

Da Tutela Antecipada Antecedente no Novo CPC - Breves Observações -

Daniel Vianna Vargas

Juiz de Direito TJERJ, Mestre em Direito - Universidade de Barcelona (UB) e Universidade Pompeu Fabra (UPF).

INTRODUÇÃO

No recorrente tema das tutelas diferenciadas¹, o novo Código de Processo Civil apresenta algumas novidades. Estabelecendo a tutela provisória como gênero – em contraposição à tutela definitiva – efetuada a distinção pelo grau de profundidade da cognição e extensão probatória – aponta o legislador duas espécies, a saber: da tutela de urgência e da tutela de evidência.

Partindo da imperiosa distribuição do ônus do tempo no processo – devendo suportar os efeitos deletérios do tempo a parte que não tem razão² – trabalha o legislador com juízos de probabilidade. Sendo a tutela definitiva aquela proferida com base em juízo de “certeza”, as tutelas provisórias são analisadas e concedidas de acordo com o grau de probabilidade do direito afirmado.

1 COMOGLIO, Luigi Paolo. “Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, p. 1530, 2008.

2 “A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada. Ainda mais evidente é a necessidade da pronta tutela da parte da demanda que se tornou incontroversa no curso do processo (art. 273, § 6.º, do CPC). Seguindo-se o clássico e antigo princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo. Portanto, se a tempestividade exige que a tutela jurisdicional seja concedida quando os fatos constitutivos estão evidenciados e o réu ainda procura provar um fato provavelmente infundado (hipótese vista há pouco), não pode haver dúvida sobre a imprescindibilidade de a técnica processual viabilizar a pronta e imediata tutela da parcela da demanda sobre a qual não mais existe controvérsia fática. Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. *Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, cit., p. 370-371).

Evidente o direito – diante da prova documental pré-constituída e da ausência de seriedade da postura defensiva do réu – prescinde-se de qualquer outro critério para a concessão da medida provisória, na conformidade do disposto no art. 311 do novo CPC.

Ausente a carga robusta de probabilidade – evidência – exige o ordenamento a perquirição de outro adjetivo para possibilitar a concessão de tutela não calcada em cognição exauriente. Média ou mínima a probabilidade do direito afirmado (acepção extraída da impossibilidade de juízo mais assertivo em função da sumariiedade da cognição), necessário que a parte alegue e o julgador reconheça, igualmente, a urgência na providência pleiteada para o deferimento da tutela provisória.

Logo, evidência e urgência são espécies de tutela provisória, sendo certo que são subespécies da tutela de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Embora não objeto do presente estudo, relevante ressaltar que a tutela provisória de evidência será sempre satisfativa e incidental, sendo mesmo incongruente pensar-se em tutela cautelar ou preparatória de evidência.

1. DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela satisfativa provisória incidental é a providência positivada desde 1994 no art. 273 do CPC/1973, com poucas alterações substanciais no novel diploma.

Não obstante, o legislador traz nos artigos 303 e 304 do NCPC inédito(?) instrumento posto à disposição da parte que pretende a satisfação antecipada dos efeitos da tutela final com base em decisão provisória. Trata-se da tutela antecipada antecedente, mecanismo através do qual poderá a parte pleitear medida de urgência satisfativa em oportunidade anterior à própria propositura da chamada ação principal.

Permite-se que a parte destaque o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, demandando – ao menos inicialmente – unicamente para a obtenção da medida provisória, deixando ao talante do réu o ônus da instauração do contraditório. Técnica conhecida como monitorização.

Diante dos demais regramentos estabelecidos pelo novo CPC, infere-se clara inspiração nos institutos previstos no art. 484 do *code de procédure civile* francês³ e do art. 669 octies do *código de procedura civile*

3 GUINCHARD, "Procédure civile – Droit interne e droit communautaire", p. 308: *C'est que les juges des référés e des requêtes remplissent, historiquement, une fonction propre: ils permettent d'assurer la protection juridictionnelle*

italiano, especialmente quanto à possibilidade de estabilização da medida liminarmente deferida em caso de inércia. Saliente-se, contudo, que nos instrumentos estrangeiros a inércia relevante não é somente a do réu, mas, igualmente, a do autor, para fins de estabilização.

