UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

JOÃO VICTOR SILVA GOMES

**A (IM)POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE COISA JULGADA
MATERIAL NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

RECIFE

2017

JOÃO VICTOR SILVA GOMES

**A (IM)POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE COISA JULGADA
MATERIAL NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado como requisito para aprovação na
disciplina Orientação Monográfica IV e obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo José Ribeiro
Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

RECIFE

2017

João Victor Silva Gomes

A (im)possibilidade de formação de coisa julgada material na estabilização da tutela de urgência concedida em caráter antecedente

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife

Data de aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

*A Deus, por ter aberto os caminhos nos momentos em que
parecia não haver saída;*

*Aos meus pais Jorge e Gisela, por tudo que me dedicaram
ao longo de minha trajetória acadêmica;*

*Aos meus avós, pelos estímulos para que eu permanecesse
no caminho do aprendizado.*

Agradecimentos

Não posso deixar de agradecer a todos os meus tios, tios-avós e primos, os quais, assim como meus pais e avós, sempre insistiram para que eu jamais parasse de investir na minha educação. De todos eles, extraí a valiosíssima lição de que o conhecimento é uma das pouquíssimas coisas na vida que, uma vez conquistada, não pode nos ser tirada.

Agradeço imensamente ao professor Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha, não apenas por ter fornecido o tema deste trabalho ao sugeri-lo em uma de suas aulas, mas, também, por ter aceitado ser meu orientador e, principalmente, por ter despertado em mim (e em muitos dos meus colegas) a paixão pelo processo civil.

Nesta mesma linha, agradeço também ao professor Francisco Antonio de Barros e Silva Neto, por ter alimentado a paixão iniciada nas aulas do professor Leonardo da Cunha. Foi um privilégio ter tido a oportunidade de aprender com professores tão brilhantes. Mais do que tudo que me legaram em cada uma das suas aulas, lhes devo a certeza que hoje tenho de que o processo civil constituirá meu objeto de estudo pelo restante da minha vida acadêmica.

Aos estagiários, terceirizados, servidores e magistrados da Terceira Turma Recursal da Seção Judiciária de Pernambuco, minha eterna gratidão pelo carinho com que me receberam nos dois anos em que convivemos. O ambiente leve e extremamente agradável da unidade jurisdicional não apenas impulsionou meu desenvolvimento pessoal e profissional, como constituiu verdadeiro refúgio em inúmeros momentos difíceis.

Agradeço, enfim, aos meus amigos de longa data, e também aos que conheci na Faculdade de Direito do Recife, por terem mais certeza do que eu no sucesso deste trabalho. Apesar de não ter tão sido fácil quanto eles imaginam, seu incentivo me trouxe conforto, e serviu como um combustível extra nas (muitas) situações em que todos os estímulos supramencionados não pareciam ser suficientes.

Resumo

O Código de Processo Civil atual trouxe como novidade a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Desde a publicação do diploma processual, intensa polêmica surgiu quanto aos limites desta estabilização. Em especial, questionou-se qual a seria a relação do instituto com a coisa julgada material. Este trabalho se dedica, portanto, a esta comparação. Será feita uma análise da coisa julgada material, seguida de um exame da estabilização. No estudo de ambas, será priorizado o conteúdo das decisões. Esclarecido como compreendemos cada um dos institutos, procederemos ao cotejo, expondo, de forma fundamentada, como enxergamos a relação entre eles.

Palavras-chave: Antecipação de tutela; estabilização; coisa julgada.

Sumário

Introdução	7
Capítulo 1 — Da Coisa Julgada Material	11
1. Finalidade e previsão legal da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro	11
2. Pontes de Miranda – Classificação quinária e eficácia da declaração.....	14
3. Barbosa Moreira – Coisa julgada como situação jurídica da norma concreta transitada em julgado.....	18
4. Ovídio Baptista da Silva – Análise do conteúdo da sentença.....	20
5. Nossa posição	26
Capítulo 2 — A Introdução da Estabilização da Tutela Antecipada no Ordenamento Processual Brasileiro	28
1. O campo de incidência da estabilização, a questão do tempo do processo e a distinção entre medidas satisfativas e conservativas	28
2. Os objetivos da estabilização e o emprego da técnica monitoria	31
3. O primeiro nível de estabilização e a extinção do processo	34
4. O prazo de dois anos para impugnação da decisão estabilizada e a formação do segundo nível de estabilização	35
Capítulo 3 — Comparação entre Segundo Nível de Estabilização da Tutela Antecipada e Coisa Julgada Material	38
1. Um ponto de partida: a dicção legal e a comparação entre os conteúdos das decisões.....	38
2. A imutabilidade das eficácias executiva e mandamental contidas na decisão estabilizada	40
3. Ajuizamento de ação rescisória após o escoamento do prazo de dois anos estabelecido pelo §5º do artigo 304 do Código de Processo Civil	51
Conclusão	54
Referências	59

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 reformulou a disciplina da tutela antecipada, inserindo-a, ao lado da tutela cautelar, no Livro V da Parte Geral, denominado "*Da Tutela Provisória*". As disposições do Livro V preveem a tutela de urgência (artigos 300 a 310) – que abarca tanto a antecipação de tutela (técnica de natureza satisfativa) como a cautelar (eminentemente conservativa) – e a tutela da evidência (artigo 311).

O objeto do presente trabalho cinge-se ao exame de uma das características de um instituto novo, inserido no trato da tutela provisória de urgência. No novo Código, a tutela provisória de natureza satisfativa (a tradicional tutela antecipada), quando fundada na urgência, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental (parágrafo único do artigo 294). Interessa, para os fins deste trabalho, a tutela provisória de urgência, de natureza satisfativa, requerida em caráter antecedente, que está disciplinada no artigo 303 do diploma processual em vigor¹. Em especial, o que interessa é a introdução da possibilidade de estabilização da tutela requerida nestes moldes (regulada no artigo 304 do Código),² e o

1 "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".

2 "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.

estudo da força que será atribuída à decisão que a concede, após o escoamento do prazo (decadencial) de dois anos previsto no §5º do artigo 304.

Este ensaio foi redigido com o objetivo de comparar a estabilização com a coisa julgada, para que possamos, ao cabo, tomar posição acerca da identidade ou da distinção entre os institutos. Não se afigura possível, nesta oportunidade, traçar um histórico do seu tratamento normativo, ou proceder a uma análise comparada com institutos análogos do direito estrangeiro. Uma vez que os limites deste trabalho não permitem que abordemos esses aspectos com um mínimo de profundidade, optamos por suprimi-los, para concentrar nossos esforços na explicação dos elementos essenciais, tanto da estabilização, quanto da coisa julgada.

Importa frisar que quando falarmos em coisa julgada material, estaremos nos referindo à coisa julgada tradicional, aquela que se forma com o trânsito em julgado da sentença que atesta a existência ou a inexistência do direito do autor. Temos consciência de que o Código de Processo Civil em vigor incluiu a possibilidade de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial (§§1º e 2º do artigo 503 do Código). Na elaboração deste trabalho, cogitamos a viabilidade de incluí-la na análise. Contudo, após nos familiarizarmos um pouco mais com o tema, percebemos que demandaria uma análise mais profunda, que extrapolaria dos limites aplicáveis a um trabalho desta proporção. Decidimos, portanto, nos restringir à coisa julgada tradicional, deixando a inclusão das questões prejudiciais para um trabalho posterior, de proporções maiores que o presente.

E, especificamente em relação à estabilização, cabe alertar que nosso escopo não é fazer um estudo dos pressupostos para a sua aplicação, nem dos meios aptos a obstá-la. Não iremos abordar a questão do ônus de aditamento da inicial. Tampouco tentaremos interpretar o termo *recurso* contido no *caput* do artigo 304. O foco não será, portanto, o *procedimento* estabelecido para a estabilização do provimento concessivo da tutela provisória, mas sim a ideia central que permeia o instituto, assim como o exame do conteúdo, tanto da decisão

§ 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 artigo".

antecipatória quanto da decisão que extingue o processo diante da ocorrência do primeiro nível de estabilização.

Acrescente-se que, muito embora reconheçamos que o sistema processual de estabilidades compreende mais do que a coisa julgada (formal e material) e a estabilização da tutela antecipada, iremos restringir nossa análise a estes dois institutos, pelos mesmos motivos apontados acima. Por fim, insta consignar que, quando mencionarmos a ação monitória, o faremos apenas com o objetivo de apontar para o fato de que a estabilização compartilha da sua *técnica*. Escapa ao nosso objeto questionar se a ação monitória faz coisa julgada material. Logo, informamos ao leitor, desde já, que qualquer analogia feita neste trabalho entre a estabilização da tutela e a ação monitória diz respeito, apenas, às semelhanças na técnica de julgamento utilizada por estes dois institutos.

Isso posto, resta antecipar como está estruturado o presente ensaio.

O primeiro capítulo é dedicado à coisa julgada material. Será feita uma brevíssima explicação das razões que motivam a positivação do instituto, sucedida da apresentação das teorias dos três autores eleitos como marcos teóricos (Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva),³ o que, pretende-se, resultará numa síntese das suas ideias (no que for compatível). Começar pela coisa julgada se justifica porque há conceitos que foram construídos especificamente para o estudo deste instituto, e dos quais precisaremos nos valer para explicar a estabilização. Sendo assim, a ordem dos capítulos é estruturada com o escopo de familiarizar o leitor, desde o início, com uma terminologia que será, *a posteriori*, de suma importância para a defesa do nosso entendimento.

No segundo capítulo, destacaremos alguns dos principais aspectos que envolvem a estabilização da tutela antecipada. O foco, repita-se, não será o estudo do procedimento, mas a análise do campo de aplicação do instituto, dos ideais que motivaram sua inclusão no nosso sistema processual, e da eficácia das decisões (decisão antecipatória e decisão extintiva).

Finalmente, no terceiro e último capítulo, iremos nos utilizar das conclusões obtidas ao longo da análise para efetuar o cotejo entre estabilização da tutela e coisa julgada material. De

³Oportunamente, explicar-se-á o porquê da escolha de mais de um marco teórico para a construção da nossa compreensão acerca da coisa julgada material.

forma fundamentada, vamos defender nossa posição, esclarecendo como enxergamos a relação entre estes institutos.

Concluiremos o trabalho delimitando o espaço que entendemos que estes institutos ocupam no nosso ordenamento jurídico, analisando criticamente o modo como a estabilização foi incluída no Código de Processo Civil, e reiterando as razões pelas quais entendemos que nossa posição é a que mais atende às finalidades do instituto.

Capítulo 1 — Da Coisa Julgada Material

1. Finalidade e previsão legal da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

A coisa julgada é um dos institutos mais tradicionais do direito processual. Sua inserção no ordenamento jurídico deriva da constatação de que é indesejável que a discussão a respeito do objeto do processo se prolongue indefinidamente. A experiência revelou que a incerteza gerada pela ausência de definição quanto ao resultado da lide causa um mal-estar não só aos que compõem a relação processual, mas a toda a sociedade, cuja manutenção e desenvolvimento demanda um certo grau de previsibilidade nas relações.

Seu objetivo, portanto, é garantir segurança jurídica e pacificação social, estabelecendo que, em determinado momento, não mais se poderá prolongar a litispendência, devendo ser respeitada a solução conferida pelo Estado-Juiz (independentemente da justeza desta⁴).

Trata-se, portanto, de um imperativo de ordem prática, de grande importância para a operacionalização do direito, bem como para sua afirmação como instrumento de pacificação das controvérsias. Entendemos, entretanto, tratar-se de um conceito jurídico-positivo, uma vez que cabe a cada ordenamento decidir se (e como) irá incluí-la no seu sistema processual.

Claro que, pelas razões expostas, é difícil imaginar um sistema que não conheça a coisa julgada, ou algo que lhe seja semelhante. Porém, sempre será necessário que o direito positivo a consagre expressamente, traçando seus caracteres principais (assim como lhe impondo, eventualmente, limites). Não se pode presumir a existência de coisa julgada em determinado sistema processual: ela deverá, sempre, ter sido consagrada previamente pelo direito positivo.

⁴Em casos excepcionais, contudo, justifica-se que a segurança jurídica seja relativizada, pois a manutenção de uma decisão que se dissocia gritantemente da correta aplicação do direito pode causar mais insatisfação do que a incerteza gerada pela possibilidade de alteração da situação consolidada. Atento a essa realidade, o sistema processual pátrio reconhece a possibilidade de rescindir a coisa julgada por meio da ação rescisória, cujas hipóteses de cabimento são taxativamente previstas na lei (artigo 966 do Código de Processo Civil).

Nesse passo, o ponto de partida do nosso estudo terá que ser a previsão legal. Antes de nos aprofundarmos no debate doutrinário acerca da natureza e dos limites objetivos da coisa julgada, precisamos investigar como nosso ordenamento jurídico a concebe.

Pois bem. Em um primeiro momento, devemos ressaltar que a coisa julgada é reconhecida constitucionalmente no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República. Tal dispositivo tem o propósito claro de consagrar o respeito à segurança jurídica, ao prever que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*" No entanto, a conceituação e a disciplina da coisa julgada podem ficar a cargo da legislação infraconstitucional⁵, o que nos leva aos artigos 502 a 508 do Código de Processo Civil em vigor.

De acordo com o artigo 502 do Código, "denomina-se coisa julgada *material* a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão *de mérito* não mais sujeita a recurso".

Nesse ponto, impõe-se o esclarecimento de que, quando se fala em coisa julgada, tradicionalmente se fala da coisa julgada *material*. Entretanto, não se pode deixar de esclarecer que, para além desta, há, também, a coisa julgada formal.

Com o trânsito em julgado de toda decisão que extingue o processo (com ou sem resolução do mérito), ocorre uma preclusão, chamada por muitos processualistas de preclusão *máxima*, que impede as partes de praticarem novos atos naquela relação processual. Seja porque tenham deixado transcorrer *in albis* o prazo para impugnação, seja porque todas as vias recursais tenham sido esgotadas, chega um momento em que o direito impede os litigantes de dar continuidade à discussão no interior de um determinado processo (o que visa atender aos fins mencionados acima).

Costuma-se chamar essa preclusão máxima de coisa julgada *formal*. É a impossibilidade de rediscutir a questão naquele processo em que a decisão extintiva transitou

⁵Insta consignar, no entanto, que o Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) também traz um conceito de coisa julgada, embora seja um diploma de direito material. Ele está contido no §3º do artigo 6º, segundo o qual "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

em julgado. Isso ocorre em todos os casos em que o processo é extinto, seja com ou sem resolução do mérito.

