

coordenadores

Cassio Scarpinella Bueno
Elias Marques de Medeiros Neto
Olavo de Oliveira Neto
Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira
Paulo Henrique dos Santos Luçon

Tutela provisória no novo CPC

*Dos 20 anos de vigência
do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*

2016

BIBLIOTECA
Lalla, Huck, Otranto e Camargo
Advogados

 Editora
Saraiva

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela antecipada contra o poder público. *Revista de Processo*, v. 115, p. 334, maio 2004.

SALVADOR, Antonio Raphael Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região*, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

_____. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

8 • ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E COISA JULGADA

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes*

INTRODUÇÃO

Ao disciplinar a “tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, o art. 304, *caput*, do novo CPC dispõe que, se a antecipação for concedida, ela “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. O processo será extinto, mas, de acordo com o § 2º, “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”. A decisão antecipatória “conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º” (art. 304, § 3º) e o “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” (art. 304, § 5º). Sobre a natureza da estabilidade da decisão antecipatória, o § 6º do art. 304 esclarece que “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”.

Tem-se, portanto, uma decisão antecipatória, fundada em cognição sumária, que se estabiliza independentemente de confirmação ulterior em sentença fundada em cognição exauriente. Ela se estabiliza, mas não faz coisa julgada. As partes têm o direito de propor demanda para rever, reformar ou invalidar a decisão, direito que se extingue passados dois anos da data em que ocorreu a estabilização.

Mas o que significa essa estabilização? Em que ela se diferencia da coisa julgada? Passado o prazo de dois anos para a propositura de demanda para rever,

* Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

reformular ou invalidar a decisão antecipatória, essa estabilização transforma-se em coisa julgada?

1. COISA JULGADA

Para que se defina o significado da estabilização e se estabeleça uma comparação entre o instituto e a coisa julgada, faz-se necessário tecer algumas breves considerações a respeito da coisa julgada.

O novo CPC define a coisa julgada no art. 502, como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Para os objetivos deste texto é desnecessário definir o que exatamente torna-se imutável com a formação da coisa julgada, se são os *efeitos* da decisão¹, seu *conteúdo*² ou sua *eficácia*³. Essa imutabilidade é denominada *coisa julgada material*, em contraposição à *coisa julgada formal*, que “consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará”⁴.

Aspecto relevante da discussão a respeito da coisa julgada e de sua natureza é a relação entre a coisa julgada e a declaração contida na sentença. Alguns doutrinadores limitam a coisa julgada à declaração e consideram que, para a tutela declaratória ser útil, é fundamental a imutabilidade que decorre da coisa julgada. A coisa julgada não se estenderia às eficácias condenatória, constitutiva, executiva e mandamental da sentença e a impossibilidade de se rediscuti-las seria

¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, §§ 2º e s., p. 19 e s., e *Giudicato*. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 15, n. 1.1, p. 1; n. 4.10, p. 8.

² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, n. 7, p. 141-143; *Coisa julgada e declaração*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 89; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 108-113.

³ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 777.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 953, p. 295.

mera decorrência da imutabilidade da declaração⁵. Parece ter razão, no entanto, quem estende a coisa julgada a toda tutela prestada na sentença e a trata como um instituto de natureza prática, que não é conatural a qualquer elemento da sentença. Cabe ao legislador delimitar o alcance da coisa julgada sem restrições que decorram de sua “essência”, sendo até mesmo possível excluir desse alcance a declaração contida na sentença⁶.

A imutabilidade que decorre da formação da coisa julgada tem por consequência o impedimento à propositura de demanda com objeto idêntico (*função negativa da coisa julgada* – arts. 333, VI, § 4º, e 485, V, do novo CPC) e a vinculação dos juízes de processos futuros a tomar a decisão como premissa sempre que a situação jurídica definida despontar como questão prejudicial (*função positiva da coisa julgada* – art. 503 do novo CPC)⁷.

⁵ Cf. ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 23, p. 131-134; NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 443 e s.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. V, p. 122-143; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Eficácias da sentença e coisa julgada*. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 71-102; e *Conteúdo da sentença e coisa julgada*. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 163-183; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 4.5, p. 74-79.

⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*, cit., p. 81-89; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, cit., p. 99-113; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., § 2º, p. 19 e s. Barbosa Moreira cita como exemplos de declarações que têm utilidade prática e não são alcançadas pela coisa julgada os atos declaratórios administrativos e a hipótese prevista no cânone 1.903 do *Codex Iuris Canonici*. Traz na sequência as seguintes considerações: “dizer que uma declaração passível de ser contestada não tem utilidade prática é apenas ressaltar a *conveniência* de fazê-la, sob determinadas condições, incontestável. Mas então o problema passa a ser de política legislativa, sem solução encontrável *a priori* num céu de puras teorias. Caberá ao legislador resolver se (e dentro de quais limites) há de excluir-se, para o futuro, a viabilidade de contestação eficaz. A existência de casos de os acima apontados prova – *contra factum non valet argumentum* – que, por vezes, o legislador prefere contentar-se com uma certeza *provisória*; nem se descobre nisso qualquer *contradictio in terminis*” (*Coisa julgada e declaração*, cit., p. 85-86).

⁷ Sobre as funções positiva e negativa da coisa julgada, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, n. 42-47, p.

Finalmente, a coisa julgada é dotada de uma específica *eficácia preclusiva*, prevista no art. 508 do novo CPC e definida como o “impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade”⁸. A coisa julgada promove a “incontestabilità di quanto dedotto dalle parti” e a eficácia preclusiva reforça essa estabilidade, impedindo “il riesame della stessa controversia sotto ulteriori e diversi profili”⁹. Integram esses *ulteriores e diversos perfis* as demandas que poderiam ser propostas pelo réu com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota, trazendo alegação que foi ou poderia ter sido deduzida no processo anterior e pedido incompatível com a situação substancial imunizada pela coisa julgada.

2. SERIA POSSÍVEL ATRIBUIR FORÇA DE COISA JULGADA À DECISÃO ANTECIPATÓRIA PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 304 DO NOVO CPC?

Expostas em apertada síntese as características fundamentais da coisa julgada, cabe questionar a opção do art. 304 do novo CPC de expressamente excluir

64-75; LIEBMAN, Enrico Tullio. Giudicato, cit., n. 3.3-3.5, p. 4-5; PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (dir. vig.). In: *Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, 1968, n. 11, p. 818-822; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: Cedam, 1999, cap. III, n. 2, p. 129-147.

- ⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, n. 17, p. 110. Sobre a caracterização da eficácia preclusiva como instituto que torna a coisa julgada imune a demandas *diversas e incompatíveis*, cf. CONSOLO, Claudio. Oggetto del giudicato e principio dispositivo: dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, n. 11, p. 287-288; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, cap. II, n. 15, p. 77; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: Cedam, 1999, cap. III, n. 9, p. 256-259; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987, cap. V, n. 2, p. 300-304; e *Il giudicato civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2002, cap. II, n. 6, p. 53-55; MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2. ed. Torino: UTET, 1997, n. 97, p. 264; e Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, n. 3, p. 21-22; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada: estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010, cap. II, n. 5, p. 163-170.
- ⁹ RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: Cedam, 1999, cap. III, n. 2, p. 137-147, esp. p. 137.

a formação de coisa julgada com relação à decisão que antecipa a tutela e não é impugnada, optando pela mera estabilização. Poderia o legislador agir de forma diversa? Seria viável a opção pela formação da coisa julgada?

A decisão que antecipa a tutela e pode ficar estabilizada nos termos do art. 304 está fundada em um juízo de cognição sumária a respeito dos fatos e do direito que amparam a pretensão do autor. O julgador avalia o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e, concluindo pela presença de ambos os requisitos, concede a medida pleiteada. A decisão limita-se à concessão de medida para debelar um perigo de dano, com fundamento na probabilidade de que o direito existe. Em nenhum momento a decisão declara que o direito existe¹⁰ e, portanto, o que se antecipa não é a própria tutela que poderia ser prestada no futuro em um juízo de cognição exauriente sobre a existência do direito, mas apenas efeitos práticos dessa tutela¹¹.

