

RÉFÉRÉ E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA: CONSEQUÊNCIAS DA IMPORTAÇÃO DE UM SISTEMA CULTURALMENTE DIFERENTE DO NOSSO

RÉFÉRÉ AND STABILIZATION OF GUARDIANSHIP: CONSEQUENCES OF THE IMPORTATION OF A SYSTEM CULTURALLY DIFFERENT FROM OUR

ROSALINA MOITTA PINTO DA COSTA*

RESUMO

Este trabalho analisa as consequências da importação do instituto do *référé* francês na formação do nosso sistema de estabilização da tutela provisória antecipatória antecedente (arts. 303 a 304 do CPC/2015). Utilizando a pesquisa bibliográfica como opção metodológica, parte-se do estudo do *référé* francês, cuja evolução cultural levou a um comportamento processual de aceitação em caráter definitivo das tutelas provisórias sumárias. Em seguida, após estudar as influências do *référé* na concepção do instituto da estabilização da tutela em nosso país, enfrentam-se as incongruências do legislador e as divergências doutrinárias advindas da tentativa de importação de um sistema culturalmente diferente do nosso, a fim de propor a interpretação a ser adotada, que possa, ao mesmo tempo, aproximar-se do instituto do *référé* francês e ir ao encontro do nosso sistema processual.

PALAVRAS-CHAVE: *Référé*. Estabilização da tutela antecipada. Tutela provisória antecedente.

ABSTRACT

This paper analyzes the consequences of the importation of the French référé institute into the formation of our system of stabilization of provisional guardianship (article 303 to 304 of CPC/2015). Using bibliographical research as a methodological option, it is based on the study of the French référé, whose cultural evolution led to a procedural behavior of definitive acceptance of the provisional tutelage. Then, after studying the influence of the référé in the conception of the institute of stabilization of tutelage in our country, we face the incongruities of the legislator and doctrinal divergences arising from the attempt to import a culturally different system from ours, in order to answer the interpretation to be adopted, which can at the same time approach the French référé institute and meet our procedural system.

Keywords: *Référé*. Stabilization of early guardianship. Preliminary provisional protection.

SUMÁRIO: Introdução – 1 A evolução do *référé* francês: definitividade fática da tutela provisória – 2 A influência do *référé* francês no instituto da estabilização da tutela e a incongruência do artigo 304, § 6.º, do CPC – 3 As diversas correntes doutrinárias

* Doutora em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Mestre em Direito Agrário (UFPA). Especialista em Direito Ambiental (UFPA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (ESMPA). Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Inovações no Processo Civil” (UFPA/CNPQ). Mediadora certificada pelo CNJ/CCMJ. E-mail: rosalina.costa@hotmail.com.

decorrentes da tentativa de adaptação de um sistema culturalmente diferente do nosso – 4 Uma solução interpretativa consoante o nosso sistema processual e a intenção do legislador – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A estabilização da tutela¹ é extraída dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil (CPC), que preveem a conservação da eficácia da medida antecipada, desde que deferida e não confrontada pela parte adversária, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, hipótese em que, na petição inicial, o autor pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e apenas 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.

Concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, caso o autor proceda ao aditamento da petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, o processo prosseguirá, com a intimação e a citação do réu. Contudo, na eventualidade de não apresentação de recurso, a tutela provisória concedida em caráter antecedente tornar-se-á estável e o processo será extinto, iniciando-se, a partir dessa decisão que extinguiu o processo, o prazo de dois anos para a parte ingressar com ação autônoma a fim de rever, reformar ou invalidar a referida decisão.

O processo principal apenas será proposto se porventura a parte interessada apresentar interesse em obter decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente. Logo, a medida urgente permanecerá em vigor até que o réu promova ação de cognição exauriente a fim de demonstrar a inexistência do suposto direito do autor; caso não o faça, a decisão adquirirá *estabilidade* (CPC, art. 304, § 6.º).

O instituto da estabilização da tutela no Brasil foi inspirado no *référé* francês, que é o sistema de tutelas provisórias da França, o qual, paulatinamente foi adquirindo um caráter de definitividade no campo fático, não por imposição legislativa, mas simplesmente porque seus jurisdicionados, em razão do longo processo histórico, passaram a aceitar como definitiva a decisão proferida pelo *juge des référés*.

1 A tutela provisória está prevista nos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015 e pode ser classificada de acordo com três critérios: a) pela necessidade ou não de demonstração de “perigo de demora da prestação da tutela jurisdicional”, a tutela pode ser de *urgência* ou de *evidência*; b) em razão do momento em que é postulada, a tutela provisória pode ser *antecedente* ou *incidental*; c) em função da sua aptidão em permitir ao beneficiário fruir o bem da vida objeto do litígio ou não, ela pode ser *antecipada* (*rectius*, satisfativa) ou *cautelar* (SICA, 2016, p. 237).

