

Estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada: uma releitura sobre a imutabilidade diante da cognição exercida pelo juízo

Renato Montans de Sá

Especialista e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Professor de Processo Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Professor coordenador de Pós-graduação em Direito Processual Civil na Faculdade Atame, Legale e Ebradi.

Professor de pós-graduação na Escola Superior da Advocacia e Escola Paulista de Direito e IGD.

Membro da Comissão da OAB de Direito Processual Civil.

Advogado.

RESUMO

O artigo examina a relação entre a estabilização da tutela antecipada antecedente e a formação da coisa julgada no processo civil. Analisa-se o art. 304 do CPC e a natureza híbrida da tutela estabilizada, que, embora inicialmente provisória, adquire imutabilidade caso o réu permaneça inerte e não proponha ação revisional no prazo de dois anos. Defende-se que, após esse período, a decisão estabilizada alcança o *status* de coisa julgada material, permitindo inclusive ação rescisória. O autor argumenta que a cognição sumária, somada ao contraditório oportunizado, basta para legitimar a definitividade da decisão. O instituto reforça a segurança jurídica e a eficiência processual, consagrando a relevância da conduta processual das partes e a valorização da estabilidade das relações jurídicas.

Palavras-chave: Estabilização. Tutela antecipada antecedente. Coisa julgada. Ação rescisória.

ABSTRACT

This article examines the relationship between the stabilization of preliminary injunctions and the establishment of *res judicata* in civil proceedings. It analyzes Article 304 of the Code of Civil Procedure and the hybrid nature of stabilized injunctions, which, although initially provisional, become immutable if the defendant remains inactive and does not file a review action within two years. It argues that, after this period, the stabilized decision attains the status of material *res judicata*, even allowing for a rescissory action. The author argues that summary judgment, combined with the opportunity for adversarial proceedings, is sufficient to legitimize the finality of the decision. This institution reinforces legal certainty and procedural efficiency, upholding the relevance of the parties' procedural conduct and valuing the stability of legal relationships.

Keywords: Stabilization. Preliminary injunctions. *Res judicata*. Rescissory action.

Sumário: Introdução: a tutela antecipada antecedente; 1. Estabilização dessa Tutela; 2. Estabilização da tutela, coisa julgada e ação rescisória.

Introdução: a tutela antecipada antecedente

Quando da gestação do projeto do (agora) atual Código de Processo Civil, a Comissão de Juristas responsável pelo desenvolvimento dos trabalhos entendeu adequado retomar uma ideia trazida em meados de 2005 (à luz do CPC anterior) pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual sobre a estabilização da tutela antecipada que, à época, não conseguiu levar a efeito essa proposta.

Com isso, a estabilização ingressou de forma definitiva no art. 304, CPC. Essa inserção fez com que vários autores defendessem uma "teoria geral das estabilidades" (CABRAL, 2018, p. 26-60), unificando os institutos que geram algum tipo de imutabilidade nas relações jurídicas (v.g. preclusão, coisa julgada formal, coisa julgada material, estabilização da tutela antecipada antecedente, justiça da decisão, eficácia preclusiva da coisa julgada) e que devem ser estudados de maneira uniforme, pois elas constituem espécies do mesmo gênero. Isso decorre do fato de haver mais semelhanças (estabilidade das posições jurídicas pretéritas, segurança jurídica, proibição na repetição de atos) do que propriamente diferenças, as quais estariam muito mais

no grau de estabilidade (quantitativo) do que na forma de estabilidade (qualitativo).

É importante, nesse primeiro momento, falar sobre o objeto da estabilização. Sabemos que a tutela antecipada pode ser antecedente ou incidental. Quando a urgência for anterior (e não contemporânea, como diz o artigo 303, *caput* do CPC) à propositura da ação, é possível ao autor o mero requerimento da tutela antecipada satisfativa antecedente. O objetivo é evitar que se aguarde a obtenção de todas as provas necessárias para a demonstração de um direito urgente ou mesmo naquelas situações em que se necessita de uma análise rápida (e não aprofundada) de todos os documentos e alegações, livrando o advogado que, calcado na urgência, não terá tempo de elaborar uma petição inicial minuciosa e detalhada como se exige.