Perceba-se que, com mais veemência do que o sistema francês, o modelo italiano praticamente rompe o nexo de causalidade instrumental obrigatório entre a cognição sumária e a cognição exauriente. Admite-se a estabilização da tutela de urgência sem que haja necessidade da instauração do procedimento de cognição plena. Neste aspecto, o legislador encampou diretamente o instrumento previsto no art. 669 *octies* da *novela* (reforma havida pela Lei n. 69 de 18/06/2009)⁴.

Necessário destacar que – ao risco de eternizar-se o déficit de legitimidade democrático inerente à Jurisdição – não se cogita da coisa julgada material sobre o provimento antecipado de urgência estabilizado, pela ausência do contraditório efetivo. Tal preocupação ocorre de forma equivalente no direito comparado. Daí a previsão expressa do § 6º do art. 304 do novo CPC.

Não sendo os integrantes do Judiciário oriundos da democracia direta, eleitos pelo povo, necessário legitimar sua atuação, seja pelo aspecto formal com sua fonte de validade na própria Constituição, seja pela participação das partes no processo, através do contraditório efetivo. Nesse sentido, a tese da *legitimação pelo procedimento*, proposta por Niklas Luhmann⁵. Célebre doutrinador pátrio⁶ adverte que não é a mera observância do procedimento que legitima as decisões, mas também a efetiva participação das partes no processo, concluindo ser melhor a assertiva *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*.

provisoire des justiciables. Or celle-ci est un devoir de l'État dans tous les cas où il existe une situation urgente. En effet, chaque citoyen renonce, en vertu du pacte social, à se faire à lui-même justice et accepte de soumettre à un juge les contestations qui pourraient survenir. Or le processus juridictionnel, auquel il consent de la sorte, requiert du temps. La durée du procès ordinaire se trouve ainsi au cœur d'un profond paradoxe : légitime et nécessaire, elle peut aussi, lorsque la situation présente une certaine urgence, faire obstacle à l'efficacité de la protection juridictionnelle attendue par le citoyen, faute d'être rendue effective en temps opportun. Dès lors, l'État ne saurait, sans incohérence, à la fois priver les citoyens de leur droit à la justice privée et s'abstenir de leur proposer une protection juridictionnelle adaptée pour les situations urgentes ; dans ce cas en effet, il opposerait aux citoyens une forme de déni de justice. (...) L'institution des juges spécialement dotés de la juridiction du provisoire, du pouvoir de rendre des mesures provisoires, répond précisément à cet impératif d'une protection juridictionnelle provisoire adaptée.

4 *In verbis*: “L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa. L'autorità del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo”.

5 LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**. E. UNB. “A função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis”.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel, **Fundamentos do processo civil moderno**, t. I, 5a. ed, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 124.

Requerida a tutela antecipada antecedente, atendidos os pressupostos do art. 303 do novo CPC e deferida a liminar, surge para o réu, com a intimação da decisão, o ônus de interpor o recurso adequado para evitar a estabilização da medida, a saber: agravo de instrumento (art. 1015, I do novo CPC)⁷.

Não interposto o recurso, estabiliza-se a tutela antecipada antecedente e extingue-se o processo, à luz da disposição expressa do art. 304, *caput* e § 1º do novo CPC.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

Não se cogita aqui de prolação de sentença extintiva do processo, sendo a extinção meramente declarada, de forma similar ao que ocorre na ação monitória no caso do não cumprimento ao mandado de pagamento e da não interposição dos embargos (não é gratuita a conceituação da técnica como monitória). Prolata-se decisão declarando a estabilização da tutela antecipada antecedente deferida, extinguindo-se o processo, nos termos do dispositivo citado. O que se estabiliza é a decisão liminar e não aquela que extingue o processo⁸.

