

Estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente - um bicho de duas cabeças

Elpídio Donizetti*

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Aspectos gerais da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. 3 A estabilização da tutela antecipada: um bicho de duas cabeças. 4 Ação revisional da tutela antecipada estabilizada. 5 Questões suscitadas acerca da estabilização da tutela antecipada. 6 Conclusões.

1 Considerações iniciais

Desde o início da tramitação do anteprojeto no Senado Federal, no ano de 2009, tenho participado de discussões acerca dos institutos introduzidos pela novel legislação processual. No período da *vacatio legis*, os debates intensificaram-se. Já ouvi de tudo. Há aqueles que levam o garantismo processual às últimas consequências e complicam de tal forma a aplicação dos novos institutos, incluindo a tutela antecipada em caráter antecedente, que acabam tornando o processo extremamente moroso, com grave comprometimento dos fins visados pela reforma.

Uma das diretrizes da reforma processual teve em mira a resolução da lide com menos processo. O objetivo visado com a instituição do procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente foi a estabilização dos seus efeitos, que tem como consequência imediata a extinção do processo. Essa a razão por que se “autonomizou” o procedimento, nos moldes do que ocorre com a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, mas com consequências imediatas sobre o direito substancial afirmado pelo demandante, que dele, uma vez estabilizada a tutela, poderá usufruir, sem experimentar os ônus do desenvolvimento do processo até a ocorrência da coisa julgada.

De certa forma, este ensaio procura desmistificar o instituto da estabilização, haja vista que muitos integrantes da comunidade jurídica ainda a consideram um minotauro ou algum bicho de duas cabeças, que habita um labirinto situado entre a coisa julgada e a preclusão.

2 Aspectos gerais da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente

Concedida a tutela antecipada assim requerida - em caráter antecedente, por meio de petição incompleta -, a tutela pode tornar-se estável, dependendo da postura adotada pelo demandado, litisconsorte ou terceiro com legitimidade para impugnar a decisão.

Segundo disposto no art. 304, *caput*, a tutela torna-se estável se não interposto o respectivo recurso. Respectivo significa competente, devido, cabível. Qual o recurso respectivo? Em se tratando de decisão em tutela antecipada, gênero de tutela provisória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I. Assim, *caso o réu não interponha agravo de instrumento, a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, torna-se estável. A mens legislatoris é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar. É certo que na contestação o réu adquire a prerrogativa de ver a demanda decidida, levando-se em conta também as suas alegações. Ocorre que, na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação e da defesa, bem como do princípio da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto (art. 304, § 1º).*

Não obstante a extraordinária amplitude do direito de ação em mão dupla - exercido pelo autor com o ajuizamento da inicial e pelo réu ao contestar -, o legislador, sopesando outros princípios constitucionais, mormente o da celeridade, houve por bem impor um ônus ao autor, para que a sua demanda tivesse prosseguimento no caso de antecipação dos efeitos da tutela: a) o aditamento da petição inicial, desde que o pedido de tutela passível de estabilização tenha sido formulado em petição incompleta, presentes os demais requisitos; b) a interposição pelo réu do respectivo recurso (no sistema do novo CPC, o agravo de instrumento). De qualquer forma, ainda que aditada a petição inicial, o prosseguimento do procedimento, rumo à cognição exauriente, depende da interposição do recurso.

* Elpídio Donizetti é jurista, professor e advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/MG. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina. Fundador do Instituto Elpídio Donizetti (<http://www.portaliad.com.br>) e do Escritório Elpídio Donizetti Advogados (<http://www.elpidiodonizetti.com>). Entre outras, é autor das seguintes obras jurídicas: “O Novo Código de Processo Civil Comparado”, “O Novo Código de Processo Civil Comentado”, “Curso Didático de Direito Civil”, em coautoria com o prof. Felipe Quintella, e “Curso Didático de Direito Processual Civil”.