Dessa forma, poderá formalizar um pedido compactado, com indícios ou começo de prova para que o magistrado, como consequência, analise a tutela provisória antecedente. O autor, na sua petição inicial sumarizada, indicará o pedido da tutela final, a exposição sumária da lide, do direito cuja concretização deseja (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*). Os demais elementos serão delineados quando do aditamento da petição inicial.

Em concedendo a tutela, o magistrado tomará três providências: **primeiro**, determinará que o autor emende a petição inicial em quinze dias para complementar os argumentos caso seja necessário; juntar novos documentos se tiver ou entender pertinente; ratificar se, de fato, o pedido final é aquele apresentado na antecipação de tutela e atribuir o valor da causa que pretende no pedido de tutela final. Como o aditamento se dará nos mesmos autos, não haverá necessidade de recolhimento de custas complementares. Esse prazo poderá ser dilatado pelo juiz (de ofício ou a requerimento), caso entenda que não seja suficiente para o cumprimento da decisão.

Caso não haja o aditamento no prazo legal ou judicial, o processo será extinto sem resolução do mérito. Por se tratar de ato relevantíssimo para o processo (aditamento para a conversão da tutela provisória em procedimento comum), é necessária a intimação específica para aditar a petição inicial, não bastando a intimação sobre a concessão da medida¹;

Segundo, determinará a citação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação nos termos do art. 334 do

¹ Nesse sentido, STJ, REsp 1.938.645.

CPC². Evidente que a citação somente poderá ser empreendida após o devido aditamento da petição inicial para que o réu tenha um completo conhecimento de todos os argumentos e fundamentos do autor. O réu igualmente será intimado, mas dessa vez para, em querendo, interpor agravo de instrumento da decisão concessiva da tutela.

Portanto, praticam-se dois atos de comunicação: **citação para o réu integrar a relação jurídica do pedido principal e intimação para o réu integrar a relação jurídica da tutela antecipada antecedente.**

Há, contudo, importante situação que deve ser enfrentada: E se a parte possui a totalidade de provas necessárias para instruir o pedido principal, mas ingressa com a tutela antecedente para, potencialmente, obter a estabilização caso o réu não apresente agravo de instrumento? Nesse caso, é necessário analisar a situação sob duas situações: **a)** Se o autor apresenta a totalidade de documentos que serviriam para instruir o pedido principal, não há o que ser aditado, pois todos os argumentos e documentos estão no processo (não se imagina trazer um documento instruindo a petição inicial sem mencionar na própria peça a sua existência). Nesse caso, o magistrado deverá determinar a emenda da petição antecedente para que seja o próprio pedido principal, sem direito a estabilização (que apenas se aplica à tutela antecedente); **b)** Se o autor omite um ou alguns dos documentos, o juiz não terá como saber de plano. Assim, em havendo elementos ensejadores, concederá a tutela antecedente. Contudo, quando do aditamento da petição inicial, deverá o autor demonstrar a impossibilidade de se ter juntado esses documentos anteriormente. A sanção, caso não consiga provar, será a inadmissibilidade de entranhamento desses documentos conforme arts. 320, 434, 435 e especialmente 435, parágrafo único, do CPC.

1 A estabilização dessa tutela antecipada

Estabilizar a tutela antecipada é permitir que essa tutela concedida em caráter provisório adquira *status* de potencial definitividade diante da inércia do réu. Ou melhor dizendo, é permitir que a tutela antecipada, agora estabilizada, ainda que não definitiva, possa solucionar a crise de direito material em definitivo, diminuindo ou eliminando a discussão do mérito (ARRUDA ALVIM, 2019, p. 200).

² Em não havendo autocomposição, o réu tem o ônus de apresentar contestação.