De fácil constatação, portanto, que defendemos a prevalência da extinção do art. 304 sobre o prazo de aditamento do art. 303. Ora, somente se institui o ônus do aditamento da inicial pelo autor caso haja a interposição do recurso tempestivo e adequado pelo réu. Imaginemos a situação: caso corram em conjunto o prazo para aditamento e o prazo para interposição do recurso haveria a possibilidade de – após o aditamento da inicial pelo autor e, dessa forma, instaurada a demanda principal – ocorrer a estabilização da tutela antecipada antecedente com a extinção do processo. Flagrante a inutilidade do aditamento em tal hipótese.

Na linha de raciocínio que propagamos, entretanto, necessário apontar o termo *a quo* do prazo de aditamento em caso de interposição do recurso pelo réu.

7 MITIDIERO, "Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil", p. 17; in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

8 Em sentido contrário ao defendido no texto. Idem, Mitidiero: "No Código, o meio que dispõe o réu de evitar a estabilização da antecipação da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 302, *caput*). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (art. 302, § 1º) – obviamente *com resolução do mérito favorável* ao demandante. A decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo (art. 302, § 3º)".

Sendo certo que no novo sistema permanece a interposição do recurso diretamente no segundo grau, sem obrigatoriedade mesmo de comunicação no juízo de primeiro grau, inviável se faz a contagem do prazo a partir da interposição do agravo de instrumento – pela simples ausência de conhecimento de tal ato pelo juízo de primeiro grau.

Mas não só por essa razão. Uma vez estabelecido que a ausência de interposição de recurso estabiliza a tutela antecedente com a extinção do processo, os mesmos efeitos ocorrerão no caso de não conhecimento do recurso ou na hipótese de seu não acolhimento. Seja por razões de admissibilidade, seja pela rejeição no mérito do recurso, o fato é que a não obtenção da reforma da decisão liminar acarretará na sua estabilização com extinção do processo.

Assim sendo, defendemos que o prazo do aditamento da inicial para o autor (leia-se: propositura da ação principal) somente corre após o trânsito em julgado da decisão favorável no agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente.

Utiliza-se o direito comparado, mais uma vez, para justificar tal conclusão, levando-se em conta o conceito de resistência “séria” do direito francês, revelando que somente esta seria capaz de impedir a estabilização da liminar no *referé du provision*.

De toda sorte, não existe grande novidade no que se afirma, bastando remeter o leitor às consequências do insucesso dos embargos monitorios, idênticas àquelas oriundas da inércia do réu.

Logo, somente o conhecimento e acolhimento, ainda que parcial, do agravo de instrumento revelaria a seriedade da resistência que impediria a estabilização da tutela. Recordemos que o próprio sistema das tutelas diferenciadas já prevê situação análoga: não sendo considerada a resistência do réu como capaz de, nem mesmo em tese, modificar a probabilidade da alegação autoral, torna-se possível a concessão da tutela – ainda que sem o pressuposto da urgência – nos casos da tutela de evidência, tanto a provisória, quanto a definitiva, esta última nos casos de decisão antecipada parcial de mérito. Reconhecimento da conduta protelatória e contrária ao dever de cooperação (art. 6º novo CPC) que faz pender a carga do ônus do tempo do processo.

No que concerne à estabilização, ainda que não se admita a formação da coisa julgada material após o esgotamento do prazo de dois anos para a propositura da ação revocatória, ante a dicção do § 6º do art. 304,

operando-se a imunização e indiscutibilidade pelo fenômeno da decadência, o fato é que a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente alcançará alto grau de estabilidade.

Em termos práticos, a única distinção seria o fundamento para a extinção da ação que trouxesse a rediscussão da matéria, inviabilizando o reconhecimento da coisa julgada – efeito negativo –, operando-se a resolução do mérito pelo reconhecimento da decadência.

