

ALEXANDRE DORIA PASSOS

**UM OLHAR SOBRE A ORGANIZAÇÃO DOS ATOS
PROCESSUAIS NO PROCEDIMENTO DA TUTELA
ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

SALVADOR

2016

SUMÁRIO

RESUMO	3
I INTRODUÇÃO	4
II A TUTELA ANTECIPADA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	4
III A LEI 13.105/2015 E O PROCEDIMENTO ANTECEDENTE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	8
IV POSIÇÕES DOUTRINARIAS ACERCA DA ORDENAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NO PROCEDIMENTO DOS ART. 303 E 304 DO NCPC	13
V CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS	22

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central a análise acerca de como deverão se desencadear os atos processuais no bojo do procedimento antecedente de tutela antecipada, previsto nos artigos 303 e 304 da Lei nº 13.105/15. Para tanto, adotando o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa aplicada e exploratória associada a bibliográfica, inicialmente será feita uma análise histórica do instituto da tutela provisória, para na sequência se debruçar sobre esse novo procedimento introduzido no ordenamento pátrio recentemente pela supra mencionada legislação, permitindo que cheguemos ao ponto nuclear do trabalho para apresentar os posicionamentos doutrinários manifestados até o momento, vislumbrando aquele que melhor se adequaria aos princípios norteadores do Novo Código de Processo Civil.

Palavras chave: Tutela Antecipada. Procedimento Antecedente. Lei 13.105/15. Organização. Atos processuais.

I INTRODUÇÃO

Em 2009, através do ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, foi criada Comissão de Juristas com o intuito de produzir um anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, o qual foi apresentado em 2010 e, após todos os tramites legislativos, que duraram aproximadamente 05 (cinco) anos, o projeto de lei foi aprovado e se converteu na Lei nº 13.105/2015, sancionada em 16 de março de 2015, com entrada em vigor no dia 18 de março de 2016.

Com esse novo marco legislativo, inúmeras alterações se concretizaram no sistema processual civil brasileiro, dentre as quais aquela que nos debruçamos no presente estudo, a criação de um procedimento antecedente voltado a concessão de tutela provisória de urgência antecipada.

Apesar de muito festejada, a criação do referido procedimento veio acompanhada de algumas omissões legislativas que, apesar de passarem despercebidas para alguns, geraram uma série de dúvidas acerca do seu processamento, o que motivou a multiplicação de manifestações doutrinárias, algumas alinhadas, outras divergentes.

Assim, visando imergir na discussão acerca de qual seria a forma de ordenação dos atos processuais em sede de procedimento antecedente de tutela antecipada, será preciso iniciar pela compreensão da evolução histórica da tutela antecipada, para somente depois se adentrar no procedimento inaugurado pela Lei nº 13.105, e chegarmos ao âmago do presente trabalho, verificando quais tem sido os posicionamentos apresentados pela doutrina e posicionando-se sobre qual seria aquele que melhor se adequaria aos valores que alicerçam o atual sistema processual civil.

II A TUTELA ANTECIPADA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Durante muito tempo da evolução histórica, os conflitos, fossem entre indivíduos ou grupos, eram resolvidos através da imposição da força, fazendo valer a vontade daquele que se mostrasse mais forte ou poderoso.

Contudo, com o passar do tempo se percebeu que por esse caminho não se alcançava a tão almejada pacificação social, o que fez com que, com o passar do tempo, os ordenamentos jurídicos acabassem por proibir ou limitar autotutela, elegendo como meio mais adequado para solução dos litígios aquele em que um terceiro, via de regra representante do Estado e imparcial, após ouvir os argumentos dos envolvidos, estabelecia a solução a ser aplicada a cada caso.

Estamos falando da atividade jurisdicional, que tem por fim solver lides e promover a pacificação social através de uma tutela, que, em verdade, conferirá o direito subjetivo a quem lhe é de direito.

Conforme lecionada Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 26): *O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos.*

Logo, fica claro que a atividade jurisdicional não deve só ser prestada, como deve ser feita de forma qualificada, ou seja, propiciando ao jurisdicionado o seu direito de forma adequada e efetiva.

