

AUTONOMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Daniel Mitidiero

Fugindo ao desenho tradicional da tutela antecipada, o legislador brasileiro inovou ao tornar procedimentalmente autônomo o juízo sumário que leva à concessão da tutela antecipada (artigo 301)¹. Em uma palavra: *autonomizou* a tutela antecipada. Trata-se de uma opção que tem como objetivo principal viabilizar a introdução do mecanismo da *estabilização da tutela antecipada* no direito brasileiro (artigo 302).

Requerendo expressamente o autor na petição inicial (artigo 301, § 5º), nos casos em que a “urgência for contemporânea à propositura da ação” (artigo 301, *caput*), 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, do valor da causa como um todo (artigo 301, § 4º) e do perigo na

demora². A leitura do artigo 301 suscita desde logo três observações.

A primeira é que qualquer *tutela satisfativa do direito* pode ser postulada mediante tutela antecipada antecedente. Está fora do alcance do artigo 301 – e, portanto, do artigo 302 – qualquer espécie de *tutela cautelar*, cujo regramento se encontra nos artigos 303 a 308. A segunda é que o pedido de tutela antecipada antecedente está limitado à *urgência* à propositura da ação, estando excluída a possibilidade de tutela antecipada antecedente – e, portanto, estável – nos casos de *tutela da evidência*. Embora tecnicamente possível, como mostra a experiência do *référé*

1 As alusões aos artigos do Projeto do Novo Código de Processo Civil levam em consideração a versão divulgada no sítio do Senado Federal em dezembro de 2014, isto é, a versão aprovada na comissão especial destinada a examiná-lo.

2 O legislador alude ainda no final do *caput* do artigo 301 ao “risco ao resultado útil do processo”, expressão notoriamente ligada a um determinado período da história do processo civil em que a tutela cautelar era vista como uma tutela ao processo e não como uma tutela do direito material. É claro, porém, que está fora do âmbito dos artigos 301 e 302 a tutela cautelar antecedente. Daí que a referência ao “risco ao resultado útil do processo” nesse particular tem de ser vista como um evidente descuido do legislador. A tutela cautelar antecedente é assunto dos artigos 303 a 308.



Daniel Mitidiero

Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia (UNIPV – Itália). Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – Brasil). Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS. Membro da International Association of Procedural Law (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

provision francês (artigo 809, *Code de Procédure Civile*), nosso legislador optou por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A terceira é que a qualificação da *urgência como contemporânea* no *caput* do artigo 301, embora à primeira vista possa sugerir uma *restrição* ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo *incentivo* que o legislador viabiliza ao autor para *sumarizar formal e materialmente o processo* com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente *não difere* do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela antecipada.

Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo que o juiz fixar (artigo 301, § 1º, inciso I). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (artigo 301, § 3º). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (artigo 301, § 2º).

Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (artigo 331). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (artigo 332).

Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o *aditamento* da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (artigo 301, § 6º). O legislador fala em *emenda* à

petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o artigo 329: trata-se de *aditamento da petição inicial* a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o artigo 301, § 1º, inciso I.

A questão que ora mais interessa, porém, está ligada à hipótese em que a *tutela antecipada é deferida*, ocorre o *aditamento da petição inicial* pelo autor e é *cientificado o réu da decisão* que concede a tutela sumária. Isso porque o processo só prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação, *se o réu interpusse agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela* (artigo 302). Se não o fizer, a *decisão torna-se estável* e o *processo é extinto* (artigo 302, §§ 1º, 3º, 5º e 6º). Vale dizer: o juízo a respeito da tutela antecipada permanece procedimentalmente autônomo e a decisão provisória torna-se estável. Com isso, incentivado pela doutrina³,

3 A proposta é notoriamente devida a Ada Pellegrini Grinover, “Proposta de alteração ao Código de Processo Civil. Justificativa”, Revista de Processo, pp. 191/195, n. 86, e “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”, Revista de Processo, pp. 11/37, n. 121. Nessa linha, essencialmente, José Roberto dos Santos Bedaque, “Estabilização das tutelas de urgência”, Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, pp. 660/683. Ademais, a proposta de inversão do contraditório ligada à autonomização da tutela sumária sempre permeou a doutrina de Ovídio Baptista da Silva (por exemplo, “O contraditório nas ações sumárias”, Da sentença liminar à nulidade da sentença, p. 283). Todavia, Ovídio Baptista da Silva não esclarece se, na sua visão, a tutela sumária poderia levar à coisa julgada – como no pensamento de Ada Pellegrini Grinover. Sobre a estabilização da antecipação da tutela na doutrina brasileira, André Tesser, Tutela cautelar e antecipação de tutela, pp. 159 e seguintes; Gustavo Paim, Estabilização da tutela antecipada, *passim*; Jânia Saldanha, Substancialização e efetividade do direito processual civil. A sumariedade material da jurisdição,

o legislador logra seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada.