Por fim, questiona-se que a inércia do réu teria o condão de impedir o prosseguimento da ação principal, ante a estabilização da tutela antecipada antecedente e a extinção do processo. Teria o autor o direito de prosseguir com a ação principal, mesmo no caso da estabilização ou necessitaria ingressar com demanda autônoma? Nunca demais recordar que o autor, ao formular o pedido de tutela antecipada antecedente, recolhe custas tendo como base para aferição da taxa judiciária o pedido final (art. 303, § 3º novo CPC).

Casuística pode ser interessante para delimitação do problema. Imaginemos a necessidade de determinada intervenção cirúrgica em caráter de urgência, tendo o seguro-saúde negado a internação pela ausência do cumprimento do prazo de carência, levando ao agravamento da condição física do paciente. No atual sistema, necessário que a parte ingresse com demanda integral, formulando o pedido de condenação em obrigação de fazer – internação – em sede de antecipação de tutela e demais pedidos correlatos, v.g., declaração de nulidade da cláusula contratual, condenação na reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Imperioso trazer os fatos e fundamentos de todos os pedidos, com causa de pedir – remota e próxima – e pedidos certos e determinados.

Diante do novo CPC, viável à parte utilizar-se do instrumento da tutela antecipada antecedente e pleitear somente a determinação da realização da cirurgia, deixando para discussão na ação principal dos demais pedidos.

Concedida a liminar, intimado, necessário que o réu saiba – nesse momento – se haverá ou não o prosseguimento da ação para discussão quanto à validade da cláusula contratual e da responsabilidade civil, permitindo a análise da conveniência da interposição do recurso ou a viabilidade econômica e jurídica da estabilização da liminar – sem possibilidade de coisa julgada material. Somente dessa forma o instrumento será frutífero em termos práticos, evitando a eternização do contencioso e servindo como filtro recursal.

Ora, se deixamos ao critério do autor a opção pelo prosseguimento da ação principal após o conhecimento da estabilização, esvaziamos o escopo do instituto.

Dessa forma, defendemos que, em obediência ao dever de cooperação (art. 6º), princípio da boa-fé (art. 5º do novo CPC) e contraditório efetivo (art. 7º e 10 do novo CPC), o autor deverá expressar na inicial da tutela antecipada antecedente que pretende o prosseguimento da ação principal, ainda que ocorra a estabilização pela não interposição, pelo não conhecimento ou pelo não provimento do recurso. Trata-se de pressuposto da inicial da tutela antecipada antecedente e, em caso de omissão, deverá o juiz determinar sua emenda. Em não o fazendo, ocorrida a estabilização, preclusa a oportunidade de prosseguimento, acarretando na extinção do processo.

CONCLUSÃO

Para que seja possível alcançar os objetivos previstos pela Comissão de Juristas, a interpretação dos artigos 303 e 304 do novo CPC deve ser sistemática e, principalmente, teleológica, permitindo extrair do instituto da tutela antecipada antecedente os frutos colhidos no direito comparado. Seja no *referé du provision* francês, seja na medida prevista no art. 669 do CPC italiano, o grande mote do instituto é abreviar ou mesmo excluir o litígio, com a estabilização da medida liminar deferida por opção das partes – manifestada essa opção pela inércia. Embora tímido o legislador – uma vez que a inércia de ambas as partes resulta na estabilização nos sistemas europeus assinalados – imperiosa a compreensão do operador pátrio da utilização do instrumento como método de composição alternativa de conflitos, entendida esta como contraponto ao arcaico (apesar do novo rótulo) método ordinário do processo pelo rito comum, com todos seus notórios entraves. ❖

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo CPC anotado**, 2015, ed. Saraiva.

DIDIER JR. Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 17ª edição, 2015, volumes 1 e 2, editora Jus Podivm.

FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo).

GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, volumes I e II, 3ª edição, 2015, ed. Forense.

IMHOF, Cristiano e outra, **Novo CPC comentado**, 2015, Lumen Juris.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 56ª edição, 2015, ed. Forense.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros, **Breves Comentários ao Novo CPC**, 2015, editora RT.