

Antecipação de tutela em caráter antecedente e sua estabilização

Por Márcio Candido da Silva. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor de Direito Processual Civil na Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Advogado em São Paulo.

A tutela antecipada e a tutela cautelar representam espécies de tutela provisória, segundo a classificação do novo CPC, no entanto, ao contrário da tutela cautelar, que é preventiva e sempre fundada na urgência, a tutela antecipada tem caráter satisfativo e pode se fundar na urgência ou na evidência do direito. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*), consoante dispõe o art. 300, *caput* do CPC; de outro lado, a tutela antecipada de evidência não é fundada na urgência, mas na manifesta certeza do direito, emanada a partir da incidência de alguma das hipóteses constantes do art. 311 do CPC.

Ao contrário da tutela de evidência, que sempre é concedida em caráter incidental, haja vista a ocorrência de alguma das hipóteses constantes do art. 311 do CPC, verificáveis a partir da propositura da ação, a tutela antecipada de urgência pode ser requerida em caráter incidente ou antecedente (art. 294, parágrafo único, CPC).

Tratando-se de pedido em caráter incidental, não há maiores problemas sobre o rito procedimental para sua concessão, pois requerida com a petição inicial, juntamente com o pedido principal, ou mesmo no curso do processo, o juiz poderá concedê-la *inaudita altera parte* ou depois de ouvido o réu (art. 300, § 2º, CPC), podendo condicionar sua concessão à prestação de caução real ou fidejussória ou dispensá-la em razão do estado de hipossuficiência da parte (art. 300, § 1º, CPC). De qualquer forma, uma vez concedida, diante de sua provisoriedade, poderá ser confirmada ao final, com a procedência da ação, ou revogada, diante da improcedência do pedido principal, sujeitando-se a recurso de agravo de instrumento, se deferida em caráter interlocutório (art. 1.015, inc. I, CPC) ou à apelação recebida no efeito meramente devolutivo, se concedida na sentença (art. 1.012, § 1º, inc. V, CPC).

A regulação do novo CPC, com maior detalhamento, está exatamente na concessão da tutela antecipada fundada na urgência requerida de forma antecedente, pois a lei processual permite que o autor limite-se na petição inicial a formular o pedido antecipatório, sem prejuízo de ulterior complementação com o pedido principal. Para tanto, deverá indicar na inicial que pretende restringir-se, num primeiro momento, ao pedido antecipatório, para aditamento posterior da inicial, com o pedido da tutela principal, a teor do art. 303, § 5º, CPC. Segundo tal dispositivo, o autor indicará na petição inicial que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303, ou seja, de que se restringirá ao pedido antecipatório, procedendo a apresentação do pedido de tutela principal em momento posterior, nos termos do art. 303, § 1º, inc. I do CPC (se deferida a medida) ou do art. 303, § 6º, CPC (se indeferida a medida). No entanto, deferida ou não a medida, caso não seja aditado o pedido de tutela principal no prazo legal, o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, §§ 2º e 6º, CPC).

O que se quer destacar num primeiro momento é que se mostra possível que a ação se preste, tão-somente, para concessão da tutela antecipada sem que se avance na análise do pedido principal, pois se deferida a medida antecipada requerida em caráter antecedente e o réu não venha agravar da decisão (art. 304, *caput*, CPC), bem como o autor não proceda ao aditamento da petição inicial no prazo de 15 dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1º, inc. I, CPC), o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º c/c art. 304, § 1º, CPC), mantendo-se a tutela antecipada, que se torna estável (art. 304, *caput*, CPC), embora possa ser revista ou invalidada em ação autônoma (art. 304, § 2º, CPC), desde que tal ação seja proposta num prazo de 2 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, § 5º, CPC). A

consequência deste entendimento é de que a não interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar, de que trata o art. 304, *caput* do CPC torna preclusa a questão dentro do processo, mas não impede que a questão seja revista em ação autônoma, de que trata o art. 304, § 2º do CPC.

Permitindo o novo CPC que a tutela antecipada seja deferida sem que se avance à análise da tutela principal, adota o código um procedimento sumarizado, mediante a aplicação de uma técnica satisfativa monitoria *secundum eventum defensionis*. No procedimento de cognição exauriente o juiz conhece da questão principal com plena dilação probatória, enquanto no procedimento sumarizado a cognição é sumária, porquanto limitada à análise da presença dos pressupostos que autorizam sua concessão, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Esmiuçando as regras procedimentais para fins de concessão de tutela antecipada na forma antecedente, tem-se que o pedido será feito por meio de petição inicial, em que o autor justificará a necessidade da medida (fatos e fundamentos jurídicos do pedido – *fumus e periculum*), restringindo-se a indicar o pedido de tutela final, sem apresentação de sua fundamentação e pedido (art. 303, *caput*, CPC), devendo também indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º, CPC), constando no pedido que pretende valer-se da possibilidade de formulação exclusiva de antecipação de tutela num primeiro momento para ulterior complementação do pedido de tutela principal (art. 303, § 5º, CPC). Uma vez concedida a medida em caráter liminar, com ou sem justificação prévia, condicionada ou não à prestação de caução pelo requerente, o autor deverá aditar a petição inicial no prazo de 15 dias ou em prazo maior fixado pelo juiz (art. 303, § 1º, inc. I, CPC). Aditado o pedido, segue-se a citação do réu para responder ao feito (art. 303, § 1º, inc. II, CPC), sendo que ele poderá ser citado para audiência preliminar de conciliação ou mediação, salvo se o autor optou na exordial pela sua não realização (art. 319, inc. VII, CPC), hipótese que o réu será citado para contestar a ação. No entanto, ainda que o autor tenha se manifestado positivamente pela audiência preliminar de conciliação ou mediação, faculta a lei processual ao réu que se manifeste pela sua não realização, no prazo de 10 dias de antecedência à data da audiência, hipótese em que o protocolo de sua petição determinará o termo inicial do prazo de 15 dias para ofertar a sua contestação (art. 335, inc. II, CPC).

