

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

IZAIAS VALENTE LIMA

ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2015**

IZAIAS VALENTE LIMA

ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Trabalho de Monografia apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção grau de pós-
graduado em Direito Processual Civil.
Orientador: Profa. Me. Janete Ricken de
Barros

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2015**

IZAIAS VALENTE LIMA

ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção grau de pós-graduado em Direito Processual Civil.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2015.

Profa. Me. Janete Ricken de Barros
Professora orientadora

Nome do membro da Banca com sua titulação e
instituição a qual é vinculado
Membro da Banca Examinadora

Nome do membro da Banca com sua titulação e
instituição a qual é vinculado
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha esposa e a meus filhos, pelo apoio e compreensão.

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha orientadora, Profa. Me. Janete Ricken de Barros, pelo apoio, paciência e dedicação dispendidos e que foram indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de monografia analisa o instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente previsto nos artigos 303 e 304 do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, sancionado em 16/03/2015 e que entrará em vigência no dia 17/03/2016, especificamente sobre a sua natureza jurídica. O objeto da pesquisa é verificar se a decisão estabilizada, por não interposto o recurso competente no prazo legal e após transcorrido o prazo de 02 anos sem a propositura de ação objetivando a sua revisão, reforma ou invalidação, terá a mesma natureza jurídica de coisa julgada material, apesar de previsão expressa em contrário constante do § 6º do art. 304 do novo CPC, pois estará vedada a rediscussão da matéria, no mesmo ou em outro processo.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional. Tutela Diferenciada. Estabilização. Coisa Julgada.

ABSTRACT

This monograph analyses the legal recourse of the stabilization of the preliminary injunction effects, which is granted on a preliminary basis, as provided by articles 303 and 304 of the new Code of Civil Procedures (CCP) - Law 13.105/2015, enacted on 16 March 2015 and that will come into force on 17 March 2016, specifically about its juridical nature. The research subject matter is to verify if the stabilized decision - when a competent appeal is not presented within the legal timeframe and once a period of 2 years is over without a proposal of action aiming at its review, reform or invalidation - will have the same juridical nature of a material *res judicata*, in spite of explicitly provided otherwise in paragraph 6th at article 304 of the new CCP, since it will be forbidden to discuss the matter anew, at the same or in another legal action.

Keywords: judicial protection. Differentiated preliminary injunction. Stabilization. *Res judicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL.....	13
1.1. Tutelas diferenciadas.....	20
1.2. Princípio da efetividade x princípio da razoável duração do processo.....	24
2. COGNIÇÃO JUDICIAL.	28
2.1. Objeto da cognição.....	29
2.1.1. Pressupostos processuais.....	31
2.1.2. Condições da ação.....	32
2.1.3. Mérito da causa.	35
2.2. Técnicas de cognição – planos horizontal e vertical.	37
2.3. Cognição exauriente.....	38
2.4. Cognição sumária.....	40
3. COISA JULGADA E FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	44
3.1. Limites da coisa julgada.	47
3.1.1. Limites objetivos	47
3.1.2. Limites subjetivos.	49
4. ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	51
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

Este trabalho de monografia tem por objetivo analisar o instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente previsto nos artigos 303 e 304 do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, sancionado em 16/03/2015 e que entrará em vigência no dia 17/03/2016.

A relevância acadêmica do tema é verificada em razão da criação de um regime jurídico unificado que engloba as tutelas provisórias cautelar e satisfativa em um só título (Livro V, Título I), denominado “Da Tutela Provisória”, divididas em tutelas de urgência e tutela de evidência.

Verifica-se a necessidade de aprofundar o estudo da tutela provisória, que se caracteriza como uma espécie de tutela diferenciada, apta a dividir-se em cautelar e antecipatória.

A propósito, o novo Código de Processo Civil, na busca de um mecanismo de aceleração da prestação jurisdicional, trouxe como novidade a possibilidade de requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, como forma de possibilitar um novo dinamismo à prestação jurisdicional, dentro do contexto da terceira onda de acesso à justiça a que se referem Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra “Acesso à Justiça”, que visa a uma reforma interna no direito processual civil e que trata da criação de mecanismos e técnicas processuais inovadoras que assegurem uma rápida solução da demanda e o resultado útil do processo.

Com efeito, na esteira do processo de conquista dos direitos fundamentais experimentados pela sociedade ao longo dos últimos séculos, o poder constituinte brasileiro buscou, como forma de salvaguardar essas conquistas, após o período de exceção iniciado com o golpe militar de 1964, inserir no texto constitucional de 1988 uma série de garantias como forma de assegurar um amplo acesso à justiça e aos meios de proteção a elas inerentes – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, efetividade da prestação jurisdicional, razoável duração do processo, dentre outros.

Na busca de mecanismos de ampliação e universalização do acesso à justiça, vários institutos foram criados, tais como a disponibilização de assistência judiciária aos mais pobres (primeira onda de acesso à justiça), aqui no Brasil materializada pela instituição das defensorias públicas, pela assistência judiciária prestada pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela isenção do pagamento das custas dos processos, somente para citar alguns; a criação de mecanismos de representação dos interesses coletivos e difusos (mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública) e a ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação respectiva (segunda onda de acesso à justiça); e a criação de mecanismos e procedimentos que possibilitem uma rápida e efetiva solução dos litígios, asseguradas as garantias constitucionais inerentes (terceira onda de acesso à justiça).

Nesse contexto, os institutos das tutelas diferenciadas, dentre elas as tutelas cautelares e antecipatórias, vêm sendo construídos e aperfeiçoados ao longo do tempo, introduzidos ao nosso ordenamento jurídico de forma gradual e por intermédio de diversas alterações na legislação processual civil, na maioria das vezes como positivação do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

As tutelas jurisdicionais diferenciadas, enquanto tutelas provisórias, de urgência, deferidas mediante um juízo de cognição sumário, se constituem em procedimentos especiais por intermédio dos quais pode o Estado-juiz salvaguardar ou antecipar um direito em razão das circunstâncias fáticas e mediante a presença de certos requisitos, tais como a verossimilhança das alegações ou *fumus boni iuris* e perigo de dano concreto ou *periculum in mora*.

O direito ao acesso à justiça e, conseqüentemente, a uma tutela jurisdicional que solucione e ponha fim aos conflitos de interesses, consagrado no art. 5º, LV, da Carta Constitucional de 1988, pressupõe um processo judicial em que são assegurados aos litigantes todos os meios necessários para levar ao conhecimento do Poder Judiciário as suas razões, em igualdade de condições, propiciando a ampla produção das provas que entenderem necessárias e a interposição dos recursos cabíveis para impugnar as decisões que porventura lhes sejam desfavoráveis.

Assim, após assegurados todos os meios necessários por intermédio do devido processo judicial, as partes fazem jus a um pronunciamento judicial definitivo que assegure a efetivação de um direito que estaria pretensamente violado, com vistas à pacificação social.

É a esse pronunciamento judicial em caráter definitivo e que não é mais passível de reforma, modificação ou desconstituição, a não ser por intermédio de ação rescisória dentro do prazo decadencial de 02 anos a contar do trânsito em julgado dessa decisão e desde que preenchidos os requisitos do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 966 do novo Código de Processo Civil), que se dá o nome de coisa julgada.

Ocorre que, como já dito acima, nem sempre as partes em litígio podem aguardar o desfecho do processo e o pronunciamento judicial em caráter definitivo, sob pena de, em razão do lapso de tempo decorrido desde o ajuizamento da ação, esse provimento final se tornar inócuo ou não ser mais possível a concretização efetiva desse direito perseguido em juízo.

É nesse contexto que se insere a importância das tutelas provisórias, a serem deferidas antes ou no curso do processo, de natureza assecuratória do provimento final (cautelares) ou antecipatórias, no todo ou em parte, do próprio direito perseguido em juízo.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973 e, posteriormente, com as suas sucessivas reformas, foram instituídas importantes inovações, tais como a criação da ação cautelar autônoma; a possibilidade de formulação de requerimento de cunho cautelar incidentalmente; a adoção do “poder geral de cautela”; a positivação do instituto da antecipação da tutela; e a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.

A possibilidade de se requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, entretanto, é uma inovação no mundo jurídico que certamente dará margem a muitos debates sobre a sua natureza jurídica. Máxime diante da disposição expressa de que tal decisão, proferida em caráter antecedente, não fará coisa julgada, mas se tornará estável, quando não interposto o recurso competente

no prazo legal e após transcorrido o prazo de 02 anos sem a propositura de ação objetivando a sua revisão, reforma ou invalidação.

O problema que se apresenta é saber em que medida a decisão proferida em caráter antecipado antecedente, da qual não foi interposto recurso, recebe o atributo de coisa julgada material, após o decurso de 02 anos.

A hipótese apresentada entende que ela possui natureza jurídica de coisa julgada material, tendo presente que um dos pilares da coisa julgada material é exatamente a sua imutabilidade (soberania da coisa julgada), caso em que a tutela antecipada deferida em caráter antecedente e que não foi objeto de recurso no tempo devido e nem foi buscada a sua revisão, reforma ou invalidação por intermédio de ação própria no prazo de 02 anos também se torna imutável, não sendo mais passível de desconstituição.

O trabalho está desenvolvido em 04 capítulos, a saber: Capítulo 1 – Espécies de tutela jurisdicional; Capítulo 2 – Cognição judicial; Capítulo 3 – Coisa julgada e função jurisdicional; e Capítulo 4 - Estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente.

Para a elaboração da monografia, foi utilizado o tipo de pesquisa dogmática ou instrumental, pois as fontes de pesquisa incluem, além da legislação específica, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil em vigor –, Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil – e a Constituição Federal de 1988, livros e trabalhos científicos relacionados aos institutos das tutelas cautelar e antecipada, com enfoque em autores na linha do processo civil contemporâneo, além da jurisprudência dos Tribunais pátrios.

1. ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

Segundo a doutrina clássica ou tradicional, as tutelas jurisdicionais são divididas em três espécies, a saber: tutela cognitiva, tutela executiva e tutela cautelar, levando-se em consideração a natureza da atividade desenvolvida pelo órgão jurisdicional, classificação essa que foi adotada pelo nosso Código de Processo Civil de 1973, ao fazer a separação entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, respectivamente nos Livros I, II e III, além de, no Livro IV, dispor sobre os procedimentos especiais, que podem conjugar em um mesmo procedimento todas ou algumas das espécies de tutela acima referidas.

Segundo essa classificação, a tutela cognitiva pode ser conceituada como sendo aquela buscada com o objetivo de obter do Estado-juiz pronunciamento sobre a existência ou não do direito pretendido em juízo, com base em um juízo de certeza sobre o direito material controvertido.

Já na tutela executiva, o que se busca é a efetivação daquele direito anteriormente já reconhecido por intermédio de um título executivo judicial (sentença) ou por um título executivo extrajudicial, com a prática de atos materiais voltados à efetiva entrega da prestação jurisdicional, ou seja, à satisfação da pretensão.

A tutela cautelar, por seu turno, não tem por objeto o reconhecimento do direito, mas sim garantir ou assegurar a eficácia da tutela que se pretende seja reconhecida no processo ou na fase de conhecimento, ou mesmo no processo ou na fase de execução.

Tal classificação tradicional é objeto de críticas por parte de diversos doutrinadores, notadamente levando-se em consideração a possibilidade da concessão de outros tipos de tutelas em dada espécie de processo.

Assim, é perfeitamente possível a concessão de medida de natureza cautelar no âmbito do processo de conhecimento, a teor dos arts. 266 e 273, § 7º, do CPC/1973. No primeiro caso, a norma processual autoriza ao juiz a prática de atos

urgentes a fim de se evitar a ocorrência de dano irreparável, durante a suspensão do processo; já no segundo caso, a norma autoriza a concessão, pelo juiz, de medida de natureza cautelar quando esta for requerida a título de antecipação de tutela, desde que presentes os respectivos pressupostos.

Também no processo de execução se permite a prática de providência cautelar, conforme os arts. 615, III, e 793 do CPC/1973, em casos de urgência da medida ou durante a suspensão do curso da execução.

Da mesma forma, é possível a prática de atividade de natureza cognitiva no âmbito do processo cautelar, quando o juiz reconhecer a ocorrência de decadência ou de prescrição, conforme autorizado pelo art. 810 do CPC/1973.

Verifica-se, ainda, no curso da execução, a possibilidade do conhecimento de matérias de ordem pública ou eminentemente de direito em sede de exceção de pré-executividade, ou seja, sem a necessidade da oposição de embargos do devedor, que podem levar ao reconhecimento da ocorrência de prescrição ou decadência ou mesmo da inexistência do título executivo ou do próprio direito material perseguido em juízo, atividade essa de natureza cognitiva.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 1973 traz, no Livro III – Do Processo Cautelar – espécies de procedimentos que nada têm de cautelar, como é o caso da justificação, dos protestos, notificações e interpelações, na forma dos arts. 861 a 873.

Conforme reconhece Teori Zavascki:

Está longe de ser absoluta, entretanto, em nosso sistema, mesmo na versão original do Código de 1973, a segmentação da tutela jurisdicional, consideradas as espécies acima elencadas. Se é certo que o processo de conhecimento tem por finalidade a certificação do direito, nem por isso se deve concluir ser ele incompatível com a outorga de tutela de outra espécie, e o mesmo vale para o processo de execução e o cautelar¹.

Ressalta, ainda, o autor, em sua crítica à classificação tradicional, que:

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.

É relativa, como se percebe, a importância prática da classificação tripartite da tutela jurisdicional, de seus 'processos' e de suas 'ações'. É que não havendo, como não há, uma executividade natural, como bem observou Adroaldo Furtado Fabrício, a separação, em ações distintas, ou a junção, em única ação e procedimento, das atividades cognitivas e executivas, são opções que acabam confiadas exclusivamente à conveniência de política legislativa. A evolução do sistema do Código de Processo Civil evidencia isso com clareza: o que originalmente era exceção, (=a reunião, num único processo, das atividades cognitiva e executiva) é, hoje, a regra; e o que era a regra (= a dispersão dessas atividades por distintos processos) tornou-se exceção. Portanto, se não se pode chegar ao extremo de considerar a dicotomia 'procedimento de cognição e procedimento de execução' como de valor 'quase nenhum', e isso 'no plano teórico e no plano prático', como é o entender de Pontes de Miranda, também não se justifica o extremo oposto, de considerar 'a única classificação legítima e importante' a que adota a tripartição tradicional das ações como de conhecimento, execução e cautelar, como sustentou Liebman².

Também Flávio Luiz Yarshell ressalta que:

Tornando à tipologia 'tradicional', convém também observar, ainda sob um ângulo genérico, que a tríplice divisão em *conhecimento*, *execução* e *cautelar* efetivamente apresenta algumas incongruências, quando se pensa exclusivamente em *tutela* como *resultado*. Sob essa ótica, por exemplo, o 'conhecimento' é próprio da *atividade* desenvolvida, não se podendo falar rigorosamente em provimento (=resultado) cognitivo, mas em provimento declaratório (em sentido lato). Portanto, o *processo* pode ser corretamente qualificado como *cognitivo*, mas não assim o provimento – não ao menos em um sentido mais próprio e rigoroso.

Nessa mesma linha de raciocínio, nem sempre a atividade executiva se realiza no âmbito de um processo – um 'novo processo – de execução, isto é, com a instauração de uma nova relação jurídica processual, distinta daquela gerada pela demanda originária, que instaurou o processo 'de conhecimento'. Nesse particular, o sistema conhece hipóteses em que os atos de execução têm lugar no próprio processo instaurado para a cognição.

Ainda na tipologia 'clássica', há alguma impropriedade – quando se pensa em tutela como *resultado* –, por exemplo, em se falar na *tutela* condenatória que, a rigor, nada propicia de efetivo ao demandante. Daí por que se fala, em doutrina, em uma tutela 'condenatória/executiva', uma vez que a efetiva entrega do bem ao credor somente se opera por meio dos atos de execução e pelo *resultado* por eles proporcionado³.

² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 141-142.

Ao lado da classificação tradicional, podemos ainda classificar a tutela jurisdicional segundo a espécie de provimento jurisdicional pretendido pelo autor. Conforme essa classificação, as tutelas são divididas em meramente declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental (teoria quinária da tutela jurisdicional).

Assim, quando o autor pretende provimento jurisdicional que esclareça ou que afaste a incerteza que recai sobre determinada relação jurídica, por intermédio de uma ação declaratória, ele obterá uma tutela jurisdicional meramente declaratória.

Por outro lado, se ele pretende modificar ou extinguir determinada relação jurídica, a via judicial adequada é a ação constitutiva, caso em que o provimento ou tutela jurisdicional será constitutivo.

Caso pretenda do Estado-juiz a imposição, ao réu, de determinada obrigação, deverá o réu manejar ação condenatória, caso em que o provimento jurisdicional pretendido, se concedido, terá natureza de tutela jurisdicional condenatória.

Importante ressaltar que as tutelas jurisdicionais de cunho constitutivo ou condenatório sempre serão precedidas de uma declaração sobre o direito. Assim, caso o direito do autor seja reconhecido (declarado), ele obterá, por conseguinte, um provimento judicial constitutivo ou declaratório; caso contrário, tal provimento terá cunho meramente declaratório.

Por outro lado, se o direito já foi reconhecido por intermédio de provimento judicial (título executivo judicial) ou se o autor possui documento dotado de certeza, liquidez e exigibilidade (título executivo extrajudicial), ele poderá requerer o cumprimento da sentença ou a execução do julgado nos próprios autos, no primeiro caso, ou lançar mão de ação executiva, no segundo, quando se tratar de execução contra a Fazenda Pública. Nessas hipóteses, o autor poderá requerer do Poder Judiciário a adoção de medidas práticas para a efetiva entrega do bem da vida pretendido, ou seja, ele requererá provimento ou tutela jurisdicional executiva.

Já quando se tratar da proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e desde que o autor disponha de prova pré-constituída, ele poderá impetrar mandado de segurança e, uma vez concedida a segurança, o juiz determinará à autoridade coatora ou impetrada o imediato cumprimento da decisão, para a suspensão do ato impugnado ou para a sua prática em se tratando de ato omissivo. Ou seja, pretenderá tutela jurisdicional mandamental.

Por fim, se o autor pretende prevenir a prática de determinado ato ilícito, deve propor ação de conhecimento de caráter inibitório e, por conseguinte, requererá provimento ou tutela jurisdicional inibitória.

As tutelas jurisdicionais acima referidas são denominadas definitivas, na medida em que foram fruto de uma cognição exauriente, em que oportunizado às partes o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, além do devido processo legal e dos mecanismos a ele inerentes, prestigiando a segurança jurídica, e têm o condão de formar coisa jurídica material, pois, após esgotados todos os meios de defesa, ocorre o trânsito em julgado da decisão e ela se torna imutável, e a partir daí somente é passível de desconstituição por intermédio de ação rescisória, nas hipóteses restritas do art. 485 do CPC e no prazo decadencial de 02 anos.

Entretanto, no bojo do processo principal, o autor pode requerer a adoção de medidas ou tutelas de urgência, que tenham como escopo assegurar o resultado útil do futuro provimento judicial ou mesmo antecipar, no todo ou em parte, a própria tutela almejada ao final da lide.

A importância das tutelas de urgência reside no fato de que o processo-padrão ordinário, com suas especificidades, decorrentes da obrigatoriedade de se assegurar ao réu o direito ao amplo direito de defesa (contraditório) bem assim a todas as vias recursais cabíveis, acaba por se tornar essencialmente moroso e incompatível com as novas demandas que exsurtem de uma sociedade de massas, exigindo do Poder Judiciário uma maior celeridade na resolução dos conflitos postos a julgamento.