A coisa julgada *material*, por outro lado, não só impede as partes de continuar a disputar o objeto litigioso no âmbito do processo extinto: ela veda a rediscussão da matéria em qualquer outro processo idêntico. Confere, por conseguinte, estabilidade muito maior que a proporcionada pela coisa julgada formal, que permite, em regra, que a parte interessada retorne ao Judiciário para tentar demonstrar, novamente, ter direito ao bem da vida pretendido. Há, portanto, uma gradação da coisa julgada formal para a coisa julgada material, donde se constata que, enquanto esta pressuponha a existência daquela, nem sempre o contrário ocorrerá. E o que permite identificar, em um caso qualquer, o nível de estabilidade adquirido pela decisão extintiva?

Embora seja comum o momento destinado à sua formação (tanto a coisa julgada formal quanto a material surgem com o trânsito em julgado), a distinção se dá pelo conteúdo da decisão extintiva: a coisa julgada material só se aplica às decisões que analisam o mérito, isto é, àquelas em que o julgador, ao extinguir o processo, impôs a solução que reputava adequada ao caso posto à sua apreciação, reconhecendo a existência ou a inexistência do direito do autor. Em verdade, tal conclusão pode ser extraída diretamente do texto do artigo 502, o que dispensa maiores considerações (vale lembrar que apenas estamos fazendo a distinção para explicar o que seria a coisa julgada formal, a qual o artigo não faz referência).

Superada essa questão, podemos avançar na exposição. Ainda na esteira da lei, tem-se que a coisa julgada material é a *autoridade* que torna imutável e indiscutível a decisão transitada em julgado. O emprego do termo "autoridade" revela uma mudança de posição em relação artigo 467 do Código de 1973, que conceituava a coisa julgada material como "eficácia"⁶. Como veremos mais adiante, não se trata de alteração meramente terminológica, mas da adoção explícita de teoria diversa acerca da natureza do instituto.

Finalmente, a lei estabelece que, com o trânsito em julgado da decisão de mérito, esta torna-se imutável e indiscutível (já tratamos dessa questão acima: o trânsito em julgado, aqui, impede que se rediscuta o mérito).

⁶Artigo 467 do Código de Processo Civil de 1973: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Para possibilitar a comparação a que visa este trabalho, é imprescindível verificar aquilo que, de fato, se torna "imutável e indiscutível" com a coisa julgada material. Análise, portanto, do *conteúdo* da decisão que sofrerá a incidência deste instituto.

Para atender a esse objetivo sem extrapolar os limites deste trabalho, vamos nos restringir aos elementos principais das teorias de três autores brasileiros: Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva⁷. A escolha por marcos teóricos múltiplos se justifica porque, para além das diferenças, tentaremos fazer uma leitura complementar das elaborações de cada um deles. Sem mais delongas, comecemos pela teoria de Pontes de Miranda.

2. Pontes de Miranda – Classificação quinária e eficácia da declaração

Mais que sua compreensão acerca da coisa julgada material (com a qual discordamos em alguns pontos), importa na teoria de Pontes de Miranda sua classificação quinária das sentenças (espelho da sua classificação quinária das ações), que será de suma importância para o desenvolvimento lógico deste estudo.

Esclarece o jurista alagoano que "*as sentenças, como as ações, podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A força, que têm, é que as classifica.*"⁸ Força é o termo por ele empregado para fazer referência ao elemento *preponderante* na sentença. Preponderante porque, de acordo com sua concepção, nenhuma sentença é limitada apenas a um dos elementos, que aparecem, no caso concreto, em combinação e intensidade variadas. O elemento mais relevante na sentença corresponderá ao elemento primordial da pretensão do autor, e determinará a força da sentença, que permitirá situá-la na classificação.

⁷Para um estudo mais aprofundado acerca das diversas teorias que versam sobre a natureza da coisa julgada material, consulte-se CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 64-85.

⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t.5, p. 97.

O elemento declaratório, ou declarativo, corresponde, precisamente, à declaração inserida no dispositivo da decisão pelo Estado-Juiz. É elemento que sempre estará presente nas sentenças, independentemente do que o autor pretenda obter com a procedência da ação. Quando o processo for extinto sem resolução de mérito, a declaração se limitará, apenas, a indicar o quê, aos olhos do magistrado, justificou a extinção⁹. Quando for resolvido o mérito, consistirá na manifestação do julgador quanto à existência ou inexistência do direito.

O elemento constitutivo está ligado à criação, modificação ou extinção de uma relação ou de uma situação jurídica; o condenatório, à possibilidade de o autor, vitorioso, exortar o réu ao adimplemento; o executivo autoriza o demandante a iniciar a execução; por fim, o elemento mandamental é concebido como a ordem do juiz que enseja execução simultânea à sentença¹⁰.

Pontes de Miranda adota, com algumas ressalvas, o pensamento difundido por Konrad Hellwig, que relaciona eficácia de coisa julgada material com o elemento declaratório da sentença. A diferença reside em que, diferentemente do autor alemão, Pontes não vê identificação, mas "*causação*:"

"A função declaratória da sentença, ou prepondera (ações declarativas), ou seja apenas relevante (ações condenatórias, mandamentais, ou outras), é condição sine qua non da coisa julgada material. Não é a mesma coisa 'declarar' e 'produzir coisa julgada material'. Há julgamentos declarativos (e.g., interlocutórios) que não produzem coisa julgada material. A identificação é falsa; mas identificação e causação são coisas diferentes. Tanto erram os que identificam força declarativa e força de coisa julgada material, no que incidiu Konrad Hellwig, e, com ele, ficou quase toda a doutrina, quanto os que, como Enrico Tullio Liebman, pretendem força de coisa julgada material sem elemento de declaração."¹¹⁻¹²

⁹Pontue-se que não estamos a falar da fundamentação, mas da parte dispositiva da sentença.

¹⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 98-99.

¹¹Ibidem, p. 100.

¹²O pensamento de Konrad Hellwig exerceu grande influência no estudo da coisa julgada, e foi utilizado, com algumas alterações, tanto por Pontes de Miranda, quanto por Ovídio Baptista da Silva. Para os propósitos deste estudo, podemos afirmar que o processualista alemão compreendia a coisa julgada material como a eficácia da declaração contida na sentença transitada em julgado. A declaração, o *ascertamento*, a certificação da existência (ou da inexistência) do direito é que ficaria acobertada pela imutabilidade e pela indiscutibilidade características da coisa julgada. Foi com essa inspiração que foi elaborado o artigo 467 do CPC de 1973, já transcrito na nota 49 supra, e que usava a expressão "eficácia" para referir-se à coisa julgada material.

A essa corrente se opôs Enrico Tullio Liebman, que não aceitava que a imutabilidade da coisa julgada fosse confundida com a declaração. Da mesma forma simplória com que resumimos a teoria de Hellwig, precisamos sintetizar as ideias de Liebman (que foram seguidas, em muitos pontos, por José Carlos Barbosa Moreira, outro autor que iremos abordar mais adiante): Liebman criticava Hellwig por vislumbrar a coisa julgada material como

A eficácia de coisa julgada material é compreendida, portanto, como a eficácia produzida pelo elemento declaratório da sentença, o "*vincular as partes à declaração*"¹³. O que explicaria as situações em que a declaração não produz coisa julgada material seria a necessidade de que esta se apresente, no caso concreto, com intensidade suficiente, como *força* (elemento preponderante da sentença, situação na qual Pontes atribui peso "5" ao elemento declaratório) ou como *efeito relevante* (casos em que atribui peso "3" ou "4" ao elemento declaratório)¹⁴.

Não nos cabe, aqui, exteriorizar as críticas de Pontes de Miranda à teoria de Liebman, uma vez que teremos que dar conta, logo mais, das formuladas por Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva. Infelizmente, não temos espaço para aprofundar o pensamento de Pontes de Miranda em relação à coisa julgada. Aliás, desde o início destacamos que o mais importante era expor a classificação quinária das sentenças. No mais, fizemos constar dos parágrafos anteriores a síntese do que entendemos relevante, nos restando, agora, fazer uma única observação que, por constituir um aspecto basilar do nosso pensamento, será repetida quando tratarmos das outras teorias.

Pontes de Miranda destaca repetidamente que não se deve confundir o conceito de coisa julgada com sua eficácia. Enquanto a natureza (o conceito) da coisa julgada estaria ligado ao trânsito em julgado da decisão, ao fato de a coisa ter sido julgada, a eficácia de coisa julgada (também chamada por ele de efeito) seria algo distinto:

"Procurou-se acentuar que a res iudicata não se confunde com a sua eficácia [...] Há coisa julgada se não mais, no processo, se pode discutir a lide, por ser irrecorrível a decisão, ou por não mais se poder recorrer. Aí está o que a define, não sua eficácia. [...] o ato do julgamento definitivo ('com razão', ou 'sem razão') é que é a res iudicata, a 'coisa' foi julgada, sem mais se poder

decorrente do elemento declaratório, uma vez que este está presente (contido) na sentença desde a publicação desta. Logo, a imutabilidade não poderia decorrer da declaração, uma vez que, mesmo antes do trânsito em julgado, a sentença pode já ser eficaz, e estará produzindo efeitos sem que exista, ainda, formação de coisa julgada material. Por essa linha de raciocínio, seria um equívoco enxergar a coisa julgada como decorrente de qualquer efeito *interno* à sentença. Assim, Liebman a concebia como uma *qualidade* aposta à sentença, proveniente de uma norma externa, que incide tão-logo se ultime o trânsito em julgado. Além disso, Liebman criticava a restrição da imutabilidade ao elemento declaratório: para que o processo pudesse alcançar seus objetivos práticos, não apenas a declaração teria que ser protegida pela coisa julgada, mas todos os demais efeitos da sentença, pois só assim garantir-se-ia a satisfação plena do litigante vitorioso. Sendo assim, não só a declaração teria que se tornar imutável, como todos os demais efeitos da sentença. Para um estudo preciso sobre o tema, recomenda-se novamente a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 72-78.

13PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 157.

14Ibidem, p. 112.

recorrer, ou por ser irrecurível (se o fosse, faltaria a definitividade). O 'nada mais se poder dizer' é elemento conceptual, e não eficaz. Nada mais se pode mudar; portanto, daí em diante é que se pode indagar qual o efeito ou quais os efeitos da sentença.[...] A coisa julgada não permite que se discuta, no mesmo processo, o que se discutiu e julgou. [...] A eficácia de coisa julgada é a eficácia da sentença de que não mais se pode recorrer, seja qual for o recurso, ordinário ou extraordinário. Se noutra ação não mais se pode discutir e mudar a eficácia de coisa julgada, salvo em ação rescisória, a eficácia de coisa julgada é eficácia de coisa julgada material, que é plus em relação às sentenças que apenas não mais se sujeitam a recurso, ordinário ou extraordinário, ou nunca o foram"¹⁵ (grifos nossos).

Discordamos do seu pensamento. Conforme entendemos, não há distinção entre conceito e eficácia de coisa julgada. O efeito próprio à coisa julgada, formal *ou* material, é o "não poder mais discutir a questão", simplesmente porque operou-se o trânsito em julgado. A diferença, como já apontamos anteriormente, está no conteúdo da sentença (*rectius*, da decisão): tendo sido reconhecida a existência (ou inexistência) do direito, não se pode judicializar novamente a controvérsia; se, por outro lado, houve apenas extinção, sem resolução do mérito, é possível, em regra, intentar novamente a ação.

Da leitura do excerto transcrito acima (especialmente dos trechos grifados), parece, ao nosso ver, que Pontes de Miranda identifica eficácia de coisa julgada com eficácia da sentença transitada em julgado, o que, a rigor, é mera consequência da sua compreensão, herdada de Hellwig, de que "o que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz."¹⁶

Na nossa acepção, o que enseja a formação da coisa julgada, seja formal, seja material, é, sempre, o trânsito em julgado, que faz incidir norma *externa* à decisão, responsável pela atribuição de estabilidade à decisão, em maior (coisa julgada material) ou menor (coisa julgada formal) grau. Nenhum elemento *da sentença* tem aptidão para, por si só, produzir indiscutibilidade. O trânsito em julgado é que o faz. Investigar o conteúdo da sentença para verificar o que se tornou indiscutível é algo da maior utilidade¹⁷, mas foge à discussão acerca do *conceito e da eficácia* da coisa julgada, consistindo, em verdade, em estudo acerca dos *limites objetivos* desta.

15PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 103-104.

16Ibidem, p. 157.

17Com toda a franqueza, é o que justifica a elaboração deste capítulo.

Isto posto, podemos prosseguir.

3. Barbosa Moreira – Coisa julgada como situação jurídica da norma concreta transitada em julgado

O pensamento de Barbosa Moreira foi construído a partir de uma adaptação das ideias de Liebman. Barbosa Moreira defende que a imutabilidade produzida pela coisa julgada material não se restringe ao elemento declaratório da sentença, mas abarca toda "*a norma jurídica concreta*" nela contida, isto é, tudo aquilo que foi decidido na parte dispositiva da decisão transitada em julgado. Isso seria indispensável para proteger todo o "*resultado final*" do processo, e não apenas a declaração. Para satisfazer o litigante vitorioso, a coisa julgada material teria que cobrir, também, o elemento constitutivo e o elemento condenatório¹⁸ eventualmente presentes na norma concreta contida na sentença.

Não obstante tenha se utilizado de aspectos do pensamento de Liebman, Barbosa Moreira elaborou a sua própria teoria a partir de uma crítica contundente às ideias do processualista italiano. É que, para Liebman, a coisa julgada material não estaria adstrita à declaração, mas protegeria todos os efeitos da sentença, atribuindo-lhes a *qualidade* de imutáveis. Nisso, Barbosa Moreira discorda veementemente:

"Liebman, que tanto fez para distinguir da eficácia da sentença a autoridade da coisa julgada, e com isso prestou serviço inestimável à ciência processual, deteve-se contudo a meio caminho. Em sua construção, fica ainda a coisa julgada conceptualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere 'per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato', ou seja, para fazê-los imutáveis. Ora, tal compromisso é insatisfatório, até porque, na realidade, os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial".¹⁹

¹⁸Não é por descuido nosso a ausência de menção aos elementos executivo e mandamental: Barbosa Moreira não é adepto da teoria quinária arquitetada por Pontes de Miranda, mas da teoria ternária da ação, que apenas reconhece ações (e sentenças) declaratórias, constitutivas e condenatórias.

¹⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada e declaração. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 89. Neste mesmo sentido: "Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade, "com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada", não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida" in Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano IX, nº 34 - Abril-Junho de 1984, p. 279.

Do trecho citado vê-se que, para além de discordar da primazia do elemento declaratório, Barbosa Moreira critica a teoria de Konrad Hellwig no ponto em que esta estabelece uma identificação, ou uma relação de "causa e efeito" entre eficácia da declaração e eficácia de coisa julgada material. E faz a mesma crítica que fizemos, acima, quando discordamos do pensamento de Pontes de Miranda, defendendo que:

"Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos quando se diz que a sentença, ao transitar em julgado, produz o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença recebe, um efeito que sobre ela se produz. A sentença é, aí, mais paciente que agente. Preclusas que ficam as vias recursais, passa ela a viver em nova situação, em novo status, e sofre o impacto de semelhante transição, que a põe – salvo casos excepcionais, taxativamente enumerados na lei – fora do alcance de ulteriores impugnações.