Assim, quando o legislador brasileiro, influenciado pelo instituto do *référé*, estatui a estabilização da tutela, traz conjuntamente uma dubiedade ao nosso procedimento, provocada pela diversidade cultural. No afã de imprimir um caráter definitivo às tutelas provisórias, acaba esbarrando na diversidade de sistemas e, sob o peso dessa ambiguidade, termina por gerar uma incongruência legislativa, porque, ao mesmo tempo que procura imprimir uma definitividade às tutelas provisórias, recua perante a disparidade do nosso procedimento, que somente prevê a imutabilidade das decisões diante da existência da coisa julgada material.

O que no sistema processual civil francês foi construído durante décadas, o legislador brasileiro tenta fazê-lo numa imposição legislativa, e as consequências decorrentes dessa hesitação e da diversidade cultural fazem-se sentir. A indecisão do legislador repercute na doutrina, que se divide, tentando explicar essa incongruência, gerando uma insegurança que compromete a própria eficácia do instituto. Com soluções diametralmente opostas, surgem diversas correntes doutrinárias que brigam entre si, ora procurando impor um procedimento que vai de encontro ao nosso, ora simplesmente ignorando as disposições legais e fazendo prevalecer os institutos jurídicos.

O trabalho analisa as influências do *référé* francês na implementação da estabilização da tutela em nosso país, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvida por meio da análise de textos normativos e doutrinários relevantes para a temática.

Em um primeiro momento, estuda-se o processo de evolução do *juge des référés*, demonstrando-se como ocorreu na França a evolução da definitividade *fática* das tutelas provisórias. Após a análise da evolução do *référé* francês, passa-se a focar suas influências na concepção da estabilização da tutela antecipatória antecedente advinda com o CPC de 2015, demonstrando-se as incongruências do legislador e as consequências na doutrina, cuja divergência oscila na tentativa de importação de um sistema culturalmente diferente do nosso e de aplicação de nossos institutos processuais.

O estudo finaliza com uma solução doutrinária que procura definir qual a interpretação a ser adotada, que possa, ao mesmo tempo, ir ao encontro do nosso sistema processual e aproximar-se do instituto do *référé* francês.

1. A EVOLUÇÃO DO RÉFÉRÉ FRANCÊS: DEFINITIVIDADE FÁTICA DA TUTELA PROVISÓRIA

O procedimento do *référé* francês é apontado como o mais antigo sistema de antecipação de tutela. Com suas origens no século XVII, 1685, foi adotado pelo *Code de Procédure Civile* de 1806² e, depois, pelo *Nouveau Code* instituído por decretos de 1973 e 1975.

2 CHAINAIS, 2007, p. 71.

A longa tradição do procedimento de tutela provisória, associada à autonomia do *juge des référés*, criou um cenário propício ao comportamento procedimental do povo francês de aceitação, de forma definitiva, de um juízo provisório, ainda que fundado em cognição sumária.

Embora o *référé* francês inicialmente esteja relacionado à necessidade de obtenção de tutela jurisdicional em casos de urgência³, com o tempo, espalhou-se para todos os tipos de jurisdição, passando a ser aplicado em situações especiais e não apenas em casos de urgência, existindo atualmente três modelos do *référé*: *référé provision*, *injonction de payer* e *injonction de faire*, que são medidas que se tornam definitivas, caso não haja resistência por parte do demandado.

O artigo 808 do CPC francês disciplina o *référé classique*, estatuinto que “em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal distrital pode ordenar, em *référé*, todas as medidas que não enfrentem uma contestação séria ou que justifiquem a existência de um litígio”⁴.

Segundo Chainais⁵, o referido dispositivo exige o requisito da urgência para as hipóteses ali previstas: a) ausência de contestação séria por parte do réu, em razão da probabilidade do direito do autor e b) existência de um direito essencialmente litigioso.

Contudo, o instituto do *référé* foi paulatinamente alargando suas hipóteses para além da concepção de urgência. A modificação legislativa ocorrida em 1987⁶, alterando a redação do artigo 809 do CPC francês, trouxe uma ampliação do procedimento do *référé*, adaptando-o às necessidades do direito material violado ou ameaçado de violação. Embora o objetivo maior tenha sido dar maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional⁷, na prática, tal alteração provocou um aumento dos poderes do *juge des référés*⁸.