Ocorre que a concretização da jurisdição se perfaz por meio de um processo, o qual, impreterivelmente, demandará o dispêndio de um lapso temporal que poderá variar de acordo com o litígio e suas especificidades. É inegável que não se pode conceber a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário de forma automatizada ao ponto de uma vez apresentados os fatos, de pronto, imediatamente, termos a solução do conflito.

Contudo, existem situações em que, por menor que seja o intervalo de tempo necessário para obtenção de uma tutela definitiva, a parte poderá demonstrar a necessidade de obtenção de uma tutela jurisdicional imediata, que, em não sendo adotada, pode por em risco o direito do jurisdicionado ou mesmo a efetividade e eficiência da atividade jurisdicional.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki (1999, p. 66):

O decurso do tempo, todos sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente.

Para situações como essas, o ordenamentos jurídicos passaram a prever tutelas provisórias, que serviam, e assim ainda servem, para afastar os riscos que recaem sobre o direito pleiteado pelo querelante em decorrência de situações que se mostrassem presentes durante interstício temporal necessário para a resolução da lide e a obtenção de uma tutela definitiva.

Assim, por meio da tutela provisória se alcançou um maior grau de efetividade jurisdicional, funcionando essa como verdadeira ferramenta de acesso à justiça.

(...) a possibilidade de decisão judicial liminar, seja cautelar, seja antecipatória, também encontra fundamento em norma constitucional, no caso a norma que consagra o princípio da efetividade das decisões judiciais. (SOUZA, 2011, p. 271)

Ocorre que, em um primeiro momento, o legislador voltou seus olhos somente para situações em que a atividade jurisdicional executiva se mostrava em risco e, portanto, era necessária a adoção de medidas voltadas a proteger à atividade jurisdicional sem, contudo, conceder de imediato ao sujeito o direito perquirido. Ou seja, estamos falando de medidas de natureza acautelatória, que se prestam a afastar o risco existente de frustração à jurisdição.

A tutela cautelar foi inicialmente concebida como forma de proteção jurídica atinente apenas aos domínios da execução forçada. (...). Dessa maneira de pensar dá conta, alias, a própria *Zivilprozessordnung* alemã, ao tratar do arresto (*Arrest*) e do proviemento provisório (*einstweilige Verfügung*) na quinta e última parte de seu oitavo livro, dedicado à execução forçada (*Zwangsvollstreckung*, §§ 916 a 945). (MITIDIERO, 2013, p. 21).

Coube a doutrina italiana da primeira metade do século XX promover a evolução do instituto, iniciando-se pelo italiano Giuseppe Chiovenda, que distanciou a tutela cautelar da execução forçada, colocando-a ao lado da função cognitiva e executiva como uma ação.

Posteriormente, Piero Calamandrei, apesar de comungar da idéia de distanciamento da cautelar da execução forçada, partindo de uma visão diferente, passou a defender que não se tratava de uma ação, mas sim como um provimento, sendo que *“pouco importa a satisfatividade ou não do provimento para caracterização da função cautelar.”* (MITIDIERO, 2013, p. 30).

Em um terceiro momento, foi a vez de Francesco Carnelutti contribuir com a evolução do instituto, visualizando a cautelaridade como um processo a ser posto ao lado do processo cognitivo e do executivo.

Seguindo a doutrina italiana, o legislador pátrio incorpora ao ordenamento processual brasileiro, na forma do art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, a idéia de que sob a figura da medida cautelar estão abarcadas tanto as medidas acautelatórias como aqueles de cunho satisfativo.

Tanto é que durante muitos anos de vigência do referido diploma legal, a prática forense permitiu que medidas acautelatórias e satisfativas fossem concedida pelo Poder Judiciário com base no então art. 798, dando vez, inclusive, as chamadas “Cautelares Satisfativas”, o que era um enorme um contra senso lingüístico, tudo sob o manto do denominado “Poder Geral de Cautela”.