Essa nova situação, a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos, é que se denominará com propriedade, segundo oportunamente sugeria Machado Guimarães, coisa julgada. Nela ingressando, reveste-se a sentença de atributo também novo, que consiste na imunidade a contestações juridicamente relevantes. A isso se chamará autoridade da coisa julgada".²⁰

Excluindo qualquer menção à "eficácia," Barbosa Moreira então conceitua a coisa julgada como situação jurídica, "*situação que se forma no momento em que sentença se converte de instável em estável*"²¹. De fato, é conceito mais preciso do que o formulado por Pontes de Miranda, ou, até mesmo, do elaborado por Ovídio Baptista da Silva, que veremos adiante. Tanto a natureza da coisa julgada quanto sua eficácia consistem, como vimos, na indiscutibilidade atribuída à decisão com o trânsito em julgado.

Para fazer referência à imutabilidade e à indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada material, Barbosa Moreira emprega o termo *autoridade*, evitando falar em eficácia²². No entanto, como ele mesmo reconhece (os trechos grifados no último excerto são prova disso), a aquisição desses predicados resulta de um efeito produzido *sobre* a sentença. Tanto melhor que o admita, pois, conforme pontuado por Antonio do Passo Cabral, substituir "eficácia" por "qualidade," "autoridade" ou por "situação jurídica" não muda o fato de que a

²⁰Idem, Op. cit., p. 88.

²¹Idem, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada in op. cit., p. 281-282.

²²Foi, portanto, para seguir seu magistério que abandonou-se o termo "eficácia" (constante do artigo 467 do Código de 1973), e empregou-se, no artigo 502 do Código atual, "autoridade."

coisa julgada é, sim, efeito de algo que está presente no ordenamento jurídico²³. Pode não ser efeito *da* sentença (como entendemos que não é), mas, sem sombra de dúvida, é efeito do trânsito em julgado, consagrado em nosso sistema por norma externa à decisão sobre a qual irá incidir²⁴.

Ainda que o conceito de Barbosa Moreira seja preciso para explicar a natureza da coisa julgada, seu pensamento não basta para resolver nosso problema, porque não esclarece de forma satisfatória o que comporia a "norma jurídica concreta" contida na sentença, além de ser praticamente inútil, no ponto em que chegamos, a lição clássica de que a coisa julgada se forma, apenas, sobre o dispositivo da decisão.

Podemos, então, ter por superada a questão acerca da essência da coisa julgada, pois, de fato, não encontraremos noção mais exata nos nossos outros marcos teóricos. O desafio, agora, consiste em complementar o pensamento de Barbosa Moreira por meio de uma análise do conteúdo da sentença, algo que, no nosso entender, já diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada.

4. Ovídio Baptista da Silva – Análise do conteúdo da sentença

Pode parecer inusitado que tenhamos encontrado nas críticas de Ovídio Baptista da Silva, talvez o opositor mais ferrenho da tese de Barbosa Moreira, a complementação necessária para o pensamento deste. Ocorre que, no curso do debate que se instalou entre os dois, Ovídio detectou uma falha na teoria de Barbosa Moreira: justamente, a deficiência na delimitação do conteúdo da sentença, de que nós também nos ressentimos. E é na crítica que o processualista gaúcho dirigiu ao carioca que entendemos estar a peça restante para a construção da nossa compreensão dos limites objetivos da coisa julgada material.

A teoria de Ovídio Baptista da Silva, em si, está situada em um ponto intermediário entre a de Pontes de Miranda e a de Barbosa Moreira. De Hellwig, Ovídio extrai a primazia do elemento declaratório. De Liebman, a noção de que este não se identifica com, nem

23CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 147-148. Vale lembrar, ademais, que toda situação jurídica nada mais é do que a atribuição, pelo ordenamento jurídico, de um *status*, e que a essa "posição" corresponderão efeitos específicos (direitos, faculdades, obrigações). Desta feita, a utilização da expressão "situação jurídica" traz ínsita a ideia de que o ordenamento irradia efeitos sobre a decisão transitada em julgado.

24Ibidem.

produz, por si só, a coisa julgada material. A coisa julgada, para Ovídio Baptista da Silva, seria uma *qualidade* (Liebman) que, com o trânsito em julgado, se apõe apenas sobre o elemento declaratório (Hellwig), atribuindo indiscutibilidade (antes de imutabilidade) à decisão.

Em ensaio de leitura indispensável, Ovídio parte da classificação quinária elaborada por Pontes de Miranda, lembrando que as sentenças não são compostas por apenas um elemento, mas por uma combinação variada (em número e intensidade) de declaração, constituição, condenação, execução e mandamento²⁵.

Para apreender a extensão exata do conteúdo da decisão (que ficaria protegido, segundo Barbosa Moreira, pelo manto da coisa julgada material), Ovídio Baptista da Silva faz uma distinção entre eficácia e efeitos da sentença, repetindo o ensinamento, tradicional em doutrina, de que aquela corresponderia à aptidão para a produção destes:

*"cremos chegado o momento de estabelecer uma distinção fundamental, nem sempre levada em conta pelos processualistas, entre eficácias e efeitos da sentença. A primeira categoria – a das eficácias – faz parte do 'conteúdo' da sentença, como virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, hão de ter-se como atualizações, no sentido aristotélico, das eficácias. Estas fazem parte do 'conteúdo' da sentença, assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais qualidades (ou eficácias) curativas. Evidentemente não se podem confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento"*²⁶.

Nessa linha, existiria eficácia declaratória, eficácia constitutiva, eficácia condenatória, eficácia executiva e eficácia mandamental, e os correspondentes efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, executivo e mandamental. Aquelas sempre estariam contidas na sentença, sendo sua presença denunciada pelos *verbos* empregados pelo magistrado no dispositivo.

25SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano X, nº 37 - Janeiro-Março de 1985, p. 271.

26Ibidem, p. 280.

E quanto aos efeitos? Seriam, todos, externos à decisão? Ou alguns deles produzir-se-iam desde o momento em que a sentença surgiu, portando (contendo) a eficácia correspondente?

Para evitar adentrarmos em polêmica que não nos interessa, precisamos esclarecer o seguinte: quando mencionamos sentença, aqui, estamos nos referindo as que já transitaram em julgado²⁷. Essa explicação é necessária, para não confundir o leitor com a discussão relativa aos efeitos que, em alguns casos, as sentenças podem produzir *antes mesmo* do trânsito em julgado. Trata-se de questão estranha ao que estamos tentando ilustrar, razão pela qual ficará de fora da análise.

Alerta feito, continuemos. Discordando de Barbosa Moreira, Ovídio demonstra que os efeitos declaratório, constitutivo e condenatório também compõem a sentença. São internos, surgindo no mesmo momento em que as eficácias que os tornam possíveis. Assim, quando o juiz insere na sentença os verbos "declarar", "constituir" ou "condenar," tem-se não apenas eficácia, mas já eficácia e efeito, ambos *dentro* da sentença²⁸. Por outro lado, os *efeitos* executivo e mandamental são externos: só poderão ser produzidos em momento posterior, quando o autor der início à execução, ou quando a ordem (o mandado) for expedida. E o que garantirá ao autor a possibilidade de esses efeitos virem a ser produzidos é a presença, na sentença, de *eficácia* executiva ou mandamental.

Em resumo: o conteúdo da sentença abarca as eficácias nela inseridas, o efeito declaratório e, quando presentes, os efeitos constitutivo e condenatório. Onde se verifica que, embora as sentenças possuam conteúdos variados, há um núcleo comum a todas a elas: a declaração (eficácia e efeito declaratório).

Em certo ponto, isso reforça a teoria de Ovídio de que a coisa julgada material é uma qualidade que se produz sobre o elemento declaratório (eficácia e efeito). Isso porque, se todo o conteúdo da sentença fosse tornado imutável pela coisa julgada, então imutáveis seriam, também, os efeitos constitutivo e condenatório, que, como vimos, estão dentro da parte dispositiva decisão (não são externos, como defende Barbosa Moreira).

²⁷Seriam, portanto, conforme a terminologia empregada por Pontes de Miranda na obra citada, *vera sententia*.
²⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 281-285.

Não estamos retornando à posição de Hellwig. É o trânsito em julgado que faz surgir a indiscutibilidade sobre o elemento declaratório. Efeito, portanto, do sistema, não da declaração. O cerne da questão está em que a proteção à declaração faz com que esta funcione como um grande cadeado, que protege o que Barbosa Moreira chama de "resultado final" do processo. O não poder mais discutir é resultado do novo *status* da decisão, uma vez transitada em julgado. Mas o que não pode ser novamente discutido é, justamente, a declaração!

Não é tautologia! Tampouco estamos aderindo ao entendimento de que a limitação da proteção (da coisa julgada) à declaração surge da necessidade de assegurar o respeito ao *comando* emitido pelo Estado. Perceba-se (e isso é algo da maior importância): a coisa julgada material precisa proteger, sem dúvida, a totalidade do que o litigante vitorioso obteve no processo. Deve impedir uma rediscussão da matéria. Isso é alcançado pela proteção à declaração. Ao mesmo tempo, a coisa julgada não pode impedir que ocorram modificações na vida dos sujeitos, de modo que, mesmo que o tentasse, jamais conseguiria tornar imutáveis relações e situações jurídicas sujeitas, naturalmente, a mudanças²⁹.

Entendemos que o que explica como o direito consegue responder a essas preocupações é a limitação da proteção da coisa julgada à declaração. Assegura-se ao litigante vitorioso que a questão não mais poderá ser discutida e, *com isso*, protege-se o restante do conteúdo da sentença.

Lembremo-nos da figura do cadeado. Imaginemos, para dar-lhe maior coerência, que este tenha sido posicionado na parte interna de um pórtico gradeado, e que não haja nenhum outro meio de adentrar a casa protegida por ele. Para entrar na casa, é necessário, primeiro, quebrar o cadeado.

É isso que Ovídio quer dizer quando sustenta, respondendo à crítica de Barbosa Moreira, que

²⁹Ora, a realidade é uma só: não há "mundo do direito" e "mundo dos fatos". A necessidade de segurança jurídica exige uma resposta do direito, que terá que ser dada levando em conta os dois fatores (ou "preocupações") mencionados.

"o que efetivamente impedirá que o juiz do segundo processo volte a examinar a anulação do contrato já desfeito, agora para restaurá-lo, é a contingência em que o autor o colocaria, de ter de reconstituí-lo sem nada poder decidir a respeito do direito de anulá-lo, reconhecido no primeiro processo em prol do vencedor. [...] O demandado que vira decretada contra si a anulação do contrato, por certo não poderia retornar a juízo para pedir o cumprimento da obrigação constante de contrato já desfeito, sem recolocar a questão prévia, inclusa no decisum, da primeira sentença, do 'direito à anulação do contrato', ou no mínimo, terá de alegar seu direito ao cumprimento da obrigação, para exigir a condenação da outra parte a cumpri-la.³⁰"

Nenhuma sentença (de procedência, vale dizer) é apenas constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental. Todas têm, para além da sua eficácia "preponderante" (a *força* a que alude Pontes), no mínimo, uma eficácia declaratória que lhes é *prévia*. *Prévia* não no sentido de que, quando for publicada a sentença, produzir-se-á antes das demais: *prévia* porque o itinerário lógico seguido pelo magistrado *parte*, sempre, *necessariamente*, da existência ou inexistência do direito. Uma vez feita a certificação (o *accertamento*) é que o juiz irá analisar quais os outros elementos que compõem a ação, para que a sentença *de procedência* guarde correspondência para com eles.

Da mesma forma terá que se comportar qualquer outro juiz, caso lhe seja dirigida uma segunda ação, em que aquele que obteve um revés na primeira objective, agora, inverter a solução acobertada pela coisa julgada: para conceder o que esteja sendo pedido, terá que verificar, antes de qualquer outra coisa, se o autor tem ou não direito, o que exigirá nova *declaração*, invariavelmente contrária à primeira. Isso ele (o juiz do segundo processo) não poderia fazer, porque significaria afrontar o que foi julgado no processo anterior. E é por não poder emitir declaração contrária à primeira que nada mais poderá ser dito em relação ao restante do conteúdo da sentença. Para entrar no restante da casa, teria que se quebrar, primeiro, o cadeado.

O que o cadeado não é capaz de fazer, no entanto, é garantir que nada sucederá à casa pelo simples fato de ele se manter íntegro. Mesmo que nada quebre o cadeado, modificações podem sobrevir ao restante da casa, por uma infinidade de razões³¹. Em termos jurídicos, a coisa julgada não é capaz de garantir que efeitos outros, que não o declaratório, não sofrerão

30 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op cit., p. 279.

31 Pedimos um pouco de boa vontade ao leitor com relação a essa figura de linguagem: a metáfora do "cadeado" pode até parecer grosseira, ou imperfeita, mas foi a única que conseguimos elaborar para traduzir, em termos de fácil compreensão, as ideias de Ovídio.

qualquer modificação com o decurso do tempo. Não há como garantir imutabilidade ao efeito constitutivo e ao condenatório (que compõem o conteúdo da decisão), tampouco ao executivo ou ao mandamental. Seria ir contra a realidade, além de desnecessário para atingir o fim pretendido, pois basta proteger a declaração, apondo-lhe (com o trânsito em julgado) a marca da indiscutibilidade, para garantir ao vitorioso o que Barbosa Moreira chama de "resultado final" do processo. Se, por qualquer motivo, modificações ocorrerem, fazendo com que a declaração acobertada pela coisa julgada se torne inútil, e ela não mais se afigura suficiente para a fruição do direito do litigante vitorioso, isso, decerto, nada terá a ver com a coisa julgada, mas com a incidência de alguma outra norma prevista no ordenamento. A proteção da coisa julgada não cristaliza para todo o sempre uma relação ou uma situação jurídica, porque não tem força suficiente para torná-la (a relação ou a situação) imune à incidência de toda e qualquer norma componente do sistema³². Por isso preferimos, com Ovídio, o uso do termo *indiscutibilidade*.