Em uma primeira leitura, parece ser fato inconciliável a convivência entre as expressões *tutela provisória* (que traz a ideia de duração efêmera) com *estabilização* (que representa algo consolidado, solidificado). A doutrina é forte em asseverar que a provisoriedade, justamente pela sua natureza, não pode adquirir contornos de definitividade (MITIDIERO, 2013, p. 114). É necessário compreender como pode se dar essa coexistência entre fenômenos aparentemente distintos.

O Código de Processo Civil cuidou dessa questão em seu art. 304, ao estabelecer que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Perceba que apenas a tutela antecipada antecedente e não a incidental está sujeita à estabilização. Igualmente, não se aplica a estabilização para a tutela cautelar e a tutela de evidência. No primeiro caso, é fácil compreender a vedação na medida em que as cautelares têm por finalidade uma mera tutela de segurança que não se coaduna com a definitividade, pois atrelada a uma tutela diversa da principal. No segundo, a vedação é estrutural: o Código de Processo Civil não autoriza tutela de evidência antecedente.

Voltando ao tema, a dinâmica, em uma primeira leitura, parece bem simples: o magistrado concede a tutela antecipada antecedente requerida. Se a parte contrária não interpuser recurso dessa decisão concessiva, o processo é extinto e a tutela antecipada até então provisória se estabiliza, projetando seus regulares efeitos para fora do processo. Pela leitura do art. 304, não basta a parte contestar o pedido principal. É necessário que ela interponha recurso para impedir a estabilização³. Inegavelmente, essa é a escolha da lei, mas entendo que a mera resistência do réu à concessão da medida, por agravo de instrumento, embargos de declaração⁴ ou contestação, afastaria os efeitos da estabilização (não obstante o art. 304 falar expressamente e em sentido técnico a expressão “respectivo recurso”). Há decisões do STJ restritivas permitindo apenas o agravo de instrumento (REsp 1.797.365/RS) e decisões permitindo que outras medidas impeçam a estabilização (REsp 1.760966 e REsp 1.938.645-CE).

³ Entendemos ainda que a mera interposição do agravo de instrumento afasta a possibilidade de estabilização, ainda que o recurso não venha a ser admitido ou provido.

⁴ Se a tutela antecipada antecedente for requerida em 2º grau, o recurso será agravo interno (de decisão monocrática) ou especial/extraordinário, se a decisão for colegiada.

Uma outra questão importante: o CPC estabelece que a estabilização gera a resolução do processo. Contudo, não indica *qual tipo de resolução* se opera (art. 304, § 1º, do CPC). Em nosso entender, a resolução do processo nesses casos se dá **sem resolução do mérito** (art. 485, CPC), por alguns motivos⁵:

a) a decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada antecedente **é a decisão de mérito desse procedimento sumarizado**. A inércia do réu gera a estabilização dessa tutela e a resolução do feito. Essa resolução (sentença) não analisa o mérito, apenas declara a resolução pela contumácia do réu;

b) no rol do art. 487, CPC, em seus três incisos não há enquadramento para essa situação específica. O art. 485, X, no entanto, confere abertura para se inserir a regra do art. 304 aqui referido: “nos demais casos prescritos neste Código”;

c) se a decisão fosse de mérito, autorizaríamos o cabimento de ação rescisória, pois há trânsito em julgado, mas não há coisa julgada, e o art. 966, CPC exige para o cabimento da rescisória exatamente isto: que seja decisão de mérito + trânsito em julgado;

d) o CPC expressamente estabelece que a estabilização não faz coisa julgada (art. 304, § 6º, CPC), uma importante característica das decisões de mérito (art. 502, CPC);

e) o pedido que gerou a resolução do processo é o pedido da tutela provisória e não o pedido definitivo (que versa sobre o *thema decidendum*), o qual só ocorreria se houvesse o aditamento da petição inicial nos termos do artigo 303, § 1º, I, CPC.