A esse respeito, leciona Marinoni que:

O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que decorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois aí há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.

É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela de direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.

De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão⁴.

Tais medidas, denominadas de tutelas jurisdicionais provisórias, podem ser classificadas como de urgência (cautelar ou antecipada) e inibitória e são proferidas mediante um juízo de cognição sumário, ou, menos aprofundado que aquele objeto da tutela definitiva.

Assim, se o autor verificar que o réu está praticando atos tendentes a dilapidar ou frustrar futura execução, poderá requerer, em caráter de urgência, tutela de natureza cautelar.

Por outro lado, se ele, com fundamento em prova inequívoca, demonstrar ao juiz a verossimilhança de suas alegações, e desde que existente fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique evidenciado o manifesto abuso de direito de defesa ou o intuito protelatório do réu, poderá requerer a antecipação, no todo ou em parte, do provimento jurisdicional pretendido, ou seja, a antecipação da tutela jurisdicional.

Com efeito, no Código de Processo Civil de 1973, a tutela cautelar restou assegurada e positivada em livro próprio e por meio de ação autônoma, “Do Processo Cautelar”, Livro III, arts. 796 a 240, que previu a possibilidade do ajuizamento de ações autônomas, nominadas ou inominadas, as primeiras previstas

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda**. 5. ed. rev. Atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

em rol específico (arts. 813 a 889), e as últimas para os casos em que a legislação não previu procedimento próprio.

Posteriormente, com as sucessivas reformas, foram introduzidos novos mecanismos, no bojo do procedimento comum ordinário, que possibilitaram a formulação de requerimento de cunho cautelar incidentalmente e por meio de simples petição no próprio processo de conhecimento ou de execução.

Concomitante à possibilidade de ajuizamento de ação cautelar, o CPC também autoriza ao juiz a adoção das medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

É o denominado poder geral de cautela, providência que pode ser concedida pelo juiz, inclusive de ofício, e sem a necessidade de ajuizamento de ação própria⁵.

Posteriormente, em 13 de dezembro de 1994, importante alteração foi introduzida pela Lei 8.952, ao positivizar o instituto da antecipação da tutela, com a inclusão do art. 273 ao Código de Processo Civil.

A partir daí, a legislação processual autorizou ao juiz antecipar, mediante requerimento do autor, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional perseguida, quando existente prova inequívoca, e desde que se convença da verossimilhança da alegação, quando demonstrado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Já com a edição da Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, foi positivada na legislação processual civil a possibilidade da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, com a inclusão do § 7º ao art. 273 do CPC, com a seguinte redação: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. 1. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

A grande novidade, agora com a edição do novo Código de Processo Civil, é a possibilidade que terá o autor de requerer a tutela antecipada em caráter antecedente ao próprio ajuizamento da ação, conforme previsto em seus arts. 303-304, instituto esse que é o objeto de estudo deste trabalho e que será analisado com mais profundidade nos capítulos seguintes.

O novo CPC tem como característica marcante a reiteração de institutos que nada têm de novos. Na verdade, representam somente a positivação de teses construídas pelos doutrinadores do Direito e que, após longos anos de debate nos Tribunais pátrios, acabaram se consolidando como entendimento jurisprudencial e aplicadas repetidas vezes ao caso concreto, muito embora inexistentes normas legais disciplinando a matéria.

A possibilidade de requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, entretanto, é uma inovação no mundo jurídico que certamente dará margem a muitos debates sobre a sua natureza jurídica. Máxime diante da disposição expressa de que tal decisão, proferida em caráter antecedente, não fará coisa julgada, mas se tornará estável, quando não interposto o recurso competente no prazo legal e após transcorrido o prazo de 02 anos sem a propositura de ação objetivando a sua revisão, reforma ou invalidação, razão pela qual é patente a sua similitude com a coisa julgada material.

1.1. Tutelas diferenciadas

Além das tutelas previstas no procedimento comum ordinário acima referidas, também denominadas tutelas-padrão, o legislador resolveu criar outras espécies de tutela, com procedimentos diversos. Tais tutelas estão previstas no Livro IV do Código de Processo Civil de 1973, além de em algumas legislações esparsas, e têm como escopo possibilitar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva quando se cuidar de situações específicas, que possuem peculiaridades não abarcadas pelo rito comum ordinário.

Com efeito, as modalidades de tutelas inicialmente previstas na legislação processual civil há muito que não se mostravam mais suficientes ou adequadas para responder aos anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional que de fato levasse à solução do litígio e à conseqüente pacificação social, em razão das inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas, culturais e outras experimentadas pela sociedade, culminando em relações humanas cada vez mais complexas, originando o que se denominou de “crise do processo”, e que demandaram e ainda demandam uma resposta imediata por intermédio da adoção de novos mecanismos e de procedimentos de resolução dos conflitos com vistas a uma efetiva prestação jurisdicional.

Essa denominada “crise do processo”, segundo Cappelletti⁶, resultou em um processo inócuo, pois não se mostrava mais adequado a uma efetiva prestação jurisdicional, bem como a uma excessiva morosidade do Poder Judiciário, que não mais respondia aos anseios da sociedade no momento oportuno, em razão da complexidade e da extrema formalização do procedimento comum ordinário, que privilegiava a forma em detrimento do resultado, chegando a se tornar um fim em si mesmo, e não como um instrumento para a adequada resolução do direito material.

Exsurge, portanto, a importância do princípio da instrumentalidade das formas previsto no art. 244 do CPC/1973, segundo o qual o juiz deverá considerar válido o ato, mesmo que praticado de forma diversa daquela prevista em lei, caso alcançada a sua finalidade e não tenha resultado em prejuízo, como forma de se enxergar o processo como um meio, um instrumento, para a efetivação do direito subjetivo da parte.

Dessa forma, referido princípio objetiva não a um afastamento das formalidades do processo, mas sim a um desapego à formalização excessiva que somente resulta em uma maior morosidade, mesmo porque é preferível uma sentença célere, mesmo que contrária à pretensão do autor ou do réu, do que uma decisão que, ainda que favorável à sua pretensão, seja proferida de forma extemporânea e após já modificada a realidade dos fatos, pois a finalidade da

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

cognição judicial não é a prolação de uma decisão justa, mas sim que ponha fim ao conflito de interesses e leve à pacificação social, fim último do Poder Judiciário.

Daí resulta a necessidade, ainda segundo a visão de Cappelletti⁷, da criação de novas modalidades de procedimentos que permitam ao Estado-juiz dar uma resposta célere e tempestiva à questão posta para julgamento, bem assim que tal resposta seja adequada e de fato solucione o conflito de interesses, modalidades essas que reduzam prazos, suprimam procedimentos desnecessários e englobem aqueles que possam ser praticados em conjunto, bem como que permitam a concessão de tutelas de urgência específicas e que possam acautelar ou antecipar o direito material perseguido, evitando que o provimento judicial definitivo se torne inócuo.

É esse o espírito da terceira onda de acesso à justiça, ocasião em que Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸ discorrem a respeito da criação de mecanismos e técnicas processuais inovadores que objetivem uma prestação mais célere, efetiva e adequada da tutela jurisdicional, levando em consideração o papel do magistrado no sentido de menor formalização do processo, como um ator proativo na prática, inclusive de ofício, de procedimentos que assegurem o resultado útil do processo e uma rápida solução da demanda, tais como a concessão de medidas cautelares e antecipatórias, a produção das provas que entender necessárias e o afastamento dos procedimentos inúteis que tenham como finalidade apenas o retardamento do curso do processo, além de coibir a litigância de má-fé.

Na visão de Cappelletti sobre a terceira onda de acesso à justiça:

A representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras ‘vantagens tangíveis’ ao nível prático. Tal como reconhecido pelo Brent Community Law Center de Londres, ‘o problema da execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral’ (139). Não é possível, nem desejável resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis (140). Como afirma Jacob:

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

⁸ Ibidem.

São as regras de procedimentos que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos' (141). Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma (142). Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre os sistemas de suprimento – o sistema judiciário (143)⁹.

Ressalta o autor que:

(...) Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reformas, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso¹⁰.

Mais adiante, afirma que:

(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial¹¹.

No contexto dessa terceira onda de acesso à justiça, os institutos das tutelas diferenciadas, dentre elas as tutelas cautelares e antecipatórias, vêm sendo construídos e aperfeiçoados ao longo do tempo, introduzidos ao nosso ordenamento jurídico de forma gradual e por intermédio de diversas alterações na legislação processual civil, na maioria das vezes como positivação do entendimento doutrinário e jurisprudencial. As tutelas jurisdicionais diferenciadas, enquanto tutelas provisórias, de urgência, deferidas mediante um juízo de cognição sumário, se constituem em procedimentos especiais por intermédio dos quais pode o Estado-juiz salvaguardar

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 68-69.

¹⁰ Ibidem p. 67-68.

¹¹ Ibidem p. 71.

ou antecipar um direito em razão das circunstâncias fáticas e mediante a presença de certos requisitos, tais como a verossimilhança das alegações ou *fumus boni iuris* e perigo de dano concreto ou *periculum in mora*.

Assim, a tutela diferenciada deve ser entendida como uma tutela adequada à satisfação de determinado direito material.

1.2. Princípio da efetividade x princípio da razoável duração do processo

Segundo o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Da leitura desse dispositivo constitucional, deve-se ter em mente que o direito de acesso à justiça não se resume à possibilidade de buscar do Poder Judiciário a solução de um conflito de interesses, mas também que a prestação jurisdicional seja célere e adequada à solução da demanda existente.

Assim, a efetividade da prestação jurisdicional está intimamente ligada com o direito de acesso à justiça, bem assim aos princípios constitucionais do devido processo legal, da celeridade ou da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque”:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança e celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado do direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que somente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.

Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficiência e com o menor dispêndio de energia possível¹².