Essa era, como aponta Antonio do Passo Cabral, a "*principal bandeira*" de Hellwig:

*"Notemos também – e este é o ponto principal que gostaríamos de chamar a atenção – que as críticas de Liebman, Barbosa Moreira e outros apenas tangenciam, mas não se focam, no ponto essencial do pensamento de Hellwig, que é aquele de que a coisa julgada não torna imutáveis conteúdos outros que não a declaração. Esta era sua principal bandeira, e não a conceituação da res iudicata como 'efeito'."*³³

De fato, em momento algum a crítica de Barbosa Moreira se concentrou nesse aspecto de "cadeado" que Hellwig (e, com ele, Ovídio) parecia enxergar na declaração. O jurista fluminense insistia em que a imutabilidade teria que cobrir mais do que o elemento declaratório, como uma necessidade de assegurar alguma utilidade prática ao processo. Porém, ao estender o manto da coisa julgada sobre o conteúdo da sentença, terminou incidindo no mesmo erro de Liebman: o de pretender que a coisa julgada torne imutáveis todos os efeitos da decisão.³⁴

32Podemos fazer outra metáfora, nos aproveitando de duas expressões que protagonizaram uma polêmica recente: a coisa julgada é "foto", não "filme." Não é culpa da foto se, vinte anos depois que foi tirada, a realidade mudou. É da sua essência capturar um momento específico. Ela não é capaz de se atualizar em tempo real, para acompanhar as mudanças. Isso não faz com que deixe de cumprir a sua utilidade de "foto." Pode acontecer, como às vezes acontece, de a foto se manter fiel à realidade por tempo indeterminado, mas, se isso não ocorrer, não adianta espernear: não era algo que se pudesse exigir *dela*.

33CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 148.

34Vimos, com Ovídio, que o efeito executivo, assim como o mandamental, não compõem a sentença, mas lhe são externos. Entretanto, temos que lembrar, também, que Barbosa Moreira é adepto da teoria ternária.

5. Nossa posição

Ultimada a análise das teorias dos nossos marcos teóricos, o que deles podemos extrair, para viabilizar a comparação de institutos a que se propõe este ensaio?

Ao longo deste trabalho, reafirmamos, por diversas vezes, nosso compromisso de utilizar os autores escolhidos para construir uma noção complementar do conceito da coisa julgada, assim como de seu alcance³⁵. Não é, propriamente, uma "síntese," porque, como restou evidenciado, muitas das ideias parecem, a nosso ver, incompatíveis. Vamos ver, então, o que é possível fazer.

De Pontes de Miranda podemos extrair a classificação quinária das sentenças, que se mostrou, *a posteriori*, essencial para a crítica que Ovídio dirigiu à Barbosa Moreira. Deste podemos aproveitar, com algumas adaptações, o conceito de coisa julgada como situação jurídica, efeito não da sentença, mas do ordenamento jurídico³⁶.

Ao nosso ver, portanto, a coisa julgada material é *feito* do trânsito em julgado, norma externa à sentença, e que sobre ela incide com o único propósito de evitar a rediscussão do objeto do processo. Não há, segundo nosso modo de ver as coisas, distinção entre o conceito e a eficácia da coisa julgada material: tanto um, quanto o outro, são termos que podem ser empregados para fazer referência ao que se produz *na* sentença com o trânsito em julgado.

A discussão acerca do que fica protegido pela coisa julgada nada tem a ver com seu conceito: é algo que já diz respeito a um de seus limites objetivos. Na tentativa de encontrar uma maneira mais precisa de medir esse "alcance" da coisa julgada, nos deparamos com as lições de Ovídio Baptista da Silva. Com elas, dissecamos o conteúdo da sentença, constatando

Analisando a questão sob esse prisma, Barbosa Moreira estaria pregando *exatamente* o mesmo que Liebman, pois os demais *efeitos* que ele entende que a sentença é capaz de produzir (constitutivo e condenatório) fazem parte do conteúdo que se tornaria, segundo sua teoria, *imutável*.

35Expressão que, na falta de uma melhor, estamos utilizando para fazer referência àquilo que fica coberto pela indiscutibilidade.

36Para sermos bem honestos, precisamos asseverar que não devemos propriamente a Barbosa Moreira, nem a Liebman, o cancelamento da identificação entre coisa julgada material e "eficácia da declaração". Como prova Antonio do Passo Cabral, Liebman tem o mérito de ter difundido a tese, e de ter criado, para tanto, um método original; mas não é correto atribuir-lhe a "*paternidade*" da separação entre eficácia da sentença e coisa julgada material. Vide CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 149-150.

que este é composto pelas eficácias sentenciais e pelos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório. Esses dois últimos efeitos podem, ou não, estar presentes, a depender dos elementos que compõem a ação. O declaratório sempre estará, pois em todas as sentenças (como em todas as ações) há, necessariamente, declaração (eficácia e efeito declaratório), por meio da qual será certificada a existência ou a inexistência do direito do autor.

Se existem efeitos da sentença que fazem parte do conteúdo desta, então não podemos adotar a teoria de Barbosa Moreira de que a coisa julgada material protege todo o conteúdo da decisão. Sendo assim, nos filiamos à teoria de Ovídio de que a coisa julgada material *torna* imutável e indiscutível o elemento declaratório da sentença. O restante do conteúdo da decisão, bem como os efeitos executivo ou mandamental,³⁷ ficam protegidos de nova *discussão* pela proteção à declaração.

Se, por outro lado, formada a coisa julgada material, sobrevém incidência de alguma norma jurídica que passa a impedir a produção (ou a manutenção) dos efeitos da sentença *não tornados imutáveis*, isso nada tem a ver com o instituto tratado neste capítulo. A coisa julgada, repita-se, não cristaliza pela eternidade uma relação ou uma situação jurídica, sendo, mesmo, *incapaz* de torná-la imune à incidência de um sem-número de normas presentes no ordenamento.

Assentadas estas premissas, podemos iniciar o estudo da estabilização da tutela de urgência requerida em caráter antecedente.

³⁷ Externos, e cuja possibilidade de surgimento estaria garantida pela presença das correspondentes eficácias *na* sentença.

Capítulo 2 — A Introdução da Estabilização da Tutela Antecipada no Ordenamento Processual Brasileiro

1. O campo de incidência da estabilização, a questão do tempo do processo e a distinção entre medidas satisfativas e conservativas

O estudo da estabilização da tutela deve ser iniciado, segundo entendemos, pela delimitação do campo de incidência do instituto. Cabe, pois, apontar a sua localização no Código de Processo Civil, assim como os casos nos quais sua aplicação será possível.

A estabilização está prevista no artigo 304 do Código, sendo, portanto, um dos dispositivos que compõem o Livro V da Parte Geral, denominado "Da Tutela Provisória." Nesta parte do diploma processual, que se estende do artigo 294 ao 311, são reunidas providências que têm como objetivo comum lidar com o problema do ônus do tempo do processo³⁸.

O Código divide essas providências em dois grupos: tutela da urgência (artigos 300 a 310) e tutela da evidência (artigo 311). A tutela da urgência é subdividida em antecipação dos efeitos da tutela (tutela antecipada) e tutela cautelar, as quais podem, por força do parágrafo único do artigo 294, ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.³⁹

Da forma como está redigido, o artigo 304 apenas é aplicável às hipóteses de tutela antecipada concedida em caráter antecedente, para as quais o Código criou um procedimento específico, contido no artigo 303⁴⁰. Com efeito, o *caput* do artigo 304 traz de forma expressa a limitação da estabilização à "tutela antecipada, *concedida nos termos do artigo 303.*"⁴¹

38Para um estudo mais aprofundado da relação entre tempo e processo, consulte-se PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 15-33.

39"Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental".

40Ambos os dispositivos constam, na íntegra, da introdução deste trabalho, para onde remetemos o leitor.

41Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de estabilização de decisão antecipatória incidental, CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 196.

Nesse primeiro momento, basta mencionar que o artigo 303 permite que a demanda seja apresentada por meio de uma inicial simplificada, na qual o autor deverá expor de forma breve a lide e requerer a tutela antecipada, apontando a *urgência* que a justifica.

Delimitado o âmbito de incidência do instituto, verifica-se, de início, que a tutela da evidência não constitui objeto deste ensaio. Seguindo essa linha de raciocínio, uma análise mais apressada poderia suprimir, também, qualquer menção à tutela cautelar. Não é, contudo, a melhor opção, tendo em vista que, da distinção entre cautelar e tutela antecipada, podemos extrair lições valiosíssimas para o desenvolvimento das nossas ideias.

Pois bem. Muito embora o *caput* do artigo 300 imponha requisitos comuns para todas as hipóteses de tutela de urgência,⁴² faz-se mister ressaltar que tutela cautelar não se confunde com antecipação de tutela.

A tutela cautelar tem finalidade conservativa. Ela se destina a proteger o direito que o autor alega possuir, para garantir o "resultado útil do processo." Precisamente, a cautelar atua para assegurar que o gozo (futuro) do bem jurídico pleiteado não será inviabilizado no interstício compreendido entre o ajuizamento e a execução da sentença de procedência.

A seu turno, a antecipação não é uma forma de tutela, mas sim uma técnica de julgamento, por meio da qual se permite a satisfação antecipada do direito. Isso é feito pelo adiantamento das eficácias executiva e mandamental, as quais, como vimos no capítulo anterior, fazem parte do conteúdo da sentença e ensejam, respectivamente, a produção dos efeitos executivo e mandamental (os efeitos externos à sentença).

Nas decisões antecipatórias, há, ainda, uma carga declaratória própria, que não corresponde à antecipação do elemento declaratório contido em uma sentença de procedência (a certificação da existência do direito), mas que se limita em afirmar o preenchimento dos requisitos insculpidos no artigo 300 do Código, reconhecendo que o autor tem "direito à antecipação."

42"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

No âmbito das tutelas de urgência, a produção antecipada de efeitos, que só viriam a se manifestar quando da execução (provisória ou definitiva) da sentença de procedência, se justifica não só pela probabilidade do direito do autor, mas principalmente pelo risco que a demora na prestação jurisdicional representa para o bem jurídico disputado no processo. Em casos extremos, a espera pode acarretar, até mesmo, perecimento do direito. Seria de todo inútil, aqui, valer-se da tutela cautelar, porque se está diante de situações nas quais não há medida capaz de *conservar* o direito até o momento tradicionalmente destinado à execução.⁴³ Nesse diapasão, somente por meio da satisfação antecipada é que se torna possível afastar o *periculum in mora*.

No entanto, a necessidade de adiantar efeitos da sentença, para evitar o perecimento do direito, limita o exercício da cognição ao material já constante dos autos. Desta feita, a antecipação será, sempre, fruto de uma análise superficial dos fatos, uma vez que a urgência não permite esperar pelo exaurimento da cognição. Essa superficialidade pode se apresentar em maior ou menor grau, a depender do momento em que o juiz concede a antecipação. No caso de concessão em caráter antecedente (a hipótese que nos interessa, em virtude da possibilidade de estabilização), a análise precederá, até mesmo, a citação do réu, de modo que recairá, apenas, sobre as alegações e elementos probatórios carreados pelo autor por ocasião do ajuizamento.

Para diferenciar cautelar e antecipação, vale relembrar, ainda, o ensinamento de Pontes de Miranda, tantas vezes repetido, de que a tutela cautelar corresponderia à ideia de "*segurança-de-uma-execução*," enquanto a antecipação seria uma "*execução-para-segurança*"⁴⁴.

Para os fins a que nos propomos, estas considerações bastam para ilustrar o que distingue, no essencial, os institutos. Essa comparação se revela útil porque nos permite dar um passo decisivo para a identificação do conteúdo da decisão antecipatória concedida em caráter antecedente, a qual poderá sofrer a incidência do artigo 304.

43Lembre-se que, em regra, a execução só é instaurada após a sentença de procedência.

44Acerca da distinção entre cautelar e antecipação dos efeitos da tutela, consulte-se BRAGA, Paula Sarno, DIDIER, Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 569; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar in *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63-79; PAIM, Gustavo Bohrer, op. cit., p. 115-121 e PEREIRA, Mateus Costa. Tutela Provisória de Urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência da historicidade = equívocos legislativos in op. cit., p. 257-278.

Conclui-se, portanto, que a estabilização incidirá sobre uma decisão que, após juízo de cognição sumária, atesta a presença dos requisitos elencados no *caput* do artigo 300 do Código de Processo Civil. Por ter natureza antecipatória, esta decisão tem como objetivo evitar, diante do perigo representado pela demora na prestação jurisdicional, a iminente violação do direito provável do autor. Isto será feito, como em todos os outros casos de antecipação, pelo adiantamento de uma parte do conteúdo da sentença, a saber, das eficácias executiva e mandamental. Finalmente, com a produção dos efeitos correspondentes, garantir-se-á proteção ao direito pleiteado.

2. Os objetivos da estabilização e o emprego da técnica monitória

Retornemos, agora, ao *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil. Ele dispõe que a tutela concedida nos termos do artigo 303 tornar-se-á estável se o réu, intimado, não interpuser recurso.

Afirmamos no item anterior que a *antecipação* dos efeitos da tutela (assim como todas as outras providências previstas no Livro V da Parte Geral) visa a reequilibrar o ônus do tempo do processo. A *estabilização* pretende algo mais. Como todos os institutos que almejam conferir estabilidade às relações jurídicas, ela sofre, sem dúvida, influência da preocupação com a questão do custo do tempo. No entanto, seu escopo primordial é desestimular os litigantes a dar continuidade ao processo, oferecendo-lhes a possibilidade de encerrá-lo logo após a concessão da decisão antecipatória, dispensando a cognição exauriente.

Esta é a novidade digna de destaque: o rito do artigo 303 permite que o autor restrinja sua exordial ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, exigindo, tão somente, que indique qual seria o pedido de tutela final, caso fosse necessário dar seguimento ao processo, rumo à cognição exauriente.

Presentes os requisitos (probabilidade do direito e perigo de dano), o juiz deferirá a antecipação. Já vimos que, por se tratar de procedimento antecedente, a decisão será expedida sem a prévia audiência do demandado, o qual, então, será, de uma só vez, citado, cientificado

da decisão antecipatória e intimado para comparecer à audiência de conciliação (artigo 303, §1º, II).

A partir desse momento, é depositado nas mãos do réu o ônus de instaurar o contraditório. A rigor, como aponta Eduardo Talamini, não se pode falar nem em inversão do contraditório, pois, conforme consignado no parágrafo anterior, esse inexistente até este momento. A decisão foi proferida sem prévia audiência do réu. Em verdade, o que se inverte é o *ônus da instauração da demanda plenária*, ou seja, do processo de cognição exauriente, o qual, nos moldes tradicionais, cabia sempre ao autor⁴⁵.