Como dito, a estabilização da tutela antecipada e a consequente resolução do processo não se pode dizer que o réu não poderá mais se manifestar. É possível às partes (qualquer delas) requerer o desarquivamento do feito e propor ação com a finalidade de rever, invalidar ou reformar a tutela estabilizada nos mesmos autos em que se deu a concessão da medida. Essa ação, contudo, não apenas se limitará à reforma, invalidação ou revisão, mas sim à ampla discussão da causa, já que a tutela antecedente versa sobre o próprio mérito.

A petição inicial será obrigatoriamente distribuída perante o juízo que concedeu a tutela antecipada antecedente (competência funcional, absoluta), conforme o art. 304, § 4º, do CPC. Entretanto,

⁵ Há quem entenda, porém, que a extinção se dará **com resolução de mérito** (MARINONI, MITIDIERO E ARENHART), quem entenda se tratar de **uma sentença híbrida** entre a resolução com e sem mérito (Eduardo ARRUDA ALVIM) e quem entenda se tratar de uma **decisão provisória de mérito** (Fernando GAJARDONI).

a lei conferiu prazo de dois anos (prazo decadencial⁶, pois constitui direito potestativo das partes) para a tomada dessa providência, contados da ciência da decisão que gerou a resolução do processo.

É comum na doutrina se dizer que os artigos 303 (tutela antecipada antecedente) e 304 (sua estabilização) deveriam conviver em harmonia e complementaridade. Porém, nos parece que são artigos que não se conversam, e há uma série de incompatibilidades que exigem não apenas interpretação, mas também adaptação do operador, em especial no tocante aos aspectos temporais que envolvem o momento de interposição de recursos e o momento do aditamento da petição inicial sumária.

A problemática gira em torno do seguinte ponto: é sabido que a interposição de agravo impede a estabilização. É sabido também que, uma vez concedida a medida, o autor deve emendar a petição inicial no prazo de quinze dias, sob pena de resolução do feito. Cronologicamente, o prazo para emenda começa a correr antes do prazo recursal, pois este corre apenas após a juntada aos autos do mandado de citação.

Assim, como forma de solucionar o embaralhamento cronológico trazido pelos referidos artigos, é possível pensar nas seguintes proposições:

a) se o réu agravar e o autor emendar a petição inicial, não haverá estabilização, pois, o réu se manifestou;

b) se o réu não agravar, mas o autor emendar a petição inicial, estaria o autor renunciando à estabilização em detrimento de o magistrado conceder decisão em cognição exauriente? Acreditamos que não se pode presumir essa conduta. Como se disse, o prazo de emenda vem antes do prazo recursal, de modo que o autor não sabe se haverá ou não a interposição de recurso. Nesse caso, é recomendável que o magistrado intime o autor para que este manifeste se deseja prosseguir com a demanda (= deseja desistir da ação) ou usufruir dos benefícios da estabilização fixada em cognição sumária;

c) se o autor não emendar, o juiz poderá extinguir a demanda (art. 303, § 2º, CPC) sem oportunizar a interposição de recurso pelo réu? Acreditamos que, nesse caso, deverá aguardar o escoamento do prazo do agravo para, somente após (em não havendo recurso), proceder à resolução. Seria ilógico proceder à resolução sem permitir o prazo para agravo. Nessa situação, com a interposição do recurso, haverá cassação da tutela e o agravo ficará prejudicado (CÂMARA, p. 166) (art. 932, III, CPC);

⁶ Sendo prazo material, os 2 anos não correm em dias úteis (art. 219, parágrafo único, CPC).

d) se o autor não emendar e o réu não agravar, presume-se que o autor se contentou com a estabilização da cognição sumária (CÂMARA, p. 166).

2 A estabilização da tutela, coisa julgada e ação rescisória

A aceitação da coisa julgada (e, consequentemente, o cabimento de eventual ação rescisória) na tutela estabilizada exige a compreensão de uma série de premissas que perpassam sobre alguns importantes institutos da teoria geral do processo.

