

TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE NEGADA E O PRAZO PARA ADITAMENTO E EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Sandro Marcelo Kozikoski

Doutor em Direito das Relações Sociais - UFPR. Prof. Adjunto de Direito Processual Civil da UFPR. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Coordenador Científico da Pós-Graduação em Direito Processual Civil da ABD-Const. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado sócio Pansieri, Kozikoski & Campos Advogados.

1. A estruturação da tutela provisória no CPC 2015

Sabidamente, o CPC 2015 dispensou um tratamento *unificador* às tutelas *provisórias*, alocando-as no Livro V da Parte Geral, subdividindo a matéria na forma do seu (i) “Título I”, voltado às *prescrições gerais* acerca do tema (arts. 294 a 299); (ii) o “Título II”, com o regramento da *tutela de urgência* (arts. 300 a 310) e, por fim, (iii) o “Título

III” prescrevendo o regime jurídico da *tutela da evidência* (art. 311). Vê-se, portanto, que a tutela provisória é concebida como *gênero* que se ramifica nas espécies das tutelas de urgência e de evidência.

O enquadramento da tutela provisória de urgência ainda repisou a subdivisão entre as vertentes *cautelar* e *antecipada*. Não há que se olvidar, conforme referido em obra coletiva, que “a função da tutela de urgência é neutralizar os possíveis obstáculos que ensejariam perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, causados pela própria duração regular do devido processo judicial”¹.

Frise-se ainda que as modalidades *cautelar* e *antecipada* podem vir a ser pleiteadas e veiculadas em caráter *antecedente* ou *incidental* (CPC 2015, art. 294, parágrafo único). Por outro lado, as tutelas de evidência somente poderão ser concedidas em caráter incidental.

Em que pese agrupadas sob o mesmo *grupo* – leia-se: provimentos de urgência –, as tutelas antecipadas e cautelares não se confundem. Enquanto a modalidade cautelar guarda o propósito de *assegurar* a viabilidade da realização de um direito controvertido, mirando na garantia do resultado útil do processo, a tutela antecipatória visa obter a realização (satisfação) plena

1 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 265.

do direito, com ênfase no resultado². É certo, porém, que o CPC 2015 avançou ao estipular *requisitos comuns* à concessão dos provimentos de urgência³, erigindo a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300, *caput*). Nesse sentido, o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assevera que “a redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Atente-se, por fim, a concessão da tutela de evidência (CPC 2015, art. 311) prescinde da comprovação de urgência. Está amparada no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (CF, art. 5º, inc. XXXV).

2 TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 34.

3 “Como se vê, esta é a primeira de muitas disposições do novo Código de Processo Civil que deixam claro que praticamente se adotou um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Já não era sem tempo. Isso representa uma clara mudança de foco na lei processual que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, trata da tutela antecipada e da tutela cautelar como tipos distintos, sujeitas a procedimentos e requisitos igualmente distintos” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 97).

2. Forma e momento do requerimento das tutelas provisórias

Como já explicitado, o CPC divide a tutela provisória em suas vertentes de urgência ou evidência, sendo que um dos traços distintivos entre essas diferentes categorias está relacionado ao momento de sua formulação e concessão.

Deste modo, a classificação das tutelas de urgência com sua dicotomia entre antecedentes ou incidentais relaciona-se diretamente ao *momento* em que o pedido principal é formulado. Ou seja, “na tutela de urgência incidental, seja ela cautelar ou antecipada, o provimento pode ser requerido de quatro maneiras, a saber: a) na própria petição inicial; b) em petição simples; c) oralmente, em audiência e/ou sessão de julgamento no tribunal, reduzindo-se a termo, ou d) na petição recursal, ao passo que na tutela de urgência antecedente, o pedido referente à tutela provisória precede ao pedido pertinente à tutela final”²⁴.

Assim, preenchidos os requisitos legais, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal (vide Enunciado 496 do FPPC).

4 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], p. 266.

3. A tutela antecipada antecedente negada e o prazo para aditamento da petição inicial

Como visto acima, o procedimento da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente está regulamentado nos arts. 303 e 304 do CPC 2015, enquanto o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente está regulamentado nos arts. 305 a 310 do novel diploma processual.

