

A (IM)POSSIBILIDADE DE SURGIMENTO DA RES JUDICATA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Vinícius José Corrêa GONÇALVES*

Sumário: Introdução; 1. Tutelas de urgência: tutela cautelar x tutela antecipatória; 2. Inexistência de coisa julgada material nas tutelas antecipatórias; 3. Ausência, em regra, de coisa julgada substancial no processo cautelar; Considerações finais; Referências bibliográficas

Resumo: As tutelas de urgência desempenham um relevante papel na máxima efetivação dos direitos materiais (instrumentalidade do processo). Tais espécies de tutela jurisdicional são baseadas em cognição sumária que, ao menos em princípio, não permitem a formação da *auctoritas rei iudicatae*. Contudo, há controvérsia doutrinária e acadêmica sobre a (im)possibilidade de surgimento da coisa julgada material nas tutelas de urgência. O presente texto busca explicitar as principais contendas sobre o assunto e, mediante a utilização de algumas linhas hermenêuticas (principalmente a teleológica e a sistêmica), dentro de seus limites, fundamentar teoricamente a (im)possibilidade de formação da *res judicata* nas tutelas de urgência.

Abstract: The urgent guardianships perform a relevant role in full effective of substantial rights (process implement). Such species of jurisdictional guardianship are based on summary cognition that, at first least, don't permit the *auctoritas rei iudicatae* formation. There is a doctrinery and academic controversy about *res judicata* appearing (im)possibility in the urgent guardianships, though. This text tries to clear the main quarrels about the subject and, through the use of some hermeneutic lines (teleologic and the systemic mainly), inside its limits, justify theoretically the *res judicata* formation (im)possibility in the urgent guardianships.

Palavras-chave: Processo Civil; Tutelas de Urgência; Cognição Judicial; Coisa Julgada.

* Acadêmico da 5ª série da graduação em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro/FUNDINOPI), cuja iniciação científica é feita sob a orientação da Profª. Msª. Samia Saad Gallotti Bonavides. Membro do grupo de pesquisas "Como formar um pesquisador crítico na ciência processual". Bolsista da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná.

Keywords: Civil Procedure; Urgent Guardianships; Judicial Cognition; Res Judicata.

Introdução

O sistema processual civil brasileiro resguarda, dentre os diversos valores que o permeiam, a segurança jurídica, cujo paradigma máximo é representado pela coisa julgada material. Dessa forma, determinados fatores produzem a demora da efetivação, no plano empírico, da entrega do bem jurídico em conflito (objeto da demanda), tais como a obediência irrestrita ao princípio do exaurimento do contraditório para possibilitar-se a amplitude da defesa, a busca da verdade ou certeza por meio da prova para que, efetivamente, o processo seja o instrumento da pacificação social, dentre outros.

Todavia, determinadas situações fáticas não comportam a utilização da cognição plena e exauriente, típica do procedimento comum, porquanto requerem uma tutela sumária urgente, no menor lapso temporal possível. A morosidade da tutela tradicional e o desenvolvimento das relações em sociedade geraram novas necessidades que, por conseguinte, propiciaram criação de instrumentos processuais aptos a fornecer uma resposta rápida e diligente por parte do Estado-juiz, em razão da situação de fato posta em juízo.

Nesse contexto, a cognição sumária constitui uma importantíssima técnica processual para a concepção de um processo que tenha plena aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial função de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais.

As tutelas baseadas em cognição sumária, portanto, surgiram exatamente para servirem de instrumentos para a realização dos direitos materiais que não podem esperar o tempo necessário para a cognição exauriente, pois nesta exige-se uma dilação probatória capaz de levar o magistrado a um conhecimento mais aprofundado sobre o processo. Assim, cognição judicial e o tempo do processo, fatores que guardam íntima relação com as peculiaridades da relação substancial, devem ser balanceados da melhor forma possível nessas espécies de tutela.

Dentre as tutelas baseadas em cognição sumária, merecem destaque as tutelas de urgência, quais sejam: as tutelas antecipatórias (ao menos a tutela antecipada concedida quando há risco de prejuízo irreparável, pois há aquelas que têm por causa o abuso de direito de defesa e a incontrovérsia, que não podem ser propriamente qualificadas como tutelas de urgência) e as tutelas cautelares.

Nas decisões fundadas em cognição sumária, dentre estas as proferidas nas ações que demandam tutelas de urgência, a regra é a não formação de coisa julgada substancial, pois a cognição sumária permite apenas a formação de juízos de probabilidade, ou seja, apenas possibilita ao magistrado proferir decisão com

base na percepção da prevalência dos motivos convergentes do direito alegado pelo autor sobre os divergentes (dignos de serem levados em consideração).

As decisões baseadas em cognição sumária (menos aprofundada no plano vertical) têm por alicerce apenas a aparência, a probabilidade, e não a suposta existência do direito material pleiteado. Dessa forma, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não têm, via de regra, aptidão para gerar coisa julgada material.