Não se trata, propriamente, de uma novidade no nosso ordenamento processual. Consoante apontado por diversos autores, os contornos da estabilização revelam o emprego da *técnica* monitoria⁴⁶. Na ação monitoria, o autor que possuir prova documental sem eficácia de título executivo pode requerer a expedição de mandado para cumprimento da obrigação, o qual será concedido liminarmente caso o magistrado entenda como *evidente* o direito do postulante. No mandado, será conferido ao réu prazo de quinze dias para cumprimento ou apresentação de embargos monitorios. Caso, cientificado, permaneça inerte, o mandado se transmuda em título executivo judicial.⁴⁷

Ressalte-se que a ação monitoria é hipótese de tutela da evidência, enquanto que a estabilização foi prevista, no Código, apenas para a tutela de urgência requerida em caráter antecedente (*caput* do artigo 304). Como consequência da distinção, há, ainda, diferenças procedimentais relevantes. Não obstante, é evidente o uso da *técnica* monitoria na estabilização: concede-se medida com base em juízo de probabilidade (cognição sumária), transferindo ao réu (que parece, em um primeiro momento, não ter razão) a faculdade de, ao analisar a demanda e os argumentos alinhavados pelo autor, decidir se irá impugnar a medida, ou se deixará a decisão estabilizar-se, por entender que, para ele (réu), não vale a pena

45TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, Ano 37, nº 209, 2012, p. 23-24.

46Vide, a respeito, TALAMINI, Eduardo. Op.cit., p. 13-34; BRAGA, Paula Sarno, DIDIER, Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 604-605; SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Adequações procedimentais para a tutela satisfativa antecedente no Código de Processo Civil/2015 in op. cit., p. 367-369; ANDRADE, Érico e NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada in FREIRE, Alexandre, BARROS, Lucas Buril de Macedo e PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC - Doutrina Selecionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69-102.

47A ação monitoria foi ampliada no Código de Processo Civil atual, e está regulada nos artigos 700 a 702.

prolongar a discussão. Com isso, garante-se efetividade na proteção do direito mais provável, e economia dos custos associados ao processo (em especial, do custo do tempo, que, via de regra, prejudica o autor).

Isso pode beneficiar não apenas o demandante, como também o demandado, que, após analisar os argumentos que convenceram o magistrado a conceder a antecipação (além do pedido final, que terá sido indicado pelo autor), pode não demonstrar interesse em disputar o bem jurídico reivindicado (ou porque crê que seu direito não seja "bom", ou porque não quer arcar com os custos para resistir à pretensão autoral).

A estabilização é, assim, importante instrumento de empoderamento das partes, seguindo, portanto, a lógica, que permeia o Código, de reconhecê-las como agentes capazes de dimensionar e resolver seus próprios litígios. Juntamente com o Estado-Juiz, passam a ser protagonistas no processo contemporâneo, pois, não obstante seja o magistrado o responsável pela condução do procedimento, são os direitos dos litigantes que estão sendo discutidos em juízo. Nada mais justo, então, que seja dada a eles a oportunidade de decidir a dimensão que pretendem dar ao processo no qual se vêem envolvidos.

A estabilização parece sinalizar o surgimento de uma tendência de proporções muito maiores, a qual, caso seja concretizada, acarretará transformação radical do que se entende por tutela jurisdicional. Isso porque a ideia da estabilização (e isso é muito mais claro no Direito estrangeiro do que em nosso ordenamento) é proporcionar um estado de satisfação no plano fático que, potencialmente, bastará para a solução definitiva do processo, sem a necessidade de instauração da demanda plenária. Isto é, ela inverte a lógica, arraigada na ciência processual moderna, de que somente a cognição exauriente é capaz de satisfazer as partes, na medida em que confere autonomia à decisão antecipatória, proferida, como vimos, com base em cognição sumária⁴⁸. Esta constatação é de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho, e (desde já se adianta) será extremamente útil para a construção da nossa conclusão.

48Crítico a generalização do procedimento comum, voltado para a cognição exauriente, e os ideais de busca da "verdade" que o inspiram, SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias in op. cit., p. 253-286, e SCARPARO, Eduardo. Estabilização da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 2015 in op. cit., p. 319-342.

3. O primeiro nível de estabilização e a extinção do processo⁴⁹

Cabe chamar a atenção para o fato de o artigo 304 indicar a existência de dois níveis de estabilização. O primeiro nível é atingido, nos termos do Código de Processo Civil, com o escoamento *in albis* do prazo para o réu impugnar a decisão antecipatória. A partir daí, a liminar já adquire certa estabilidade, não podendo mais ser revogada ou modificada de ofício. Vale dizer, a estabilização afasta a aplicação do artigo 296 do Código, que consagra a regra da precariedade das medidas de tutela provisória.⁵⁰

O primeiro nível de estabilização não só impede que o magistrado altere de ofício a decisão antecipatória, como exige que o processo seja extinto (§1º do artigo 304). Extinção, vale dizer, *sem análise do mérito*, pois o juiz nada decidiu com relação ao pedido final (ou, se se preferir, pedido principal): apenas foi deferida liminar, que, por juízo de probabilidade, reconheceu o direito do autor à *antecipação* dos efeitos da tutela, e que se estabilizou diante do desinteresse das partes em dar continuidade ao processo. Não houve declaração sobre a existência do direito. Hipótese, portanto, de extinção sem resolução do mérito, que se encaixa na previsão do inciso X do artigo 485 do Código de Processo Civil⁵¹.

O ato do juiz que reconhece que ocorreu a estabilização encerrará o procedimento. Logo, terá natureza de sentença, eficácia declaratória, e projetará os efeitos da estabilização para o momento em que esta ocorreu (eficácia *ex tunc*).

Não se pode dizer que não há eficácia alguma, porque aí estaríamos afirmando que não há qualquer conteúdo nesta decisão (logo, não poderia ser sentença). Como toda decisão judicial, esta sentença tem carga declaratória própria que, aqui, se limita a certificar que, em dado momento pretérito, operou-se o primeiro nível de estabilização. Não se certifica a

49A elaboração deste item, especialmente no que diz respeito à eficácia da decisão extintiva, se deve, em grande parte, às discussões travadas entre os professores Antonio Carvalho, Antonio de Moura Cavalcanti Neto, Eduardo José da Fonseca Costa e Leonardo José Carneiro da Cunha, em debate disponibilizado na internet. As considerações dos professores foram extremamente valiosas, de modo que seria, no mínimo, injusto, deixar de fazer-lhes referência. O debate está disponível no seguinte endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=FRBsXBmYwoQ>.

50"Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo".

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

[...]

X – nos demais casos prescritos neste Código".

existência do direito do autor, mas apenas se declara que, cumpridos os requisitos legais, a decisão antecipatória (que, por sua vez, é interlocutória, e não sentença)⁵² estabilizou-se.

Não vislumbramos outras cargas eficaciais nesta sentença. Não há eficácia constitutiva (negativa ou positiva) ou condenatória. Tampouco há eficácia executiva ou mandamental: estas constam da decisão antecipatória que se estabilizou, não da sentença que extingue o processo.

Seria essa sentença recorrível? Para responder a essa pergunta, devemos voltar os olhos ao que foi dito nos parágrafos anteriores. Ora, o que disse o juiz nesta sentença? Disse que ocorreu a estabilização, porque escoou o prazo para que o réu impugnasse a liminar. Nada mais que isso. Como o artigo 304 prevê a possibilidade de um verdadeiro trânsito em julgado da decisão antecipatória, resta apenas certificar, na sentença extintiva, a ocorrência deste fato, esclarecendo às partes que a liminar não poderá mais ser impugnada naquele processo.

Entretanto, pode ocorrer de o magistrado entender, equivocadamente, que houve estabilização, extinguindo o processo, quando, em verdade, houve, por exemplo, interposição de agravo de instrumento. Nesse cenário, parecem cabíveis embargos de declaração, pedido de reconsideração e, em último caso, apelação, da sentença que, de forma errônea, reputou estabilizada a tutela provisória de urgência. Essa é a única hipótese em que se pode recorrer dessa decisão, pois o *dictum*, aqui, se resume, tão somente, à declaração da ocorrência (pretérita) da estabilização.

4. O prazo de dois anos para impugnação da decisão estabilizada e a formação do segundo nível de estabilização

Com a extinção do processo, a decisão antecipatória estabilizada conservará, integralmente, sua eficácia, o que importa dizer que ela ganha *autonomia*. Lembre-se que,

52" Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

tradicionalmente, as decisões antecipatórias de tutela são caracterizadas como "provisórias" pelo fato de estarem destinadas a ser substituídas por uma decisão de mérito, que virá a ser proferida em momento posterior, no curso do processo⁵³. A decisão antecipatória estabilizada, por outro lado, não necessariamente virá a ser substituída por uma decisão de mérito.

Não necessariamente, porque, com a ciência da sentença que extinguiu o processo, começa a correr um prazo (decadencial) de dois anos (§5º do artigo 304) para que "qualquer das partes" ajuíze nova ação para "rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada" (§2º do artigo 304).

Nesse contexto, considerando que tal ação jamais venha a ser proposta, é possível que não sobrevenha nenhuma decisão que substitua a liminar estabilizada. Por essa razão é que entendemos que, além de gozar de autonomia, ela possui um *potencial* para se tornar definitiva. Todavia, esta ainda não é a oportunidade para discutir o que sucederá à decisão estabilizada, caso o prazo de dois anos escoe *in albis*, isto é, sem que nenhuma das partes ajuíze a ação prevista. Importa, agora, que nos concentremos no que poderá ser feito dentro deste prazo.

O §2º do artigo 304 menciona a possibilidade de ajuizar nova ação para "rever, reformar ou invalidar" a decisão estabilizada. Entendemos que o dispositivo autoriza não só a rediscussão a respeito do direito a antecipar, mas também permite que as partes venham, agora, a discutir o mérito, que em momento algum foi analisado no processo anterior.

Destarte, não só aquilo que foi decidido pode ser, agora, revisto, como as partes poderão ampliar o objeto do processo, instaurando o contraditório, com a finalidade de obter uma decisão de mérito. Apenas terão de fazê-lo em novo processo, uma vez que a ocorrência do primeiro nível de estabilização fez surgir coisa julgada formal (reconhecida pela sentença extintiva), que impede o prolongamento da discussão no âmbito do processo em que a decisão antecipatória foi concedida.

Merece destaque o uso, pelo legislador, da expressão *qualquer das partes*. Da mesma forma que o réu pode querer intentar a ação com o objetivo de alterar a decisão estabilizada,

⁵³Conceituando o provisório como aquilo que se destina a ser substituído pelo definitivo, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar in op. cit., p.69-70.

pode ser que, no curso do prazo, torne-se interessante para o autor discutir o mérito, para obter uma sentença que reconheça a existência do seu direito. Não há que se falar, portanto, em falta de interesse processual do autor que, beneficiado pela decisão antecipatória estabilizada, ajuíza a ação do §2º do artigo 304, visando a exaurir a cognição.

Muito mais complexo é o estudo do segundo nível de estabilização, que se forma a partir do esgotamento do prazo para ajuizar a ação do §2º do artigo 304. A dificuldade para compreendê-lo decorre da deficiência do tratamento normativo: embora afirme que a decisão antecipatória "não fará coisa julgada," o §6º do 304 prevê que a estabilidade dos efeitos antecipados só poderá ser afastada por decisão proferida na ação a que se refere o §2º⁵⁴. A única interpretação que conseguimos extrair do texto da lei é que, caso as partes não intentem a ação no prazo dos dois anos, não haverá mais como alterar os efeitos da liminar estabilizada.

Qual seria o alcance desse segundo nível de estabilização? Estabilidade dos efeitos corresponderia à coisa julgada material, a despeito da vedação expressa contida no texto legal? Em sendo positiva a resposta, seria possível manejar ação rescisória? E, em sendo negativa, o que diferenciaria coisa julgada e estabilidade dos efeitos antecipados?

Tentaremos responder a esses questionamentos no capítulo seguinte, o qual, como já mencionamos, se dedica à comparação entre os institutos analisados neste ensaio.

54A polêmica poderia ter sido evitada caso o legislador tivesse vinculado o ajuizamento da ação do §2º do 304 aos prazos de direito material. Argumentando que esta seria a melhor opção, ANDRADE, Érico e NUNES, Dierle. Op. cit., p. 82-97.

Capítulo 3 — Comparação entre Segundo Nível de Estabilização da Tutela Antecipada e Coisa Julgada Material

1. Um ponto de partida: a dicção legal e a comparação entre os conteúdos das decisões

Seguindo a mesma linha empregada nos capítulos anteriores, a comparação entre o segundo nível de estabilização e a coisa julgada material deve ter como ponto de partida a previsão legal.

No capítulo anterior, afirmamos que, verificada a ocorrência da estabilização da tutela, o processo será extinto sem resolução do mérito. Sendo assim, seria suficiente, como resposta ao problema que motiva este estudo, afirmar que, transcorrido o prazo de dois anos sem que as partes tenham ajuizado a ação prevista no §2º do artigo 304, não haverá formação de coisa julgada material, simplesmente porque o artigo 502 a restringe às decisões de mérito?

Pensamos que não. Sem dúvida, trata-se de observação que tem sua utilidade, mas que é incapaz de resolver a polêmica de forma satisfatória. Se é verdade que não há decisão de mérito na estabilização, também não é menos verdade que o §6º do artigo 304 dispõe que os efeitos da decisão estabilizada não mais poderão ser alterados, tão logo se verifique o escoamento do prazo de dois anos estabelecido pelo §5º deste mesmo artigo. Ora, quais adjetivos podemos utilizar para nos referirmos àquilo que não pode ser alterado? Inalterável, imodificável, ou *imutável* (!).

Torna-se necessário comparar aquilo que se torna imutável na estabilização e aquilo que se torna "imutável e indiscutível" com a coisa julgada material. Comparação, portanto, do conteúdo das decisões.

No primeiro capítulo, chegamos à conclusão de que a coisa julgada material torna imutável e indiscutível o elemento (eficácia e efeito) declaratório da sentença de mérito, isto é, *a certificação da existência ou da inexistência do direito do autor*. Por consequência da proteção à declaração, seria garantida a integridade das demais eficácias componentes da sentença.

Ao dissecarmos o conteúdo da decisão antecipatória estabilizada, vimos que ela também possui, como toda e qualquer decisão, eficácia declaratória. Ocorre que esta declaração se limita a atestar o preenchimento dos requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. O que o juiz declara, aqui, é a existência do direito à antecipação. Ele não faz (e nem poderia fazer) menção ao pedido de tutela final, simplesmente porque este não foi o pedido do autor. O demandante, ao se valer do procedimento antecedente, demonstrou que ficaria satisfeito (ao menos em um primeiro momento) com a estabilização, razão pela qual não aduziu, desde o início, o pedido principal.

Compreendemos que, assim como Ovídio Baptista da Silva defendia a existência de um direito autônomo à cautela⁵⁵, poder-se-ia argumentar que a decisão antecipatória possui no "direito à antecipação" um mérito próprio. Até reconhecemos que o *dictum* da decisão antecipatória corresponde a um juízo sobre a existência do "direito à antecipação". Mas, ainda que ampliássemos o conceito de "mérito" para incluir a decisão antecipatória, não poderíamos dizer que ela se equipara às decisões que julgam o pedido principal. O alcance da declaração é de todo diverso. De qualquer forma, não nos parece adequado compreender a decisão antecipatória como decisão de mérito.