Conforme já assinalado no subtítulo anterior, é preferível uma sentença célere, mesmo que contrária à pretensão do autor ou do réu, do que uma decisão que, ainda que favorável à sua pretensão, seja proferida de forma extemporânea e após já modificada a realidade dos fatos.

Porém, de nada adianta um provimento judicial célere se não foi assegurado às partes os meios processuais adequados, o direito ao contraditório e à ampla defesa, ou se o provimento judicial não é exequível ou não promova a almejada pacificação social, ou seja, não solucione o conflito de interesses.

Contudo, verifica-se, em um primeiro momento, uma aparente contradição, ou conflito de normas, entre os princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, na medida em que, quanto mais célere a prestação jurisdicional, menor seria a segurança jurídica advinda do provimento judicial almejado.

Kazuo Watanabe, por sua vez, assim afirma:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção deste ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução¹³.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, assim esclarece:

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-50.

¹³ WANATABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – art.s 273 e 461 do CPC**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil p. 20. Citado por ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. Artigo publicado no livro **Processo e constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 143.

Floresce hoje uma tendência atenta à temática do acesso à justiça e, nesta perspectiva, podemos dizer que uma das questões mais preocupantes se revela no binômio 'custo-morosidade', a demonstrar a falência do processo civil tradicional. Não é por outra razão, aliás, que boa parte das pesquisas atuais se volta às vias alternativas de pacificação social, tratando da arbitragem e da conciliação. O custo e a duração do processo, porém, igualmente obrigam o processualista a partir em busca de um instrumento mais efetivo do processo. Aí os pontos sensíveis se resumem à tentativa de incrementação da assistência judiciária gratuita; à análise das formas de tutela dos interesses supra-individuais e às preocupações com a 'utilidade da decisão'.

A problemática da 'utilidade da decisão' está centrada sobre a questão da 'rapidez-certeza'. Talvez o problema da morosidade da prestação jurisdicional seja o que mais significativamente aponte para o sentido da verdadeira 'efetividade do processo', por ser aquele que mais aflige o cidadão comum quando da decisão de recorrer ao Poder Judiciário, ou de buscar uma conciliação nem sempre realmente favorável. A morosidade do processo, como é intuitivo, estrangula os canais de acesso à tutela jurisdicional dos economicamente mais débeis, ameaçando severamente o princípio da isonomia. As transações endoprocessuais, tão comuns na Justiça do Trabalho, bem espelham esta proposição¹⁴.

Ocorre que tal conflito é apenas aparente, pois a razoável duração do processo diz respeito a um processo sem dilações indevidas, sem a prática de procedimento inúteis ou o manejo de recursos protelatórios. O que se deve levar em conta é a complexidade da matéria, pois por certo que aquelas causas mais complexas, que demandem maior dilação probatória, levarão um tempo maior para serem decididas, enquanto que aquelas mais simples deverão ser solucionadas em um menor espaço de tempo.

A resposta para esse conflito aparente é dada por Teori Zavascki, a saber:

Em nosso sistema, como em muitos outros, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da prestação da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos. Em muitos casos, de ocorrência corriqueira e previsível, o próprio legislador se encarregou de estabelecer o modo de solucionar o conflito, indicando expressamente a providência que para tanto julgou oportuna. São exemplos disso as situações descritas no Código de Processo Civil de cabimento de arresto, de sequestro, de busca e apreensão e das demais medidas cautelares típicas. Assim também procedeu o

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. São Paulo: Fabris, 1994. p. 27.

legislador quando disciplinou certos casos específicos de antecipação da tutela, como nas ações possessórias e na de alimentos provisionais. Em todos esses casos, o Poder Legislativo, atuando em plano geral e abstrato, descreveu situações de fato que reclamam tutela imediata e diferenciada e, desde logo, formulou a solução que considerou a mais convincente para atender a urgência¹⁵.

Relevante a crítica de Bedaque sobre o efeito danoso gerado com a excessiva complexidade e formalização do processo, ressaltando que o caminho mais seguro seria a simplificação do procedimento e a flexibilização das exigências formais, desde que assegurado um mínimo de contraditório e ampla defesa, não se podendo perder de vista a sua função instrumental, como meio estatal de solução de controvérsias. Segundo afirma, a técnica processual não pode se transformar em um verdadeiro labirinto, em que a parte se arrepende de ter entrado e não consegue encontrar a saída, fato esse que acaba por prejudicar os menos favorecidos economicamente e que dependem da assistência judiciária oferecida pelo Estado, sob pena de violação à garantia constitucional de acesso à justiça.

Conforme já enfatizado no subtítulo 1.1 – “Tutelas diferenciadas” –, a terceira onda de acesso à justiça aventada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra “Acesso à Justiça”, ao propor a criação de mecanismos e técnicas processuais inovadores, tem por objetivo exatamente a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

Tais mecanismos – medidas cautelares e antecipatórias, controle judicial da produção das provas, maior relevância do papel do magistrado com a possibilidade de afastamento dos procedimentos que entender inúteis e protelatórios –, têm por objetivo uma maior simplificação ou uma menor formalização do processo, sempre com vistas ao seu resultado útil e à rápida solução da demanda.

Portanto, o direito a uma prestação jurisdicional efetiva passa pela observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e não conflita com o princípio da razoável duração do processo, devendo ser observado, caso a caso, o rito mais adequado à solução da demanda. As espécies são definidas pelo legislador a partir da cognição judicial.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. Ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69.

2. COGNIÇÃO JUDICIAL

Delimitadas as espécies de tutela jurisdicional, cabe agora uma abordagem sobre o conceito de cognição judicial, como técnica processual por intermédio da qual o julgador, após examinadas as razões do autor e do réu e devidamente valoradas as provas produzidas pelas partes, profere juízo de valor, negando ou concedendo a tutela pretendida, nas suas diversas especificidades.

Assim, uma vez provocado o Poder Judiciário, o juiz deverá proferir pronunciamento de certeza sobre a existência ou a inexistência do direito pretendido pelo autor, devendo-se considerar que, apesar de se tratar de um ato de inteligência, para a formação de seu convencimento o julgador também sofre a influência de condicionantes externas, ou componentes de caráter não-intelectual, os quais, na visão de Kazuo Watanabe, são os valores culturais, econômicos, políticos e outros que participaram de sua formação, assim como a sua sensibilidade humanística e social, fatores esses que são determinantes na formação de sua convicção sobre a demanda posta a julgamento.

Nas palavras de Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹⁶.

Segundo afirma:

E nesse *iter*, embora predominantemente lógico, entram inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado também por Couture. Assim é que, não raro, são diferentes, por exemplo, no julgamento de uma ação de indenização por acidente automobilístico, a conclusão de um magistrado que sabe dirigir e o pratica diariamente, e a solução de um outro magistrado que jamais dirigiu um veículo, pois a avaliação dos fatos depende de inúmeros conhecimentos prévios a

¹⁶ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58-59.

respeito das circunstâncias que ordinariamente cercam um acidente¹⁷.

A esse respeito, ressalta ainda Antônio Cláudio da Costa Machado que:

Na verdade, a cognição funciona como um ponto de contato, ou uma 'ponte', que permite a ligação entre a realidade do direito material e a de um processo que proponha a realizá-lo o mais plenamente possível. Talvez, melhor do que 'ponte' seja a ideia culinária de 'ingredientes' para identificar a cognição como elemento integrante do *modus faciendi* dos procedimentos judiciais, uma vez que o fenômeno cognitivo, ao se expressar ritualmente desta ou daquela maneira por meio da regulamentação dos atos do juiz, dará este ou aquele colorido ao procedimento como um todo, tornando-o mais ou menos habilitado para a realização satisfatória da vontade do direito material numa ótica sócio-jurídica¹⁸.

Portanto, de posse das alegações da parte autora e das provas por ela produzidas, bem como do exame das razões do réu e do conteúdo probatório por ele também apresentado, deverá o julgador, após realizado o enfrentamento das questões de fato e de direito (questões processuais) postas no processo, formar o seu convencimento, com base em uma correlação entre o direito material e o direito processual.

2.1. Objeto da cognição

A legislação processual brasileira e a maior parte dos processualistas brasileiros adotaram a teoria do trinômio de questões na delimitação do campo de atuação do juiz em sua atividade cognitiva, caso em que o objeto da cognição compreende as questões processuais, as condições da ação e o mérito da causa, teoria essa que é aplicável não somente ao processo de conhecimento, mas também ao processo de execução e ao processo cautelar, por óbvio que na medida de suas especificidades.

¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 60-61.

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 74.

Em sentido contrário, alguns doutrinadores entendem que os pressupostos processuais ou as condições da ação estão inseridas no mérito da causa – teoria do binômio das questões.

A respeito, afirma Fredie Didier Jr. que:

Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio: 'pressupostos processuais' (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões.

Não está livre de críticas a tripartição.

De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade. Dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o *objeto litigioso*). Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído).

O legislador brasileiro, impressionado, sobretudo, com a teoria de Enrico Tulio Liebman, preferiu, no entanto, subdividir as questões de admissibilidade em duas categorias: as questões relacionadas ao processo e as questões relacionadas ao direito de ação. O curioso é que, na teoria geral dos recursos (que cuida do procedimento recursal), somente se cogita dos requisitos de admissibilidade e do mérito – e autores que adotam o trinômio não o fazem quando partem para examinar os recursos. A doutrina alemã, de igual modo, somente se refere ao mérito e aos pressupostos processuais. A opção decorre de um postulado lógico, como visto¹⁹.

A despeito das fundadas opiniões em contrário, portanto, deve ser prestigiada a corrente majoritária adotada por nossos legisladores – teoria do trinômio –, que compõe uma categoria maior de questões²⁰.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: O Juízo de Admissibilidade do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71-73.

²⁰ Ibidem.

2.1.1. Pressupostos processuais

Os pressupostos processuais, ou pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo, compreendem, segundo a concepção restritiva citada por Kazuo Watanabe²¹, o pedido, a capacidade de quem o formula e a qualidade do juiz.