É praticamente pacífica, em âmbito doutrinário, a idéia de que as decisões fundadas em cognição sumária não são capazes, via de regra, de permitir a formação da coisa julgada material. Nessas espécies de decisão, sacrifica-se a certeza em favor da eficácia da tutela, mesmo que isso signifique o abandono de uma qualidade do provimento jurisdicional (conteúdo da sentença): sua indiscutibilidade em processos futuros (*res judicata*).

Contudo, há quem negue tais afirmações, apresentando pontualmente a possibilidade de formação de coisa julgada nessas modalidades de tutela. Eis o objeto principal do presente texto, que buscará explicitar as principais contendas acadêmicas e fundamentar teoricamente a (im)possibilidade de surgimento da *auctoritas rei iudicatae* nas tutelas de urgência.

1. Tutelas de urgência: tutela cautelar x tutela antecipatória

A tutela antecipatória e a tutela cautelar, espécies do gênero tutela de urgência¹, apesar de apresentarem algumas características similares, não devem ser confundidas, pois são institutos com finalidades nitidamente diversas.

São características em comum às duas espécies de tutela em questão: a) ambas são espécies do gênero tutela de urgência; b) tanto a tutela antecipatória quanto a tutela cautelar são baseadas na cognição sumária (cognição menos aprofundada no plano vertical de cognição), ou seja, só permitem ao magistrado a formação de juízos de probabilidade²; c) a revogabilidade, atributo que decorre da cognição sumária, também é uma característica comum nas tutelas de urgência e, segundo ela, uma vez verificado que o direito material afirmado pelo demandante, que parecia existir, não existe, a medida concedida em sede de ação cautelar ou de

¹ Segundo Humberto THEODORO JÚNIOR: “Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito. Todas essas medidas formam o gênero ‘tutela de urgência’” (*In* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 532).

² Também nesse sentido, Luiz Rodrigues WAMBIER: “Trata-se, todavia, de cognição sumária, incompleta, não exauriente. Este é o principal ponto em comum entre ambas as medidas, a cautelar e a antecipatória de tutela” (*In* WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, vol. 1/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier, 3ª edição, rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 354).

antecipação dos efeitos da tutela torna-se passível de revogação³; d) a modificabilidade é mais uma qualidade comum entre essas duas espécies de tutela jurisdicional, e consiste na possibilidade de modificação das medidas concedidas a qualquer tempo⁴; e) por serem baseadas em cognição sumária, em ambas deve ser demonstrado o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito, ou seja, a demonstração da probabilidade de existência do direito); f) por fim, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipatória do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, deve ser demonstrado o *periculum in mora* (perigo na demora ou, em outras palavras, a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação que gera perigo para a efetividade do processo).

Apesar de todas essas características em comum, a antecipação dos efeitos da tutela e a tutela cautelar são diferentes e, antes da análise sobre a possibilidade de formação da coisa julgada substancial em cada uma, é necessário pontuar a diferenças individualizadoras entre elas.

Antes da reforma do Código de Processo Civil de 1994, a tutela antecipatória e a tutela cautelar eram confundidas, haja vista que a antecipação dos efeitos da tutela era prestada por meio de ação cautelar (cautelar satisfativa). Utilizava-se o processo cautelar para a aquisição da tutela antecipatória, que satisfazia o direito material afirmado pelo autor. Tal prática foi rejeitada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, uma vez que desvirtuava a verdadeira finalidade do processo cautelar. Em razão da técnica processual e da necessidade social, que clamava por um instrumento capaz de fornecer diligentemente o direito material alegado pelo autor em determinadas ocasiões (quando fosse provável a existência do direito e houvesse o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), surge⁵ a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, parcial ou totalmente, em todo e qualquer processo de conhecimento, desde que atendidos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Assim, o principal traço distintivo entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é, sem dúvida, o caráter satisfatório daquela e o não satisfatório desta. Com efeito, o provimento jurisdicional que concede uma medida cautelar não é capaz de realizar o direito substancial afirmado pelo demandante, mas somente se destina a assegurar que, no futuro, quando se chegar o momento da obtenção da satisfação de tal direito, estejam preservadas as condições necessárias para tanto. Isso porque a tutela jurisdicional concedida por meio de um processo cautelar tem a função de assegurar a efetividade de um outro provimento a ser produzido em outro processo, denominado principal. Ao contrário, a tutela antecipatória visa

³ Cf., CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, volume III, 10ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 21/29.

⁴ *Idem*.

⁵ Deve-se salientar, nesse ponto, que antes de 1994 já era possível obter a antecipação dos efeitos da tutela, todavia apenas em determinados procedimentos. Após a reforma processual de 1994, a tutela antecipatória tornou-se possível em todo e qualquer processo de conhecimento.

justamente antecipar os efeitos da tutela jurisdicional final de um processo de conhecimento, a fim de satisfazer antecipadamente o direito material do autor, que se encontra em uma das situações do artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, a tutela antecipatória é satisfativa de direitos e a tutela cautelar é não-satisfativa, esta combate as situações em que há risco para a efetividade de um processo, aquela pugna.