O artigo 809 do CPC francês⁹, primeira parte, estatui que, mesmo quando houver uma contestação séria, o juiz pode prescrever, em *référé*, medidas provisórias ou de reintegração necessárias, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar um direito manifestamente ilegal; na segunda parte, afirma que, quando a obrigação não for seriamente contestada, pode-se

3 COUCHEZ, 1986, p. 35-36.

4 Art. 808: “Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend”.

5 CHAINAIS, 2007, p. 70.

6 Decreto n.º 85-1330/1985 (art. 8) e Decreto n.º 87-434/1987 (art. 1).

7 CHAINAIS, 2007, p. 9.

8 COUCHEZ, 1986, p. 39-40.

9 Art. 809: “Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire”.

ordenar, em caráter provisório, a execução da obrigação, mesmo que seja uma obrigação de fazer.

Trata-se da modalidade conhecida como *référé provision*, sendo o exemplo mais notável de um *référé* cuja execução *não é submetida à urgência*¹⁰. Na primeira parte, a decisão de *référé* expande-se para outras situações além da necessidade de urgência no provimento jurisdicional, admitindo o deferimento da medida quando houver violação da regra de direito, ainda que tenha havido manifestação contrária por parte do réu; na segunda parte, embora mantenha a exigência de ausência de contestação séria por parte do réu, amplia a aplicação dos *référés* para as hipóteses de obrigação de fazer, deixando claro que as *ordonnances de référé* não se limitam à comprovação de eventual urgência no provimento jurisdicional, podendo ser admitidas também diante de violação da regra de direito, ainda que seriamente contestada.

Diferentemente do nosso país¹¹, no sistema francês, a concessão da tutela provisória, em *référé*, pode dar-se não apenas quando houver a mera aparência ou probabilidade do direito, associada a ausência de uma contestação séria, mas também diante da própria litigiosidade do direito.

Assim, o instituto do *référé*, que era inicialmente ligado à concepção de urgência, atualmente pode ser concedido tanto nas hipóteses de tutela de *urgência*, quanto nas de tutela da *evidência*, isto é, não há a necessidade de comprovação do dano, basta a existência de uma obrigação que não seja confrontada pela parte adversa, pois a ausência de uma refutação demonstra a evidência do direito pleiteado pelo autor.

Nos artigos 484 a 492 do CPC francês, estão disciplinadas as *ordonnances de référé*, no seu sentido geral e procedimental. Estatui o referido artigo 484 que *référé* é uma decisão em princípio provisória, concedida a pedido de uma parte a outra, já presente com o processo principal em andamento, podendo o juiz ordenar medidas necessárias à realização do direito do exequente¹².

O *référé* é um procedimento atípico e autônomo em relação ao julgamento definitivo de mérito. O juiz oferece uma regulamentação provisória a uma situação litigiosa, deixando ao juízo definitivo do mérito a análise da matéria contraditada.

Isso ocorre porque, diferentemente do que se dá em nosso ordenamento processual, no sistema francês, há uma repartição de competência, não se cumulando, no mesmo juízo, o julgamento do processo principal e a concessão da

10 PAIM, 2012, p. 99-100.

11 O CPC de 2015 não albergou a estabilização da tutela para as situações de tutela da evidência, somente sendo admissível para as tutelas provisórias antecipatórias antecedentes.

12 Art. 484: “L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires”.

tutela provisória. Logo, cabe ao *juge des référés* a competência para a concessão da tutela antecipatória pleiteada, ficando a competência do julgamento do processo principal para outro magistrado, caso a parte não se contente com a decisão provisória exarada e queira instaurar o processo de mérito para obter uma cognição exauriente.

O recurso ao *juge des référés* é, portanto, um procedimento autônomo que não se liga à demanda principal, não sendo sucedido, como regra, por uma fase cognitiva exauriente. Trata-se de uma cognição sumária, de caráter provisório, que a lei confere ao magistrado – que não é o competente para o julgamento do processo principal – para que ele determine a adoção de medidas necessárias ao atendimento das peculiaridades do caso concreto.

É lógico que as partes podem, não se contentando com a decisão judicial proferida no *référé*, interpor recurso, conforme dispõe o artigo 490¹³ do CPC francês, ou ajuizar nova demanda a fim de obter cognição exauriente, pois, como se trata de decisão proferida em caráter provisório, sempre há a possibilidade de instauração de um processo de cognição plena. Tais meios de impugnação, no sistema francês, podem ocorrer simultaneamente, pois não são excludentes. A impugnação da decisão não prejudica a instauração do processo de cognição plena e vice-versa¹⁴.

Contudo, o grau de autonomia e de independência conferido à tutela provisória no procedimento francês do *référé* acabou repercutindo no comportamento dos sujeitos processuais, que paulatinamente passaram a contentar-se com a *ordonnance de référé*, deixando de ajuizar novas demandas a fim de obter uma cognição exauriente¹⁵.

