Paulo: Dialética.

\_\_\_\_\_. (2012). *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (2013). *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel (2008). *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros.

DWORKIN, Ronald (2000). *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

FAZZALARI, Elio (2006). *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller.



FERREIRA, Odim Brandão (2002). *Fato consumado – História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

GAJARDONI, Fenando da Fonseca (2007). Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). *Revista de Processo*. vol. 153. p. 99-... São Paulo: Ed. RT, nov. 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini (2005). Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *In, Revista de Processo*. vol. 30. p. 11-37. São Paulo: Ed. RT, mar.2005.

KELSEN, Hans (2011). *Teoria pura do direito*. 8. ed., 2. tir. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes.

LAMY, Eduardo de Avelar (2007). *Flexibilização da tutela de urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá.

\_\_\_\_\_; RODRIGUES, Horário Wanderley (2012). *Teoria geral do processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier.

LEONEL, Ricardo de Barros (2011). Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. n. 190. ano 48. p. 179-190. Brasília, abr.-jun. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme (2006). *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT.

\_\_\_\_\_. (2009). A jurisdição no Estado constitucional. Disponível em: [[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2174/1/A\\_Jurisd%C3%A7%C3%A3o\\_no\\_Estado\\_Constitucional.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2174/1/A_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf)]. Material da 4.<sup>a</sup> aula da disciplina Fundamentos do Direito Processual Civil, ministrada no curso de especialização televirtual em Direito Processual Civil – Unisul/IBDP/Rede LFG. Acesso em: 20.10.2014.

MELLO, Marcos Bernardes de (1985). *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva.

MELO, Osvaldo Ferreira de (1994). *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

Novo Código de Processo Civil: versão da Câmara dos Deputados (2014); redação final aprovada em 26.03.2014. Salvador: JusPodivm.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (1997). *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

PERELMAN, Chaim (1999). *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1983). *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1997). *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT.

\_\_\_\_\_. (2000). *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT. vol. 1.

TESSLER, Marga Inge Barth (2004). O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. *Revista CEJ*. n. 27. p. 95-101. Brasília, out.-dez. 2004.

TOLENTINO, Fernando Lage; PEDRON, Flávio Quinaud (2014). Sumarização da cognição nas tutelas de urgência e de evidência no projeto de novo Código de Processo Civil: expectativas e frustrações. In: AA.VV. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm. vol. II.

VIEHWEG, Theodor (1979). *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional (coedição do Ministério da Justiça e da Universidade de Brasília).

VILANOVA, Lourival (2003). O poder de julgar e a norma. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi/Ibet. vol. 1.

\_\_\_\_\_ (2003). A teoria do direito em Pontes de Miranda. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi/Ibet. vol. 1.

WEBER, Max (2009). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. UnB.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2005). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta.

ZAVASCKI, Teori Albino (2000). *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

---

1 Como refere Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 13): “Com efeito, o processo, como se sabe, é constituído por atos cujos efeitos se prolongam no tempo. Até onde esses efeitos processuais são atingidos ou modificados pela superveniência de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor? Como ou de que modo os fatos supervenientes estão diretamente relacionados com a modificabilidade ou resolução de efeitos processuais?”

2 Para Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 483), o conceito de coisa julgada é um dos temas mais polêmicos para ciência do processo civil, definindo, em sequência, que coisa julgada “é a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo ‘a lei do caso concreto’” (p. 484).

3 Art. 284, § 2.º: “A decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

4 O procedimento monitorio não está regulamentado no NCPC, motivo de contundente crítica de Ricardo de Barros Leonel (2011): “É um contrassenso o Projeto de Novo CPC e o Substitutivo aprovado no Senado preverem a possibilidade de estabilização dos efeitos das medidas de urgência e extirparem do seu texto a ação monitoria. E essa afirmação parte de uma constatação singela, e que não exige maior esforço. É que, embora a estabilização dos efeitos das medidas de urgência não se confunda com a ação monitoria, essas técnicas são análogas, e partem da mesma premissa prática: possibilidade de não oferecimento de resistência por parte do demandado que sabe que não tem razão. Além disso, exercem a mesma função operacional: obtenção da utilidade prática do processo, ou seja, a proteção do bem da vida, sem a necessidade de utilização do processo de tipo ordinário, em cognição plena e exauriente, e necessidade de julgamento do mérito” (p. 189).