Os pressupostos processuais, segundo Fredie Didier Jr., podem ainda ser assim classificados²²:

- pressupostos de existência: petição inicial, jurisdição e citação;
- pressupostos de validade: petição inicial apta; órgão jurisdicional competente; juiz imparcial; capacidade de agir; capacidade de ser parte; capacidade postulatória;
- pressupostos processuais negativos: litispendência; coisa julgada; perempção e convenção de arbitragem, os quais, caso verificados, impedem o julgamento do mérito e levam à extinção do processo.

Além dessa classificação, também traz o autor a seguinte divisão²³:

- pressupostos subjetivos: relativos à capacidade das partes e dos advogados (capacidade civil e capacidade postulatória) e à competência do juiz para a causa;
- pressupostos objetivos extrínsecos (art. 301 do CPC): ausência de fatos impeditivos, tais como litispendência, coisa julgada ou perempção;
- pressupostos processuais intrínsecos: petição inicial apta, citação válida, regularidade procedimental.

²¹ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000.

²² DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: O Juízo de Admissibilidade do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³ Ibidem.

2.1.2. Condições da ação

Já as condições da ação se referem a cada um dos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido, segundo a teoria eclética adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 – e são classificadas em interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido.

Reportando-se sobre as condições da ação, assim leciona Fredie Didier Jr.:

'Condição da ação' é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial. Uma condição da ação seria uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade. As condições da ação não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação. Constituir-se-iam, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.

Essa categoria, desenvolvida a partir das lições de autores italianos, principalmente Enrico Tullio Liebman, foi amplamente aceita pela doutrina brasileira. Pode-se dizer mais: trata-se de noção amplamente difundida no discurso jurídico brasileiro em geral.

Muito embora consagrada, nem por isso deixou de ser alvo de severas críticas. A principal objeção a essa categoria tem fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria 'condição da ação', já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito.

Cabe, ainda, um esclarecimento.

Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito 'condição da ação' que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

As críticas doutrinárias, porém, não tiveram êxito na tarefa de proscrever esse conceito jurídico processual do repertório teórico do pensamento jurídico brasileiro²⁴.

A legitimidade diz respeito à titularidade do direito material pretendido, caso em que somente o titular desse direito pode se apresentar como titular do direito de ação, uma vez que, segundo o art. 6º do CPC/1973, “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Porém, não basta que o autor seja titular do direito, já que também se faz necessário que ele possua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, pois a sua ausência, nos dois casos, leva à extinção do processo.

Além da legitimidade ordinária acima descrita, em alguns casos a legislação autoriza a legitimação extraordinária ou substituição processual, conforme a previsão do art. 6º do CPC, em que o autor está autorizado a pleitear, em nome próprio, direito alheio, como é o caso da legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos sindicatos e das associações para a propositura de ação civil pública, na defesa dos interesses coletivos e difusos.

Já o interesse de agir, ou interesse processual, diz respeito à utilidade de se buscar a tutela jurisdicional para a satisfação do direito, nos casos em que o devedor da obrigação não a cumpre voluntariamente, uma vez que nosso ordenamento jurídico veda o exercício da autotutela, ou naqueles em que, por imposição legal, se faz necessária uma declaração judicial, nas situações jurídicas regidas pelo direito privado, a exemplo da anulação de casamento, perda do poder familiar e outros, encontrando-se assentada tal condição de ação no binômio necessidade e adequação, assim conceituados:

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e ação penal condenatória, no processo penal – v. supra n. 7).

²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Condições da ação e o novo CPC**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc>. Acesso em: Dezembro 2015.

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários²⁵.

Assim, não basta que haja resistência por parte do devedor para que reste configurado o interesse de agir, se afigurando necessário que o procedimento utilizado seja adequado à pretensão; da mesma forma, de nada adianta que o autor tenha manejado o procedimento correto, se não demonstrada a resistência do credor ao adimplemento voluntário da obrigação.

Por fim, a possibilidade jurídica diz respeito especificamente ao pedido, ou seja, ao bem da vida almejado (direito material). Nesse sentido, uma vez deduzida em juízo pretensão a direito material vedado em nosso ordenamento jurídico, tal como no caso de dívida de jogo, a solução seria a extinção do processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC/1973), em razão da vedação dos arts. 814 a 817 do Código Civil.

Cumprе ressaltar, entretanto, que o posicionamento dominante entre os doutrinadores é que a possibilidade jurídica do pedido se trata de questão de mérito, e não de requisito de admissibilidade, mesmo porque, eventual reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, ao contrário da legitimidade e do interesse de agir, impede a propositura de nova ação com o mesmo objeto, pois a decisão transitada em julgado faz coisa julgada material.

Todavia, tal discussão restou resolvida com a edição do novo Código de Processo Civil, que retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, conforme a redação de seu art. 485, inciso VI, a saber:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

.....

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259.

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual²⁶.

Também a hipótese do art. 296, parágrafo único, inciso III, do CPC/1973 – “Considera-se inepta a petição inicial quando: - o pedido for juridicamente impossível” –, desaparece com a entrada em vigência do novo regramento processual civil, no caso o seu art. 330, § 1º.

2.1.3. Mérito da causa

Consoante se depreende da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, “O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELLUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

Vê-se, assim, que o CPC/1973 adotou a expressão “lide” como sendo sinônimo de “mérito da causa”.

Contudo, referida norma define esse conceito (lide), em alguns de seus dispositivos, também como sinônimo de processo, como se pode observar dos arts. 22, 46, I, 47, 110, 126, 128, 325 e 468.

O novo Código de Processo Civil, pelo menos em uma primeira leitura, parece tentar corrigir tal contradição, quando, em seu art. 141, substitui a expressão “lide”, antes constante do texto do art. 128 do CPC/1973, pelo termo “mérito”, senão vejamos: “O juiz decidirá o “mérito” nos limites propostos pelas partes...”.

²⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

Também o art. 503 do novo CPC troca a expressão “lide” constante do art. 468 do CPC/1973, por “mérito”, conforme assim redigido: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

Apesar de toda a controvérsia sobre o conceito de mérito, deve ser prestigiada a corrente que o entende como sinônimo da pretensão deduzida pelo autor em juízo, ou seja, ao decidir a demanda e após resolvidas todas as questões processuais, o juiz acolherá ou rejeitará o pedido, concedendo ou não ao requerente o bem da vida almejado.

Tal raciocínio, por óbvio, afasta o entendimento de que a pretensão engloba tanto a causa de pedir como o pedido.

Com efeito, a causa de pedir compreende os fatos e fundamentos jurídicos que devem ser decididos e que servirão de base para a prolação de uma sentença de mérito.

Entretanto, conforme será abordado com mais profundidade no Capítulo 3 - Coisa julgada e função jurisdicional, somente a parte dispositiva da decisão, em que a pretensão é acolhida ou rejeitada (pedido imediato), e em que o bem da vida objeto da lide é ou não entregue ao autor (pedido mediato), é que faz coisa julgada e é apta para alterar a relação jurídica de direito material²⁷.

A causa de pedir, fase obrigatória e indispensável da cognição judicial, traz os fundamentos de fato e de direito que levaram o magistrado a decidir neste ou naquele sentido, acolhendo ou rejeitando a pretensão, porém, não faz coisa julgada material, tanto que pode ser deduzida novamente em outro processo.

Cabe ressaltar, entretanto, que o novo CPC ampliou os limites objetivos da coisa julgada, eliminando a ação declaratória incidental e incluindo a questão prejudicial no bojo da coisa julgada, questão essa que será melhor analisada no subtítulo 3.1.1., que trata dos limites objetivos da coisa julgada.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

2.2. Técnicas de cognição – planos horizontal e vertical

Conforme já salientado no subtítulo 1.1 – Tutelas diferenciadas – as modalidades de tutelas inicialmente previstas na legislação processual civil há muito que não se mostravam mais suficientes ou adequadas para responder aos anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional que de fato levasse à solução do litígio e à consequente pacificação social, em razão das inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas, culturais e outras experimentadas pela sociedade, originando a chamada “crise do processo”, e que demandaram e ainda demandam uma resposta imediata por intermédio da adoção de novos mecanismos e de procedimentos de resolução dos conflitos com vistas a uma efetiva prestação jurisdicional.

O lado desses novos mecanismos e procedimentos, relevam importância também as técnicas necessárias à obtenção das tutelas diferenciadas, levando-se em consideração a diversidade de conflitos, de interesses e de pretensões.

Kazuo Watanabe sistematiza a cognição em dois planos: horizontal, que leva em consideração a extensão do conflito, e vertical, que diz respeito ao grau de profundidade, assim afirmando:

No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta)²⁸.

Citando Watanabe, Teori Zavascki assevera que, “(...)se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria,

²⁸ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111-112.

então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada 'de uma área toda de questões', seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade(...)²⁹.

2.3. Cognição exauriente

Em regra, a tutela-padrão é aquela em que, após assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescrito no art. 5º, LV, da Carta Constitucional, o juiz, com fundamento nos elementos de prova constantes dos autos e no arcabouço jurídico aplicável à espécie, profere sentença definitiva de mérito, que define a controvérsia e põe fim ao conflito de interesses, decisão essa que tem o condão de fazer coisa julgada material.

O direito ao acesso à justiça e, conseqüentemente, a uma tutela jurisdicional que solucione e ponha fim aos conflitos de interesses, pressupõe um processo judicial em que são assegurados aos litigantes todos os meios necessários para levar ao conhecimento do Poder Judiciário as suas razões, em igualdade de condições, propiciando a ampla produção das provas que entenderem necessárias e a interposição dos recursos cabíveis para impugnar as decisões que porventura lhes sejam desfavoráveis.

Assim, após assegurados todos os meios necessários por intermédio do devido processo judicial, as partes fazem jus a um pronunciamento judicial definitivo que assegure a efetivação de um direito que estaria pretensamente violado, com vistas à pacificação social.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atualizada São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19-20.