A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo das tais “medidas provisórias adequadas”. No cerce da polemica situou-se a questão de se saber se essas medidas eram apenas consistentes de garantia do processo, restritamente consideradas, ou se, ao revés, poderiam comportar também providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. (ZAVASCKI, 1999, p. 40).

Toda essa celeuma envolvendo a necessária distinção entre as medidas provisórias de natureza cautelar daquelas de natureza satisfativa foge ao tema do presente trabalho, mas é preciso ressaltar que a mesma só veio a ser encerrada no ano de 1994, com a edição da Lei nº 8.952, que alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil.

Desde então, o ordenamento possuía dois *lócus* diferentes relacionados às medidas provisórias. Quando a finalidade da medida fosse satisfativa, dever-se-ia observar o

quanto posto no art. 273. De outro modo, quando a medida tivesse natureza acautelatória, observar-se-ia o art. 798.

Nesse contexto, sobreveio a reforma processual de 1994: dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. (...) no entanto, sua concessão estará sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: (...); (b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798 (CPC), aplicáveis estes apenas às medidas genuinamente cautelares. (ZAVASCKY, 1999, p. 44/45).

A Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), trouxe inovações no que se refere aos institutos das medidas cautelares e da antecipação da tutela.

A primeira a merecer destaque reside na reunificação, se é que assim se pode dizer, dos requisitos ensejadores da tutela cautelar e da antecipação da tutela (a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), medidas que passam a ser espécies do gênero tutela provisória de urgência.

Também chama atenção o fim dos procedimentos típicos de tutela cautelar, que restaram unificados sob um único rito.

Todavia, a grande novidade está contida nos artigos 303 e 304 do referido diploma, os quais regulamentam o procedimento antecedente de concessão da tutela antecipada, permitindo que o jurisdicionado provoque o Poder Judiciário pleiteando, naquele momento, tão somente o pleito de antecipação da tutela, sem formular a íntegra dos pedidos que, por ventura, buscar-se-ia obter de forma definitiva.

III A LEI 13.105/2015 E O PROCEDIMENTO ANTECEDENTE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O Novo Código de Processo Civil trouxe para o ordenamento uma inovação relacionada às tutelas provisórias, inspirada no instituto “*référé provision*” do Direito Frances – art. 809 da Codificação Processual Civil Francesa (MARINONI, 2016, p. 223).

Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.¹

Nesse procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, permite-se que o demandante formule, em um momento inicial, somente o pedido de tutela provisória, antes mesmo de apresentar o(s) pedido(s) principal(is), o que na égide do Código de Processo Civil de 73 era impensável em sede de tutela provisória satisfativa, cabível somente para as tutelas cautelares.

Antes de adentrar no estudo do referido procedimento, é preciso que se perceba que existem diversas situações em que o pleito provisório a ser formulado pelos jurisdicionados não engloba todo o objeto pretendido ao fim da demanda. Além do que, existem casos em que para a propositura do pedido principal se faz necessário o levantamento e a organização de tantos e dificultosos dados que acabam por retardar a provocação ao Judiciário e, conseqüentemente, a manifestação desse acerca do conflito. É exatamente nesses casos que mais se justifica o procedimento em questão.

Esclarecedor é o exemplo utilizado por Humberto Theodoro Jr. (2016, p. 662), quando cogita que uma grande indústria tenha sofrido um corte indevido do fornecimento de energia, o que lhe trousse inúmeros prejuízos. Eventual demanda judicial buscaria o restabelecimento do fornecimento, esse em caráter liminar, bem como os eventuais danos matéria se morais que teria suportado, o que depende de uma série de levantamentos contábeis e financeiros.

Nesse caso, ter de aguardar todo esse levantamento para propor a medida judicial nada mais seria que causa de ampliação dos supostos danos, o que soa uma tanto quanto desarrazoado.

¹ O presidente pode sempre, mesmo na presença de uma disputa séria, refere medidas preventivas receber ou a reabilitação, que são necessárias, quer para evitar danos iminentes ou para abater um manifestamente ilegal.

Nos casos em que a existência da obrigação não for seriamente desafiada, pode conceder um subsídio ao credor ou ordenar a execução da mesma obrigação se houver uma obrigação de fazer.