O *référé* francês é marcado por uma autonomia procedimental desde o seu nascimento porque sua existência não depende de um processo principal de mérito em curso ou a ser ajuizado em algum prazo breve, e a extinção de eventual processo principal não provoca, em princípio, a extinção da tutela provisória. Afirmam Paim¹⁶:

embora o demandado possa se insurgir com a tutela concedida e instaurar um processo de mérito [...] trata-se de uma possibilidade e não de uma exigência legal. Considerando a possibilidade de jamais ser iniciado posteriormente um processo de mérito, não é de se excluir a hipótese de que a decisão provisória

13 Art. 490: “L’ordonnance de référé peut être frappée d’appel à moins qu’elle n’émane du premier président de la cour d’appel ou qu’elle n’ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l’objet de la demande. L’ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d’opposition. Le délai d’appel ou d’opposition est de quinze jours”.

14 PAIM, 2012, p. 115.

15 O procedimento do *référé* é caracterizado pela celeridade e pela simplicidade. Não tem prazos fixos, dispensa a representação processual por advogado e é, principalmente, oral (CHAINAIS, 2007, p. 266-267).

16 PAIM, 2012, p. 176.

possa ser levada a perdurar indefinidamente. O *référé* abre a possibilidade de um provisório com duração indeterminada.

Desse modo, ainda que a decisão do *référé* seja provisória, calcada em cognição sumária e potencialmente reformada, seja por demanda autônoma, seja por via recursal, as partes optam pela estabilização da ordem do *référé*, tornando-se a justiça mais célere e facilitando-se a composição do conflito. Elas simplesmente se contentam, na maioria das vezes, com o provimento jurisdicional sumário exarado, transformando o que era provisório, no plano jurídico, em definitivo no *plano fático*¹⁷.

Estudos estatísticos realizados no ordenamento jurídico francês revelaram a pequena quantidade de processos de mérito exaurientes após a decisão do *juge des référés*, a demonstrar o comportamento processual dos jurisdicionados franceses, que consideram definitiva a tutela antecipatória, apesar de fundada em cognição sumária¹⁸.

O que se observa é que, embora o *référé* surja como um juízo de urgência, com o tempo, foi sendo remodelado, conformando-se as partes com um provimento judicial fundado em cognição sumária porque, paulatinamente, passou-se a admitir que o juiz do *référé* pudesse colocar fim a uma situação concreta, sem que houvesse a necessidade de julgar o mérito do litígio, admitindo-se sua intervenção quando houvesse flagrante ilegalidade; aos poucos, foi reconhecido ao juiz do *référé* o poder de decidir sobre o direito das partes, quando evidente e não seriamente contestado¹⁹.

A independência e a autonomia do *référé* são uma realidade no sistema francês, o que demonstra a adesão ao referido instituto, que culturalmente passou a consolidar a opção por uma resposta rápida, célere e tempestiva para a solução do litígio, ao invés de uma cognição exauriente, mas calcada em um trâmite processual demorado. É difícil as partes ingressarem com o procedimento comum buscando uma cognição exauriente para reformar a decisão provisória, porque há um alto índice de satisfação dos jurisdicionados franceses com a decisão judicial proferida no *référé*. Tudo isso confere culturalmente à *ordonnance de référé* uma qualificação de *definitividade fática*²⁰.

A independência do procedimento do *référé* acaba provocando uma independência de fato da decisão provisória, sendo possível que a decisão definitiva não intervenha jamais e que o provisório se torne definitivo no mundo factual.

17 CHAINAIS, 2007, p. 402.

18 VALIM, 2015, p. 499.

19 CAPRASSE; AYDOGDU, 2010, p. 148.

20 MOREIRA, 2004, p. 89-105.

Vale ressaltar que a decisão do *référé* tem sempre o caráter de definitividade, mas não provoca a formação da coisa julgada em razão do seu caráter provisório, podendo ser modificada por sentença posterior ou de forma incidental quando ocorram fatos novos²¹. É importante salientar que se trata de uma decisão provisória, baseada em cognição sumária sem autoridade de coisa julgada, mas que assume um caráter definitivo factualmente – as partes simplesmente se contentam com a decisão exarada no *référé*.

Em suma, no sistema da França, a lei não diz que a decisão provisória proferida em *référé* fará coisa julgada ou que assumirá caráter definitivo, mas isso ocorre no mundo factual em razão da longa tradição de aplicação das tutelas provisórias naquele país, onde a aceitação de imutabilidade das tutelas provisórias de cognição sumária foi sendo construída culturalmente no plano prático-fenomênico.

2. A INFLUÊNCIA DO RÉFÉRÉ FRANCÊS NO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA E A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 304, § 6.º, DO CPC

O instituto do *référé* francês, embora seja um procedimento provisório que não produza coisa julgada material e possa ser modificado por decisão posterior, assume um caráter de definitividade em razão de sua aceitação pelos jurisdicionados franceses. A diminuição de processos decorrentes desse comportamento processual acaba sendo um corolário positivo do *référé*, que não decorre de imposição legislativa.