A cognição exauriente, no plano vertical conforme a classificação de Kazuo Watanabe, pressupõe um juízo de certeza sobre o direito a ser tutelado, como requisito para a segurança da decisão judicial.

Afirma o citado autor que:

O procedimento de *cognição plena e exauriente* é o procedimento comum do processo de conhecimento, seja ordinário ou sumaríssimo (este último é caracterizado apenas pela abreviação do *iter* procedimental, em nada interferindo com a cognição) (...)³⁰.

Ressalta, sobre o processo nos juizados especiais federais, que, “...apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade, é de cognição plena e exauriente, apto portanto à formulação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial³¹”.

Cuida-se, portanto, de um processo democrático, que privilegia a segurança jurídica e em que a regra processual propicia a prática de atos (procedimentos) ordenados, por meio de ampla dilação probatória e possibilitando o debate sobre todas as questões postas a julgamento, com a fiel observância ao contraditório e à ampla defesa, como também propicia ao julgador participar ativamente na condução do processo, com vistas à formação de seu convencimento.

É a esse pronunciamento judicial em caráter definitivo e após esgotados todos os meios de defesa que se dá o nome de coisa julgada, que não é mais passível de reforma, modificação ou desconstituição, a não ser por intermédio de ação rescisória dentro do prazo decadencial de 02 anos a contar do trânsito em julgado dessa decisão e desde que preenchidos os requisitos do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 966 do novo Código de Processo Civil).

³⁰ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 115.

³¹ *Ibidem*

2.4. Cognição sumária

No subtítulo 1 – Espécies de tutela – foi afirmado que também é possível ao autor pleitear, nos próprios autos do processo principal, a adoção de medidas ou tutelas de urgência, que objetivem assegurar o resultado útil do futuro provimento judicial ou mesmo antecipar, no todo ou em parte, a própria tutela almejada ao final da lide.

Com efeito, nem sempre as partes em litígio podem aguardar o desfecho do processo e o pronunciamento judicial em caráter definitivo, sob pena de, em razão do lapso de tempo decorrido desde o ajuizamento da ação, esse provimento final se tornar inócuo ou não ser mais possível a concretização efetiva desse direito perseguido em juízo.

É nesse contexto que se insere a importância das tutelas provisórias, a serem deferidas antes ou no curso do processo, de natureza assecuratória do provimento final (cautelares) ou antecipatórias, no todo ou em parte, do próprio direito perseguido em juízo.

A esse respeito, leciona Teori Zavascki:

Todavia, como é fácil perceber, a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Entre o pedido e a entrega efetiva – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá necessariamente um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficientes que sejam os serviços judiciários.

Ora, essa circunstância, ineliminável da liturgia da tutela ordinária, tem relevantes conseqüências práticas. Em primeiro lugar, impõe ao autor, que se afirma titular do direito, o inconveniente de não poder dispor desse direito desde logo, já que deve aguardar o lapso temporal em que se desenvolve o processo para sua certificação. Essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, mormente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave. É o caso, por exemplo, do direito à prestação alimentícia a quem dela necessita. Por outro lado, é possível que, nesse mesmo lapso temporal, ocorram fatos que ponham em risco a execução da futura sentença confirmatória do direito, como ocorre, por exemplo, se, no desenrolar do processo

de conhecimento, o réu aliena furtivamente seus bens penhoráveis ou dilapida o bem reivindicado pelo autor³².

Ressalta ainda Daniel Mitidiero que:

(...)Trata-se de passo decisivo e da mais alta importância no estudo do tema. A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar ar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em um 'requisito negativo da tutela cautelar'. Segundo Ovídio Baptista, a tutela cautelar é a tutela sumária que visa a combater, mediante providência mandamental, o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva. Não tem por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar a tutela a outro processo. Já a tutela antecipada tem por função combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa entre as partes provisoriamente. Lança-se Ovídio da estrutura à função: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-o na satisfação ou simples assecuração do direito³³.

Importante, a esse propósito, a disposição dos arts. 796 a 240 do CPC/1973, no capítulo que trata do Processo Cautelar, que trouxe a figura das ações autônomas, nominadas ou inominadas, bem como possibilidade de formulação de requerimento cautelar incidentalmente nos próprios autos do processo principal, por simples petição no próprio processo de conhecimento ou de execução.

Também relevante o já citado poder geral de cautela, por intermédio do qual o juiz pode adotar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A positivação do instituto da antecipação da tutela, entretanto, com a edição da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu o art. 273 do CPC/1973, foi um marco divisor sobre a possibilidade de concessão de tutelas de

³² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

³³ MITIDIERO, Daniel. **Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40-41.

urgência, pois autorizou ao juiz antecipar, mediante requerimento do autor, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional perseguida, em caso da existência de prova inequívoca, e desde que se convença da verossimilhança da alegação, quando demonstrado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Por fim, a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, trouxe a ao CPC/1973, mais precisamente no § 7º ao art. 273 do CPC, a previsão de fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, autorizando ao juiz o deferimento de medida cautelar em caráter incidental quando o autor requerer tal medida em sede de antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos necessários à tutela cautelar.

Agora, importante inovação é a previsão na nova legislação processual civil, que ainda entrará em vigência, da tutela antecipada em caráter antecedente ao próprio ajuizamento da ação, na forma do arts. 303-304.

Assim é que a tutela jurisdicional provisória, ao contrário da tutela definitiva, é concedida não com fundamento em um juízo de certeza, mas sim amparada em um juízo de verossimilhança, por intermédio de uma cognição sumária ou superficial, menos aprofundada que a cognição definitiva, já que, em regra, o contraditório é diferido e o julgador decide com base apenas nos elementos trazidos pela parte autora.

Nesse sentido, se o autor verificar que o réu está praticando atos tendentes a dilapidar ou frustrar futura execução, poderá requerer, em caráter de urgência, tutela de natureza cautelar.

Por outro lado, se ele, com fundamento em prova inequívoca, demonstrar ao juiz a verossimilhança de suas alegações, e desde que existente fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique evidenciado o manifesto abuso de direito de defesa ou o intuito protelatório do réu, poderá requerer a antecipação, no todo ou em parte, do provimento jurisdicional pretendido, ou seja, a antecipação da tutela jurisdicional.

O instituto da antecipação de tutela é classificado no novo CPC como tutela provisória, porque proferida em sede de cognição sumária, e a questão que se passará a analisar é se decisão em cognição sumária é apta a produzir coisa julgada material.

3. COISA JULGADA E FUNÇÃO JURISDICIONAL

No capítulo anterior foi ressaltado que, uma vez proferida uma decisão judicial (sentença ou acórdão) definindo a controvérsia e pondo fim ao litígio, por intermédio de uma cognição judicial em que foram assegurados aos litigantes o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e após esgotados todos os recursos cabíveis, tal decisão estará apta a produzir coisa julgada material, uma vez que tal questão não poderá mais ser discutida, naquele ou em qualquer outro processo.

É certo que o art. 5º, LV, do texto constitucional, preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ocorre que a possibilidade de impugnação das decisões judiciais não é irrestrita. Assim, uma vez esgotadas todas as possibilidades de interposição de recurso, ou não exercida essa faculdade no prazo legal, tal ato judicial se torna imutável e não é mais passível de rediscussão ou de reforma.

Conforme leciona Fredie Didier Jr.:

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário³⁴.

Já Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina assim conceituam o instituto:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínsecas das relações jurídicas,

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013. p. 467-468.

de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Alegada a coisa julgada, cabe ao Magistrado, exercendo seu poder-dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo, proferindo sentença processual, sem exercer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença. É a função *negativa* da coisa julgada, de que há pouco se falou³⁵.

Nesse sentido, a coisa julgada tem como característica marcante a imutabilidade da parte dispositiva da sentença e a impossibilidade de rediscussão da decisão judicial no processo, projetando seus efeitos para o futuro e estabilizando e trazendo segurança às relações jurídicas.

Denomina-se coisa julgada formal à imutabilidade da sentença nos limites do processo em que foi proferida, segundo Fredie Didier Jr., o qual afirma que:

(...) Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecurribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como espécie de preclusão (...) constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de 'trânsito em julgado'³⁶.

A coisa julgada formal é pressuposto para a coisa julgada material, na medida em que, enquanto a primeira se refere à imutabilidade da decisão judicial dentro do processo e em relação àquele ato decisório, os efeitos da segunda se projetam para dentro e para fora do processo, já que tal decisão não pode mais ser discutida em qualquer outro processo, ou seja, é um fenômeno extraprocessual.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que:

Conforme lição da mais viva atualidade da doutrina, nem a coisa julgada formal, nem a material, são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, uma e outros tornados imutáveis. A *eficácia natural* da sentença vale *erga omnes*, enquanto a *autoridade da coisa julgada* somente existe entre as partes. Só as

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21-22

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013. p. 469.

sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material. Não têm essa autoridade (embora se tornem imutáveis pela preclusão) as sentenças que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo – ou seja, as que põem fim à relação processual sem julgamento de mérito, as proferidas em procedimento de jurisdição voluntária, as medidas cautelares – assim como certas decisões interlocutórias³⁷.

Com efeito, nas palavras de Fredie Didier Jr., existem três diferentes acepções sobre o instituto da coisa julgada³⁸.

A primeira corrente entende a coisa julgada como um efeito da decisão. Segundo essa corrente, a coisa julgada se resume ao efeito ou eficácia declaratória da decisão quanto à existência ou inexistência do direito perseguido em juízo.

A segunda corrente, por seu turno, entende a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão, no sentido de que não se pode entendê-la como um efeito declaratório da sentença, mas sim o modo como tais efeitos se produzem e se manifestam.

Já para a terceira e última acepção, a coisa julgada deve ser entendida como sendo uma situação jurídica do conteúdo da decisão, de sua parte dispositiva, uma vez que seus efeitos não se tornam imutáveis, pois podem ser disponíveis e alteráveis.

A primeira concepção foi a adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, consoante a redação do art. 467, a saber:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário³⁹.