No caso específico, o não exercício da faculdade de recorrer implica um ônus, qual seja o obstáculo à posição jurídica de ver a demanda dirimida, levando-se em conta a postulação formulada na contestação. Estabilizada a demanda, no mesmo processo, as portas da justiça se fecham tanto para o autor quanto para o réu. Perderão eles, em decorrência do encerramento da relação processual, com julgamento da *situação estabilizanda*, o direito de prosseguir no procedimento rumo à cognição exauriente. Não esqueçamos de que a estabilização se dá nos exatos limites do que foi antecipado. Segundo a exposição de motivos do CPC/2015, "Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada". O prazo para rever, "reformular ou invalidar a tutela antecipada estabilizada" (a eficácia da medida concedida) é de dois anos. Não ajuizada essa revisional, a *situação estabilizanda* (probabilidade mais perigo ou a evidência) resta estabilizada. Contudo, essa estabilização não significa que tanto o autor quanto o réu não possam discutir o direito de fundo.

A extinção se dá com julgamento da *situação estabilizanda*, isto é, com o pronunciamento judicial sobre a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Em se tratando de tutela da evidência, a declaração se limitará à "evidência" do direito - que é mais do que probabilidade e menos do que certeza. Trata a estabilização de um terceiro gênero de extinção, a par das duas hipóteses já conhecidas (com e sem julgamento do mérito). Há algum conteúdo declaratório, para além dos requisitos inerentes ao processo, mas não sobre a crise de direito substancial em si; apenas sobre a probabilidade e a situação de perigo ou risco ou evidência do direito.

Não se trata de extinção sem resolução do mérito, uma vez que não se encontra presente qualquer hipótese que autorize essa modalidade de extinção (art. 485). Por outro lado, também não se pode falar em extinção com resolução do mérito, porquanto não houve cognição exauriente, tampouco declaração de prescrição ou decadência; e, assim, a decisão não tem aptidão para formar coisa julgada material. Trata-se de um *tertium genus* de extinção. Extinção com estabilização. Para que o processo alcance esse *status* (extinção com estabilização da decisão), deve haver manifestação expressa do demandante no requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, no sentido de que pretende valer-se do "benefício" da estabilização, bem como a inércia do demandado, no que se refere à (não) interposição do recurso cabível (agravo de instrumento) contra a decisão concessiva da tutela antecipada. Sem a manifestação do demandante, o procedimento prossegue rumo à sentença com base em cognição exauriente, com aptidão para formação de coisa julgada. O mesmo se dá se o demandado interpuser recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada. A apresentação da contestação pelo demandado é irrelevante para a estabilização. A ele foi imposto o ônus de recorrer ou então de ajuizar ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da decisão cujos efeitos foram estabilizados (art. 304, § 2º). Se não recorreu, a decisão será estabilizada. O legislador, em razão do não exercício de uma faculdade-ônus imposta ao réu (recorrer da decisão concessiva da tutela antecipada), obistou a possibilidade de a tutela jurisdicional ser prestada em mão dupla, isto é, ao autor, que manifestou o direito de ação na inicial, e ao réu, que apresentou contestação, com ou sem pedido reconvenicional.

3 A estabilização da tutela antecipada: um bicho de duas cabeças

Para a comunidade jurídica, acostumada com a preclusão e com a coisa julgada, a estabilização ainda parece um minotauro. Concedida a tutela antecipada de urgência, requerida em caráter antecedente, aditando o autor a inicial e não interpondo o réu o recurso respectivo (leia-se: agravo de instrumento), opera-se a extinção do processo com estabilização da tutela concedida (art. 304, § 1º). Propositalmente serei repetitivo: não se trata de extinção com resolução de mérito, pois não há qualquer pronunciamento sobre o mérito da causa, muito menos declaração sobre a causa de pedir (fatos e a respectiva valoração deles), essa sim com aptidão para gerar coisa julgada material. Também não se trata de extinção sem resolução do mérito, uma vez que o processo ultrapassou a fronteira da análise dos requisitos do processo. Os requisitos para o exame do mérito foram apreciados antes da análise do pedido de tutela antecipada e encontravam-se presentes, caso contrário não se chegaria ao deferimento do pedido de antecipação de tutela.