Na vigência do Novo Código de Processo Civil, poder-se-á pleitear, inicialmente, somente o restabelecimento do fornecimento de energia, e posteriormente, incluir ao processo os demais pedidos, tornando, assim, mais eficiente e eficaz a jurisdição.

Como já referido, a regulamentação do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente está posta nos artigos 303 e 304, e sua petição inicial deverá observar, além do quanto posto no art. 319, também o conteúdo do caput art. 303, que assim reza:

Art. 303. 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.

Com isso, fica claro que o Autor terá a sua escolha, a opção de, nos casos em que a necessidade da tutela provisória de urgência for contemporânea a propositura da ação, optar por apresentar a petição inicial na sua completude, fazendo contar pedido de tutela provisória de urgência satisfativa, ou aderir ao procedimento de tutela antecipada antecedente.

Nessa hipótese, apesar de a petição inicial limitar seu pedido ao pleito de urgência, deverá indicar, sem formular, o pedido almejado em sede de tutela definitiva, e expor a causa de pedir próxima e remota, sem se esquecer de expor e demonstrar do risco da demora.

Ademais, é fundamental, ainda, que a petição inicial faça clara e expressa menção ao fato de que pretende se valer do benefício posto no caput do art. 303, do CPC.

Art. 303. (...)

§ 5º O Autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

Caso o juiz entenda que não estão presentes os pressupostos necessários à concessão da tutela provisória de urgência, o Autor irá dispor do prazo de 05 (cinco) dias para emendar a petição inicial, a fim de que possa apreciar o pleito em questão.

Caso não o faça, a inicial será indeferida e o feito será extinto sem resolução do mérito.

Art. 303. (...)

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

De outra forma, sendo deferida a tutela provisória, o § 1º determina que caberá ao Autor aditar a peça inaugural, complementado-a, no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 303. (...)

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o Autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

Em relação ao Réu, será citado e intimado para comparecimento na audiência de conciliação ou mediação, seguindo-se do prazo para defesa, respectivamente na forma dos artigos 334 e 335 do CPC.

Art. 303. (...)

II - o Réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Além disso, como a decisão de concessão tem natureza interlocutória, o Réu poderá interpor recurso de agravo de instrumento, nos moldes do art. 1.015, I, sob pena de estabilização da tutela provisória, nos moldes do art. 304, caput.

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.

A estabilização da tutela provisória de natureza satisfativa concedida em caráter antecedente é outra novidade apresentada pela Lei nº 13.105/2015, que, apesar de

fazer com que a decisão proferida continue gerando efeitos, não se confunde com a coisa julgada.

O legislador fez questão de deixar bem clara a distinção entre os institutos, fazendo constar tal esclarecimento expressamente no texto de lei.

Art. 304. (...)

§ 6º 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.

Conseqüentemente, enquanto eventual revisão de coisa julgada se faz por meio de Ação Rescisória, a tutela que vier a se estabilizar não poderá se utilizar de tal mecanismo, seja pelo fato de não haver previsão legal para tanto no art. 966² do Novo Código de Processo Civil, seja por haver expressa previsão legal de que poderá ser revista por meio de nova ação, proposta no mesmo juízo, tendo em vista que se tornara prevento em razão da tutela provisória antecedente.

Art. 304. (...)

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

Essa nova ação pode ser ajuizada no prazo de 02 (dois) anos, sob pena de decadência do direito.

Art. 304. (...)

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

² Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o Autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Como visto, indeferida a tutela, em o Autor não emendando ou o fazendo e sendo mantido o indeferimento, o processo será extinto, nos moldes do § 6º, do art. 303. Caso seja deferida, após o aditamento (art. 303, § 1º, I), impugnação (art. 304) e realização sem sucesso da audiência de mediação ou conciliação (art. 303, § 1º, II e III), o processo passa a seguir o rito comum.