No dizer de José Roberto dos Santos BEDAQUE:

A cognição sumária, pois, pode ser utilizada tanto nos processos cautelares quanto naqueles em que se admite a tutela antecipatória, estes destinados a realizar a pretensão e não a conferir eficácia ao processo principal. Nas tutelas sumárias antecipatórias existe a satisfação do direito, enquanto nas cautelares apenas se assegura a viabilidade de sua realização, ou seja, a utilidade do processo principal. Naquelas, realiza-se o direito mediante cognição sumária, conferindo-se tutela; estas apenas asseguram a pretensão, garantindo a utilidade do provimento jurisdicional.⁶

As medidas cautelares, portanto, não visam à satisfação do direito material violado ou ameaçado (pois asseguram uma futura satisfação), daí por que não podem ser confundidas com as medidas antecipatórias, já que estas têm um caráter satisfativo no plano dos fatos (asseguram a satisfação do direito substancial). Assim sendo, a tutela cautelar visa garantir a efetividade de um provimento jurisdicional a ser produzido no processo principal (tutela jurisdicional mediata), ao passo que a tutela antecipatória objetiva resguardar o próprio direito material alegado (tutela jurisdicional imediata). Como dizem os doutrinadores: o que é cautelar não satisfaz, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de uma *contradictio in terminis*.

Outra característica da medida cautelar que a distingue da tutela antecipatória é a instrumentalidade hipotética⁷. O processo, de uma forma geral, é instrumento de realização do direito material. O processo cautelar, que visa assegurar a efetividade de um outro processo (principal), é, portanto, instrumento do instrumento (instrumentalidade elevada ao quadrado). Cabe, pois, ao magistrado conceder a medida de cunho cautelar para a hipótese de, no processo principal, ser concedida a medida satisfativa do direito material⁸. Essa é a instrumentalidade hipotética.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 114.

⁷ Cf., CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*; tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000, p. 100.

⁸ Cf., Alexandre Freitas Câmara, p. 22.

Dessa característica da tutela cautelar decorre outra, que é a referibilidade. Isso significa que aquele que pede a tutela jurisdicional cautelar faz referência, obrigatoriamente, a um direito material ameaçado, ou seja, a um direito que deve ser acautelado. Assim, “se inexistir a possibilidade de referência a um outro direito, não há tutela cautelar; há satisfatividade”⁹. Segundo Alexandre Freitas CÂMARA:

(...) toda medida cautelar se refere a uma situação substancial, que se quer proteger. Esta referibilidade é dado indicativo da cautelaridade. Onde não há referibilidade, não há medida cautelar. Pense-se, por exemplo, nos alimentos provisórios, fixados no procedimento da ‘ação de alimentos’. O provimento que fixa os alimentos provisórios atende diretamente à pretensão substancial do demandante. Já as medidas cautelares não permitem esta realização imediata, limitando-se a assegurar o gozo futuro da situação substancial a que se referem. Esta referibilidade, pois, é marca que distingue a medida cautelar dos demais provimentos jurisdicionais.¹⁰

Por fim, pode-se apontar uma última diferença. Alguns doutrinadores apontam a temporariedade como característica comum entre as tutelas antecipatórias e cautelares¹¹. Outros apontam a provisoriedade como fator comum entre elas¹². Contudo, a melhor doutrina distingue esses dois conceitos e afirma que: a) provisório “é aquilo que se destina a existir até que venha a ser substituído por outra coisa, que será tida por definitiva”¹³; b) temporário, por sua vez, “é aquilo que tem duração limitada no tempo, ainda que não venha a ser, posteriormente, substituído por outra coisa”¹⁴. Fácil notar, desse modo, mais uma diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Aquela é temporária, pois tem duração limitada no tempo, produzindo efeitos até o desaparecimento da situação de perigo, ou até que seja prestada a tutela jurisdicional no processo principal; esta é provisória, já que se destina a produzir efeitos até a prestação da tutela jurisdicional definitiva, que a substitui.

Essas são as principais diferenças e similitudes existentes entre as tutelas antecipatórias e cautelares. Entretanto, há casos em que não é fácil distinguir, na prática forense, se a tutela a ser postulada é uma ou outra.

Tal distinção, na verdade, perdeu boa parte de sua importância, diante da

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: RT, 1993, p. 76.

¹⁰ *Op. cit.*, Alexandre Freitas Câmara, p. 23.

¹¹ BAUR, Fritz. Tutela jurídica mediante medidas cautelares, trad. Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sérgio Eduardo Fabris Editor, 1985, p. 127.

¹² *Cf.*, Alexandre Freitas Câmara, p. 23.

¹³ *Op. cit.*, Alexandre Freitas Câmara, p. 24.

¹⁴ *Idem.*

adoção da fungibilidade entre as tutelas de urgência (artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444/02: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”). Atento às dificuldades que podem surgir na distinção em determinadas situações, entre tutela cautelar e antecipada, o legislador criou a fungibilidade entre elas, o que permite a concessão de uma por outra, sem que haja risco de a decisão ser considerada *extra petita*. Dessa forma, ao instituir a fungibilidade, a lei atribuiu ao magistrado a possibilidade de decidir, entre as duas espécies de tutela, aquela cuja concessão será mais apropriada.