¹⁰ “L’ordinanza di condanna stabilisce solamente che il creditore ha diritto di agire in via esecutiva ma non dichiara che il credito esiste e che il pagamento è dovuto, in quanto non ha contenuti ed effetti accertativi delle situazioni sostanziali” (MENCHINI, Sergio. *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. 880). Pouco importa o exemplo de situação concreta em que o juiz não se limitou a analisar o *fumus boni iuris* e, para a concessão da medida urgente prevista nos arts. 303 e 304 do novo CPC, tenha declarado a existência do direito ou trazido profundas considerações a respeito do mérito. Isso porque “non è sufficiente la qualità del risultato, l’accertamento, in concreto conseguito a consentire di mutare la natura del rito da sommario in rito a cognizione piena, essendo necessario guardare, ai fini dell’applicazione di simili qualificazioni, esclusivamente alla struttura complessiva del procedimento e, di riflesso, alla funzione che il legislatore associa al relativo provvedimento. È dalla fusione del provvedimento che si ricava il *grado minimo* di ‘accertamento’ ritenuto sufficiente dal legislatore per la sua pronuncia (anche se in concreto ed occasionalmente il grado di ‘accertamento’ potrebbe essere più elevato)” (CARRATA, Antonio. *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*. In: CARRATA, Antonio (Org.). *La tutela sommaria in Europa: studi*. Napoli: Jovene, 2012, p. 2). No mesmo sentido, cf. MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela...*, cit., p. 878; PROTO PISANI, Andrea. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, n. 62, p. 209-214; VOLPINO, Diego. *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 73.

¹¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. V, n. 29, p. 185-186; cap. VI, n. 26, p. 336; cap. VI, n. 27, p. 343-344; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Como a decisão antecipatória não declara a existência de um direito, quem restringe a coisa julgada à declaração pode encontrar um óbice intransponível para a decisão antecipatória ser alcançada pela coisa julgada¹². No entanto, não se pode *a priori* descartar as alternativas de (i) transformar *ex lege* o juízo do julgador quanto ao *fumus boni iuris* em uma declaração a respeito da existência do direito que ampara a medida urgente requerida pelo autor e estender a coisa julgada a essa declaração ou (ii) estender a coisa julgada aos efeitos antecipados na decisão, ainda que a decisão não contenha qualquer declaração sobre a existência do direito.

A primeira alternativa pode parecer descartável de pronto, por afrontar ideias comezinhas a respeito dos graus de cognição, da disciplina das medidas urgentes, da necessidade de que haja decisão expressa para a formação da coisa julgada... No entanto, não há como afastá-la sem maiores considerações, pois ela retrata exatamente o que ocorre em uma hipótese presente no CPC de 1973 e que foi mantida no novo CPC.

De acordo com o art. 310 do novo CPC, que repete, na essência, o que constava do art. 810 do CPC de 1973, “o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse”. Ao final é apresentada uma exceção: “salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição”. Ao interpretar este excerto final a doutrina afirma que há a formação de coisa julgada material a respeito da inexis-

2002. v. I, n. 5.7.2, p. 137; “A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual”, n. 5, p. 132; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*: medidas cautelares e antecipatórias. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, cap. I, n. 11, p. 15-18; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, n. IV, p. 35.

¹² Nesse sentido as considerações de Ovidio A. Baptista da Silva: “A inaptidão da sentença cautelar para alcançar a estabilidade peculiar à coisa julgada material decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se à simples *plausibilidade* da relação jurídica de que o autor se afirma titular e à existência de uma *situação de fato* de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre fatos jamais adquire o selo da indiscutibilidade, pois sobre eles não se estende a coisa julgada (art. 469, CPC). E não havendo declaratoriedade relevante, na sentença, não haverá espaço para estabelecer-se a coisa julgada material. O juiz da futura demanda, ao reapreciar a mesma causa e decidir de modo diverso, nunca poderia agredir uma declaração sentencial contida no primeiro julgamento, pois a primeira sentença, por definição, nada declarou a respeito de qualquer relação jurídica” (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185).

tência do direito que justificou o pedido cautelar sempre que a sentença estiver fundada na decadência ou na prescrição, restando impedida a propositura de ulterior demanda cognitiva em que se peça o reconhecimento da existência do direito¹³, ou seja, extrai-se uma declaração a respeito da inexistência do direito, com força de coisa julgada, da motivação de decisão que se limita a concluir pela inexistência do *fumus boni iuris*.

Seria possível generalizar essa técnica e, *de lege ferenda*, estendê-la à hipótese do art. 304 do novo CPC? Parece que não. Decorre do *due process of law* e das demais garantias constitucionais do processo que a coisa julgada somente se estenda às decisões fundadas em cognição exauriente a respeito da questão em litígio¹⁴.