Portanto, apesar de se mostrar acertada a escolha do legislador de criar um procedimento voltado à concessão de tutela provisória de natureza satisfativa em caráter antecedente, o mesmo acabou não sendo tão preciso quanto deveria, a ponto de afastar a existência de divergências interpretativas na doutrina quanto à ordenação de parte dos atos processuais a serem praticados na fase inicial de tal procedimento quando da concessão da medida.

IV POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA ORDENAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NO PROCEDIMENTO DOS ART. 303 E 304 DO NCPC

O procedimento de que busca a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente, como já referido, é uma das inovações trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105/2015, conforme posto em seus artigos 303 e 304.

No entanto, existe um ponto relacionado ao mesmo que já nesses primeiros momentos de vigência do Novo Código de Processo Civil tem despertado divergências na doutrina.

Trata-se da questão de como são organizados os prazos para aditamento da inicial conferido ao Autor pelo inciso I, do § 1º, do art. 303, do NCPC, e para impugnação pelo Réu nos moldes do art. 304, *caput*?

Questão interessante pode ocorrer quando o prazo para recurso pelo Réu e para o aditamento do Autor for coincidente. A consequência da inércia do Réu implica a estabilização da tutela antecipada (§ 2.º do art. 303), ao passo que a consequência do Autor implica a extinção do processo com a revogação da tutela antecipada adrede deferida (§ 1.º do art. 304). Nesta hipótese, extinguir-se-á o processo com ou sem a tutela antecipada “estável”? (WAMBIER, 2016, p. 565).

É sobre esse mote que vamos passar a expor o posicionamento de alguns dos mais importantes doutrinadores do país.

Para Humberto Theodoro Júnior (2016), após a concessão da tutela provisória satisfativa, os prazos em questão não fluirão de forma simultânea. Segundo ele, uma vez concedida a medida de urgência, fluirá tão somente o prazo posto para o Réu promover a impugnação da decisão interlocutória. O prazo conferido por lei para a parte Autora aditar a inicial estará condicionado à conduta adotada pela parte adversa.

Ou seja, caso o Réu não promova a impugnação cabível, a decisão se estabilizará e, por isso, o Autor sequer precisará aditar a petição inicial. De outro modo, havendo a interposição do Agravo de Instrumento cabível, o Autor deverá ser cientificado pelo juízo, dando início à contagem do seu prazo.

Diante desse aparente impasse procedimental, a regra do inciso I, do § 1º, do art. 303, deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer, prazos esse que no sistema de tutela antecipatória deve funcionar como uma oportunidade legal para ser apurada a sua aquiescência ou não ao pedido do Autor. Assim, os dois prazos em análise (o de aditamento e o de recurso) só podem ser aplicados sucessivamente e nunca simultaneamente. (...). A interpretação sistemática, portanto, é a de que o prazo para aditar a inicial somente fluirá depois de ocorrido o fato condicionante, que é a interposição do recurso do Réu contra a liminar. Sem o recurso do Réu, não há aditamento algum a ser feito pelo Autor (...). (JÚNIOR, 2016, p. 674).

Segundo referido doutrinador, *“Exigir, nessa altura, do Autor a tomada de providência somente compatível com não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu”* (JÚNIOR, 2016, p. 674).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, no bojo do seu consagrado Código de Processo Civil Comentado (2016), apesar de aparentemente conjugarem do entendimento de que os prazos de aditamento e de impugnação não devem ser computados simultaneamente, parecem caminhar em sentido diametralmente oposto quanto a sua ordem de contagem, iniciando-se pelo prazo aditamento para somente depois fluir o prazo de impugnação.