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 (artigo 302, *caput*). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (artigo 302, § 1º) – obviamente *com resolução do mérito favorável* ao demandante. A decisão provisória projetará seus *efeitos para fora do processo* (artigo 302, § 3º).

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer *contestação* no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela *realização da audiência* de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de *economizar o recurso* de agravo e de emprestar a devida *relevância à manifestação de vontade* constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.

Não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá dentro do prazo de dois anos (artigo 302, § 5º), propor ação visando a *exaurir a cognição*

.....
passim; Guilherme Recena Costa, “Entre Função e Estrutura: Passado, presente e futuro da Tutela de urgência no Brasil”, Tutelas de urgência e cautelares, pp. 659/675.

– isto é, com o objetivo de *aprofundar o debate* iniciado com a ação antecipada antecedente (artigo 302, § 2º)⁴. O legislador vale-se aí da técnica da *inversão da iniciativa* para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (*contraditório eventual*). Nesse caso, a petição inicial da *ação sumária* tem de ser desarquivada para instruir a *ação exauriente*. Embora o artigo 302, § 4º, dê a entender que se trata de uma faculdade da parte, é fundamental que a petição inicial e a decisão anterior instruem o processo para fins de aferição dos limites do debate e da eficácia da decisão anterior. Trata-se de documento essencial. Como se trata de uma continuação do debate anterior, o juízo que conheceu da *ação antecipada* está prevento para conhecer da *ação final* (artigo 302, § 4º).

Por fim, conforme refere o § 6º do artigo 302, “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. O legislador refere que a decisão que concede a tutela antecipada *não fará coisa julgada (será apenas estável)*, mas seus efeitos *não poderão ser afastados de modo nenhum se, depois de dois anos, não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição*.

.....
 4 Como simples prosseguimento da ação antecedente, o processo oriundo da ação exauriente não implica por si só inversão do ônus da prova: a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da ação antecedente – agora réu na ação exauriente. Ao réu da ação antecedente – agora autor da ação exauriente – tocará, em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

A disciplina do direito brasileiro encontra ao que tudo indica inspiração nos procedimentos “*de référé*” (artigos 485 a 492) e “*sur requête*” (artigos 493 a 498) do direito francês e nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*” do direito italiano (artigo 669-octies, *Codice di Procedura Civile*). Do “*procédure sur requête*” o direito brasileiro importou a ausência do contraditório⁵ (nem o “*procédure de référé*”⁶, nem os “*provvedimenti d’urgenza*”⁷ prescindem do direito ao contraditório prévio). A eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano⁸.

O legislador é claríssimo ao afirmar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente *não faz coisa julgada*. Além de dizê-lo expressamente (artigo 302, § 6º), prevê ainda ação exauriente para o aprofundamento da cognição (artigo 302, §§ 2º e 5º). Contudo, a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada

na ação exauriente (artigo 302, § 6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “inafastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível”⁹.

É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (artigo 5º, inciso LIV, CRFB), criar vias alternativas ao procedimento comum¹⁰. Nada obsta, portanto, que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é *equiparar os efeitos* do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada.

Essa opção do legislador, portanto, remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado Constitucional. Somente a partir dessa perspectiva será possível analisar se semelhante opção é suportada pela nossa ordem constitucional. Sendo a obtenção de uma *decisão justa* uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que

5 Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, p. 517.

6 Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, p. 513.

7 Federico Carpi e Michele Taruffo, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, p. 2.434.

8 Edoardo Ricci, “Verso un nuovo processo civile?”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, pp. 214/216; Humberto Theodoro Júnior, “Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu”, *Temas atuais de tutelas diferenciadas: estudos em homenagem a Donaldo Armelin, passim*.

9 Como observa Sergio Menchini, “*Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato*”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, p. 878: é difícil “*individuare, per la produzione di effetti preclusivi, capaci di impedire, in processi successivi, la negazione, in tutto o in parte, del diritto di obbligazione, un titolo giuridico differente dell’autorità di cosa giudicata*”. Essa, aliás, a proposta de Ada Pellegrini Grinover, “Proposta de alteração ao Código de Processo Civil. Justificativa”, *Revista de Processo*, pp. 191/195, n. 86.

10 Remo Caponi, “*La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, p. 1.388/1.390.



remete para a necessidade de construirmos *procedimentos orientados à sua busca*, parecidos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A *eficácia bloqueadora* do direito fundamental ao processo justo¹¹, portanto, *impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada* na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição.

Isso quer dizer a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os *prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes* (por exemplo,

a prescrição, a decadência e a *supressio*)¹².

Em resumo: o *direito à adequada cognição da lide* constitui corolário do *direito ao processo justo* e determina a *inafastabilidade da ação exauriente* para formação da coisa julgada¹³. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.

11 Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Curso de direito constitucional, p. 710, em coautoria com Ingo Sarlet; Humberto Ávila, “O que é devido processo legal?”, Revista de Processo, pp. 50/59, n. 163.

12 Remo Caponi, “La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, p. 1.373.

13 Luiz Guilherme Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória, pp. 120/124.