5 Para Gajardoni (2007, p. 100), o “tempo constitui elemento não só necessário, mas imprescindível, em todo processo”.

6 A teoria em estudo tem sido aplicada pelo Poder Judiciário em variados temas (liberação de mercadoria apreendida, importação de produto sem atestado fitossanitário, saque de FGTS, eleições em conselho de classe profissional, construção em sítio tombado pelo patrimônio histórico nacional), mas, principalmente, nas questões atinentes ao direito à educação, como no ingresso, transferência e frequência de estudantes no ensino superior nas Universidades Públicas sem os requisitos mínimos para tanto e, ainda, no ingresso no serviço público sem o preenchimento dos requisitos contidos no edital de seleção (FERREIRA, 2002, p. 33-39).

7 “A precariedade, com efeito, é elemento característico de toda a decisão sobre tutela provisória” (ZAVASCKI, 2000, p. 114)

8 No NCPC, o art. 304, § 3.º diz que a “A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º”.

9 “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

10 Tópica, para Theodor Viehweg (1979, p. 33), é uma técnica do pensamento problemático. Aduz este autor que os *topoi*, sendo um repertório de pontos de vistas preparados de antemão, são temas fixos e diretivos continuamente retomados, são “clichês geralmente aplicáveis” (p. 38).

11 Fábio Konder Comparato (2004, p. 1) afirma que se “quisermos, portanto, verificar quão democrático é o Poder Judiciário no Brasil, devemos analisar a sua organização e o seu funcionamento, segundo os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade”.

12 Mauro Cappelletti (1999, 73) assevera que devemos “inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo”.

13 A concepção centrada no “livro de regras” ou centrada no texto legal seria aquela que entende que apenas as normas incluídas no texto jurídico devem ser seguidas, sem se adentrar no conteúdo das regras, enquanto a concepção “centrada nos direitos”, mais ambiciosa e complexa, seria aquela que retratasse e reconhecesse, dentro do Direito Positivo, os direitos morais, o que possibilitaria a sua imposição.

14 Robert Alexy (2001, p. 20) também questiona: “A pergunta é, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre esses julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados e justificados” (destaques no original). Ressalta, em continuação, que a resposta a estes questionamentos “tem um grande peso para o problema da legitimidade da regularização de conflitos sociais através das sentenças judiciais”.

15 Referência contida nas obras de Marga Inge Barth Tessler (2004, p. 96) e Odim Brandão Ferreira (2002, p. 160-161).

16 O processo, para Lamy e Rodrigues (2012, p. 6), é “um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais (os princípios constitucionais do processo), sobre uma base procedimental, tanto dentro quanto fora da jurisdição, não apenas com o objetivo de declarar direitos, mas principalmente com o objetivo de satisfazê-los no mundo dos fatos, na vida dos litigantes”.

17 No STJ, em relação à matrícula em Instituição de Ensino Superior, tem-se entendido que não “se aplica a teoria do ‘fato consumado’ às situações em que liminar vigorou por apenas seis meses. Tal teoria tem valia em hipóteses extremas, de modo a não eternizar liminares indevidas e a não gerar expectativas de definitividade em juízos proferidos em cognição não exauriente, apenas em razão da demora do Judiciário. Cogita-se sua incidência quando a liminar permite a realização do curso por três a quatro anos, caso em que o interessado estaria ‘prestes a concluir o curso’, o que não ocorreu. Precedentes do STJ” (EDcl na MC 19.817/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2.<sup>a</sup> T., j. 18.09.2012, DJe 24.09.2012).