Não se desconhece que em algumas situações específicas, diante das peculiaridades do direito material, do comportamento das partes no processo e da necessidade de se prestigiar a celeridade e a economia processual, essa regra

¹³ Cf. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. VIII, t. I, n. 78, p. 307-309; REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada, *RePro*, n. 35, p. 20-21; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo. *Do processo cautelar*, cit., p. 214-215; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 95-96.

¹⁴ “O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5º, LIV, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva” (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, *RePro*, n. 209, n. 10).

comporta exceções¹⁵. É o que acontece nos procedimentos em que há restrições probatórias, como o procedimento dos juizados especiais, e no julgamento à revelia do réu. O exemplo da revelia é especialmente significativo, pois a relevância conferida à inércia do réu em caso de revelia e na hipótese do art. 304 do novo CPC poderia levar à comparação entre as situações e à conclusão de que, também na hipótese do art. 304, deveria haver a formação de coisa julgada.

Há, no entanto, uma diferença fundamental entre as situações, que torna inadmissível a conclusão. Apesar de estar fundada em cognição sumária, a sentença que julga a causa na hipótese de revelia declara a existência ou inexistência do direito posto em julgamento, declaração que é trazida com a finalidade de julgar a causa de forma definitiva. Em contrapartida, como já visto, na decisão que antecipa a tutela não há uma declaração sobre a existência ou não do direito, que precisaria ser inferida das considerações trazidas pelo julgador a respeito do *fumus boni iuris*.

Há aqui um óbice intransponível para a formação da coisa julgada. A exceção à exigência de cognição exauriente não pode ir tão longe, para alcançar situações em que sequer houver declaração a respeito da existência ou inexistência do direito, ainda que fundada em cognição sumária. Em toda e qualquer situação, para haver a formação da coisa julgada é necessário que, no mínimo, a questão que se tornará imutável tenha sido decidida de forma expressa¹⁶, pois é fundamental que se tenha segurança sobre exatamente o que foi decidido¹⁷.

¹⁵ Leonardo Greco sustenta que não se pode admitir exceção alguma ao requisito da cognição exauriente (Cognição sumária e coisa julgada, *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, v. X, n. 9, 2012).

¹⁶ Valem aqui as considerações trazidas por Comoglio ao tratar da extensão da coisa julgada às questões decididas na fundamentação da sentença e excluir a possibilidade de a coisa julgada alcançar questões não apreciadas de forma expressa: “si esagera, però, nel privilegiare l’‘accertato’ a spese del ‘controverso’, quando si vuole allargare la ‘copertura’ a quel che, in stretta ed inscindibile correlazione con la statuizione definitiva, il giudice abbia comunque ritenuto ‘certo’, anche al di fuori di um ‘reale’ contrasto fra le parti, poichè il rischio di compromettere le garanzie del contraddittorio è un prezzo troppo alto, e non pare adeguatamente bilanciato da un sufficiente incremento della stabilità del *decisum*” (*Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1982, v. II, p. 127).

¹⁷ Pense-se a título de exemplo em um pedido de sustação de protesto. O pedido urgente é acolhido, o protesto é sustado e o réu não impugna a decisão. Se fosse o caso de extrair uma declaração dessa decisão para atribuir-lhe força de coisa julgada, qual declaração

Definido que não há como extrair uma declaração sobre a existência ou inexistência de um direito da decisão que antecipa a tutela, resta saber se é viável estender a coisa julgada aos efeitos antecipados na decisão.

Quanto a esses efeitos há um enfrentamento expresso na decisão antecipatória, o que afasta o óbice referido nos parágrafos anteriores. Não parece, no entanto, que se está diante de hipótese em que é legítima a restrição à regra de que a coisa julgada somente deve se estender às decisões fundadas em cognição exauriente. Não bastasse o inconveniente de a coisa julgada incidir sobre a consequência de um direito, sem que concomitantemente incida sobre o reconhecimento desse direito, o que propicia a prolação de decisões gravemente contraditórias, a intensa sumariedade do procedimento descrito nos arts. 303 e 304 do novo CPC, que não se compara com as hipóteses em que admite legitimamente a exceção à regra da cognição exauriente, impede a formação da coisa julgada.

3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Recordemos alguns pontos da disciplina do art. 304 do novo CPC. Concedida a antecipação, a decisão “torna-se estável” se não for impugnada, mas não há coisa julgada. O processo será extinto e a decisão “conservará seus efeitos” após a extinção, sendo franqueado a qualquer das partes “demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”¹⁸.