Se o juiz aceitar o requerimento de tutela antecipada, bastará então ao Autor proceder o aditamento, normalmente, no prazo de quinze dias ou em outro que o juiz fixar, trazendo aos autos os demais elementos e questões em que se desenrola a lide, a causa de pedir e o pedido. O Autor deverá já ter providenciado todos os elementos necessários para a citação do Réu, a ser realizada imediatamente, já que o prazo para contestação se inicia a partir da data da audiência ou da data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência (CPC art. 335). A citação valerá. De qualquer forma, como termo inicial do prazo para a interposição do agravo de instrumento,, por parte do Réu, conta a decisão que concedeu a antecipação de tutela (CPC art. 1051 I). (NERY JUNIOR, 2016, p. 937)

Diferentemente, o ilustre Fredie Didier Jr., jurista que participou ativamente da construção do texto da Lei nº 13.105/2016 na Câmara dos Deputados, deixa claro em seu Curso de Direito Processual Civil (2016), que tem interpretação completamente distinta, posicionando-se no sentido da fluência simultânea dos prazos em questão:

Concedida a tutela provisória satisfativa (antecipada) nos termos em que requerida, o juiz deverá adotar duas outras providências (art. 303, §§ 1º, 2º e 3º, CPC). A primeira delas é determinar a intimação do Autor para que promova o aditamento da petição inicial (...). A segunda é a determinação de citação e intimação do Réu para que cumpra a providência deferida a título de tutela antecipada (...). (DIDIER JR., 2016, p. 616)

E conclui:

Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, § 1º, I, CPC). **Isso porque o prazo para aditamento – 15 dias, no mínimo – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, § 2º c/c art. 231, CPC).** (DIDIER JR., 2016, p. 620)

No entanto, não questiona as conseqüências de tal entendimento, o que é feito pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), que apesar de reconhecer que a lei permite uma linha de interpretação diversa a qual se alinha, entende que a fluência dos prazos em questão não deve ocorrer de forma sucessiva e condicionada.

O prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do Novo CPC, de certa forma conflita com a estabilização da tutela antecipada prevista o art. 304 do Novo CPC. Dentro da normalidade, o Autor será intimado da concessão da tutela antecipada antes de o Réu ser citado, de forma que se for computado o prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do Novo CPC, fatalmente o pedido de tutela antecipada já ter se convertido em processo principal quando o Réu tiver a oportunidade de deixar de se irresignar contra a decisão concessiva. (NEVES, 2016, p. 448)

E continua:

É possível até mesmo argumentar que, antes de saber se haverá ou não estabilização da tutela antecipada, não se pode exigir do Autor a emenda de sua petição inicial, o que só se tornaria necessário se soubesse, diante da postura do Réu, que o processo seguirá. (NEVES, 2016, p. 448)

Diante de tais ponderações, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) além de entender que, uma vez deferida a medida provisória, as partes serão imediatamente intimadas e citadas, e seus prazos terão início imediatamente, ressalta as consequências de tal interpretação. Caso o Réu promova a impugnação e o Autor não adite a inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito. De outro modo, em o Autor tendo promovido o aditamento e o Réu não tendo realizado a impugnação pelos meios cabíveis, o juízo deverá intimar o requerente para que opte pela continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou pela estabilização da tutela provisória.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Melo (2016), em obra conjunta, reconhecem que apesar do silêncio do legislador, ambas as partes serão comunicadas imediatamente da concessão da tutela provisória, sendo o Réu imediatamente citado e intimado da audiência designada. Contudo, o prazo de defesa só terá termo inicial quando da realização da audiência de conciliação ou mediação sem êxito.

Como se vê, a lei é silente quanto ao momento dessa citação, se imediatamente ou somente após o aditamento. 4.1. Diante do silêncio, a melhor interpretação é a de que a citação é imediata; na realidade, haverá citação e intimação não só para a audiência, com previsto na norma, como também da tutela antecipada deferida, abrindo-se ao Réu a possibilidade de recorrer dessa decisão por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, I). O prazo para contestar, no entanto, somente será contado, nos termos do art. 335, após a audiência ou o protocolo do pedido de seu cancelamento feito pelo Réu. (WAMBIER, 2016, p. 561).