O novo Código de Processo Civil, por sua vez, troca a expressão “eficácia” por “autoridade”, em seu art. 502, que ficou assim redigido:

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 307.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013. pg. 472.

³⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso⁴⁰.

Em conclusão, consoante nossa legislação processual civil, a coisa julgada deve ser entendida não como uma qualidade dos efeitos da decisão, como pretende a segunda concepção, ou com sendo uma situação jurídica do conteúdo da decisão, segundo a ideia da terceira concepção, mas sim enquanto um efeito jurídico decorrente da prolação da decisão não mais passível de recurso e que a torna imutável.

3.1. Limites da coisa julgada

Os limites da coisa julgada são divididos em objetivos, que se referem à parte da decisão judicial apta a fazer coisa julgada material; e subjetivos, que dizem respeito às pessoas que se submetem aos seus efeitos⁴¹.

3.1.1. Limites objetivos

O art. 468 do CPC/1973 dispõe que “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Já o art. 469 do mesmo texto processual preceitua que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013.

Assim, pela regra do Código de Processo Civil de 1973, somente a parte dispositiva da decisão judicial é que faz coisa julgada e se torna imutável, indiscutível dentro ou fora do processo. Já as questões prejudiciais somente estarão acobertadas pela coisa julgada se estiverem contidas no pedido formulado na petição inicial ou se forem levantadas por intermédio de ação declaratória incidental.

Porém, conforme se depreende da redação do art. 470 do CPC/1973, “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”, ou seja, aquelas questões prejudiciais deduzidas e apreciadas pelo juízo também ficam acobertadas pela coisa julgada.

Ressalta Fredie Didier Jr. que:

Mas se o demandado exerceu um contradireito em sua defesa, o objeto litigioso alarga-se e passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo (objeto da coisa julgada) é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito pelo demandado (pedido + causa de exceção). Enfim, a decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada material⁴².

O Novo CPC, entretanto, ampliou os limites objetivos da coisa julgada, eliminando a ação declaratória incidental, e incluindo a questão prejudicial no bojo da coisa julgada, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 503, a seguir transcritos:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial⁴³.

⁴² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013. p. 478.

⁴³ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

Com efeito, o novo regramento processual civil, com o escopo de obter do processo o “maior rendimento possível”, conforme expressamente consignado em sua Exposição de Motivos, ampliou, em seu art. 503, os limites objetivos da coisa julgada, ressaltando que não só a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada material, mas também as questões prejudiciais eventualmente decididas incidentalmente no curso do processo, desde que atendidos os requisitos de seus parágrafos.

3.1.2. Limites subjetivos

Se os limites objetivos dizem respeito aos pontos ou partes da decisão judicial que ficam acobertados pela coisa julgada, os limites subjetivos referem-se às pessoas ou partes que ficam a ela submetidos, ou seja, ao alcance dos efeitos da coisa julgada.

Na forma do art. 472 do CPC/1973:

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros⁴⁴.

Assim, pela regra geral, segundo leciona Fredie Didier Jr.⁴⁵, somente as pessoas que foram partes no processo é que se submetem à autoridade da coisa julgada material.

Contudo, existem exceções à regra geral, como nas hipóteses de substituição processual, de legitimação concorrente, em que o colegitimado poderia ser parte no processo, como litisconsorte unitário facultativo ativo, mas não o foi (art. 42, § 3º, do CPC/1973), de credores solidários (art. 274 do Código Civil) ou naqueles

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013.

em que se busca a tutela de interesses coletivos. Nessas situações, a coisa julgada terá eficácia *ultra partes*.

A decisão judicial pode, ainda, fazer coisa julgada *erga omnes*, atingindo a todos os jurisdicionados, como é o exemplo da coisa julgada na ação de usucapião ou das decisões proferidas em ações que versem sobre direitos ou interesses difusos ou individuais homogêneos.

Sobre esse ponto, Fredie Didier Jr. alerta que:

Não é demais alertar que há quem não diferencie a coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *erga omnes*, o que não é de todo equivocado: de fato, uma coisa julgada nunca submete a todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa, poderiam ser atingidos pela decisão. Consideramos, contudo, oportuno fazer a distinção, que de resto é feita pelo direito positivo⁴⁶.

Cabe ressaltar, por fim, que essa abordagem sobre o conceito e sobre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada é de suma importância em razão da hipótese deste trabalho, que será trabalhada mais detidamente no capítulo seguinte, a qual procura exatamente analisar a natureza jurídica do instituto da decisão que antecipa a tutela em caráter antecedente positivada no novo CPC e definir se ela faz coisa julgada material, notadamente tendo em vista a previsão expressa de que ela não fará coisa julgada, porém se tornará estável e, portanto, imutável e não mais passível de modificação.

⁴⁶. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013. p. 482.

4. ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A discussão sobre a possibilidade de outorga de força de coisa julgada material a decisões proferidas em sede de cognição sumaria não é nova, não existindo consenso a respeito na doutrina.

Conforme já dito anteriormente, no nosso sistema processual vige a regra segundo a qual somente uma decisão judicial (sentença ou acórdão) proferida em sede de cognição exauriente está apta a fazer coisa julgada material, afastando tal possibilidade para as chamadas tutelas provisórias objeto de cognição sumária de mérito⁴⁷.

Tal raciocínio decorre do fato de que, nas tutelas provisórias, o réu não teve a possibilidade de se manifestar, ou seja, não foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa. A tutela provisória somente se tornará definitiva e fará coisa julgada caso confirmada, ao final (sentença ou acórdão), após esgotados todos os meios de defesa, caso em que a sentença que a substituiu, e não a decisão anterior, que fora confirmada, é que fará coisa julgada material.

É o caso, também, das tutelas provisórias tidas por irreversíveis, em que somente cabe ao julgador confirmá-la ao final, em razão da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigência em 17/03/2016, traz a previsão de que a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, se tornará estável, caso não interposto o recurso cabível no prazo legal.

A possibilidade de concessão de tutela antecipada em caráter antecedente está positivada no Livro V, que trata da tutela provisória, Título II (Da

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000.

Tutela de Urgência), Capítulo II, especificamente nos arts. 303 e 304, assim redigidos:

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

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.

§ 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;

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.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

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

§ 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.

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.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

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

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 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.

§ 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 artigo⁴⁸.

Tal instituto teve por inspiração o direito processual francês, no instituto do *référé*, que dispõe sobre a estabilização do provimento judicial concedido em caráter liminar, nos casos em que o réu não se manifestar quanto à continuidade do processo. Essa espécie de procedimento goza de autonomia em relação ao processo principal, que poderá ou não ser proposto, e não faz coisa julgada, porém se estabiliza e perdura indefinidamente, não dependendo de posterior confirmação por decisão definitiva⁴⁹.

Também inspirada no modelo francês, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada foi inserida no Código de Processo Civil Italiano, com a nova redação dos arts. 669-octies e 669-novies, fazendo constar a previsão de que a decisão proferida em sede de tutela antecipada somente perderá a sua eficácia caso não proposto o processo principal no prazo legal. Caso o autor ou o réu não demonstrem interesse pela continuidade do processo, com a propositura da ação principal, tal decisão adquire estabilidade.

A respeito do novo instituto, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que:

O § 6º do art. 304 tem o condão de evitar discussões interessantíssimas sobre haver, ou não, coisa julgada material na decisão que concedeu a tutela antecipada a final estabilizada. Não há e nisto o dispositivo é claríssimo, revelando qual é a opção política que, a este respeito, fez o legislador. O dispositivo ensaia, até mesmo, resposta a pergunta inevitável diante do § 1º do art. 304: trata-se de extinção do processo com ou sem resolução de mérito? Para quem associa coisa julgada material a decisão de mérito, a resposta é imediata.

A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão não faz com que ela transite materialmente em julgado. Há, aqui, mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica. Não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da 'ação

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – **Novo Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Disponível <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em: Dezembro 2015.

rescisória', técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses⁵⁰.

Com efeito, o conceito de coisa julgada foi devidamente desenvolvido nos capítulos anteriores e decorre, tal como concebido constitucionalmente e pela doutrina, de uma decisão proferida em sede de cognição exauriente, em que às partes foram devidamente assegurados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, o principal postulado da coisa julgada é a preservação da segurança das relações jurídicas, tendo como fim último a pacificação social, daí porque entende-se que a decisão passível de fazer coisa julgada é somente aquela proferida em sede de cognição exauriente.

Ocorre que, no capítulo 1, subtítulo 1.1, foi destacada a visão de Cappelletti sobre a terceira onda de acesso à justiça, na busca de novas técnicas e modalidades de procedimentos que permitam uma prestação jurisdicional, mais célere, efetiva, adequada e voltada a assegurar uma rápida resolução as demandas e o resultado útil do processo.

O instituto ora em estudo se insere perfeitamente dentre essas novas modalidades de procedimento, pois tem por escopo evitar a eternização de um processo inútil nos casos em que as partes, principalmente, o réu, se conformarem com a decisão, embora fruto de uma cognição sumária, e não manifestarem intenção de recorrer, de dar continuidade à demanda ou de ajuizar a ação competente para rever, reformar ou invalidar tal decisão no prazo legal.

Ora, se o réu, muito embora devidamente citado ou intimado, não interpôs o recurso cabível no prazo legal e se não intentou a ação competente no prazo de 02 anos a contar da decisão que extinguiu o processo, não poderá ele alegar futuramente que teve violado o seu direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal; não se trata de violação ao contraditório e à ampla defesa, mas apenas de contraditório e de ampla defesa diferidos no tempo.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. P 234.

Nesse caso, o que verifica é a sua concordância com os termos da decisão ao abdicar dos meios de impugnação previstos no texto processual.

Aliás, hipótese de estabilização da decisão é restrita e somente ocorre se o demandado não interpor o recurso cabível, e ela somente se tornará definitiva após decorrido o prazo de 02 anos sem manifestação.

Da mesma forma, não se poderá dizer que terá ocorrido violação à segurança jurídica, ante a sua anuência e conformação com a decisão que lhe foi desfavorável ao abdicar dos meios de defesa.