Apesar da redução de importância dessa diferenciação, não se deve confundir essas duas espécies do gênero “tutela de urgência”. Atribuir natureza cautelar à tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil, inserido no livro do processo de conhecimento, ou vice-versa, é tentar rejeitar algo que coloca o direito processual civil brasileiro em posição de destaque no cenário mundial.

2. Inexistência de coisa julgada material nas tutelas antecipatórias

No final de 1994, como observado, as pressões sociais por uma tutela jurisdicional adequada e a conseqüente utilização da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo cognitivo levaram o legislador à introdução da técnica antecipatória no Código de Processo Civil (artigo 273, introduzido pela Lei n. 8.952/94). Antes da nova redação do artigo 273, já havia a possibilidade, em determinadas hipóteses previstas em lei, de concessão de tutela antecipatória (na ação de alimentos, por exemplo). Nelas, o magistrado concedia antes do momento oportuno, por meio de liminares, aquilo que era postulado pelo demandante. Concedia, pois, uma tutela de urgência satisfativa, e não cautelar. O que a nova redação do artigo 273 trouxe de novidade foi a possibilidade genérica de concessão de tutelas antecipatórias em todos os processos de conhecimento de cunho condenatório.

No procedimento comum de conhecimento há um grande conflito entre o direito à cognição adequada e definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Para que o autor da ação não seja prejudicado pela demora do processo, deve existir, no interior desse procedimento comum de conhecimento, uma técnica processual que permita a antecipação dos efeitos do provável provimento final: a tutela antecipatória.

Essa espécie de tutela de urgência é própria do processo cognitivo e não pode ser concedida de ofício¹⁵. Não é admitida no processo de execução porque

¹⁵ Artigo 273, *caput*: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação” (grifo nosso).

neste o titular do direito já tem meios suficientes para concretizá-lo (título executivo). Também não cabe a antecipação dos efeitos da tutela em processos cautelares, pois neles o que se busca é a proteção de um futuro provimento judicial. Ademais, o caráter satisfatório das antecipações de tutela é incompatível com a natureza das cautelares. Além disso, como assevera Ovídio BAPTISTA, tais provimentos serão invariavelmente de cunho condenatório, *verbis*:

(...) todos os provimentos antecipatórios terão invariavelmente natureza condenatória, pois reconhecendo a doutrina apenas as três classes (*sic*) ações e sentenças – declaratórias, constitutivas e condenatórias – e não constituindo a declaração, nem a constituição efeitos da sentença (ou da tutela) pretendida pelo autor, uma vez que estas eficácias formam o conteúdo do ato sentencial (cf. J. C. Barbosa Moreira, *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*, 1971, pp. 136 e segs.), restará como seu efeito, a cumprir a função que lhe reserva o art. 273, apenas a condenação. (...).¹⁶

A técnica da antecipação dos efeitos da tutela é, portanto, uma poderosa arma na luta pela efetividade do processo, que não é outra coisa senão a adequação do processo à sua função instrumental de realização do direito material. O magistrado, ao conceder ou não o pedido de antecipação formulado pelo autor, deve verificar se os requisitos previstos no artigo 273 e em seus incisos, ou num só deles, estão presentes na situação.

Pela análise do artigo retro citado, pode-se inferir que é possível a antecipação dos efeitos da tutela nas seguintes hipóteses¹⁷: a) quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigos 273, I; 461, §3º, 461-A, todos do Código de Processo Civil, e artigo 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor – é a tutela de urgência sumária satisfativa); b) quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, II, do Código de Processo Civil); c) quando houver uma parcela incontroversa na demanda (artigo 273, §6º, do Código de Processo Civil).

A tutela antecipatória, como já afirmado, tem por base a cognição sumária (juízos de probabilidade). O artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o magistrado, desde que presente uma razoável probabilidade do direito do autor, a

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres* – 4.ed. rev. e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 246/247.

¹⁷ Não se deve confundir, contudo, “tutela antecipatória” e “julgamento antecipado da lide”. Aquela é conferida com base em cognição sumária (juízo de probabilidade), esta com base em cognição exauriente (artigo 330, I, do Código de Processo Civil - são desnecessárias outras provas além daquelas já produzidas pelas partes [documentos]).

conceder-lhe desde logo a tutela provisória (não temporária). Assim, elimina-se a espera pela instrução do processo¹⁸ (cognição exauriente), oferecendo-se desde logo ao demandante a fruição do bem ou situação jurídica que veio pleitear em juízo.