A título comparativo, o CPC 1973 já autorizava a concessão de tutela cautelar em caráter antecedente. Tratadas como medidas *preparatórias*, as cautelares poderiam anteceder a chamada “ação principal”, a qual se atribuía o prazo de 30 (trinta) dias subsequentes para a propositura (CPC 1973, art. 806⁵). A novidade veiculada pelo CPC consiste na possibilidade de concessão da tutela antecipada, de forma autônoma e antecedente, com possibilidade de sua *estabilização* (CPC 2015, art. 304).

Com efeito, o *caput* do art. 303 do CPC dispõe que “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”.

5 “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

Uma vez *concedida* a tutela de urgência *antecipada* na forma *antecedente*, “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” (CPC 2015, art. 303, § 1º, inciso I). Conforme prescrição do § 2º do mesmo dispositivo legal, “não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito”. Atente-se, porém, que “o aditamento da petição inicial a que se refere o disposto no art. 303, § 1º, inc. I, do NCPC (...) não se confunde com as hipóteses do art. 321 do NCPC, nas quais a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 do NCPC ou apresenta irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito”⁶.

Por outro lado, apesar de empregar terminologia reputada confusa⁷, o § 6º do referido art. 303 alberga hipótese distinta, prescrevendo que, “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

6 **Curso de Processo Civil Completo** / Eduardo Cambi ... [et. al.], p. 287.

7 Cabe o registro de que “não é de todo adequada a nomenclatura adotada pelo Código, ao afirmar, no § 6º do art. 303, que ao autor caberá a emenda da petição inicial, pois tal modalidade de manifestação presta-se a corrigir vícios, enquanto o aditamento acresce à petição inicial novo elemento de fato ou de direito, nada corrigindo” (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186).

e de o processo ser extinto sem resolução de mérito”. Atente-se que, no caso da concessão da tutela antecipada, o § 1º do art. 303 do CPC faz alusão ao *aditamento* da petição inicial, enquanto que o § 6º do referido dispositivo alude à hipótese de se *emendar* a inicial⁸. Para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, “a emenda deve ficar reservada àquelas situações em que há algum *defeito* na própria petição, **que pode ser corrigido pelo autor** ou, ainda, naquelas situações em que eventual prova documental não juntada seja *essencial* ao deferimento do pleito. De resto, quanto à demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para o deferimento da tutela provisória, o autor poderá valer-se da prova documental na ‘petição inicial’ e, eventualmente, da prova oral em audiência de justificação”⁹.

8 “Portanto, aditar (CPC, art. 303, § 1º, I) não é o mesmo que emendar (CPC, art. 303, § 6º). No primeiro caso, o autor aditará a petição inicial com o pedido de tutela final, complementando sua argumentação e juntando novas provas, podendo o juiz conceder prazo maior do que 15 dias para tanto. No segundo caso, o autor ainda dentro da tutela sumária, ou seja, no caráter antecedente da tutela antecipada, emendará a petição inicial com novas provas e argumentos, para convencer o juiz da existência dos elementos para a concessão da tutela provisória liminar satisfativa” (DONEL, Pedro Roberto. **Solução liminar do processo: teoria e prática da estabilização da tutela provisória satisfativa**, Florianópolis, Empório do Direito, 2017. p. 79).

9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

Ainda para reforçar as diferenças que se colocam entre o tratamento dispensado à hipótese de *aditamento* aplicável aos casos de provimento concessivo da tutela antecipada antecedente, oportuno salientar que o prazo disponibilizado para o autor será de 15 (quinze) dias (CPC 2015, art. 303, § 1º, inc. I), enquanto que, para a hipótese de *indeferimento* do pleito antecipatório está reservado prazo inferior de apenas 05 (cinco) dias para a *emenda* (CPC 2015, art. 303, § 6º), em flagrante quebra da isonomia¹⁰.