Assim, apesar de se tratar de uma decisão proferida em sede de cognição exauriente, ela não viola os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como atinge o fim último da coisa julgada material, que é a estabilização das relações jurídicas e a pacificação social.

Ademais, o processo, nesse caso, deixará de ser um fim em si mesmo e, ao se afastar a prática de atos processuais inúteis e evitar a perenização do conflito de interesses, conflito esse que, na verdade, sequer existirá de fato ante a anuência do réu com os termos da decisão, estará verdadeiramente cumprindo a sua função como instrumento para a efetiva tutela de direitos.

Nesse sentido, apesar da previsão de que tal decisão "(...) 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", ela se assemelhará à coisa julgada material, uma vez que, não interposto o recurso cabível no prazo legal, ou não proposta ação buscando a sua revisão, reforma ou invalidação no prazo de 02 anos contados da decisão que extinguiu o processo, ela se tornará imutável.

Com efeito, uma vez proferida a decisão que antecipar a tutela, o réu será citado e intimado para interpor agravo de instrumento, na forma do art. 1.015 do novo CPC. Não interposto o recurso, ela se tornará estável e o processo será extinto, sem julgamento do mérito (art. 304, *caput* e § 1º).

Nesse caso, o réu ainda poderá propor ação visando revisar, reformar ou invalidar a decisão, no prazo de 02 anos.

Contudo, passado o prazo de 02 anos sem a propositura da referida ação, a decisão se tornará imutável, já que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada, ou seja, apesar de proferida em sede de cognição sumária, sem a oitiva do réu, a questão de fundo não poderá mais ser discutida, no mesmo ou em qualquer outro processo.

Assim, caso proposta ação para discutir a mesma questão após transcorrido o prazo de dois anos, tal ação não será extinta, sem resolução do mérito, pelo reconhecimento da ocorrência de coisa julgada, porém haverá resolução do mérito, com o pronunciamento da decadência ou da prescrição, o que tem o mesmo aspecto prático, pois estará definitivamente vedada a rediscussão da matéria.

Com efeito, conforme a regra do art. 337, §§ 1º a 4º do novo CPC, verifica-se a ocorrência de coisa julgada quando reproduzida ação com as mesmas partes, mesma causa de pedir e o mesmo pedido de outra já decidida por decisão transitada em julgado, senão vejamos:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:
§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.
§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.
§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado⁵¹.

Já o art. 502 do novo regramento processual civil preceitua que “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Ora, as disposições acima referidas se enquadram com perfeição à hipótese de decisão que antecipa a tutela em caráter antecedente e que não for

⁵¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – **Novo Código de Processo Civil**. Brasília, Senado Federal, 2015.

objeto de recurso no prazo legal, acarretando a extinção do processo, sem resolução do mérito, caso não for intentada a ação competente no prazo de 02 anos.

Assim, a melhor interpretação do § 6º do art. 304 do novo CPC deve ser no sentido de que referida decisão não fará coisa julgada enquanto ainda em curso o prazo de previsto no § 5º do mesmo dispositivo. Contudo, passado esse prazo, não será mais possível a sua revisão, reforma ou invalidação.

Portanto, apesar da previsão do § 6º do art. 304 do novo CPC, no sentido de que a decisão que conceder a tutela não fará coisa julgada, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada proferida em caráter antecedente, após decorrido o prazo do § 5º, possui natureza jurídica de coisa julgada material, uma vez que estará vedada a sua rediscussão, no mesmo ou em outro processo, ou seja, tal decisão se tornará imutável.

CONCLUSÃO

Este trabalho acadêmico teve por objeto analisar o instituto da estabilização efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente previsto nos arts. 303 e 304 do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, como forma de se verificar se, apesar de previsão expressa em contrário, ele tem o condão de fazer coisa julgada material.

Ao longo das últimas décadas, a sociedade passou por inúmeras transformações políticas, culturais, econômicas e outras e, por essa razão, as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas, levando a uma maior litigiosidade e exigindo do Poder Judiciário a adoção de mecanismos mais eficazes para a resolução dos conflitos e a consequente pacificação social.

Nesse contexto, o procedimento comum ordinário, classificado como tutela-padrão, tornou-se inócuo e já não mais respondia aos anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva. Ao contrário, em razão de sua excessiva formalização, privilegiando a forma em detrimento do resultado, e da excessiva morosidade, em grande parte das vezes o resultado do processo se tornava inócuo, pois quando da prolação da decisão final a situação fática já havia se alterado.

O direito de acesso à justiça diz respeito não apenas à garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas também a uma prestação jurisdicional célere e efetiva, ou seja, que o bem jurídico tutelado seja entregue de forma tempestiva e adequada, permitindo ao seu titular o seu gozo e fruição.

Por outro lado, a razoável duração do processo deve ser entendida como sendo o direito a um processo em que não se verifique dilações indevidas, a prática de procedimento inúteis ou a interposição de recursos protelatórios, e em que o juiz adote uma postura proativa na condução do processo, coibindo essas práticas nefastas e sempre privilegiando uma prestação jurisdicional mais célere, na medida da complexidade de cada matéria.

Buscando a solucionar essa chamada crise do processo, foram criados novos mecanismos de resolução de demandas, dentre os quais se destacam as tutelas diferenciadas, espécies de tutelas jurisdicionais provisórias, sumárias, e proferidas mediante um juízo de probabilidade, que têm por escopo assegurar ou antecipar o resultado final do processo, ou seja, que permitem ao Estado-juiz salvaguardar ou antecipar o direito que somente poderia ser conferido ao final, mediante a presença de requisitos como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O novo instituto da antecipação dos efeitos da tutela concedida em caráter antecedente se insere nessa modalidade de tutela provisória, pois permite ao juiz antecipar, antes mesmo da propositura da ação, o direito tido por violado, ou pelo menos salvaguardar esse direito.

A maior novidade, entretanto, decorre do fato de que tal decisão, no caso de antecipação da tutela, pode se tornar estável caso o réu não interponha o recurso cabível para a sua revisão, reforma ou invalidação no prazo legal.

Mais interessante ainda se afigura a previsão de que, para buscar essa revisão, reforma ou invalidação, em caso da não interposto o recurso pelo réu, deverá ser proposta nova ação no prazo de 02 anos a contar da decisão que extinguir o processo.

Desse ponto é que exsurge o problema ora proposto, ou seja, em que medida a decisão que antecipar a tutela proferida em caráter antecedente, da qual não foi interposto recurso e após o decurso do prazo de 02 anos para a propositura da ação competente, possui natureza jurídica de coisa julgada material.

A hipótese proposta foi no sentido de que ela possui natureza jurídica de coisa julgada material, pois presente um dos seus principais atributos, qual seja, a sua imutabilidade (soberania da coisa julgada).

Com efeito, apesar de proferida com base em um juízo de cognição sumário, sem a oitiva da parte contrária e sem que lhe tenha sido oportunizado, de antemão, o exercício do contraditório e da ampla defesa, não se pode afirmar que tais direitos restaram violados.

Na verdade, a oitiva da parte ré apenas foi diferida no tempo, tanto que, após a prolação da decisão, ela deverá ser citada e intimada para interpor o recurso cabível.

Contudo, se a parte ré não diligencia tempestivamente com a interposição do recurso, tal fato implica em concordância e conformação com os termos da decisão judicial, e somente nesse caso ocorrerá a sua estabilização, ou seja, a hipótese de estabilização é restrita a esse caso específico.

Também não se pode alegar a ocorrência de violação à segurança jurídica após o transcurso do prazo de 02 anos sem o ajuizamento da ação respectiva e conseqüentemente a com a impossibilidade de revisão, reforma ou invalidação. A imutabilidade da decisão nesse caso é consequência também da inércia do réu, já que ele teve a oportunidade de impugnar a decisão e, no entanto, não exerceu esse direito no tempo devido.

Em caso de propositura de ação para discutir a mesma questão após esse prazo, ela deverá extinta, sem resolução do mérito, não em face da ocorrência de coisa julgada, mas em razão da decadência ou da prescrição, o que terá o mesmo resultado prático, pois em todo caso a matéria não poderá ser mais discutida.

A imutabilidade da decisão, nesse caso, decorre da conformação do réu com o resultado da decisão que lhe foi desfavorável, não se afigurando razoável que ele pudesse pretender, posteriormente, rediscutir a matéria.

Aliás, tal decisão atinge o fim último da coisa julgada material, que é a estabilização das relações jurídicas e a pacificação social, pois que autor e réu anuíram com os termos da decisão.

Ressalte-se que as disposições dos arts. 337, §§ 1º a 4º, e 502 do novo CPC, o primeiro que trata da ocorrência de coisa julgada quando reproduzida ação com as mesmas partes, mesma causa de pedir e o mesmo pedido de outra já decidida por decisão transitada em julgado, e o segundo, que traz o conceito de coisa julgada material, se adequam à hipótese da decisão que antecipar a tutela em caráter antecedente que não for objeto de recurso cabível no prazo legal e quando

não for ajuizada intentada a ação competente no prazo de 02 anos contado da decisão que extinguir o processo.

Assim, o § 6º do art. 304 do novo CPC deve ser interpretado no sentido de que essa decisão não fará coisa julgada enquanto ainda em curso o prazo de previsto no § 5º do mesmo dispositivo.

Entretanto, passado esse prazo, tal decisão adquire natureza jurídica de coisa julgada material, em razão da impossibilidade de sua rediscussão, no mesmo ou em outro processo, tornando-se imutável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2010.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: O Juízo de Admissibilidade do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ **Condições da ação e o novo CPC**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc>. Acesso em: Dezembro 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. rev., ampl. e atualizada. Salvador: Podium, 2013.

FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Processo e constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. São Paulo: Fabris, 1994.

_____ **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. 1. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda**. 5. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ **Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Disponível <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em: Dezembro 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional: Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e Mandado de Segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____ **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.