No mesmo trilho temos Misael Montenegro Filho (2016, p. 601), que se perfilha a tese de notificação imediata do Autor e do Réu:

O legislador infraconstitucional não se atentou para o fato de que o prazo para o aditamento da petição inicial pelo Autor (inciso I do § 1.º do art. 303), que é de 15 dias, começa a fluir antes do início da fluência do prazo de que o Réu dispõe para interpor o recurso de agravo de instrumento (segundo a lei) ou para apresentação de contestação (segundo pensamos), evitando que a tutela antecipada se torne estável, já que, quase em todos os casos, o Autor é intimado da concessão da tutela antecipada antes do Réu ser citado. **Assim, como o Autor não pode adivinhar se o Réu vai ou não interpor o recurso ou contestar a ação, por cautela, deverá aditar a petição inicial, evitando a extinção do processo sem a resolução do mérito, pelo fato de a providência não ter sido adotada. – Grifo nosso**

Todavia, evolui seu raciocínio para, na prática, defender o desmembramento do que está consignado no inciso II, do § 1º, do art. 303. Ou seja, o juízo, ao deferir a tutela provisória, deve determinar a citação do Réu para que promova a impugnação da decisão interlocutória, e só será intimado da designação da audiência de conciliação ou mediação na hipótese do Autor promover o aditamento que lhe cabe.

O magistrado não deve designar audiência de tentativa de conciliação ou de mediação após receber a petição inicial na qual o pedido de concessão da tutela provisória antecipada foi formulado, mas somente após o Autor aditar aquela petição, já que o não aditamento acarreta a extinção do processo sem a resolução do mérito, não se justificando a designação da citada audiência. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 599)

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mltidiero (2016), não adentram no mérito da forma de contagem dos prazos de aditamento e de impugnação, mas deixam claro que não comungam da idéia de haver para o Autor o poder de escolha, na medida em que afirmam que:

o processo só seguirá rumo à audiência de conciliação e mediação, se o Réu interpuser agravo de instrumento contra a decisão que antecipou a tutela (art. 304. Se não o fizer, a decisão torna-se estável e o processo é extinto (art. 304, §§ 1º, 3º, 5º, 6º). (...). 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. 304, *caput*). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (art. 304, § 1º) (...). (MARINONI, 2016, p. 224/225).

Como se vê, segundo essa ótica, não caberia ao Autor a escolha do prosseguimento ou não da demanda, mas sim ao Réu.

Diante de tantas visões que se apresentam nesse momento de transição legislativa, parece melhor se perfilhar com a principiologia adotada pela Lei nº 13.105/15 aquela leitura realizada por Misael Montenegro Filho. Ou seja, uma vez instaurado o

procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e sendo deferida a tutela em caráter liminar, imediatamente o Autor deverá ser intimado para promover o aditamento e o Réu será citado para, caso queira, realizar a impugnação cabível.

Ao Autor caberá promover o aditamento no prazo de 15 (quinze) dias, como determinado no inciso I, do § 1º, do art. 303. Já ao Réu, quando citado, em um primeiro momento, deverá promover tão somente a impugnação da decisão interlocutória.

Caso o Autor não promova o aditamento, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º), sendo desnecessária a designação de audiência de conciliação ou mediação. Mas, caso o faça, a sequência dependerá da conduta do Réu, que, em tendo promovido a impugnação cabível, fará com que o juízo designe audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 334, devendo o Réu ser intimado para nela comparecer e tomar ciência dos termos do aditamento, contando-se seu prazo de defesa na forma do art. 335.

Em não tendo o Réu promovido a impugnação, o juízo deverá intimar o Autor para informar sobre o seu interesse no prosseguimento da demanda conforme os termos do aditamento ou se opta pela estabilização da tutela provisória.

Manifestando-se pela estabilização, o processo será extinto nos moldes do § 1º, do art. 304.

De outro modo, pugando pelo prosseguimento do feito, deverá o juízo designar audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334, sendo o Réu intimado da mesma e dos termos do aditamento, contando-se seu prazo de defesa na forma do art. 335.

Seguindo-se essa organização dos atos processuais, privilegia-se a vontade do Autor, sujeito que exerceu o seu direito de ação, provocando o Poder Judiciário e o tirando-o da inércia.

Parece inadequado deixar nas mãos do Réu o destino de uma demanda judicial que sequer fora ajuizada pelo mesmo, o que se dá quando se defende que o Autor só deve ter seu prazo de aditamento concedido quando o Réu promover a impugnação.