Para que se entenda o significado e alcance da estabilização, um primeiro ponto a ser considerado é o de que, concedida a tutela antecipada e não impugnada a decisão antecipatória, o processo é extinto. A eventual rediscussão da decisão

seria extraída? A de que o crédito do réu não existe? Ou ainda não é exigível? Ou de que o título não está sujeito a protesto? É possível extrair com um mínimo de segurança da parte da motivação da decisão antecipatória que trata da existência do *fumus boni iuris* uma resposta segura a essas indagações?

¹⁸ A norma é inspirada no *référé provision* francês e no extinto *procedimento sommario societario* italiano, procedimentos sumários em que, tal como previsto no art. 304 do novo CPC, o procedimento termina com a prolação de uma decisão que se estabiliza mas não faz coisa julgada. Cf. BONATO, Giovanni. I *référés* nell’ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Org.). *La tutela sommaria in Europa*: studi. Napoli: Jovene, 2012, n. 6, p. 50-54; JOMMI, Alessandro. *Il référé provision*: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia. Torino: Giappichelli, 2005, n. 2.5.5.3, p. 97-98.

não ocorre no mesmo processo, com a sua reabertura. É necessário propor uma nova demanda, distinta daquela onde concedida a antecipação, com o pedido de revisão, reforma ou invalidação da decisão antecipatória e trazendo como causa de pedir os fatos que levam ao acolhimento de um desses pedidos.

O fato de o processo ser extinto e de ser necessário propor uma nova demanda para questionar a decisão antecipatória, sendo inadmissível a simples reabertura do processo anterior, demonstra que, apesar de a decisão não ser alcançada pela coisa julgada material, há a formação da *coisa julgada formal*¹⁹, ou seja, ocorrida a estabilização, no processo onde a decisão antecipatória foi proferida é inadmissível modificá-la.

Além de não ser possível reabrir o processo onde a decisão antecipatória foi proferida, da necessidade de propositura de uma demanda específica com o pedido de revisão, reforma ou invalidação para questionar a decisão antecipatória decorre que a estabilização impede a propositura de demanda idêntica àquela onde a tutela antecipada foi concedida. Há aqui novo ponto de contato entre a estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada, pois a *função negativa da coisa julgada* serve justamente para impedir a propositura de demanda idêntica àquela onde a coisa julgada se formou.

As semelhanças entre os institutos acabam, no entanto, quando se põe os olhos na *função positiva da coisa julgada*. Essa é uma função típica da coisa julgada que incide sobre a tutela declaratória prestada na sentença e, como a decisão antecipatória estabilizada não contém a declaração sobre a existência ou inexistência de um direito, em princípio sequer faz sentido cogitar de uma função positiva da estabilização²⁰. De qualquer modo, a lei não atribui à estabilização a eficácia de vincular os juízes de processos futuros na decisão de questões prejudiciais e, portanto, sequer em tese seria possível cogitar de uma função positiva da estabilização.

Resta analisar, na comparação entre estabilização e coisa julgada, se a decisão antecipatória estabilizada ostenta atributo semelhante à *eficácia preclusiva da coisa julgada*. Como visto anteriormente, a eficácia preclusiva serve para impedir a propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado. Esse impedimento decorre de específica pre-

¹⁹ Cf. TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 22 e 276.

²⁰ Cf. MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela...*, cit., p. 877; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*, cit., p. 112-113.

visão legal (novo CPC, art. 508) e não é algo essencial à coisa julgada. Há algumas exceções a sua aplicação e, em tese, seria até possível eliminá-lo²¹.

Como não há norma que estenda a eficácia preclusiva à tutela antecipada estabilizada, não existe óbice à propositura de demandas incompatíveis com a decisão antecipatória²². Aliás, ao autorizar a propositura de demanda com o objetivo de “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, o art. 304, § 2º, do novo CPC permite de forma expressa a propositura de algumas das demandas incompatíveis passíveis de serem propostas contra a decisão antecipatória estabilizada.

4. O QUE ACONTECE APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA?

O § 6º do art. 304 do novo CPC é expresso ao dispor que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, mas indica adiante que “a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”. De acordo com o § 5º, o direito de propor essa ação extingue-se no prazo de dois anos. Diante dessa construção, surge a dúvida: passados os dois anos e extinto o direito de propor a demanda para rever, reformar ou invalidar da decisão antecipatória, forma-se a coisa julgada?