Influenciado pelo procedimento do *référé* francês, o nosso legislador estatuiu, nos artigos 303 e 304 do CPC de 2015, a estabilização da tutela provisória antecipatória antecedente²², cujo fulcro maior é, seguindo o seu instituto inspirador, criar uma cultura de definitividade para as decisões provisórias e assim poder alcançar seu corolário: a diminuição da excessiva judicialização dos conflitos.

Para obter tal mister, o novo sistema legal traz um regime inovador, que é a possibilidade de fazer um pedido de tutela de urgência satisfativa de modo antecedente à discussão da questão de fundo propriamente dita²³, possibilitando ao demandante requerer a mencionada tutela antes mesmo da formulação do

21 Art. 488 do *Code de Procédure Civile* francês: “L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles”.

22 O modelo francês do *référé*, antes de influenciar os nossos doutrinadores, inspirou o sistema italiano da tutela sumária. É o que diz DENTI (2004, p. 137): “il modelo di questa riforma è rappresentato dal référé francese”.

23 DIAS, 2017, p. 119.

pedido de tutela definitiva²⁴; se a medida assim requerida e deferida não for confrontada pela parte contrária, ela se estabiliza.

A antecipação da tutela, tradicionalmente, em nosso sistema foi concebida dentro do procedimento que visa à obtenção da tutela final, e a sua concessão não obsta à evolução procedimental rumo à prestação da tutela definitiva, pois a regra no processo civil é que, à provisoriedade do juízo da antecipação da tutela, segue-se igualmente a sua interinalidade procedimental²⁵.

O sistema atual de estabilização da tutela antecipada, formalizada nos artigos 303 e 304 do CPC de 2015, rompe com esse perfil tradicional de instrumentalidade e de acessoriedade, estatuinto que, na petição inicial, o autor pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e apenas 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 (CPC, art. 303).

Há uma quebra de paradigma com o novo sistema, que permite a conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente da discussão da tutela definitiva, desde que deferida e não confrontada pela parte adversária, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação.

Tal como o instituto do *référé* nas suas origens, o procedimento da estabilização da tutela surge associado à concepção de urgência, pois, conforme afirma Macedo²⁶, “a urgência, atrelada ao perigo de dano, é condição *sine qua non* para a concessão da aludida medida”. Contudo, diferentemente do procedimento do *référé*, em que a tutela provisória é autônoma – o *juge des référés* não cumulando o julgamento do processo principal e a concessão da tutela provisória –, em nosso país, cabe ao mesmo juízo o julgamento da tutela provisória e da definitiva. A solução encontrada foi permitir duas possibilidades distintas no mesmo processo para a parte requerente: buscar tão somente a concessão da tutela antecipada satisfativa ou pretender, também, o pronunciamento judicial exauriente. Esse sistema dual permite que se resolva o litígio com a concessão da liminar, tornando desnecessário o prolongamento do processo para a obtenção de pronunciamento de mérito definitivo, quando não há interesse das partes²⁷.

Desse modo, concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, caso o autor proceda ao aditamento da petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, o processo prosseguirá, com a intimação e a citação do réu. Contudo, na eventualidade de não apresentação de recurso²⁸,

24 JOBIM; POZATTI, 2015, p. 404.

25 MITIDIERO, 2017, p. 14.

26 MACEDO, 2015, p. 208.

27 DIAS, 2017, p. 119-120.

28 Na doutrina, por todos, defendendo uma interpretação ampliativa do termo recurso, admitin-

a tutela provisória concedida em caráter antecedente *tornar-se-á extinta* e o *processo será extinto*, isto é, ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue o processo.

O julgamento proferido em estabilização da tutela gera uma *estabilidade endoprocessual*, provocando a cessação da litispendência²⁹. Assim, pela terminologia tradicional, estar-se-ia diante da formação de *coisa julgada formal* sobre a decisão que concede a tutela antecipada, uma vez que ocorre preclusão máxima a partir da extinção do processo prevista no § 1.º do artigo 304 do CPC³⁰.

Com a estabilização, o processo ultima-se e qualquer das partes poderá intentar, dentro do prazo de dois anos, ação para *rever* (a revisão deve ocorrer por motivos contemporâneos à constituição do ato revisível, e não por fato superveniente), *reformular* (emissão de *dictum* oposto ao estabelecido anteriormente) ou *invalidar* (desconstituir por anulação ou por nulificação, em função de falha no suporte fático da decisão)³¹.

O processo principal apenas será proposto caso as partes apresentem interesse em obter decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente³². Desse modo, a medida urgente permanecerá em vigor até que o réu promova ação de cognição exauriente a fim de demonstrar a inexistência do suposto direito do autor, uma vez que a estabilização refere-se à possibilidade de conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente de confirmação posterior por decisão de mérito.