Contudo, merece crítica o *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, que diz: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, **existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação**” (grifo nosso). Como é notório, há certa contradição no uso das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”. Por meio de uma interpretação sistemática-teleológica, chega-se a conclusão de que a lei exige do magistrado somente um exame acerca da probabilidade da existência do direito alegado, e não da certeza do mesmo. A “prova inequívoca” não é do direito, pois, se essa prova já existisse, seria o caso de julgamento antecipado da lide. Por “prova inequívoca” deve-se entender, então, o *fumus boni juris*.¹⁹ exigido nessa espécie de tutela jurisdicional, capaz de levar o magistrado a formação de um juízo de probabilidade. Aliás, apenas a título de reforço, somente o *fumus boni juris* é requisito necessário para todas as formas de antecipação dos efeitos da tutela (o *periculum in mora* só é necessário na hipótese do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, que Luiz Rodrigues WAMBIER denomina de “tutela antecipatória mista”²⁰, em contraposição à “tutela antecipatória pura”²¹ [artigo 273, II, do Código de Processo Civil]).

É irrefutável que a tutela antecipatória tem por base a cognição sumária, devendo o magistrado certificar-se somente sobre a probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor. No entanto, seria possível a formação de coisa julgada material sobre essa espécie de provimento judicial? A doutrina é praticamente unânime em afirmar que inexistente possibilidade de formação da *res judicata* sobre o provimento que antecipa os efeitos da tutela. Todavia, há quem afirme essa possibilidade nos casos de admissão parcial da pretensão do demandante por parte do réu (com fulcro nos artigos 273, II, e 273, §6º, ambos do Código de Processo Civil). Segundo Nelson NERY JÚNIOR:

¹⁸ Sobre o tema Cândido Rangel DINAMARCO: “(...) em inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta ainda mais do requisito da certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vistas à antecipação dos resultados da jurisdição. Através delas, simplifica-se a instrução e afrouxam-se a exigência de uma prévia cognição, antes de promover-se a execução forçada. Em todos os casos, revela-se a preocupação, ainda que pouco conscientizada, pelo escopo social de pacificação, mediante a busca da remoção tão pronta quanto possível” (*In* DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 243).

¹⁹ Nesse sentido vide: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294/295; MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: RT, 1993, p. 77.

²⁰ Cf., Luiz Rodrigues Wambier, p. 353.

²¹ *Idem*.

Havendo a admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 e o réu admite a dívida mas diz que o valor é de 100, na verdade há parte da pretensão sobre a qual não houve controvérsia. Nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontrovertida, sob a forma de tutela antecipatória, como, aliás, vem previsto no art. 186bis do Código de Processo Civil italiano, introduzido pela reforma que ocorreu naquele país em 1990. Essa decisão, que só pode ser proferida a requerimento da parte, vale como título executivo e conserva sua eficácia, ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito. Entendemos aplicável ao sistema processual brasileiro o mesmo procedimento, pois do contrário haveria abuso do direito de defesa do réu, que não contesta os 100 mas nada faz para pagá-los, postergando o processo para a discussão dos outros 100 que entende não serem devidos. Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no CPC 273 II. (...)

Nada obstante a decisão que adianta os efeitos da parte não contestada da pretensão que tenha alguns dos atributos de decisão acobertada pela coisa julgada material parcial e, conseqüentemente, de título executivo judicial, reveste-se do caráter da provisoriedade. Não há óbice no seu enquadramento dentro da sistemática do processo civil brasileiro, ainda que no meio processual para alcançá-la seja o do instituto da tutela antecipada do CPC 273. Falamos em meio processual porque, na essência, ontologicamente, essa situação seria equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido, que entre nós enseja a extinção do processo com julgamento do mérito, em favor do autor (CPC 269 II), ou seja, o nosso direito já contém guarida para a pretensão do autor quando ocorre a admissão parcial do pedido condenatório.²²

Não é considerado acertado esse posicionamento, pois, primeiramente, ao afirmar a possibilidade de formação da coisa julgada substancial sobre o provimento que concede a antecipação dos efeitos da tutela, estar-se-ia negando, conseqüentemente, duas importantes características da tutela antecipatória, quais sejam: sua revogabilidade e sua modificabilidade (artigo 273, §4º, do Código de Processo Civil). Tal argumento, por si só, já refutaria o posicionamento do doutrinador citado. Em segundo lugar, para que seja possível a formação da *auctoritas rei iudicatae* é necessário a anterior formação da coisa julgada formal, que é pressuposto lógico daquela. Como só transita em julgado formalmente a sentença (*lato sensu*) não mais sujeita a recursos, inexistindo sentença ou se esta

²² NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995, 2ª ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 70/72.

ainda estiver sujeita a recursos, inexistente coisa julgada formal e, logicamente, não se forma coisa julgada material. Ademais, como afirmam MARINONI e ARENHART:

(...) para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de ‘declarar’ a existência ou não de um direito (em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova), o seu juízo – que na verdade formará uma ‘declaração sumária’ – não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material.²³

Dessa maneira, pelas razões apontadas, não se deve admitir a possibilidade de formação de coisa julgada substancial sobre o provimento que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional final.

A decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela pleiteada é provisória, baseada em cognição sumária, e passível de ser posteriormente confirmada ou infirmada pelo juiz. Caso a sentença proferida na ação cognitiva em que foi concedida a tutela antecipatória confirme tal antecipação, e uma vez transitada em julgado a sentença, os efeitos antecipados se estabilizam, todavia tal estabilidade não decorrerá da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, mas sim da sentença que concedeu, em definitivo, a tutela pleiteada²⁴.