Isso posto, cabe rememorar o que mais pode compor o conteúdo da decisão antecipatória. Consoante afirmamos acima, podem ser antecipadas as eficácias executiva e mandamental. A combinação entre urgência e probabilidade do direito alegado leva o ordenamento a autorizar que o magistrado antecipe esse "pedaço" da sentença de procedência, ainda que não seja possível afirmar, com segurança, se o autor veria reconhecido seu direito ao pedido principal, após eventual exaurimento da cognição.

O que sucede aos efeitos executivo e mandamental, produzidos pela decisão estabilizada, com a formação do segundo nível de estabilização? Consultemos, novamente, o que diz o Código. O §6º do artigo 304 afasta, sem dúvida, a possibilidade de formação de coisa julgada, mas, ao mesmo tempo, impede que sejam alterados os efeitos da liminar estabilizada, o que, como já vimos neste item, é o mesmo que dizer que eles se tornam *imutáveis*.

55SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da Ação Cautelar in op. cit., p. 63-79.

Ora, mas isso é algo que a coisa julgada material não é capaz de garantir! Lembre-se que, quando nos utilizamos da metáfora do "cadeado," para explicar como a coisa julgada consegue proteger todo o conteúdo da decisão, reconhecemos que este instituto não confere *imutabilidade* a conteúdos outros que não a declaração quanto à existência do direito ao pedido principal. E aqui estamos diante da estabilização, que impede que sejam alterados os efeitos executivos e/ou mandamentais produzidos por uma decisão antecipatória, a qual, sequer, analisou o pedido principal.

Nos parece claro que estamos diante de fenômenos distintos. A estabilização não tem aptidão para formar coisa julgada material, simplesmente porque consiste em uma outra espécie de estabilidade. Tanto as sentenças acobertadas pela coisa julgada material possuem, em seu conteúdo, algo que as decisões estabilizadas não têm, quanto a própria "aquisição" de imutabilidade se aplica a componentes eficaciais diversos, o que faz com que a estabilização garanta algo que nem a coisa julgada se atreveu a prometer.

2. A imutabilidade das eficácias executiva e mandamental contidas na decisão estabilizada

Antes de detalharmos os limites dessa imutabilidade alcançada com o segundo nível de estabilização, cabe um esclarecimento. No item anterior, mencionamos reiteradamente o §6º do artigo 304, que fala em estabilidade dos *efeitos*. No entanto, no parágrafo em que concluímos este mesmo item, dissemos que esta estabilidade equivaleria a uma imutabilidade que se aplica sobre componentes *eficaciais*. A confusão decorre do uso equivocado da expressão "efeitos" pelo dispositivo legal. Por mais que esteja redigido desta forma, é forçoso reconhecer que aquilo que o segundo nível de estabilização acarreta é imutabilidade das *eficácias* (executiva e/ou mandamental) contidas na decisão estabilizada.

Vale relembrar a distinção efetuada no primeiro capítulo, onde afirmamos que *eficácia* corresponde à aptidão para a produção dos respectivos efeitos. Desta feita, por óbvio, só se pode falar em estabilidade dos efeitos se estiver preservada a estabilidade das eficácias que os possibilitam. Isso posto, podemos prosseguir.

A nossa compreensão dos limites desta imutabilidade filia-se ao entendimento construído por Eduardo José da Fonseca Costa, Ravi Peixoto e Roberto Campos Gouveia Filho⁵⁶. O próprio título deste item já deriva do termo "imutabilidade das eficácias antecipadas," utilizado pelos autores para explicar o que ocorre ao conteúdo da decisão estabilizada, após o escoamento do prazo de dois anos para a propositura da ação do §2º do artigo 304.

Partindo da premissa de que a decisão estabilizada não contém uma declaração acerca da existência do direito ao pedido principal, os autores afastam a possibilidade de formação de coisa julgada material. Este pensamento segue na mesma linha do raciocínio que elaboramos ao longo do presente ensaio, pois, tanto para nós, quanto para os autores mencionados, o que caracterizaria a coisa julgada material seria a indiscutibilidade da certificação, isto é, da declaração quanto à existência ou inexistência do direito ao bem jurídico disputado no processo (indiscutibilidade essa que surge com o trânsito em julgado).

Com o segundo nível de estabilização, não surge esta indiscutibilidade, justamente porque o magistrado nada disse com relação ao pedido principal. Surge, entretanto, uma imutabilidade das eficácias antecipadas. Quer isso dizer que, alcançado o segundo nível de estabilização, não será mais possível reverter os efeitos executivos e/ou mandamentais produzidos pela decisão antecipatória, nem mesmo por sentença de mérito, proferida em processo ajuizado dentro do prazo prescricional previsto para o exercício da pretensão ao reconhecimento do direito ao bem jurídico (ao objeto do pedido principal).

Os autores citam, como exemplo, o caso de um autor que ingressa, pela via do artigo 303 (procedimento antecedente), requerendo ao magistrado autorização para desfazimento de um muro (antecipação), alegando estarem presentes o perigo na demora e a probabilidade do seu direito (o pedido principal seria, então, o reconhecimento da inexistência do direito do réu de construir o muro, o que implicaria obrigação deste em desfazê-lo). Reputando preenchidos os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, o juiz autoriza o autor a derrubar o muro (antecipação da eficácia mandamental). Neste caso, se o réu deixar a decisão alcançar o

56COSTA, Eduardo José da Fonseca, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada in *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ano 10, Volume 17, Julho-Dezembro de 2016, p. 550-578.

segundo nível de estabilização, não mais será possível reverter os efeitos provenientes da autorização para derrubar o muro, e o resultado disto será a impossibilidade de reconstruí-lo.

Outro exemplo utilizado: ocorre a estabilização de decisão que determinou o cancelamento de protesto. Transcorrido o prazo de dois anos sem que o réu intente a ação do §2º do artigo 304 (seja para invalidar, rever ou reformar a decisão antecipatória, seja para discutir a existência da dívida), estabilizar-se-ão eficácia e efeito mandamental, ou seja, a ordem de cancelamento do protesto. Neste contexto, a única forma de atender ao disposto no §6º do artigo 304 (isto é, a única forma de impedir que seja alterado o efeito da decisão estabilizada) é impedindo que se obtenha, em outro processo, ordem em sentido contrário, autorizando o protesto do mesmo título.

Poderíamos acrescentar, também, exemplo em que o autor ingressa com ação pleiteando a exclusão de seu nome de cadastro de inadimplentes. O magistrado, analisando as alegações e os elementos probatórios trazidos pelo demandante, concede a antecipação, determinando que o nome do autor seja retirado do cadastro. Cientificado da decisão, o réu se mantém inerte, deixando que se esgote o prazo de dois anos previsto no §5º do artigo 304. Diante deste contexto, por respeito ao §6º do artigo 304, tornar-se-á impossível permitir nova inscrição, em decorrência da mesma dívida, do nome do autor em cadastro de inadimplentes.

Por outro lado, observe-se que foram antecipados efeitos executivos e/ou mandamentais (efeitos que, como vimos, seriam externos a uma sentença de mérito, e se produziram já como cumprimento desta), sem emissão de qualquer declaração acerca do direito do autor ao pedido principal. O *dictum*, como já afirmamos acima, se restringiu ao "direito à antecipação." Nesse passo, seria possível, mesmo após o prazo de dois anos, intentar ação para obter a certificação (a declaração acerca da existência do direito)?

Pensamos que sim, e nisto também aderimos, com uma ressalva, ao posicionamento de Eduardo José da Fonseca Costa, Ravi Peixoto e Roberto Campos Gouveia Filho⁵⁷. A estabilização, até mesmo a de segundo nível, não tem o condão de acrescentar à decisão antecipatória conteúdos que esta nunca possuiu. A imutabilidade consignada no §6º do artigo 304 só pode aplicar-se ao que consta da decisão que se estabilizou: a declaração quanto ao

⁵⁷Idem, op. cit., p. 571-573.

direito a antecipar, e a antecipação dos elementos (eficácia e efeito) executivo e/ou mandamental.

Há, neste rol, algo digno de nota: o §6º do artigo 304 fala em impossibilidade de alterar os efeitos da decisão estabilizada. Entre eles, está, como indicamos no parágrafo anterior, o *dictum* dessa decisão (que diz respeito, também já vimos, ao direito à antecipação), o qual, devemos reconhecer, é elemento (eficácia e efeito) declaratório. Este também seria, portanto, um efeito que tornar-se-ia imutável. Em decorrência desta imutabilidade, surgiria uma indiscutibilidade desta declaração. Como, então, estamos defendendo a possibilidade de ajuizamento de nova ação para obtenção de declaração quanto à existência do direito?

A circunstância de a estabilização tornar imutável a eficácia declaratória *da decisão antecipatória* não repercute em nada na certificação, isto é, na eficácia declaratória *de eventual sentença de procedência, que analise o mérito e reconheça a existência do direito ao pedido principal*. Note-se: a declaração do direito à antecipação não corresponde (ao menos segundo entendemos) a uma antecipação do efeito declaratório da sentença. Nesse passo, a única consequência da atribuição de indiscutibilidade ao *dictum* da decisão antecipatória é não mais poder discutir se o autor tinha, realmente, direito à antecipação, *naquele momento em que o juiz reconheceu o cumprimento dos requisitos do artigo 300 do Código*. Ou seja, o réu, que teve proferida contra si a decisão antecipatória, não poderá, em nova ação, querer discutir se a antecipação poderia ter sido concedida. Isso em nada altera nossas considerações a respeito da coisa julgada material, que só se forma sobre a declaração que atesta a existência do direito ao pedido *principal*. Não há, portanto, problema algum em reconhecer que a eficácia declaratória da decisão estabilizada não mais poderá ser alterada: esta indiscutibilidade não tem capacidade de impedir que, em eventual análise do mérito, o magistrado decida de forma contrária ao que se decidiu quando foi deferida a antecipação.

Aí reside nossa única discordância com o pensamento dos autores supracitados: estes afirmam que há "uma impossibilidade *relativa* de se discutir o *dictum* da decisão antecipatória."⁵⁸ Ocorre que, como eles mesmos defendem, este *dictum* apenas abarca a "pretensão processual a antecipar, que tem o Estado-juiz como sujeito passivo, obrigado a prestá-la."⁵⁹ Sendo assim, não há uma impossibilidade "*relativa*," mas sim uma

⁵⁸Idem, op. cit., p. 573.

⁵⁹Idem, op.cit., p. 560.

impossibilidade *total* de rediscutir o *dictum* da decisão antecipatória, *o que não implica impossibilidade de obter, em nova ação, certificação em sentido contrário ao que o juiz entendeu quando concedeu a antecipação*⁶⁰.

Esclarecida nossa divergência, admitimos, de resto, as conclusões a que chegaram os autores supraindicados. A inexistência de certificação permite que se intente nova ação para discutir⁶¹ o mérito, com o objetivo de obter, com base em cognição exauriente, declaração acerca da existência do direito (desde que dentro do prazo prescricional aplicável ao objeto do pedido principal). Essa declaração não poderá ser acompanhada de eficácia executiva e/ou mandamental, porque isso importaria alterar as eficácias tornadas imutáveis pela estabilização de segundo nível (implicaria, portanto, violar o §6º do artigo 304). Quer dizer, o esgotamento do prazo de dois anos impede que àquele que era réu no processo antecedente seja, agora, concedida tutela específica (a devolução da coisa, o desfazimento da ordem de fazer ou não-fazer contida na decisão antecipatória).

O que deverá ser pedido, então, além da declaração da existência do direito, é a condenação do réu (o autor do processo anterior, beneficiado pela decisão antecipatória) ao pagamento de valor correspondente ao prejuízo causado ao autor (réu no processo anterior), pela impossibilidade de reverter as eficácias executiva e/ou mandamental imutabilizadas.

Aplicando este entendimento aos exemplos supramencionados, temos que: no primeiro exemplo, a certificação do direito a construir o muro, embora não possa acarretar reversão da eficácia mandamental imutabilizada, pode ensejar indenização pelos prejuízos causados (tanto pela destruição deste quanto pela impossibilidade de reconstruí-lo); no segundo exemplo, embora o transcurso do prazo impeça novo protesto do título, é possível pleitear o

⁶⁰Quanto mais examinamos a questão, mais cresce a importância de um estudo aprofundado do elemento declaratório da decisão antecipatória, o qual não poderá ser feito aqui. Para nós, é nítido que este não corresponde a um julgamento sobre o mérito da causa. Lembremos da ideia de "execução-para-segurança" de Pontes de Miranda, à qual fizemos menção quando distinguimos antecipação de tutela cautelar. Embora haja, de fato, antecipação da eficácia executiva e/ou mandamental, as quais constariam apenas da sentença de procedência, a declaração inserida na decisão antecipatória não corresponde a uma antecipação da declaração contida na sentença. O elemento *segurança* parece sobressair, indicando uma proteção conferida pelo Estado-juiz ao bem jurídico, diante do *periculum in mora*, sem que, com isso, necessariamente, esteja reconhecendo que o autor tem direito ao bem. Não estamos ignorando que a antecipação depende de uma conjugação, em níveis de intensidade variados, de perigo na demora e probabilidade do direito. Apenas queremos chamar atenção para a distinção que existe entre declaração do direito a antecipar, e antecipação do elemento declaratório (da sentença). Infelizmente, este trabalho não comporta um prolongamento deste debate.

⁶¹Discutir, não *rediscutir*. Lembre-se que, como o réu não impugnou a decisão, não foi sequer instaurado o contraditório, de modo que o mérito da causa (o pedido principal) jamais foi analisado.

reconhecimento da existência da dívida, com a consequente condenação do autor ao pagamento; finalmente, no terceiro exemplo, a impossibilidade de inserir novamente o nome do réu (autor do processo anterior) em cadastro de inadimplentes não obsta o ajuizamento de ação para discutir a existência da dívida e condená-lo ao adimplemento da obrigação.

Frise-se que tudo isso só será possível se esta ação for proposta dentro do prazo prescricional, o que, por óbvio, exige que este, no mínimo, supere os dois anos previstos para a propositura da ação do §2º do artigo 304.

Há, além disso, duas particularidades nos dois últimos exemplos. A primeira é que a manutenção dos efeitos da decisão estabilizada repercutirá diretamente nas medidas que poderão ser adotadas (tanto pelo magistrado, quanto pelo autor) na execução do título, no âmbito do novo processo. A imutabilidade das eficácias antecipadas impedirá, portanto, que se pleiteie novo protesto do mesmo título, ou nova inscrição em cadastro de inadimplentes pela mesma dívida. Admitir o contrário seria possibilitar alteração dos efeitos da decisão estabilizada. Ademais, a impossibilidade de utilizar-se novamente de medida, que foi entendida como indevida na liminar estabilizada, não parece ser algo excessivamente oneroso para o autor da nova ação. Perceba-se que ele teve um prazo bastante razoável para impugnar a decisão antecipatória. Se não o fez, deve suportar as consequências de sua inércia.