Logo, a revisão, reforma ou invalidação, prevista no referido artigo 304, § 2.º, do CPC, deverá ocorrer mediante a propositura de uma ação nova, porque, necessariamente, o processo inicial será extinto sem resolução do mérito, uma vez que a estabilização ocorre em uma fase do processo em que o pedido principal ainda não foi formulado³³. Contudo, a extinção do processo não enseja a perda da efetividade da liminar concedida, a qual continuará vigendo enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la.

do que qualquer mecanismo de impugnação impediria a sua estabilização: MARINONI, 2017, p. 235-236.

29 GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 565.

30 LIMA; EXPÓSITO, 2015, p. 183.

31 GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 563.

32 RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 268.

33 No sentido do texto, entendem que a extinção é sem resolução de mérito DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA (2015, p. 612). Em sentido contrário, defendem que a extinção do processo ocorre *com resolução de mérito*, pois o pedido de tutela foi acolhido integralmente, MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2015, p. 216), REDONDO (2015, p. 177) e SOUZA (2014, p. 151-186). Afirmam MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2015, p. 216) que, não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto *com resolução de mérito favorável* ao demandante, pois a decisão provisória projetará seus *efeitos para fora do processo*.

Observe-se que, no sistema francês, como há uma repartição de competência, cabe ao *juge des référés* a competência exclusiva para a concessão da tutela antecipatória pleiteada, ficando para outro juízo o encargo do julgamento do processo principal; logo, a parte que não se contente com a decisão provisória pode impugná-la ou instaurar o processo de mérito para obter uma cognição exauriente, porque a impugnação da decisão não prejudica a instauração do processo principal e vice-versa.

Esse procedimento autônomo acabou dando uma autonomia às decisões proferidas pelo *juge des référés*. Com efeito, o *référé*, além de existir desde o século XVII na França, adquiriu uma definitividade pela aceitação dos jurisdicionados franceses.

Mas, no Brasil, além de nossa cultura ser pautada pela litigiosidade, o sistema de antecipação da tutela sempre foi marcado pela instrumentalidade e pela acessoriedade. Por isso, a quebra do paradigma permitindo a conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente da discussão da tutela definitiva, não é suficiente para impor uma imutabilidade às decisões proferidas em caráter provisório, razão pela qual o legislador tentou fazê-lo por via normativa, acabando por gerar uma incongruência legislativa.

É o que se observa quando o § 6.º do artigo 304 do CPC prevê que, ultrapassado o prazo de dois anos, sem o ajuizamento de ação autônoma, a decisão que concede a tutela provisória antecedente é atingida por uma espécie de *estabilidade qualificada*³⁴. Ainda que não se denomine coisa julgada *material*, o que o legislador almejou foi dar o efeito de imutabilidade da decisão à tutela provisória.

Constata-se, desse modo, um salto considerável com o transcurso do prazo de dois anos: “de uma mera impossibilidade de alteração no processo que se finda passa à imutabilidade das eficácias antecipadas”³⁵, verificando-se uma conjuntura favorável à produção de diversificadas teses no campo doutrinário, uma vez que, por meio de uma análise hermenêutica do artigo 304 do CPC, percebe-se a incongruência que exsurge do novo regramento legal. O § 6.º do mencionado artigo, em um primeiro momento, deixa nítida a não ocorrência de coisa julgada: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada [...]”. No entanto, logo após, dispõe: “[...] 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 § 2.º deste artigo”. Aparentemente, após o prazo para revisão, reforma ou invalidação, não haveria outra forma de afastar a estabilidade, ou seja, os efeitos tornar-se-iam imutáveis.

34 Terminologia utilizada por parte da doutrina: GOUVEIA FILHO, PEIXOTO E COSTA (2017, p. 552) e SICA (2016, p. 243).

35 GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2017, p. 571.

Dessa maneira, o legislador torna clara a intenção de não conferir a imutabilidade inerente à coisa julgada, porém a redação sugere o contrário, no momento em que inviabiliza que os efeitos da estabilização sejam afastados após o prazo de dois anos, perpetuando tais efeitos *ad eternum* e tornando-os até mais rígidos que os da coisa julgada.

Em suma, o instituto do *référé* francês foi importado para o nosso país cuja cultura é marcada pela litigiosidade em massa e pela interposição de recursos protelatórios e, portanto, sem uma mentalidade receptiva para a aceitação de decisões provisórias com caráter definitivo. Por outro lado, como não se importa uma tradição cultural, a tentativa do legislador ao fazê-lo foi oscilante, provocando uma incongruência legislativa, gerando várias interpretações doutrinárias que bem demonstram essa hesitação, ora buscando ser fiéis ao nosso sistema processual, ora tentando implementar a verdadeira intenção do legislador.