18 A respeito, também do STJ: “Embargos de declaração. Recurso especial. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Verificação. Concurso público. Nomeação e posse consolidado pelo tempo. Omissão. Reconhecimento. Integração do acórdão embargado. Necessidade. Exercício do cargo por 16 (dezesesseis) anos. Teoria do fato consumado. Aplicação excepcional. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. Restabelecendo a sentença de procedência do pedido. 1. (...) 3. A jurisprudência deste Sodalício, em situações excepcionálíssimas, admite a incidência da Teoria do Fato Consumado, à luz do princípio da segurança jurídica e desde que preenchidos os requisitos para o cargo. 3.1. Na hipótese, o candidato-servidor, ora embargante, mediante liminar em medida cautelar prosseguiu no concurso, foi aprovado e tomou posse no ano de 1997, ou seja, há 16 (dezesesseis) anos. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para restabelecer a sentença de procedência do pedido inicial, assegurando a permanência do servidor no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional” (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 778.118/MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5.<sup>a</sup> T., j. 26.11.2013, DJe 05.12.2013).

19 Notícia divulgada no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272447&caixaBusca=N]. Acesso em: 28.09.2014.

20 Na referida notícia consta, textualmente: “Ao apresentar seu voto na sessão de hoje, o relator do caso, ministro Teori Zavascki, explicou que a candidata foi investida no cargo por força de medida cautelar – precária –, e não por uma decisão definitiva, de mérito, e ressaltou que o acórdão do TJRN que manteve a posse se baseou exatamente na chamada teoria do fato consumado. O ministro disse entender que quem requer – e obtém – ordem provisória, como são as liminares, fica sujeito à sua revogação. Para o ministro, o interesse da candidata não pode desatender o interesse maior, o interesse público. Com esse argumento, entre outros, o ministro votou pelo provimento do recurso”.

21 “O Min. Luís Roberto Barroso divergiu do relator e baseou seu voto na teoria da proteção da confiança nas decisões judiciais. Ao se manifestar sobre a tese em discussão, que para ele confronta a obrigatoriedade do concurso público e a teoria da proteção da confiança, Barroso chegou a propor algumas condicionantes para que o Judiciário analise casos que tratem da tese em questão. Para ele, devem ser levados em conta a plausibilidade jurídica do pleito, o tempo de permanência no cargo, a boa-fé do candidato e a instância judiciária que proferiu a decisão que embasou a investidura. A divergência foi acompanhada pelo ministro Luiz Fux”.

22 Não se pode deixar de registrar as lições de Ovídio Araújo Baptista da Silva, e a sua crítica ao culto e a visão clássica da ordinarização do procedimento. A seguinte passagem é ilustrativa: “Isso significa, naturalmente, a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência sim, no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é constituída por um ato criador de direito, portanto, um ato também de vontade. Esta será porventura uma solução indesejável ou insatisfatória? Não importa. É assim que as coisas acontecem, no domínio da experiência judiciária. Para vê-las, basta acordar do sonho do iluminismo e exorcizar nosso Processo de Conhecimento, arquivando-o como simples curiosidade histórica. Como já dissemos, este é o preço que a História nos cobra por sermos participantes de um época de profundas transformações sociais e políticas. Não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juízes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época” (1997, p. 213).