Em nosso entender, há dois momentos distintos no desenvolvimento da tutela antecedente: primeiro, a inércia do réu na não interposição de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela antecipada. Nesse caso, a tutela se estabiliza e forma um grau *mais forte* que a mera tutela provisória, haja vista que se retira da decisão o elemento da revogabilidade a qualquer momento (art. 296, CPC) inerente nos juízos provisórios. Nesse momento, a decisão *ainda* não fez coisa julgada, o que está claro na redação do art. 304, §6º, CPC⁷. Dessa forma, durante o período de dois anos a tutela estabilizada é uma figura peculiar que orbita entre a provisoriedade e a definitividade. Nem é provisório, pois não pode ser revogada a qualquer momento e nem é coisa julgada, pois ainda pode ser atacada por uma ação revisional (art. 304, §2º, CPC). Seria, então, uma espécie de “pré-coisa julgada” que fica em estado de incubação, aguardando os dois anos para a eventual propositura da ação prevista no art. 304, § 2º, CPC.

Assim, em um segundo momento, caso a parte se mantenha inerte e não proponha a ação revisional, a decisão estabilizada *sobe mais um grau* no plano da imutabilidade e fará coisa julgada. Não há razão nenhuma para a decisão estabilizada, após os dois anos *não* ficar imunizada em caráter definitivo.

Não se nega que a decisão dada em tutela antecipada antecedente é feita em um juízo de cognição sumária. Há um abismo qualitativo entre uma decisão sumária e uma decisão exauriente. A primeira inércia do réu (em não recorrer) eleva essa decisão para outro patamar de indiscutibilidade. E, após a segunda inércia (em não propor a ação revisional), chega em outro *status*, o de coisa julgada.

⁷ Art. 304, § 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.

Evidente que pode haver questionamentos sobre como poderia a cognição do juiz aumentar (a ponto de fazer coisa julgada), mesmo não havendo novos elementos a integrar o objeto litigioso. Ou ainda, qual o *standard* necessário para a formação da imutabilidade? Qual seria o motivo dessa escalada de imutabilidade? O que justifica a formação de coisa julgada, sendo que a tutela já está “estabilizada”? Até porque a majoritária doutrina⁸ assevera que a tutela estabilizada continua estabilizada, independentemente de qualquer decurso de tempo (visto que o critério necessário para a formação de coisa julgada é a cognição exauriente).

É que a questão, em nosso entender, não reside na análise da cognição em si considerada, mas no contexto dela com a oportunização do contraditório. É clássica a lição de Elio Fazzalari que o processo se estrutura por um procedimento em contraditório. Compete ao juiz observar as regras do devido processo legal e que as partes possam, caso queiram, exercer essas garantias.

O juiz não busca no processo a vetusta expressão “verdade real” (que, em si mesma, é utópica), mas sim a *verdade possível*, construída a partir da estruturação do procedimento e as já mencionadas garantias processuais, uma vez que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou” (MARINONI-ARENHART, 2009, p. 33).

b) Como se sabe, estabilizada a tutela antecipada antecedente, o processo será extinto e a parte que quiser rever a tutela concedida para ampliar sua cognição poderá ingressar com uma ação revisional no prazo de até dois anos dentro do mesmo processo. Após dois anos, indiscutivelmente formou-se coisa julgada pois: ou a ação revisional proposta gerou um aprofundamento da cognição, permitindo o amplo debate sobre a tutela provisória concedida, ou não houve interesse em se manifestar sobre a

⁸ Nesse sentido, analisando sob a ótica de ser uma decisão sumária que não pode fazer coisa julgada: ASSIS-LOPES. Tutela Provisória. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.163. Já entendendo que a decisão não enfrentou o mérito e, portanto, não poderia se tornar imutável: ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela Provisória, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 242 e ss. Há ainda quem diga que a decisão estabilizada após os dois anos “ganha ares de imutabilidade de coisa julgada”, mas não é coisa julgada. GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo, RT, 2018, p. 119. Por fim, há quem defenda que se trate apenas dos “efeitos daquela tutela provisória concedida e não o próprio conteúdo declaratório contido na decisão”. ALI, Anwar Mohamad. Estabilização da Tutela Provisória. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 107.

tutela antecipada (nem por recurso, nem por ação), o devido processo legal foi exercido (ainda que com a contumácia do réu).