A estabilização recai sobre a *situação estabilizanda*. Quanto à crise do direito em si, de forma exauriente, nada foi dito. Com a estabilização dos efeitos da tutela espera-se que as partes se sintam desmotivadas a ajuizar uma demanda. O que não poderão, ultrapassados os dois anos, é discutirem os efeitos da *situação estabilizanda*. Nada obsta, entretanto, que discutam a lide na sua complexa inteireza.

A declaração sobre a *situação estabilizanda* não chega a constituir autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito (art. 502), até porque não houve declaração sobre a causa de pedir, mas tão somente sobre a probabilidade dos fatos e da respectiva valoração. Não havendo certeza decorrente da cognição exauriente, a estabilização se restringe aos efeitos do que se antecipou.

4 Ação revisional da tutela antecipada estabilizada

A tutela antecipada estabilizada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação própria (art. 304, § 3º). Mas o que conservará os seus efeitos ou restará estabilizado? Apenas os efeitos da tutela concedida. Se a decisão foi para retirar o nome dos cadastros de proteção ao crédito, é esse efeito - que é um *minus* em relação à tutela declaratória de inexistência da dívida - que se torna estável se não interposta a ação no prazo de dois anos. Propositalmente estou sendo repetitivo. Nessa ação revisional ou invalidatória, cujo prazo decadencial é de dois anos, deverá o réu restringir-se a atacar os efeitos da tutela antecipatória concedida, por exemplo, contrapondo ao juízo de delibação levado a efeito pelo juiz, pelo qual chegou à conclusão de que o débito já havia sido pago. O objeto é a tutela antecipada concedida, no exemplo dado, é o retorno do nome do autor ao cadastro restritivo de crédito; para tanto pode e deve avançar-se sobre o objeto da cognição sumária - no exemplo, a existência ou não da dívida. Se não ajuizada a ação revisional ou invalidatória, o que resta estabilizada e, portanto, indiscutível, é a retirada do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito em razão dos fundamentos adotados na decisão concessiva da tutela antecipada. O fundamento adotado na decisão concessiva da tutela antecipada foi a inexistência da dívida, que foi tida como paga, mas sobre esse fundamento não houve declaração, apenas cognição sumária. Sem declaração não há coisa julgada, uma vez que esta recai primordialmente sobre o objeto da declaração, abrangendo, por via de consequência, os efeitos dela. Aliás, o próprio Código, no art. 304, § 6º, deixa claro que coisa julgada não há. Assim, mesmo depois de ultrapassado o prazo decadencial da mencionada ação, não se pode falar em coisa julgada. *Há estabilização irreversível dos efeitos da tutela.* O nome do autor, em razão do fundamento adotado pelo juiz, não mais poderá ser inserido nos cadastros restritivos de crédito. Nada obsta, entretanto, a que o réu, depois dos dois anos, observado o prazo prescricional, ajuíze ação de cobrança contra o requerente da tutela que foi estabilizada, invocando como fundamento a existência de crédito a seu favor. O fundamento, porque não foi alcançado pelos limites objetivos da estabilização, pode ser atacado para demonstrar a existência da dívida, jamais para promover a reinscrição do nome do requerente da tutela estabilizada nos cadastros restritivos de crédito. Uma vez condenado e transitada em julgado a decisão condenatória, poderá o nome do requerente da tutela estabilizada ser reinscrito no referido serviço de proteção ao crédito. A reinscrição não era possível tendo por fundamento a mera existência da dívida, com base em título extrajudicial, porquanto esta, com base em cognição sumária, foi reputada inexistente. Agora, pode-se proceder à inscrição originária, com base em outro fundamento, ou seja, a coisa julgada emergente da decisão condenatória.