23 O STJ, conforme já referido em nota anterior, apesar de muitos julgamentos atestarem pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado nos casos de concurso público, diverge em outros tantos do entendimento do STF, ora cristalizado no julgamento referido na sistemática dos recursos repetitivos. Colhe-se, exemplificadamente: “Administrativo. Processual civil. Servidor público. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prosseguimento no certame. Medida precária. Cassação. Teoria do fato consumado. Aplicabilidade. Coisa julgada material. Ofensa. Não ocorrência. Precedentes do STJ. Agravo não provido. 1. Ausente a tríplice identidade entre os processos não há falar em ofensa à coisa julgada. 2. “O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Precedentes: REsp 900.263/RO, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 12.12.2007; REsp 1.130.985/PR, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 19.02.2010; REsp 960.816/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 12.11.2008; e AgRg no REsp 1.181.042/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 09.08.2010” (AgRg no REsp 1205434/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1.<sup>a</sup> T., *DJe* 27.08.2012). 3. Hipótese em que, por força de decisão judicial precária, proferida no bojo de anterior processo em que sua pretensão foi julgada improcedente, o agravado ocupada (*sic*) o cargo de Agente Penitenciário do Distrito Federal há mais de 10 (dez) anos, sendo cabível a aplicação da chamada ‘teoria do fato consumado’. Precedente: RMS 38.699/DF, rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1.<sup>a</sup> T., *DJe* 05.09.2013. 4. Agravo regimental não provido”. (AgRg no RMS 40.682/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1.<sup>a</sup> T., j. 03.06.2014, *DJe* 13.06.2014).

24 Pontes de Miranda (1983, p. IX), já no prefácio do Tratado de Direito Privado, enuncia: “No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens”. Enfatiza que com as regras do mundo jurídico, “consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite”.

25 Os escopos da jurisdição são, para este autor, o social, o político e o jurídico. Enfatiza que a “percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa” (p. 184).

26 “Ambiental e processual civil. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente-APP. Casas de veraneio. Margens do rio Ivinhema/MS. Supressão de mata ciliar. Descabimento. Art. 8.º da Lei 12.651/2012. Não enquadramento. Direito adquirido ao poluidor. Fato consumado. Descabimento. Desapropriação não configurada. Limitação administrativa. Dano ambiental e nexos de causalidade configurados. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. 1. Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8.º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental). 2. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF/1988). 3. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF. 4. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ. 5. Violado o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, pois o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do dano ambiental e o nexo causal (ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora), mas afastou o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes. 6. Em que pese ao loteamento em questão haver sido concedido licenciamento ambiental, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, uma vez afastada a legalidade da autorização administrativa. 7. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ). 8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido” (REsp 1394025/MS, rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 08.10.2013, *DJe* 18.10.2013).

27 Lourival Vilanova (2003), expondo sobre a teoria do direito de Pontes de Miranda, afirma que para este “o sistema jurídico é sistema empírico, sistema aberto às outras espécies de normas e aos fatos que se apresentam desprovidos de provisão normativa. Há um processo incessante de juridicização e de desjuridicização de normas e de fatos” (p. 402). E, Pontes de Miranda (1983, p. 6), propriamente diz: “A juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”; ou melhor: “Se a regra jurídica diz que o suporte fático é suficiente, a regra jurídica dá-lhe entrada no mundo jurídico: o suporte fático *juridiciza-se* (= faz-se fato jurídico). Se ela, diante de fato jurídico, enuncia que o fato jurídico vai deixar de ser jurídico, isto é, vai sair, ou desaparecer do mundo jurídico, *desjuridiciza-o*. Ali, a regra jurídica é *juridicizante*; aqui, *desjuridicizante*” (p. 28).

28 Juridicizado por princípios processuais, o fato consumado pode ser considerado também como fato jurídico processual, na esteira do que descrevem Fredie Didier Júnior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2013). Neste particular, “os fatos jurídicos *lato sensu* processuais, podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais” (p. 33).

29 Sendo o fato jurídico extraprocedimental, ele “se integraria ao procedimento pela alegação, no processo, de sua ocorrência” (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2012, p. 35).

30 Expõe Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 106): “O juiz deve, ao proferir sua sentença, tomar em consideração o fato superveniente, mesmo que isso implique mudança na causa de pedir *remota*. Impõe-se, entretanto, que sejam respeitados o contraditório, os deveres de cooperação e os deveres de lealdade e boa-fé processuais, não devendo ser permitida tal modificação se houver tumulto processual ou prejuízo à defesa do réu”.