Além de o art. 304, § 6º, afastar expressamente a coisa julgada, as premissas expostas no decorrer deste texto conduzem à inequívoca conclusão de que não haverá a formação de coisa julgada. A estabilidade da tutela antecipada se fortalecerá, mas, mesmo passados os dois anos, não há a transformação dessa estabilidade em coisa julgada. O art. 304, § 5º, prevê, única e exclusivamente, a extinção do direito de propor demanda que, enfrentando diretamente a decisão, tenha por pedido sua revisão, reforma ou invalidação. No entanto, como a decisão antecipatória estabilizada não tem eficácia preclusiva, após o prazo de dois anos continua sendo possível a propositura de outras demandas incompatíveis com a decisão.

²¹ Cf. LOPES, Bruno. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., n. 20, p. 126-136.

²² Cf. MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela...*, cit., p. 877; PROTO PISANI, Andrea. *I diritti e le tutele*, cit., n. 60.1, p. 198-199; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*, cit., p. 113 e s.

Cite-se a título de exemplo o caso de antecipação para condenar o réu ao pagamento de quantia que ele já havia pago. O réu não impugna a tutela antecipada, deixa passar o prazo de dois anos para questionar a decisão antecipatória e é obrigado a pagar novamente o mesmo débito. Não há óbice a que ele proponha demanda pleiteando a devolução do valor referente ao primeiro pagamento, com fundamento na ausência de causa jurídica para adimplir em duplicidade, óbice que existiria se estivesse em jogo a coisa julgada e sua eficácia preclusiva²³.

Caso se supere o óbice de que a lei não outorga eficácia preclusiva à decisão antecipatória e, de forma expressa, exclui a formação da coisa julgada, a equiparação entre a estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada, após passado o prazo de dois anos, seria impedida pelo já mencionado fato de a decisão antecipatória não conter a declaração a respeito da existência de um direito. Portanto, mesmo depois de passados os dois anos, seria inadmissível conferir à decisão antecipatória atributo semelhante à função positiva da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e coisa julgada. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. I.
- _____. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

²³ Cf. LOPES, Bruno. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., n. 18, p. 116.

- _____. Coisa julgada e declaração. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONATO, Giovanni. I référés nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (Org.). *La tutela sommaria in Europa: studi*. Napoli: Jovene, 2012.
- CARRATA, Antonio. Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari. In: CARRATTA, Antonio (Org.). *La tutela sommaria in Europa: studi*. Napoli: Jovene, 2012.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1982. v. II.
- CONSOLO, Claudio. Oggetto del giudicato e principio dispositivo: dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
- GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, v. X, n. 9, 2012.
- JOMMI, Alessandro. *Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Torino: Giappichelli, 2005.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. VIII, t. I.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- _____. Giudicato. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. v. 15.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2002.
- _____. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987.
- _____. 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.

- MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2. ed. Torino: UTET, 1997.
- _____. Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi. *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, p. 15-51.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. V.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PROTO PISANI, Andrea. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.
- PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (dir. vig.). In: *Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, 1968.
- RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: Cedam, 1999.
- REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada. *RePro*, n. 35.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *RePro*, n. 209.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada: estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdiccional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Torino: Giappichelli, 2009.
- VOLPINO, Diego. Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

9 · A PROVA NA TUTELA ANTECIPADA

João Batista Lopes*

CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Em 1991, o jovem Luiz Guilherme Marinoni defendeu, na PUCSP, sob orientação do professor Donald Armelin, dissertação de mestrado com o título *Tutela cautelar e tutela antecipatória*.

Tendo participado da banca examinadora, verifiquei, na ocasião, que se cuidava de estudo inovador, já que o então mestrando propugnava pela admissibilidade de regra para autorizar o juiz a adiantar efeitos do pedido com caráter satisfativo.

O tema despertou o interesse dos estudiosos até que, em 1994, a Lei n. 8.952 introduziu, no CPC, o art. 273 com a seguinte redação:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Desde o início de sua vigência, a inovação suscitou aceso debate versando vários aspectos entre os quais a constitucionalidade da norma, os limites de adian-

* Doutor em Direito pela PUCSP. Professor do curso de Mestrado da PUCSP. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e do Centro de Estudos Avançados de Processo. Desembargador aposentado do TJSP.