Apesar de não possuir aptidão para a formação da coisa julgada material, a tutela antecipatória é instrumento indispensável à mecânica do direito processual civil, pois é mecanismo que atua em prol do direito fundamental à prestação jurisdicional eficaz, contribuindo, conseqüentemente, para a efetiva realização da Justiça.

3. Ausência, em regra, de coisa julgada substancial no processo cautelar

O processo cautelar é instrumento por meio do qual se presta uma espécie de tutela jurisdicional de urgência consistente em assegurar a efetividade de um

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 614.

²⁴ Cf., WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134.

provimento judicial a ser produzido em outro processo (principal). Trata-se, portanto, de ferramenta destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação emergencial que os coloque em posição de perigo iminente de periclitacão. Esse é o posicionamento dominante na doutrina, fiel aos ensinamentos de Piero Calamandrei.

De uma forma mais ampla, a tutela cautelar visa suprir as deficiências do processo ordinário, que, via de regra, possui uma longa duracão. No dizer do doutrinador alemão Fritz BAUR, as partes “procuram no procedimento da medida cautelar uma decisão rápida, já que, com razão, lhes cabe argüir que um processo ordinário demasiadamente moroso pode levar à periclitacão e, até mesmo, ao aniquilamento de sua posição jurídica”²⁵. Os processos cautelares são destinados, mais do que a defender os direitos subjetivos, a garantir a eficácia e a seriedade da função jurisdicional do Estado.

Extraem-se, assim, duas conseqüências: a) a primeira, de caráter objetivo, refere-se ao estado de urgência (*periculum in mora*, que é o fundado receio de dano de que uma parte, antes do julgamento da demanda principal, cause lesão grave ou de difícil reparacão ao direito da outra, tornando insegura a efetividade do futuro provimento judicial), requisito que sempre há de estar presente nessa espécie de tutela jurisdicional; b) a segunda, de natureza subjetiva, é referente ao modo pelo qual o magistrado deve examinar e decidir o processo cautelar, em outras palavras, diz respeito à cognição sumária (mais ligada ao *fumus boni juris*, probabilidade de existência do direito alegado), que propicia uma soluçãõ pronta e eficaz às demandas cautelares, condizente com a situacão de perigo nelas presentes. Dessa forma, são requisitos para a concessão da tutela cautelar: o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, que, segundo a melhor doutrina, são os elementos que constituem o *meritum causae* dos processos cautelares²⁶.

Interessa, mormente, para o desenvolvimento do presente estudo o critério de ordem subjetiva, ou seja, a análise da cognição sumária em sede de processo cautelar e, conseqüentemente, avaliar a possibilidade ou não de formacão da coisa julgada substancial nessa seara.

Nas ações cautelares, frise-se, é utilizada a técnica da cognição sumária para o conhecimento do processo, pois nessas ações o juiz restringe-se a proferir decisão com base na aparência (*fumus boni juris*), sem que possa atingir um juízo mais profundo, que lhe traga certeza sobre os fatos. Não poderia ser de outra forma, já que a utilizacão da cognição judicial plena e exauriente da causa, no momento em que o magistrado é convocado a solucionar a açãõ cautelar, seria absolutamente inútil, incompatível com a urgência da tutela perseguida.

²⁵ *Op. cit.*, Fritz Baur, p. 17/18.

²⁶ Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil, 2ª ed., Campinas: Bookseller: 2000, p. 138; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, volume III, 10ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 44. Com pensamento contrário: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 54 e 162.

Por conseguinte, a cognição sumária nas ações cautelares recai principalmente, além dos demais objetos cognoscíveis (questões preliminares e questões prejudiciais), sobre os requisitos de concessão da tutela cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni juris* (mérito). Preleciona Piero CALAMANDREI:

Em sede cautelar o juiz em geral declara (nas diversas configurações concretas que esses limites podem assumir segundo o procedimento requerido) a existência do temor de um dano jurídico, isto é, a existência de um estado objetivo de perigo que faça parecer iminente a declaração do dano derivável da insatisfação de um direito. As condições do procedimento cautelar poderiam então parecer estas duas: 1º a existência de um direito; 2º o perigo de insatisfação no qual esse direito se encontra.

Sobre esses dois pontos deveria versar a cognição do juiz em sede cautelar. Embora já tenhamos visto que os procedimentos cautelares têm a sua razão de ser na celeridade com a qual podem evitar o perigo em caráter de urgência, precedendo a medida definitiva: se para emanar a medida cautelar fosse necessária uma cognição aprofundada e completa sobre a existência do direito, isto é, sobre o mesmo objeto sobre o qual se refere o procedimento principal, melhor valeria esperar este e não complicar o processo com uma duplicação de investigações, que não teria nem a vantagem da prontidão.²⁷

Assim sendo, para cumprir sua função, os processos cautelares devem se contentar com a probabilidade da existência do direito, que se obtém por meio de uma cognição muito mais rápida e superficial que a plena e exauriente. A cognição em ação cautelar conduz apenas a um juízo de probabilidade, haja vista que a função de declarar a existência do direito pertence ao processo principal.