Embora o § 1º do art. 303 do CPC não seja claro, impõe-se reconhecer que a citação do réu deverá ser posterior ao aditamento da petição inicial, para que ele possa se manifestar sobre o pedido principal, sem prejuízo quanto à concessão liminar da medida, de o réu interpor recurso de agravo de instrumento no prazo de 15 dias (art. 1.015, inc. I, CPC). Não sendo o caso de concessão da medida liminar, o juiz a indeferirá e, sem prejuízo de interposição de recurso de agravo de instrumento pelo autor (art. 1.015, inc. I, CPC), este será intimado na própria decisão de indeferimento, para que emende (*rectius*=adite) a petição inicial no prazo de 5 dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º, CPC). A partir daí a ação segue seu curso normal, segundo as regras procedimentais do rito comum ou especial, conforme o caso.

Sendo deferida a medida requerida em caráter liminar, a única forma de o réu tentar obstar seus efeitos está na interposição de recurso de agravo de instrumento. Não interposto agravo de instrumento, a decisão torna-se estável (art. 304, *caput*, CPC) e o processo será extinto, caso o autor não adite a petição inicial (art. 304, § 1º, CPC). Se indeferida a medida requerida em caráter liminar, será oportunizado ao autor o aditamento da petição inicial, com a formulação do pedido de tutela principal, no prazo de 5 dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC).

Perceba que o recurso de agravo de instrumento leva a questão decidida ao tribunal, a quem competirá apreciar a insurgência do réu contra a decisão que antecipou a tutela, muito embora, como é cediço, o agravo de instrumento oportuniza ao juiz *a quo* a revisão de sua decisão, com base nos elementos de prova trazidos pelo réu no agravo, de modo que poderá retratar-se de sua decisão, por força do art. 1.018 do CPC, tornando prejudicado o julgamento do agravo de instrumento (§ 1º, art. 1.018, CPC). Evidente, que da decisão de retratação caberá agravo de instrumento interposto pelo autor da ação,

sem prejuízo da intimação do autor para aditamento da inicial, em 5 dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º, CPC). E, de outro lado, o provimento do agravo de instrumento também determinará a revogação da medida, porém, neste momento, se o autor já aditou a inicial, o processo seguirá seu curso até o final, em que se promoverá a resolução de mérito da tutela principal; caso o autor não tenha aditado a inicial, o processo será extinto sem resolução de mérito, sem prejuízo de o autor intentar a ação com o pedido de tutela principal a qualquer tempo.

Este procedimento sumarizado para concessão de antecipação de tutela, sem o avanço na análise do pedido de tutela principal, tem sua origem no sistema francês, mas a estabilização da tutela é uma inovação brasileira que requer uma melhor apreciação.

Importante consignar que a estabilização da tutela antecipada somente será possível em procedimento antecedente, porquanto o art. 304, *caput* do CPC diz que a tutela antecipada torna-se estável se concedida nos termos do *caput* do art. 303 do CPC, ou seja, em procedimento antecedente com pedido exclusivo de antecipação de tutela, sem complementação ulterior do pedido de tutela principal. Não interposto o recurso de agravo contra a decisão liminar e não aditada a petição inicial com o pedido de tutela principal, o provimento torna-se estável, isto é, embora não ganhe força de coisa julgada (art. 304, § 6º, CPC), torna-se imutável naquele processo em que foi obtido. Ou seja, torna-se preclusa a possibilidade de sua reversão naquele processo em que a antecipação de tutela foi deferida. No entanto, nos próximos dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, § 5º, CPC), a tutela antecipada poderá ser revista, reformada ou invalidada em ação própria (art. 304, §§ 2º e 5º, CPC). Porém, após este interregno, o provimento antecipado não poderá mais ser modificado em ação específica para tal intento, muito embora possa sofrer alteração diante da propositura da ação com o pedido de tutela principal, porque tal ação se desenvolve mediante cognição plena e exauriente e tem por escopo a apreciação da tutela principal, de modo que caso seja julgada improcedente o pedido de tutela principal, pode ocorrer que não haja compatibilidade da manutenção da antecipação de tutela diante da resolução do mérito promovida.

Destarte, a tutela estabilizada provisoriamente pela não interposição do recurso de agravo de instrumento de que trata o art. 304, *caput* do CPC e pelo não aditamento da petição inicial no prazo de 15 dias ou em prazo fixado pelo juiz (art. 303, § 1º, inc. I, CPC), que implicou na extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 2º c/c art. 304, § 1º, CPC), e definitivamente estabilizada pelo não ajuizamento da ação de revisão, reforma ou invalidação que deveria ter sido proposta no prazo de dois anos, de que menciona o § 5º do art. 304 do CPC, poderá ainda tornar-se sem efeito por força do julgamento da ação que veicula o pedido de tutela principal, diante de sua incompatibilidade com a solução desta demanda, sendo que a antecipação de tutela estabilizada não faz coisa julgada, a teor do que preconiza o § 6º do art. 304 do CPC, de modo que poderá ser modificada caso não se coadune à resolução de mérito acerca da tutela principal, da qual a tutela provisória é meramente acessória.