3. AS DIVERSAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS DECORRENTES DA TENTATIVA DE ADAPTAÇÃO DE UM SISTEMA CULTURALMENTE DIFERENTE DO NOSSO

Em virtude da importação de um sistema diferente do nosso, várias interpretações têm sido dadas pela doutrina ao disposto no artigo 304, § 6.º, do CPC, ora indo ao encontro do sistema alienígena, e assim admitindo uma tutela antecipatória provisória com eficácia autônoma e definitiva, ora mantendo-se fiel ao nosso sistema processual, rechaçando qualquer interpretação de definitividade que não seja albergada pelo sistema e, desse modo, simplesmente ignorando o disposto no referido dispositivo.

Uma primeira corrente, representada por Greco³⁶, Lopes³⁷ e Redondo³⁸, cuja interpretação vai ao encontro da intenção do legislador e, assim, do *référé* francês, admite a formação da coisa julgada material, após o prazo de dois anos da decisão que estabilizou a tutela antecipatória antecedente.

Segundo os referidos doutrinadores, após a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida mediante decisão interlocutória (fundada sem cognição exauriente) e a extinção do processo mediante sentença definitiva, começa a correr o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação autônoma destinada à modificação dos efeitos da tutela estabilizada e do debate do direito material. Decorrido tal biênio, sem a propositura da referida demanda, há decadência do direito material, formando-se a coisa julgada material, tornando-se cabível a propositura da ação rescisória, porque,

36 GRECO, 2014, p. 287.

37 LOPES, 2016, p. 204.

38 REDONDO, 2015, p. 188.

segundo Redondo³⁹, a decisão interlocutória, concessiva da tutela antecipada antecedente, embora não seja exauriente, é decisão de mérito que reconhece o direito material.

Admite Greco⁴⁰, após afirmar a importância da autonomia da vontade das partes para a geração da coisa julgada nos procedimentos de cognição sumária, que a decisão da estabilização da tutela é apenas uma das situações que se encontram no nosso sistema em que a coisa julgada material é determinada pela atuação das partes, tal como se dá na renúncia, no reconhecimento jurídico do pedido, na transação, na revelia etc.

Vale ressaltar que, embora, em algumas situações específicas, o nosso sistema atribua qualidade de coisa julgada a decisões proferidas em um grau sumário de cognição (juizados especiais, procedimento monitorio), tal não se dá com o julgamento antecipado em razão da revelia do réu. Nesses casos, o juiz declara a existência ou inexistência do direito posto em julgamento, com base em sua convicção proveniente das provas constantes dos autos, enquanto na tutela antecipada o julgador faz uma análise baseada no *fumus boni iuri* e no *periculum in mora*, sem declarar a existência ou não do direito do autor⁴¹.

Há uma intensa sumariedade do procedimento descrito nos artigos 303 e 304 do CPC, que o difere das hipóteses em que se admite a exceção à regra da cognição exauriente, impedindo a formação da coisa julgada⁴². Apesar das semelhanças com a função negativa da coisa julgada, no que diz respeito ao impedimento de nova ação com a mesma finalidade, o instituto da coisa julgada é incompatível com a natureza da decisão proferida no âmbito da tutela antecipada antecedente, porque há um obstáculo para a configuração da função positiva da coisa julgada: em momento algum, o juízo realiza declaração sobre a existência ou inexistência do direito do autor. Com efeito, a função positiva da coisa julgada impõe a obediência da decisão em processos futuros entre os mesmos litigantes. Ora, se a decisão proferida não chega a adentrar o mérito (porque não chega a resolvê-lo), inviabiliza-se sua observância futuramente.

Vale ressaltar que a coisa julgada assegurada na Constituição Federal (CF) (art. 5.º, XXXVI) acarreta a estabilização da decisão de mérito, baseada em cognição exauriente, e a decisão que a encampa somente pode ser desconstituída no âmbito de uma ação própria, a ação rescisória, nos prazos e hipóteses elencados pelo legislador (CPC, arts. 966 e 975). Diferentemente, a decisão que concede a tutela antecipatória antecedente lastreia-a em cognição sumária, podendo ser desconstituída por ação autônoma que terá como objeto o próprio direito material (CPC, art. 304, § 2.º).

39 REDONDO, 2015, p. 188.

40 GRECO, 2014, p. 287-288.

41 BUIKA, 2017, p. 311.

42 LOPES, 2016, p. 205.

Há uma discrepância por essência, que já foi apontada pela doutrina⁴³, sendo de duvidosa legitimidade constitucional equiparar os efeitos do procedimento comum, realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova, àqueles que ocorrem em um procedimento que tem uma sumariedade formal e material bastante acentuada.