O sistema processual civil trabalha com o contraditório oportunizado e não obrigatório, como no processo penal (art. 261, CPP)⁹. Há diversas situações práticas em que o contraditório não é exercido (como, v.g. na revelia, na improcedência liminar do pedido), em que o juiz deverá julgar com base apenas nos fatos constitutivos trazidos pelo autor, já que vedada a decisão *non liquet*. E nesses casos não se discute a profundidade da cognição exercida, não restando dúvidas sobre a formação de coisa julgada¹⁰.

Assim, repise-se, entendemos que a estruturação da cognição exauriente não decorre de ampla dilação probatória, mas a oportunidade de contraditório. Aliás, apenas a título de exemplo, as decisões homologatórias possuem uma cognição quase insipiente e nem por isso deixam de produzir coisa julgada material.

A cognição será suficiente para imutabilidade quando se exercer a bilateralidade da audiência: ouvir ou oportunizar a oitiva de ambas as partes. Essa ideia de que a coisa julgada só ocorre em cognição exauriente foi estabelecida sob a égide das codificações anteriores, quando lá não existia essa sofisticada técnica de estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente.

Se a parte não exerceu o direito que lhe cabia, sua inatividade deve gerar consequências. Assim ocorre na ação monitória (que é uma tutela provisória de evidência), em que o mandado é convertido em título pela não manifestação da parte. Título esse portador de eficácia abstrata apto a permitir medidas executivas para invadir o patrimônio do devedor. É assim também, como dito, na revelia, no não cumprimento do ônus da impugnação específica e na improcedência liminar do pedido¹¹. Todos os julgamentos são baseados em apenas um dos lados do conflito, mesmo assim, não havendo dúvidas da formação de coisa julgada¹².

⁹ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

¹⁰ Nesse sentido; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Código de Processo Civil Interpretado. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: RT, 2021, p. 442

¹¹ Mesmo sendo a favor do réu, o que se discute é a assunção do material apto a formar coisa julgada.

¹² Há quem entenda não poder mais alterar a decisão após os dois anos, mas essa imutabilidade, apesar de não ser coisa julgada, tem *eficácia preclusiva semelhante*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2017,

Logo, o aprofundamento da cognição se dá ou pela inserção de demanda cognitiva revisional ou pela inércia do réu. Essa é, no nosso entender, a melhor solução possível, tendo em vista que o próprio Código não explica o que ocorre após o decurso do prazo de dois anos (se opera ou não a coisa julgada material).

Alguém pode refutar e dizer que na revelia o espectro é diverso, pois o autor ingressou com *ação de conhecimento* e terá um julgamento de mérito decorrente de uma *demanda de conhecimento*, da qual, se não provados suficientemente os fatos constitutivos, poderá até produzir provas. É justamente para isso que, na tutela antecipada antecedente, fundada em cognição sumária, existe uma espécie de *compensação sistêmica* ao dar duas oportunidades ao réu de se manifestar.

Basta pensar na situação hipotética de o juiz que concede uma tutela antecipada na petição inicial fundada na alta probabilidade do direito trazido pelo autor. Nessa demanda, o réu não apresenta contestação. Revelia. Ato contínuo, o juiz profere sentença de procedência confirmando a tutela provisória. Os elementos que ele possui no julgamento final são exatamente os mesmos (a não ser que ele pedisse excepcionalmente a produção de alguma prova). Percebam que se trata de uma decisão, fundada no mesmo material fático-probatório que ele possuía quando concedeu a tutela provisória, e essa decisão é apta a adquirir contornos de definitividade.