Sustenta-se, de forma relativamente pacífica e salvo discordâncias pontuais, que os processos de cognição sumária em geral não podem determinar a solução definitiva da lide, ou seja, não são capazes de propiciar a formação da *auctoritas rei iudicatae*. De acordo com a lição do mestre italiano:

(...) os procedimentos cautelares podem ser considerados como emanados com a cláusula *rebus sic stantibus*, posto que eles não contêm a declaração de uma relação esgotada no passado e destinada, por isso, a permanecer através do trânsito em julgado, imutável para sempre; mas constituem para projetá-la no futuro uma relação jurídica nova (relação cautelar), que visa viver e então a transformar-se a dinâmica da vida o exige.²⁸

²⁷ *Op. cit.*, Piero Calamandrei, p. 98/99.

²⁸ *Ibidem*, p. 122.

Entretanto, é possível encontrar doutrinadores que infirmem essas assertivas. Fritz BAUR, processualista alemão, defende a possibilidade de formação de coisa julgada material em sede cautelar quando o autor de uma ação cautelar, já julgada uma vez, ingressa novamente em juízo pleiteando tutela cautelar idêntica (partes, causa de pedir e pedido). Em suas palavras:

A medida temporária, tornada coisa julgada formal, atua como coisa julgada material sempre e apenas na relação com outras medidas temporárias, que forem postuladas; desde que sejam dadas *eadem res* e *eadem partes*, valem os princípios desenvolvidos para o processo ordinário sobre os efeitos da coisa julgada material (...).²⁹

Não é considerada acertada essa posição, pelo menos no que tange ao sistema processual civil. Primeiramente porque a medida cautelar é concedida com base em cognição sumária, que não permite declaratividade com carga suficiente para receber a autoridade de coisa julgada³⁰. Em segundo lugar porque a tutela cautelar, como provimento emergencial de segurança, pode ser substituída (artigo 805 do Código de Processo Civil), modificada ou revogada (artigo 807 do Código de Processo Civil) a qualquer tempo por uma nova cognição sumária, desde que verificadas novas circunstâncias que desaconselhem a manutenção da medida cautelar previamente concedida. Ademais, o ordenamento brasileiro é muito claro ao delinear que: “o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta (...)” (artigo 810 do Código de Processo Civil).

Contudo, preceitua o artigo 808, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento”. Assim, tendo a medida cautelar perdido sua eficácia, não poderá o demandante ajuizar a mesma demanda novamente, salvo por fundamento novo (nova causa de pedir), no qual haveria, por certo, uma nova ação. Nota-se que a vedação de se ajuizar novamente a mesma ação cautelar existe, apesar de não se formar a coisa julgada substancial no processo cautelar³¹.

A ausência de coisa julgada material no processo cautelar não faz com que fique sempre aberta ao demandante a possibilidade de renovar seu pleito. A impossibilidade de ingressar em juízo com nova ação cautelar, baseada nos mesmos fundamentos da que foi indeferida, decorre não da formação da coisa julgada

²⁹ *Op. cit.*, Fritz Baur, p. 134.

³⁰ *Cf.*, Kazuo Watanabe, p. 138/139.

³¹ *Cf.*, Alexandre Freitas Câmara, p. 32.

formal, com afirmam alguns³², que somente impede que a discussão sobre o conflito reabra-se no mesmo processo, mas sim da preclusão *pro iudicato*.

Como se sabe, o Livro I do Código de Processo Civil, que regula o processo de conhecimento, é aplicado subsidiariamente aos demais Livros do Código. Por esta razão, pode-se aplicar ao caso o disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil que diz: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)”. Dessa forma, mesmo sem a formação da *res judicata*, ocorre o que a doutrina denomina “preclusão *pro iudicato*”, que impede o magistrado de julgar novamente as questões já decididas por ele³³. Logo, somente com base em fatos novos pode-se renovar o pedido de uma mesma providência cautelar entre as mesmas partes.

Resta incontroverso, assim, que a improcedência de uma ação cautelar não impede que a mesma parte, numa outra oportunidade, com novos elementos de convicção, venha a postular novamente a medida cautelar que antes lhe foi denegada. Em outras palavras, em regra, não há formação de coisa julgada material nas demandas cautelares.

Há apenas uma exceção a essa regra, que é trazida no artigo 810 do Código de Processo Civil: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no processo cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. Não transitam em julgado, portanto, as decisões proferidas em processo cautelar, salvo se versarem sobre prescrição ou a decadência do direito ligado ao processo principal. O que ocorre, aí, é o deslocamento da cognição judicial, do processo principal para o cautelar, em razão do princípio da economia processual, e o subsequente julgamento antecipado e influente de fato do mérito³⁴. Ao mostrar-se inviável a ação principal, não há motivos para cercá-la de segurança.