Ressalte-se que sobre essa novidade há severas críticas na doutrina. É que, ao possibilitar a estabilização da tutela antecipada na hipótese de o réu não interpor recurso contra o seu deferimento, o CPC/2015 estaria a incentivar a interposição de agravo de instrumento. Dessa forma, em vez de dispor, por exemplo, que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, o CPC/2015 poderia ter inserido disposição mais genérica, de modo a permitir a estabilização da medida apenas na hipótese de o réu não se insurgir contra a decisão, seja por meio de petição simples ou por meio da contestação. Ocorre que essa não foi a vontade do legislador. Ao exigir a interposição do agravo de instrumento como forma de evitar a estabilização, quis o legislador desincentivar a irresignação injustificada. Embora não previsto no Código, é de admitir que a conduta do réu, ao não recorrer, implicará contrapartida a seu favor. Razoável interpretação sistemática levada a efeito por Fredie Didier indica que, em não havendo impugnação, os honorários advocatícios serão limitados a cinco por cento e haverá isenção das custas processuais (art. 701, *caput* e § 1º, aplicáveis por analogia).¹ Vê-se que também da perspectiva do réu nem tudo são perdas. Há um perde-ganha para ambas as partes.

O prazo decadencial para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada é de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. Concedida a tutela antecipada, o réu é intimado da decisão, iniciando o prazo de 15 dias - salvo a possibilidade de contagem em dobro - para a interposição do agravo de instrumento. Ultrapassado o prazo sem a efetiva interposição do

¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 612-613.

recurso, o processo é extinto (art. 304, § 1º). É a contar da ciência dessa sentença extintiva que se conta o prazo decadencial. O dispositivo não menciona a natureza da extinção, mas tal fato não tem o condão de transmutar a substância das coisas. Não há cognição exauriente ou qualquer circunstância que autorize concluir que houve análise do mérito (art. 487), pelo contrário. Por outro lado, não se trata de extinção sem julgamento do mérito, uma vez que a decisão projeta seus efeitos para o futuro.

A ação de revisão ou invalidação da tutela antecipada estabilizada será instruída com os autos da ação onde deferida essa tutela. Para verificar a viabilidade da ação, qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida (art. 304, § 4º). Se não houver necessidade de análise dos elementos constantes nos autos onde requerida a tutela antecipada, bastará que o autor, na inicial, requeira o apensamento.

A legitimidade para a propositura da ação é do autor ou do réu, devendo perquirir sobre o interesse do autor no caso de se ter concedido exatamente o que foi pedido no requerimento da tutela antecipada. Competente para essa ação de revisão/invalidação é o juízo no qual foi concedida a tutela antecipada. Mais técnico, em vez de prevenção, como consigna o § 4º do art. 304, seria distribuição por dependência. No rigor doutrinário, prevenção não é critério de determinação, mas sim de modificação de competência.

5 Questões suscitadas acerca da estabilização da tutela antecipada

Nesse tópico, passo a focar a visão que considero mais construtiva sobre algumas questões suscitadas acerca da estabilização da tutela antecipada.

A extinção prevista no art. 303, § 2º, é distinta da prevista no art. 304, § 1º. A primeira figura como ônus imposto ao autor pelo não aditamento do requerimento de tutela antecipada tem como consequência a extinção do processo sem resolução do mérito e, por conseguinte, a imediata cessação dos efeitos da tutela antecipada concedida. A segunda figura como ônus imposto ao réu pelo fato de não ter interposto agravo de instrumento em face da decisão concessiva da tutela antecipada (se pretender a revisão, reforma ou invalidação, terá que ajuizar ação própria). A extinção, nesse caso, tem como consequência a estabilização da tutela concedida, além da preclusão endoprocessual. Como já dito, não se trata de extinção sem ou com resolução do mérito; trata-se de extinção com estabilização. Que tal "extinção estabilizante"?

A estabilização depende de três requisitos: i) concessão da tutela antecipada em caráter antecedente; ii) aditamento da inicial; iii) não interposição de agravo de instrumento.

Uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a estabilização depende da postura do autor e do réu. Se o autor não aditar a inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito, o que implicará revogação da tutela antecipada concedida, inviabilizando a estabilização. O não aditamento significa que o autor, embora tenha aderido à autonomização do procedimento da tutela antecipada, perdeu o interesse processual no desfecho do processo. O reconhecimento da ausência (ou da perda) desse requisito para prosseguimento do processo não fica ao alvedrio do autor. Ele foi intimado para aditar, não aditou, o caso é de extinção. Não cabe ao juiz, numa desmedida cooperação, indagar ao autor se ele pretende uma cognição exauriente. Se não emendou, pouco importa se o réu recorreu ou não. Irrelevante também é saber qual prazo escoou primeiro, se o prazo para o aditamento ou para interposição do agravo. A declaração de estabilização deve aguardar o escoamento do prazo para o aditamento a ser feito pelo autor, que tem início a contar da intimação para proceder ao aditamento, bem como do prazo para interposição do agravo de instrumento pelo réu, que terá início a partir da intimação da decisão concessiva da tutela antecipada.