Outra particularidade que há nesses casos é que, como facilmente se percebe, não haverá nenhuma impossibilidade de pleitear a tutela específica. Nos casos em que a dívida já é um valor expresso em pecúnia, isso é bem óbvio. Mas se, por exemplo, o objeto da dívida é um bem, a impossibilidade de nova inscrição em cadastro de inadimplentes não impedirá, evidentemente, que o autor da nova ação pleiteie o bem. Nesse diapasão, não haverá, nestas situações, uma limitação da condenação do réu a um pagamento em pecúnia, pois a eficácia mandamental estabilizada impedirá, apenas (conforme afirmamos no parágrafo anterior), que se utilize, novamente, *daquela medida* que foi reputada indevida (o protesto, a inscrição no cadastro de inadimplentes) pelo magistrado do processo anterior.

A "imutabilização das eficácias antecipadas," portanto, não produz certificação, mas impede a reversão do conteúdo da decisão estabilizada. Entendemos perfeitamente que esta interpretação pode causar estranheza ao leitor. No entanto, cabe repetir que se trata de um

fenômeno novo, distinto da coisa julgada material⁶². Diante dele, para além da posição que adotamos, existiriam duas possibilidades: equiparar a estabilização à coisa julgada material, ou negar qualquer imutabilidade após o escoamento do prazo de dois anos. Dedicaremos os próximos parágrafos à crítica destas posições, objetivando demonstrar o porquê de entendermos a nossa como mais acurada.

Entender que a estabilização de segundo nível faz surgir coisa julgada material, como sustentam Leonardo Greco⁶³ e Bruno Garcia Redondo,⁶⁴ é "tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização."⁶⁵ Se um determinado instituto parece não se encaixar naquelas categorias tradicionais com as quais já estamos acostumados, precisamos analisá-lo com cuidado, pois é bem possível que, por comodidade, estejamos relutando em admitir que se trata de um fenômeno novo, que demanda reflexão mais demorada.

A interpretação feita por Leonardo Greco e Bruno Garcia Redondo tenta buscar a resposta na literalidade do texto, sem se preocupar com a finalidade da norma. O primeiro afirma que haverá formação de coisa julgada material porque os §§2º a 6º do Código de Processo Civil

*"deixam claro que somente por meio dessa nova demanda [ação do §2º do artigo 304] poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 304, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 296, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada"*⁶⁶.

Se apegando ainda mais à literalidade do texto, argumenta Bruno Garcia Redondo:

"O propósito do §6º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe,

62E entendemos que, pelo menos quanto a estas distinções, fomos suficientemente claros.

63GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015 in *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Ano 8, Volume 14, Julho-Dezembro de 2014, p. 305-306.

64REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias in op. cit., p. 292-299.

65COSTA, Eduardo José da Fonseca, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 556.

66GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 305. O texto entre colchetes é nosso.

durante 02 anos, a propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau [...] A referência a não formação de coisa julgada, acompanhada do advérbio 'mas' conectado ao trecho seguinte, que diz que a estabilidade pode ser afastada pela ação de modificação, esclarecem que a referência que o §6º faz (à inexistência de coisa julgada) restringe-se ao período em que a ação de modificação pode ser proposta, isto é, dentro dos 02 anos após a extinção do processo. Se, dentro dos 02 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento in albis do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado debate sobre direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina coisa julgada material o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento de mérito"⁶⁷.

Dentre as ferramentas que são postas à nossa disposição pela hermenêutica, raramente a interpretação literal é a mais adequada. Entender que a estabilização de segundo nível equivale à coisa julgada material, sob o argumento de que a única forma de provocar o "debate sobre direito material" seria por meio da ação do §2º do 304, é ignorar o conteúdo da decisão antecipatória, do qual tratamos insistentemente neste ensaio.

Ademais, como ressaltamos no capítulo anterior, o objetivo da estabilização não é substituir a coisa julgada, mas oferecer satisfação às partes sem a necessidade de instauração de uma demanda plenária (do processo em que seria discutido o pedido principal). O procedimento foi arquitetado para desestimular os litigantes a dar continuidade ao processo, permitindo que escolham se, de fato, estão dispostos a arcar com os custos do procedimento comum. Foi por isso que lançou-se mão da *técnica* monitoria, que tem, entre suas nuances, um quê de análise de "custo-benefício" da litigância.

Discordamos, portanto, deste entendimento. Os autores até têm razão quando afirmam que "somente por meio desta nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada" e que, "após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável." Mas em momento algum eles dissecam o conteúdo da decisão antecipatória como nós fizemos. A estabilidade se torna, sim, imutabilidade, mas isso não obsta o "debate sobre direito material." Se se pretende fazer uma interpretação literal, observe-se que o §6º do 304 fala em "estabilidade dos *respectivos* efeitos," efeitos *da decisão antecipatória*. Vimos que, a rigor, a imutabilidade alcança eficácias. Mas, ainda que interpretássemos como imutabilidade de efeitos, esses efeitos teriam que ser produzidos *pela decisão estabilizada*. E

67REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit., p. 297.

esta, como vimos, não contém nenhuma declaração acerca da existência do direito ao pedido principal.

Imutabilidade só pode surgir sobre o conteúdo da decisão antecipatória. O escoamento do prazo de 02 anos não acrescenta, magicamente, novos conteúdos (eficácias) a esta decisão. Desta feita, tudo que não está compreendido no conteúdo da liminar estabilizada pode ser discutido em nova ação, desde que não tenha se esgotado, também, o prazo prescricional aplicável.

Cabe observar, ainda, que a própria concepção de coisa julgada material destes autores parece divergir da nossa. Reiteramos, então, nosso entendimento de que coisa julgada material é indiscutibilidade da certificação (declaração quanto à existência do direito ao principal), obtida com o trânsito em julgado da decisão que a contém.

Nos parece igualmente insatisfatória a posição defendida por Daniel Mitidiero,⁶⁸ que entende que o decurso do prazo de dois anos não implica nenhuma imutabilidade, e que, portanto,

*"continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão)."*⁶⁹

Para nós, isto é que seria esvaziar por completo as normas incluídas nos §§ 2º a 6º do artigo 304. Entender que, mesmo após o esgotamento do biênio, "a estabilização das situações jurídicas" continuará sendo regida, unicamente, pelos prazos previstos no direito material, significa tornar letra morta o prazo do §5º do artigo 304, o que gera uma espécie de "efeito-dominó," pois, em sendo irrelevante a previsão do referido prazo (uma vez que nenhuma consequência advirá do seu esgotamento *in albis*), não haverá razão alguma para se importar com os preceitos contidos nos §§2º, 3º, 4º e 6º do artigo 304.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart chegaram a reproduzir, em publicação conjunta com Daniel Mitidiero, o mesmo entendimento deste, mencionado e

68MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil in *Revista Eletrônica do TRT-9*. Curitiba: Ano IV, n. 39, Abril de 2015, p. 19.

69Ibidem.

transcrito acima.⁷⁰ Entretanto, em texto mais recente, afirmaram que o que ocorre com a formação do segundo nível de estabilização é a extinção do direito de "rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada"⁷¹. A perda desse direito, segundo os autores,

*"não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada [...] Há somente impedimento de rever a tutela do direito material, seja para reformar, extirpar ou remover os efeitos concretos da tutela que já se exauriu, seja eventualmente para paralisar a sua eficácia executiva."*⁷²

Este último trecho (destacado em negrito) nos confunde. Os autores compreendem que não há formação de coisa julgada material, pelo que o direito "suposto como provável" poderia, na linguagem por eles utilizada, ser *rediscutido*⁷³. Até aí, pode-se dizer que concordamos. Entretanto, a forma como "fecham" o argumento nos deixa em dúvida se o que estão defendendo é apenas a extinção do direito de propor ação para "rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada," ou se estão adotando uma posição semelhante à nossa, quando mencionam a impossibilidade, tanto de alteração dos "efeitos concretos da tutela que já se exauriu," como da "paralisação da eficácia executiva da decisão estabilizada."

Se a primeira hipótese representa o entendimento dos autores, temos que discordar, pois o decurso do prazo de dois anos não impede, apenas, que se ataquem os efeitos estabilizados (imutabilizados, segundo entendemos) *por meio de ação cujo objeto específico seja "rever, reformar ou invalidar" a decisão estabilizada*, mas também impede que tais efeitos sejam alterados em ação dirigida à discussão do mérito ("discussão do direito," como dizem os autores). Se este é o raciocínio utilizado, então estar-se-ia defendendo que, embora não seja possível rever os efeitos estabilizados em ação voltada a rediscutir a decisão antecipatória, seria plenamente possível alterá-los em processo com objeto mais amplo, sob o argumento de que, neste caso, o autor não estaria atacando a tutela antecipada, mas buscaria "rediscutir o direito." Segundo entendemos, esta interpretação é inaceitável, pois ou os efeitos

70ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v.2, p. 218.

71ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil - Volume IV - Artigos 294 ao 333*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 197-200.

72Ibidem, p. 200.

73Reafirme-se que entendemos que não houve discussão alguma acerca do direito ao pedido principal. O termo "rediscutir", portanto, se revela, a nosso ver, impróprio.

são estabilizados, ou não o são. Não há como defender que a estabilidade irá variar a depender do pedido que for veiculado na nova ação.⁷⁴

Ainda que a segunda hipótese seja a expressão fiel do entendimento dos autores, não temos como tecer-lhe maiores considerações, pois a ideia foi exposta de modo bastante superficial. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart não detalharam o que seria, para eles, a "eficácia executiva da decisão," que não poderia mais ser "paralisada" a partir da formação do segundo nível de estabilização. Aqui, também, não há um detalhamento do conteúdo da decisão antecipatória, que permitiria identificar com mais clareza o que, exatamente, os autores entendem que se torna estabilizado com o decurso do biênio. Por estas razões, julgamos que seria, no mínimo, irresponsável, de nossa parte, apontar que esta seria a posição dos autores, para, com isso, afirmar a existência de uma certa semelhança com a nossa maneira de interpretar o instituto.

Feitas as críticas que reputamos relevantes, cremos que nosso entendimento se mostra mais compatível com os objetivos da estabilização, e com o modo pelo qual foi estruturado o instituto, quando de sua inserção no Código de Processo Civil. Resta, agora, responder apenas a uma das perguntas que elencamos no final do capítulo anterior. Embora tenhamos afirmado (veementemente) nosso entendimento de que a estabilização não se confunde com a coisa julgada material, resta verificar se, de acordo com nossa posição, seria possível, após o esgotamento do biênio previsto no §5º do 304, ajuizar ação rescisória. A isto se dedicará o próximo item, último deste capítulo.

⁷⁴Trata-se de aplicação da mesma *técnica* interpretativa utilizada por Leonardo Greco e Bruno Garcia Redondo, os quais, no entanto, a empregaram para defender a existência de coisa julgada material. Perceba-se que estes interpretam os dispositivos no sentido de que a estabilidade dos efeitos só poderia ser afastada por meio da decisão que revê, reforma ou invalida a tutela, e que, não proposta a ação correspondente no prazo decadencial de dois anos, formar-se-ia coisa julgada material, *pelo fato de que somente esta ação* poderia "rever, reformar ou invalidar" a decisão estabilizada. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que não há formação de coisa julgada material, mas apenas *extinção do direito de "rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada,"* afirmando que a decadência prevista no §5º do 304 *se limita ao direito de propor ação que vise a obter um destes três resultados (rever, reformar, invalidar)*. Ambas as interpretações são insatisfatórias, não só porque extraem suas conclusões apenas da literalidade do texto, mas, principalmente, porque selecionam, exclusivamente, aqueles trechos do artigo 304 que se amoldam ao seu entendimento, ignorando as disposições que atentam contra a solidez dos seus argumentos.

3. Ajuizamento de ação rescisória após o escoamento do prazo de dois anos estabelecido pelo §5º do artigo 304 do Código de Processo Civil

O transcurso do prazo decadencial de dois anos não acarreta, a nosso ver, formação de coisa julgada material. A partir desta afirmação, o leitor poderia questionar: qual a utilidade de dedicar um item para discutir a possibilidade de ajuizar ação rescisória, se esta se destina à *rescindir* a coisa julgada?

De fato, a ação rescisória, tradicionalmente, se destina a rescindir a coisa julgada, possibilitando que se reabra a discussão sobre *parte*⁷⁵ do objeto do processo. Isso se justifica diante de hipóteses excepcionais, taxativamente previstas no artigo 966 do Código de Processo Civil. No início do primeiro capítulo deste trabalho, argumentamos que, nestes casos, a segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada material é relativizada, tendo em vista que a decisão se distancia tão claramente da correta aplicação do direito, que sua manutenção geraria mais insatisfação do que a incerteza gerada pela possibilidade de alteração, ainda que esta alteração venha a ocorrer em momento posterior ao surgimento da coisa julgada material.

Esta é a ideia que vem à mente quando se fala em ação rescisória. Ocorre que, no âmbito do Código de Processo Civil atual, a ação rescisória não se aplica, *apenas*, aos casos nos quais a decisão está acobertada pelo manto da coisa julgada material. É que também se admite, nos termos do §2º do artigo 966, a possibilidade de rescindir decisões que transitaram em julgado e que, conquanto não tenham analisado o mérito, impeçam I) nova propositura da demanda; ou II) admissibilidade do recurso correspondente (desde que nas mesmas hipóteses elencadas no *caput* do artigo 966).

Sendo assim, negar a formação de coisa julgada material na estabilização da decisão antecipatória não basta para responder à pergunta. Uma vez que afirmamos que a ocorrência do primeiro nível de estabilização gera coisa julgada formal, e que a extinção determinada pelo §1º do artigo 304 é extinção sem análise do mérito, cabe analisar se será possível ajuizar ação rescisória.

75Ressalte-se que, nos termos do §3º do artigo 966 do Código de Processo Civil, "A ação rescisória pode ter por objeto apenas I (um) capítulo da decisão.

No prazo de dois anos previsto pelo §5º do artigo 304, é nítido que não há de se falar em ação rescisória, pois ambas as partes podem ajuizar ação, seja para rediscutir o que foi estabilizado, seja para discutir o mérito. Não há, portanto, nenhum obstáculo a uma nova propositura da demanda. Tampouco vislumbramos possibilidade de incidência do inciso II, tendo em vista que o processo foi extinto nos termos do §1º do artigo 304. Logo, é evidente que, extinto o processo, não poderá sobrevir recurso na fluência do prazo bienal. Poderia ter surgido recurso que impugnasse a sentença extintiva, alegando que o magistrado entendeu equivocadamente que houve estabilização. Entretanto, mesmo que o magistrado reputasse inadmissível este recurso, não haveria óbice algum a que o prejudicado intentasse nova ação no prazo de dois anos, para trazer novamente a discussão acerca do reconhecimento equivocado da ocorrência de estabilização.