Em conclusão, após a dupla contumácia do réu e após os dois anos da ação revisional, a estabilidade adquire o *status* de coisa julgada (ASSIS, 2015, p. 608). Consequentemente, se faz coisa julgada, naturalmente caberá ação rescisória¹³. Essa ação rescisória não mais voltada a discutir as questões sobre a tutela provisória concedida, mas sobre as situações específicas do próprio cabimento da rescisória (art. 966, CPC), uma vez que se trata de uma ação de fundamentação vinculada. Como tolher, por exemplo, o Ministério Público de ingressar com ação rescisória com base nos arts. 966, III, e 967, III, *b*, se verificou fraude no processo em que a estabilização se formou?

c) Outra crítica que se faz diz respeito à suposta ausência do efeito positivo da coisa julgada. A eficácia positiva impõe que, em processos futuros, seja considerada a questão prejudicial an-

p. 945. Outros defendem “irradiação de efeitos equivalentes ao de coisa julgada material” COSTA, José Eduardo Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Coord. Streck-Nunes-Cunha. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 432

¹³ Em sentido contrário, o Enunciado 33 do FPPC dispõe: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

teriormente decidida, fundamentando o novo pedido (= usando a coisa julgada a seu favor), evitando contradição e promovendo harmonia sistêmica, pois o novo juiz estará vinculado a ela para a construção da nova decisão¹⁴. Contudo, o referido efeito está devidamente preenchido, já que a declaração sobre a existência do direito, concedida liminarmente em sede de tutela antecipada antecedente, não foi impugnada nem por recurso nem pela ação no prazo de dois anos. Logo, se o contraditório no processo é oportunizado e a parte deixou de fazê-lo, a cognição sumária, como referido, adquire contornos de cognição exauriente. Aliás, é relevante a pergunta: Caso fosse realmente possível rediscutir em futuras causas o que ficou estabilizado, como coadunar com a previsão legal do art. 337, §§ 1º a 4º, CPC?¹⁵ E ainda, se não houve o efeito positivo, por que delimitar em dois anos o prazo da ação revisional, tendo em vista que se pode propor nova demanda para rediscutir o feito a qualquer momento?¹⁶ A atividade do primeiro juiz então não serviu para nada? Haveria completa perda de tempo e desperdício de atividade jurisdicional para nada. Não faz sentido, na nossa opinião, sob pena de se permitir a potencial existência de outra decisão totalmente diferente, gerando um conflito lógico e prático entre duas decisões.

d) O efeito negativo da coisa julgada igualmente se encontra presente. Quando a parte não interpõe recurso, o processo é extinto. Se essa parte desejar contestar a estabilização, deverá pedir o desarquivamento para distribuir *outra* ação, que será apresentada por dependência. Ou seja, se não houve coisa julgada, por que seria necessária a distribuição de uma nova ação? Bastava formular petição simples de revisão. Não nos parece haver dúvidas em relação ao efeito negativo pelo que dispõem os §§ 4º e 5º do art. 304 CPC (já que constitui impossibilidade de se discutir em outro processo. Ela se torna argumento de defesa no outro processo e cabe até rescisória). É o que os americanos chamam de *defensive issue preclusion*. e) Há, em nosso

¹⁴ Geralmente, o efeito negativo tem mais incidência quando o objeto dos 2 processos for idêntico e o efeito positivo quando os objetos forem diversos (o que era *res iudicium deducta* se torna prejudicial no segundo processo).

¹⁵ § 1º Verifica-se a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, causa de pedir e pedido. § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

¹⁶ Entendendo que esse prazo pode ser considerado inconstitucional no caso concreto, LAMY, Eduardo. Tutela de Urgência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 106.