Questão interessante que se faz nesse ponto é a seguinte: seria possível a formação de coisa julgada material sobre a decisão que não acolhe a argüição de prescrição ou decadência na ação cautelar? Para Humberto THEODORO JÚNIOR a resposta a essa pergunta seria positiva:

Permite, com efeito, o art. 810, *in fine*, que se conheça desde logo da argüição de decadência ou de prescrição do direito do autor. E, se a medida preventiva, nesta hipótese, for indeferida por acolhimento da argüição, a sentença cautelar terá força de coisa julgada e será oponível à futura

³² Cf., MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, 2ª ed., vol. III, Campinas: Millennium, 2000, p. 429/430.

³³ Nesse sentido vide: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 163.

³⁴ Cf., Humberto Theodoro Júnior, Processo cautelar, p. 164.

pretensão de mérito, portanto.

Nesse caso, o que realmente há é um julgamento antecipado do mérito (do direito a ser disputado na ação principal).³⁵

WAMBIER e MEDINA, ao contrário, dão resposta negativa à indagação:

(...) pode acontecer, ainda, que, argüida a ocorrência de decadência ou prescrição, o juiz rejeite tal alegação. Diante disso, põe-se a dúvida de se saber se também esta decisão seria atingida pela coisa julgada, a impedir seja a questão novamente alegada pela parte, em defesa realizada no processo principal. Na doutrina, afirma-se, com razão, que a *letra* do preceito legal não autorizaria o entendimento de ocorreria coisa julgada, no caso. O art. 269, inc. IV, diz que se estará diante de sentença de mérito quando o juiz verificar a existência de prescrição ou decadência, e não a inexistência. Ademais, a situação prevista no art. 810 do CPC seria excepcional e, por tal razão, não admitiria interpretação extensiva.³⁶

Parece mais adequada a segunda posição, em razão de seu rigor hermenêutico. Assim sendo, apenas o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência é capaz de propiciar a formação da coisa julgada substancial nos processos cautelares, o que não ocorre, como facilmente se nota, em virtude da cognição judicial utilizada nessa modalidade de tutela jurisdicional.

Considerações finais

A coisa julgada substancial é a imutabilidade do conteúdo da sentença e sua existência no sistema processual civil é fundamental (incluída como garantia constitucional no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pois é este instituto processual que, primordialmente, assegura o valor segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, tornando imutável o comando da decisão que pôs fim ao conflito de interesses levado à apreciação do Estado-Juiz.

Esse paradigma processual representa critério de Justiça para o processo civil. Eternizar-se a solução da lide, na busca infundável de uma verdade que, em essência, jamais será possível dizer estar atingida, constitui certamente algo inaceitável, principalmente em se considerando o perfil das relações econômicas e sociais da sociedade hodierna. É, por isso, realmente indispensável colocar, em

³⁵ *Op. cit.*, Humberto Theodoro Júnior, Processo cautelar, p. 163/164.

³⁶ *Op. cit.*, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel García Medina, p. 135.

determinado momento, um fim no conflito submetido à apreciação do Estado-Juiz. Entretanto, determinados provimentos jurisdicionais mostram-se inaptos a receber este selo de imutabilidade em virtude de suas cargas cognitivas. Dentre estes se encontram as tutelas emergenciais (tutela cautelar e tutela antecipatória).

Os fundamentos aduzidos nesse texto levam à conclusão de que não há possibilidade de formação de coisa julgada substancial nas tutelas de urgência, uma vez que não existe, nesse âmbito, declaração sobre a existência ou inexistência do direito do demandante, mas apenas sobre a existência ou inexistência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, que não é capaz de solucionar o litígio definitivamente.

A única exceção a essa regra é o acolhimento da alegação de decadência ou prescrição no processo cautelar, como preceitua o artigo 810 do Código de Processo Civil, pois nesse caso há sentença de mérito que faz coisa julgada substancial (artigo 269, IV, do Código de Processo Civil).

De forma genérica, a declaração judicial é apta a receber o selo de imutabilidade da *res judicata* somente quando tiver intensidade declaratória suficiente para tornar-se definitiva. As declarações calcadas na provisoriedade e na temporariedade (respectivamente, tutela antecipatória e tutela cautelar) não são capazes de propiciar a formação da *auctoritas rei iudicatae* simplesmente porque não visam, essencialmente, produzir definitividade.

Por tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que a coisa julgada substancial não é uma característica fundamental da jurisdição, porquanto existem determinados provimentos que, embora não possuam carga declaratória capaz de fazer surgir coisa julgada material, são fundamentais para a efetividade da tutela dos direitos, *verbi gratia*, aquele que põe fim ao processo cautelar e aquele que antecipa os efeitos da tutela. Porém, atente-se: admitir que a *res judicata* não seja característica da jurisdição não é o mesmo do que dizer que a jurisdição não deva zelar pela coisa julgada material, pois esta é fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Referências

BAUR, Fritz. Tutela jurídica mediante medidas cautelares, trad. Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sérgio Eduardo Fabris Editor, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares; tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, volume III, 10ª

edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: RT, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, 2ª ed., vol. III, Campinas: Millennium, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995, 2ª ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres – 4.ed. rev. e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

_____ Curso de direito processual civil, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, vol. 1/ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier, 3ª edição, rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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