A citação e intimação para a audiência de conciliação ou mediação somente ocorrerá após o aditamento.

Se o autor aditar a inicial e o réu não agravar, a tutela será estabilizada. Para entender, não há necessidade de desenhar. Basta repetir. Essa era a vontade do autor, que aderiu ao procedimento, para o qual era prevista essa consequência processual. Não cabe ao juiz intimar qualquer das partes para verificar se pretendem o prosseguimento do feito, rumo à cognição exauriente. Essa manifestação já houve quando o autor escolheu o procedimento. A tutela será estabilizada, e o processo será extinto. A instituição do procedimento teve em mira a redução e a simplificação de procedimentos. O alcance desse objetivo é de interesse público, não podendo ficar ao talante das partes. Assim, não pretendendo o réu a estabilização, cabe a ele interpor o respectivo recurso. A mera contestação não basta, uma vez que o princípio da ação/defesa, aqui representado pela possibilidade de dar prosseguimento ao feito rumo a uma sentença proferida depois de uma cognição exauriente, cede em face dos princípios da simplificação, da economia processual e da celeridade. Garantia em excesso traz insegurança.

O não aditamento da inicial incompleta equivale à hipótese da não emenda da petição inicial defeituosa (art. 321). No último caso, uma vez intimado, se o autor não emenda a inicial, o processo será extinto sem julgamento do mérito. Idêntica situação se passa quando o demandante adere ao benefício previsto no § 5º do art. 303 e não adita a petição inicial. Repita-se: *sem o aditamento, o processo torna-se inviável, o que acarreta a extinção sem resolução do mérito e, conseqüentemente, a revogação da tutela antecipada eventualmente concedida, pouco importando se o demandado agravou ou não.*

Por fim, saliento que cabe aos juízes atender à vontade da lei. O excesso de garantismo, com criação de possibilidades, caminhos e faculdades não previstos na lei, porque atenta contra a celeridade por todos almejada, constitui manifesto atentado à segurança jurídica.

6 Conclusões

A tutela antecipada é um instituto que, a par de potencializar a celeridade, retira do demandante parte do poder de ação e do demandado parte da amplitude do direito de defesa. Contudo, essa restrição decorre de manifestação expressa ou tácita das partes, razão pela qual não se vislumbra afronta à garantia constitucional do acesso à justiça. Quanto ao autor, ele próprio adere à nova técnica de resolução de demandas pela estabilização da tutela antecipada concedida (art. 303, § 5º). No que tange ao réu, não desincumbindo ele do ônus-faculdade da interposição do recurso (art. 304, *caput*), o processo será extinto com a estabilização da tutela concedida na forma do art. 303. Não é possível garantir todos os valores/princípios a um só tempo.

Dúvida não há de que o legislador, sem aniquilar os direitos de ação e de defesa, buscou a celeridade; assim, cabe à doutrina viabilizar a concretização do objetivo visado. Em tempos de extrema morosidade, ditada pelo elevado número de processos, não se pode deixar de dar boas-vindas ao procedimento, que a rigor não aniquila o direito de ação do autor nem o direito de defesa do réu e terá a grande virtude de acelerar (pelo encurtamento) principalmente os denominados processos de massa. O autor quis o encurtamento do procedimento, abriu mão da imutabilidade emergente da coisa julgada e se contentou com a estabilização. A despeito disso, havendo interesse processual, pode propor a ação com vistas à revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada (art. 304, § 5º). Ao réu, a seu turno, não obstante ter deixado de exercer a faculdade-ônus que lhe foi imposta (interposição do agravo de instrumento), o legislador franqueou passagem pela mesma porta aberta ao autor (da revisão, reforma ou invalidação).

Queremos mais do que ação, garantias e promessas. Queremos resultados.