Bem como, seria uma ofensa aos princípios da celeridade processual e da efetividade entender de que, uma vez concedida a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, seria primeiro o Autor intimado para promover o aditamento e somente depois o Réu seria citado da demanda e para cumprimento do quanto determinado e intimado para comparecimento à audiência já designada.

Também se mostra ofensivo ao princípio da economia dos atos processuais acreditar que no primeiro momento, quando deferida a tutela de urgência, o Réu já deveria ser intimado de uma audiência que sequer se sabe se irá ser realizada, na medida em que dependerá, primeiro, da concretização da impugnação por parte do Réu, e depois, da manifestação do Autor pelo prosseguimento do processo. Seria uma ocupação, mesmo que temporária, da pauta de audiências, que poderia gerar agendamentos distantes no sentido cronológico, com possibilidade de deixar “buracos” decorrentes daquelas que foram designadas e depois canceladas.

Diante de tantas incertezas, o que se pode confiar é de que a palavra final será dada pelo Poder Judiciário, com o passar do tempo, por meio dos magistrados que serão *“chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o direito”* (CAPPELLETTI, 1999, p. 74) ou, quem sabe, pelo legislador através de lei nova que venha a alterar a redação legal, preenchendo as lacunas existentes.

V CONCLUSÃO

Como visto ao longo do trabalho, o tempo trouxe para a prática forense a demonstração da necessidade de haver meios que, no intuito de proteger o direito do querelante, bem como a própria atividade jurisdicional, antecipasse a tutela judicial para momento anterior à tutela definitiva.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de em um primeiro momento, aparentemente, haver meios de concessão de medidas meramente acautelatórias, a prática mostrou o contrário, tendo os operadores do direito encontrado uma forma de almejam e terem deferidas tutelas provisórias de caráter satisfativo, o que se pacificou com a Lei nº 8.952/94, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, sempre caminhando no sentido de valorização da tutela antecipada como ferramenta de concretização dos princípios da efetividade e eficiência do Poder Judiciário.

Essa valorização teve prosseguimento com o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, no qual se criou um novo rito processual destinado à concessão de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, regulado pelos artigos 303 e 304 do mencionado diploma legal. Mas junto com esses, vieram incertezas, dentre as quais está aquela que compõe o objeto de estudo do presente trabalho, a forma de organização dos atos processuais nesse procedimento, especialmente no que diz respeito a os atos de intimação do Autor para aditamento da peça inaugural e citação e intimação do Réu para promoção da impugnação cabível quando deferida a tutela provisória.

Diante dos diversos posicionamentos doutrinários levantados, parece que melhor se perfilhar as bases estruturantes do novo sistema processual civil aquela defendida por Misael Montenegro Filho, que entende que uma vez deferida liminarmente a tutela provisória satisfativa em sede de procedimento antecedente, o Autor deverá ser intimado para promover o aditamento e o Réu será citado para, caso queira, realizar a impugnação cabível; ficando a cargo do Autor, somente após ter promovido o aditamento e o Réu não ter promovido a impugnação cabível, optar pelo prosseguimento do feito ou a estabilização da tutela.

Bem como, a designação de audiência de conciliação ou mediação só se concretizaria no caso de, em o Réu não tendo promovido a impugnação cabível da decisão interlocutória que concedeu a tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, o Autor optar pelo prosseguimento do feito após ter cumprido com seu aditamento, ou no caso de ambos terem cumprido com o quanto previsto

em lei, evitando, assim, a designação de atos processuais desnecessários, o que contrariaria o princípio da economia dos atos processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Tradução: Sérgio Antonio Editor. Porto Alegre: 4'S, 1999.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisões, precedentes, coisa julgada e antecipação do efeitos da tutela – Vol. 2 / DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandrina de. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA. Decreto nº 75-1123 de 5 de dezembro de 1975.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - Vol. 1. 57 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, Vol. 2. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica de antecipação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. 12 ed. reform. E atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, ROSA MARIA DE ANDADRE. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: Volume único. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.