Nos parece que o §2º do artigo 966 se aplica a situações nas quais a decisão, embora não analise o mérito, gera um prejuízo considerável à parte, impedindo que ajuíze novamente a demanda, quando manifestamente podia fazê-lo (inciso I), ou que seu recurso seja admitido, quando era nítido que o juízo de admissibilidade deveria ser positivo (inciso II). Nesta segunda hipótese, não apenas se limita o exercício do direito da parte de prolongar a litispendência (de recorrer), como a decisão que obsta a admissibilidade pode importar em trânsito em julgado da decisão recorrida.

Esgotado o prazo decadencial de dois anos, isso pode ocorrer? Altera-se de alguma forma o cenário anterior? Cremos que não. Conforme afirmamos acima, o entendimento ao qual nos filiamos compreende que, com o segundo nível de estabilização, torna-se imutável o conteúdo da decisão antecipatória. Isso não impede, porém, que se ajuíze nova ação, para que seja discutido tudo aquilo que não estiver contido na liminar estabilizada. A parte interessada poderá perseguir, nesta nova demanda, a certificação, termo que, para nós (vale repetir), significa *declaração quanto à existência do direito ao pedido principal*. Considerando que o réu do processo anterior seja o autor da nova demanda, poderá ser pleiteada, além da certificação, condenação do autor do processo anterior (agora réu) ao pagamento de quantia equivalente ao prejuízo causado, ou à prestação de tutela específica (entrega de coisa, fazer, não-fazer), a depender do que for alcançado pela imutabilidade das eficácias antecipadas.

Não há, portanto, como incidir o §2º do artigo 966. Mesmo com o segundo nível de estabilização, ainda é possível intentar nova ação, com possibilidades consideravelmente

amplas de discussão. A decisão estabilizada não o impede. Além disso, se já não vislumbrávamos possibilidade de incidência do inciso II do §2º do artigo 966 durante o prazo bienal, após o escoamento deste é que será impossível tal incidência, simplesmente porque o processo já se encontra extinto há mais de dois anos. Logo, é óbvio que não poderá surgir, neste momento, novo recurso, cuja admissibilidade seria equivocadamente obstada por uma nova decisão. Desta feita, ao questionamento quanto à possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após o prazo previsto no §5º do artigo 304, temos que responder negativamente.

Conclusão

Ao cabo da análise, temos que reconhecer que a estabilização da tutela antecipada possui características peculiares, que a distinguem do fenômeno da coisa julgada material. A estrutura do procedimento, os objetivos pretendidos, e o próprio conteúdo das decisões que surgem no curso de um processo que tramita pelo rito do artigo 303 (do Código de Processo Civil) revelam que o instituto não se encaixa nas categorias tradicionais com as quais estamos acostumados a lidar. Como consequência desta singularidade do instituto, a proteção conferida por uma decisão estabilizada também será diferente das outras formas de estabilidade previstas no nosso ordenamento.

A estabilização não visa à formação de coisa julgada material. Não é esta a vocação do instituto. O que se pretende é desencorajar as partes a enfrentar o procedimento comum, oferecendo-lhes a faculdade de escolher se, realmente, estão dispostos a investir tempo e dinheiro em um processo que pode durar anos. Para estimular a adoção da técnica, afasta-se a possibilidade de formação de coisa julgada material, o que transmite às partes a segurança de que, caso se arrependam de ter aberto mão da disputa pelo bem jurídico, poderão ajuizar nova ação, para lutar pelo direito do qual acreditam ser titulares. Esta opção do legislador em "deixar a porta aberta" é um incentivo a mais para a utilização do rito do artigo 303, único procedimento a que atribuiu a possibilidade de incidência do artigo 304.

O que criou o problema que motiva a elaboração deste ensaio foi a inclusão do prazo decadencial de dois anos previsto no §5º do artigo 304. Além de criar dois níveis de estabilização, que possuem graus diferentes de estabilidade, este dispositivo parece não se comunicar com o §6º do mesmo artigo, que afasta, em atenção aos fins a que se propõe a estabilização, a possibilidade de formação de coisa julgada (material). Para dificultar ainda mais a atuação do operador do Direito, quase todos os dispositivos do artigo 304 parecem não se comunicar, nem entre si, nem com o artigo 303, que estabelece o rito no qual a estabilização poderá surgir. Tudo poderia ter sido evitado se o legislador não tivesse feito menção alguma a prazo, submetendo a possibilidade de ajuizamento de nova ação aos prazos de direito material. Mas não foi isso que foi feito. Cabe, portanto, ao jurista, tentar interpretar a norma da forma como ela foi inserida no diploma processual, a fim de encontrar algo de sistemático no artigo 304, e que preserve a ideia original da estabilização.

Isto nós encontramos na ideia de "imutabilidade das eficácias antecipadas." Se não há formação de coisa julgada material após o esgotamento do prazo de dois anos, alguma consequência deve advir da inércia das partes. Entendemos que esta consequência é a impossibilidade de alterar aquilo que é protegido pelo conteúdo da decisão estabilizada (ou "superestabilizada", se se preferir). Será plenamente possível, ante a inexistência de certificação, discutir o mérito, para ver reconhecida a existência do direito ao pedido principal (o "pedido final" do processo anterior).

O grande equívoco do legislador foi conjugar a previsão do prazo de dois anos com a impossibilidade de, escoado este, serem alterados os efeitos da decisão estabilizada. Com isso, criou uma espécie de estabilidade que a própria coisa julgada não se arriscou a prometer.

Cabe alertar o leitor, contudo, que a coisa julgada não o promete porque, uma vez que os efeitos executivo e mandamental são externos à sentença de procedência, é possível que jamais venham a ser produzidos, por uma infinidade de razões (*rectius*, por uma infinidade de normas jurídicas que podem incidir sobre a relação jurídica, *mesmo após o trânsito em julgado da certificação*). Consciente dessa possibilidade, a coisa julgada material torna indiscutível a declaração da existência do direito, o que, como vimos, foi a forma encontrada para salvaguardar o restante do conteúdo da decisão (de discussões juridicamente relevantes). Os efeitos executivo e mandamental, que são externos à sentença, e podem, ou não ser produzidos, não são tornados imutáveis. A rigor, nem mesmo as eficácias e efeitos que compõem a sentença são tornados imutáveis, mas apenas se apõe *indiscutibilidade* sobre a declaração, o que se entende como suficiente para garantir a segurança jurídica prometida.

A razão pela qual a decisão estabilizada consegue garantir esta imutabilidade das eficácias antecipadas é simples: conquanto a declaração do direito a antecipar não seja capaz de garantir a indiscutibilidade da existência do direito ao principal, os demais conteúdos da liminar asseguram execução imediata, determinando que o autor passe a gozar, desde já, do bem pleiteado. Em outras palavras, o *periculum in mora* justifica a antecipação da execução, de modo que, tanto durante, quanto após o prazo de dois anos do §5º do 304, o bem jurídico já está de posse do autor. É por esta particularidade (da antecipação dos efeitos da tutela) que, embora falte à decisão estabilizada a certificação, consegue ela algo que a coisa julgada material não poderia prometer.

Chamamos isso de "equivoco" do legislador porque o objetivo da estabilização da tutela não é tornar nada imutável. A ideia que preside o instituto é permitir que o processo se encerre com a não-impugnação da decisão antecipatória. É evitar a discussão do mérito, dando autonomia à liminar deferida após juízo de probabilidade. Se quiserem, *a posteriori*, instaurar o contraditório, os únicos prazos com os quais os litigantes deveriam se preocupar são os de direito material. Essa lógica não foi seguida pelo legislador.

Isso não abala nossa segurança na precisão da nossa posição. Por mais que acreditemos que o legislador não deveria ter inserido o prazo do §5º do artigo 304 na sistemática da estabilização, ele o fez. Mais que isso, consignou a impossibilidade de alterar os efeitos da decisão estabilizada após o transcurso do biênio.

Nesse passo, a única opção que nos parece viável, *de lege lata*, é a "imutabilidade das eficácias antecipadas." Ela preserva a utilidade da estabilização, porque assegura ao réu do procedimento antecedente que não haverá formação de coisa julgada material. O inconveniente prático de defender o contrário é que, para além das diferenças óbvias de conteúdo entre a decisão antecipatória e a decisão acobertada pela coisa julgada material, a extensão do manto desta sobre aquela faria com que a estabilização jamais alcançasse seu objetivo, pois mesmo aqueles réus que não impugnassem a decisão em um primeiro momento iriam, provavelmente, ajuizar ação no prazo de dois anos, para que não sobreviesse coisa julgada material. E, ainda que uma decisão antecipatória alcançasse o segundo nível de estabilização, discutir-se-ia como esta decisão seria capaz de impedir qualquer discussão sobre o mérito quando este, em momento algum, foi analisado por ela.

A outra alternativa seria afirmar que, após o prazo de dois anos, nada se torna imutável, o que, como já afirmamos, esvazia as normas dos §§2º a 6º do artigo 304. Concordamos que vincular o ajuizamento da ação do §2º do artigo 304 aos prazos de direito material é a melhor opção, mas *de lege ferenda*. Da forma (por pior que seja) como está redigido o artigo, não entendemos possível construir uma interpretação *contra legem*, recomendando que sejam ignorados tanto o prazo bienal como a impossibilidade de, esgotado este, serem alterados os efeitos da decisão estabilizada.

O único inconveniente da nossa posição é que, com a imutabilidade das eficácias mandamental e/ou executiva antecipadas, impede-se, em alguns casos, que o prejudicado pela

decisão antecipatória obtenha, na nova ação, a tutela específica da obrigação. Se, na decisão estabilizada, estiver contida a ordem do juiz autorizando o autor a derrubar um muro, este não poderá ser reconstruído, mesmo que, em nova ação, seja declarada a existência do direito do réu a construí-lo.

Como contrapartida, o réu (agora autor) terá que ser indenizado pelos prejuízos causados pela restrição das possibilidades de execução a um pagamento em pecúnia. Isto termina representando um retorno à tendência (superada) de converter toda execução cujo objeto não seja um valor em pecúnia em perdas e danos. Não fomos nós que trouxemos este problema, mas o legislador, quando inseriu, no §6º do artigo 304, que a estabilidade dos efeitos da decisão antecipatória só poderia ser afastada por decisão proferida na ação prevista no §2º. Ressuscitou-se um problema antigo, de uma época em que nosso direito processual não tinha, ainda, tantos instrumentos para garantir ao exequente a tutela específica da obrigação.

Da mesma forma, nos casos em que as eficácias antecipadas compreendam, por exemplo, a retirada do nome do autor de cadastro de inadimplentes, a imutabilidade alcançada após o biênio impedirá que o réu, se tornando autor de nova ação, possa se valer dessa medida, inserindo novamente o nome do autor no cadastro em decorrência da mesma dívida (salvo se demonstrar que a nova inscrição se justifica por fatos diversos daqueles que motivaram a anterior). Há, também, aí, um inconveniente, mas consideravelmente menos grave (segundo entendemos) do que, por exemplo, a impossibilidade de devolução de um bem.

Não obstante, temos que este "inconveniente," em ambas as situações mencionadas, não é algo que onere excessivamente o autor da nova ação, considerando que foi previsto um prazo razoavelmente longo para que o evitasse. Tampouco se pode negar a existência deste prazo, e a previsão de consequências para uma eventual inércia das partes. Ademais, de todas as possibilidades interpretativas mencionadas, esta é a que mais procura preservar a estabilização, compatibilizando as normas presentes no sistema com as finalidades a que visam.

Infelizmente, a deficiência do tratamento normativo da matéria impede que se coloque em evidência a real importância da estabilização. O que deveria estar sendo discutido, não

fosse o desastre que é a redação do artigo 304, é o desestímulo à litigância, em todos aqueles casos nos quais não seja interessante para as partes bancar os custos do procedimento comum (o qual, em regra, ainda é voltado para a produção de decisões tomadas com base em cognição exauriente). A aplicação da técnica monitoria, que oferece a possibilidade de a decisão antecipatória adquirir autonomia, foi a forma pela qual se tentou inculcar essa cultura de análise do custo-benefício da litigância. Se for bem implementada, esta tendência pode atuar como um "filtro," fazendo com que apenas seja perseguida a cognição exauriente naqueles casos nos quais haja, realmente, incerteza quanto à titularidade do bem jurídico. E é justamente porque desejamos que o instituto ganhe espaço que sustentamos a posição defendida ao longo deste trabalho. As outras interpretações, por se apegarem à redação problemática do artigo 304, terminam menosprezando o potencial da estabilização.

Por tudo que foi exposto, chegamos à conclusão de que, a partir da vigência do Código de Processo Civil atual, foram incluídas duas novas formas de estabilidade, com características próprias, no sistema processual pátrio. Os dois níveis da estabilização não só apresentam distinções entre si, como também para com outros tipos de estabilidade. Em especial, são fenômenos que não podem ser confundidos com a coisa julgada material. Temos, portanto, que estabilidade é gênero, dentro do qual se encontram, além de outras espécies, a coisa julgada material e os dois níveis de estabilização da tutela.

Referências

ANDRADE, Érico e NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada in FREIRE, Alexandre, BARROS, Lucas Buril de Macedo e PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC - Doutrina Selecionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69–102.

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil - Volume IV - Artigos 294 ao 333**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, v.2.

BRAGA, Paula Sarno, DIDIER, Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 195–222.

COSTA, Eduardo José da Fonseca, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada in **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Ano 10, Volume 17, Julho-Dezembro de 2016, p. 550–578.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015 in **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Ano 8, Volume 14, Julho-Dezembro de 2014, p. 296–330.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil in **Revista Eletrônica do TRT-9**. Curitiba: Ano IV, n. 39, Abril de 2015, p. 15–19.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada in **Revista de Processo**. São Paulo: RT, Ano IX, nº 34 - Abril-Junho de 1984, p. 273–285.

_____. Coisa Julgada e declaração. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 81–109.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PEREIRA, Mateus Costa. Tutela Provisória de Urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência da historicidade = equívocos legislativos in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257-278.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t.5.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 279–302.

SCARPARO, Eduardo. Estabilização da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 2015 in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO,

Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319–342.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias in **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253–286.

_____. Teoria da Ação Cautelar in **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63–79

_____. Conteúdo da sentença e coisa julgada in **Revista de Processo**. São Paulo: RT, Ano X, nº 37 - Janeiro-Março de 1985, p. 270–285.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Adequações procedimentais para a tutela satisfativa antecedente no Código de Processo Civil/2015 in COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coordenadores.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.6: **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365–390.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro in **Revista de Processo**, Ano 37, nº 209, 2012, p. 13–34.