Portanto, naquilo que concerne com o objeto do presente ensaio, oportuno realçar que “não existindo elementos para concessão da tutela pleiteada, o autor deverá emendar a petição inicial no prazo de 5 dias (CPC/2015, art. 303, § 6º)”¹¹. Trata-se da oportunização para que o autor venha a emendar sua petição. Contudo, o legislador não

10 “Em caso de concessão da tutela requerida, o prazo de aditamento será de 15 dias ou outro maior que o juiz fixar. Por outro lado, indeferida a tutela antecipada, o prazo de emenda seria de cinco dias (art. 303, § 6º), em um tratamento não isonômico diante de situações semelhantes, já que haveria a previsão legal da necessidade de complementação da petição inicial, tanto no caso de deferimento quanto de indeferimento da tutela de urgência requerida. Poder-se-ia, até mesmo, se afirmar que, diante do indeferimento, a necessidade de complementação seria maior, já que o requerente não conseguiu, em um primeiro momento, demonstrar ao juízo a presença dos requisitos para a concessão da medida, necessitando complementar. Melhor seria a redação do novo diploma, portanto, se o prazo fosse idêntico, diante tanto da concessão quanto da negativa de tutela de urgência” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; e, SILVA, Larissa Claire Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC 2015 comparada às previsões do CPC/1973. *In Revista de Processo*, n. 257, a. 41, julho 2016. p. 165/166).

11 ALVIM, Eduardo Arruda. Ob. Cit., p. 186.

foi categórico em prescrever as consequências práticas do *indeferimento* do pedido de tutela antecipada antecedente.

Em última análise, o § 6º do CPC 2015 não faz alusão à hipótese de interposição de agravo de instrumento em face da decisão interlocutória que venha a *negar* o pleito de tutela provisória de urgência antecipada, o que é expressamente autorizado pelo permissivo do inciso I do art. 1.015 do CPC 2015. Parece certo concluir, de qualquer sorte, que a interposição de agravo de instrumento em face da decisão denegatória da tutela antecipada não afasta o ônus de se emendar a inicial.

Logo, a tarefa que se impõe é concatenar o procedimento prescrito pelo § 6º do referido art. 303 do CPC 2015 – relativamente à imposição para que o autor emende sua petição inicial –, com a interposição do agravo de instrumento por parte do interessado e dos eventuais desdobramentos da matéria em sede recursal.

É certo que o manuseio do agravo de instrumento poderá resultar na concessão da antecipação da tutela recursal (CPC 2015, art. 1.019, inciso I), sobrestando os efeitos da decisão *denegatória* da tutela antecipada que, simultaneamente, tenha oportunizado ao autor o pedido de aditamento da inicial. Em tal situação, sobrevindo julgamento de mérito do agravo de instrumento e confirmação do provimento monocrático veiculado com base no art. 1.019, I, do CPC 2015¹², pode-se cogitar do *efeito expansivo* em ma-

12 “Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído

téria recursal, com possibilidades de *anulação* da decisão agravada e alcance de outros atos processuais que tenham sido praticados em primeira instância, a partir da decisão que venha a *denegar* a tutela antecipada. Além disso, não se pode descartar ainda a possibilidade de *juízo de retratação* positivo realizado pelo juízo de 1º grau (CPC, art. 1.018, § 1º) a partir da notícia da interposição do agravo de instrumento manejado em face da decisão denegatória da tutela antecipada antecedente.

Portanto, não se pode descartar a hipótese do autor manejar o competente agravo de instrumento em face da decisão *denegatória* da tutela antecipada antecedente, obtendo, em análise preliminar do relator, a medida de urgência pleiteada, sem olvidar ainda para a concessão do provimento final pelo órgão colegial que vier a apreciar o mencionado recurso. Pode-se discutir, inclusive, nesse último cenário, se essa decisão colegial é hábil a alcançar a *estabilização* prescrita pelo *caput* do art. 304 do CPC¹³.

imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (...).”