entender, um flagrante equívoco na interpretação do art. 304, §6º, CPC. Pela tradicionalíssima regra de hermenêutica, a lei não contém expressões inúteis¹⁷, o §6º diz que *“a decisão que concede a tutela **não fará coisa julgada**, mas a estabilidade dos respectivos efeitos **só será afastada** por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”*. Ele diz que não fará coisa julgada no período de dois anos (enquanto for possível a repropositura da demanda). Me parece inegável que, após 2 anos, ela **não pode ser afastada** e, portanto, adquire nova força, que só pode ser coisa julgada (LIMA JÚNIOR, 2029, p. 119). Aliás, o CPC fala que a única hipótese de revisão é por meio dessa ação (em sentido contrário, SCARPEINELLA BUENO, 2017, p. 324). Isso para deixar claro que ela pode ser revista por uma ação no prazo de dois anos. Como bem observam Marinoni-Arenhart-Mitidiero¹⁸ (que interpretam o artigo dessa mesma forma, mas entendem que é inconstitucional a previsão de coisa julgada nesses casos), se só será afastada a estabilidade por decisão em ação exauriente; não havendo essa ação, a estabilidade se torna inafastável, e, portanto, imutável e indiscutível (502, CPC).f) Se essa estabilidade fosse semelhante ao conceito *chiovendiano* de preclusão, não faria sentido dar a esse instituto outro nome, bastando manter as expressões já existentes. A propósito, o legislador assevera que a decisão antecipatória alvo da preclusão (pela não recorribilidade) é sujeita a um efeito novo¹⁹. Não seria possível imaginar que o CPC criou um procedimento não apto a resolver os conflitos de forma definitiva. O sistema quer conferir segurança, mas não se quer dar força a esses instrumentos? g) As condutas comissivas e omissivas devem ser levadas a sério. Aquele que se recusa a fazer exame de DNA se presume pai, quem não recorre presume aceitação à decisão, quem pratica ato incompatível com recurso este não é admitido. A inatividade é um comportamento processual (Giancarlo Gianozzi), que influi no

¹⁷ A regra do célebre brocardo *“Verba cum effectu sunt accipienda”*, traduzido por Carlos MAXIMILIANO como “Não se presumem na lei palavras inúteis”. Segundo o autor, “dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: GEN, 2011, p. 204).

¹⁸ Código de Processo Civil Comentado. 7. Ed. São Paulo: RT, 2021, p. 424.

¹⁹ § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

destino do processo: revelia, recusa a produzir provas ou perde a oportunidade, o abandono, a aquiescência, o não cumprimento de determinação judicial para regularizar o feito, a não interposição de recurso são medidas que geram consequências processuais pela inatividade.h) A garantia jurisdicional da tutela efetiva (art. 5º, XXXV, CF) determina que as partes tenham acesso amplo aos mecanismos que o procedimento dispõe para demonstrar a existência do seu direito, sem que haja restrições para o exercício desse direito. Não se pode esquecer que a profundidade da cognição depende de forma fundamental da atuação das partes. Afinal, o magistrado responde, em regra, o que as partes apresentam, uma vez que são elas as protagonistas do litígio real²⁰. Pois “o direito processual tradicional, quanto à formação da coisa julgada, tende a adotar uma postura de indiferença em relação ao comportamento das partes. Se a lei lhes oferece as oportunidades suficientes para se defenderem, é juridicamente irrelevante se elas fizeram ou não uso dessas faculdades. Em qualquer caso, o resultado será o mesmo: uma sentença imutável pelo advento da coisa julgada”²¹.

Referências

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2015, v. II, t. II.

CABRAL, Antônio do Passo. Estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: *Grandes temas do CPC: coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 12.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**.

Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Código de Processo Civil Interpretado**. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: RT, 2021.

GRECO, Leonardo. Cognição Sumária e Coisa Julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. Periódico da Pós-Graduação **Stricto Sensu** em Direito Processual da UERJ, fl. 288.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo. **Coisa Julgada e estabilização**

²⁰ GRECO, Leonardo. Cognição Sumária e Coisa Julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, fl. 288.

²¹ Idem, Ibidem.

da tutela antecipada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2029.

MARINONI-ARENHART. **Prova.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela.** São Paulo: RT, 2013.

SCARPEINELLA BUENO, Cassio. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 3. ed. São Pulo: Sarai-va, 2017.