13 Não por outra razão, Eduardo Lamy e Fernando Vieira Luiz conjecturam com a hipótese em questão: “Surge, também, a questão da tutela antecipada deferida somente em segundo grau de jurisdição. Imagine-se o caso em que o interessado requereu a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente e o magistrado, não vislumbrando qualquer hipótese de cabimento, indefere a medida e determina a emenda da inicial (art. 306, § 6º, do NCPC). Irresignado, o autor maneja o competente agravo de instrumento e, em análise preliminar, o relator designado concede a medida pleiteada (art. 1.019, I, do NCPC), ou, mesmo que não a defira *in*

Não se trata de mera conjectura acadêmica, pois, ao conhecer de agravo de instrumento manejado em face de decisão interlocutória que negou pleito liminar em jurisdição voluntária, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou que, não havendo o recurso subsequente, eventualmente cabível contra os provimentos monocráticos (CPC 2015, art. 1.021), dar-se-ia a técnica de estabilização prescrita no art. 304 do CPC 2015 diretamente na esfera recursal¹⁴. É certo, contudo, que a orientação em questão foi extraída a partir das peculiaridades do caso concreto,

limine, a Câmara reforma a decisão do juízo *a quo*, atendendo à pretensão do autor. Diante de tal cenário, qual a possibilidade destas decisões - monocrática ou do colegiado - conquistar a estabilização e qual o caminho que o réu deve percorrer para evitar sua ocorrência? Esta é uma resposta que ainda carece de maior amadurecimento no âmbito doutrinário e que a prática vindoura terá que enfrentar, diante do surgimento de casos específicos. Aparenta, por um lado, que o regramento do Novo Código de Processo Civil quis fazer menção exclusivamente no procedimento perante o primeiro grau de jurisdição, não se preocupando, para efeito de estabilização, de qualquer atividade de cortes de segundo grau ou superiores”(LAMY, Eduardo; e, LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil. *In Revista de Processo*, n. 260, a. 41, outubro 2016. p. 117).

14 O voto do relator foi redigido nos seguintes termos: “Deste modo, proponho à douta Turma Julgadora que se reforme a r. decisão de origem, deferindo-se o que pleiteia o recorrente, não pelo enfrentamento direto do *meritum causæ*, mas mediante o mecanismo do art. 304 em tela e seus §§: vale dizer, por meu voto fica deferida aos agravantes tutela antecipada satisfativa consistente no cancelamento das cláusulas restritivas, sendo certo que, não sobrevivendo recurso contra o acórdão que consubstanciar o julgamento, **estabilizar-se-á a antecipação**, tornando-se **definitiva** a decisão do Tribunal” (TJSP – Agravo de instrumento n. 2252486-22.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 18.07.2017).

em que se veiculava pedido de tutela provisória em sede de jurisdição voluntária. Assim, com a devida ressalva, quer-se acreditar que a hipótese de *estabilização* da tutela antecipada em grau recursal ainda estará sujeita a um certo amadurecimento dogmático e jurisprudencial.

4. Conclusões

Como visto acima, a tarefa que se impõe é concatenar o procedimento prescrito pelo § 6º do referido art. 303 do CPC 2015 – relativamente à imposição para que o autor *emende* sua petição inicial caso o órgão julgador não vislumbre elementos necessários para a concessão da tutela antecipada - com a interposição do agravo de instrumento por parte deste interessado e dos eventuais desdobramentos da matéria em sede recursal.

Portanto, ao menos no caso em que o Tribunal venha a conceder efeito suspensivo à decisão agravada, com a posterior cassação do provimento denegatório alinhado com a regra do § 6º do referido art. 303 do CPC 2015, parece indisputável que, ato contínuo, se aplique o disposto no § 1º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, oportunizando-se ao autor o *aditamento* da petição inicial, complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

Por fim, é de se concluir que a interposição de agravo de instrumento em face da decisão *denegatória* da tutela antecipada pelo juízo *a quo* não afasta o ônus

de se emendar a inicial (CPC 2015, art. 303, § 6º), ressaltando-se apenas a hipótese de concessão de efeito suspensivo à decisão agravada.

Bibliografia.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

Curso de Processo Civil Completo / Eduardo Cambi ... [et. al.], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DONEL, Pedro Roberto. **Solução liminar do processo: teoria e prática da estabilização da tutela provisória satisfativa**, Florianópolis, Empório do Direito, 2017.

LAMY, Eduardo; e, LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil. *In* **Revista de Processo**, n. 260, a. 41, outubro 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; e, SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC 2015 comparada às previsões do CPC/1973. *In* **Revista de Processo**, n. 257, a. 41, julho 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento n. 2252486-22.2015.8.26.0000. Relator Des. Cesar Ciampolini. Julgamento: 18.07.2017. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.