Ainda nessa mesma linha, tentando dar uma interpretação mais próxima do direito alienígena, admitindo uma eficácia definitiva às decisões de caráter provisório, uma segunda corrente – representada, entre outros, por Didier Jr., Braga e Oliveira⁴⁴, Oliveira⁴⁵ e Souza⁴⁶ – entende que a estabilização da tutela antecedente produziria um efeito de imutabilidade *ad eternum*, plena e absoluta.

Para os partidários dessa corrente, a estabilização da tutela antecedente produziria não coisa julgada material, mas uma estabilidade eterna. Assim, esgotado o prazo de dois anos sem a propositura da ação de modificação, não caberia qualquer ação. Nem a demanda autônoma, porque a parte deixou de ajuizá-la no prazo legal para discutir o mérito, nem a rescisória, porque o que se estabilizam com a tutela antecipatória antecedente são os seus efeitos e não o conteúdo, pois “a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”⁴⁷.

Segundo tais doutrinadores, ultrapassado o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação visando reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, seria incabível a ação rescisória uma vez que não haveria coisa julgada material para desconstituir, porque enquanto esta (coisa julgada) recai sobre o conteúdo da decisão, naquela (tutela antecipada antecedente) *são* os seus efeitos que estabilizam⁴⁸.

Enfim, sustenta referida corrente uma imutabilidade absoluta e plena transcorrido o prazo de dois anos, tornando-se a decisão integralmente inimpugnável. Não se pode deixar de registrar que, embora não se nomine de coisa julgada material, referida decisão, que exsurge do transcurso do prazo de dois anos, ficaria estabilizada *ad eternum*, porquanto não poderia sofrer revisão. Na prática, a decisão de estabilização da tutela acarretaria os mesmos efeitos da coisa julgada, e o que é preocupante, *sem julgar o mérito*, pois se trataria de uma decisão baseada em cognição sumária que jamais poderia ser modificada.

43 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 217.

44 DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 612.

45 OLIVEIRA, 2015, p. 225-250.

46 SOUZA, 2014, p. 151-186.

47 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612.

48 “(...) após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 612).

Ademais, segundo essa corrente, estar-se-ia dando ao silêncio da parte um efeito muito maior do que a sua própria manifestação no processo. Isso porque, segundo a sistemática processual, a manifestação da parte nos autos gera a coisa julgada material, passível de rescisória, enquanto, segundo tal posicionamento, o seu silêncio provocaria a imutabilidade absoluta, incabível de desconstituição por qualquer via judicial.

Há ainda uma terceira corrente que, ao contrário das anteriores, vai ao encontro do sistema, distanciando-se, no entanto, da intenção do legislador, que é dar eficácia definitiva às tutelas de caráter provisório. Tal corrente – representada por autores como Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴⁹, Mitidiero⁵⁰, Talamini⁵¹ e Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello⁵² – defende a ausência de formação de coisa julgada material e, conseqüentemente, a inadequação da propositura de ação rescisória, admitindo, no entanto, o cabimento de demanda autônoma para discutir o direito material após o prazo previsto no § 6.º do artigo 304 do CPC.

Afirma referida parcela da doutrina que a cláusula do devido processo legal (CF/1988, art. 5.º, LIV) impede que seja atribuída a qualidade de coisa julgada a uma decisão proferida com base em cognição superficial, provisória, sujeita à confirmação⁵³, sendo, por isso, de duvidosa legitimidade constitucional equiparar os efeitos do procedimento comum, que exige contraditório, ampla defesa e direito à prova, aos efeitos de um procedimento de exacerbada sumariedade formal e material⁵⁴. Sustentam que a opção por uma decisão célere, desprezando uma investigação mais completa e aprofundada das questões fundamentais para a solução do litígio, tem como contrapartida a impossibilidade de obtenção de uma decisão definitiva⁵⁵: “a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada material – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente”⁵⁶. Logo, passado o prazo de dois anos, 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 *supressio*)⁵⁷.

49 MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2015, p. 218; MARINONI, 2017, p. 234-238

50 MITIDIERO, 2017, p. 147-148.

51 TALAMINI, 2012, p. 29.

52 WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO E MELLO, 2015, p. 567.

53 TALAMINI, 2012, p. 29.

54 MITIDIERO, 2017, p. 147-148.

55 MITIDIERO, 2017, p. 147-148.

56 MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2015, p. 218.

57 “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 *supressio*)” (MITIDIERO, 2017, p. 147-148).

Adotando o mesmo posicionamento, Wambier *et al.*⁵⁸ afirmam que o prazo de dois anos encerra a possibilidade de reabertura da discussão do processo extinto nos exatos limites e contornos da lide originária:

Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta⁵⁹.

Contudo, o que se observa é que referido posicionamento acaba tornando letra morta as regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do artigo 304 do CPC, porque, conjugadas, conduzem ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada somente pode sofrer modificações dentro de dois anos por meio de uma demanda específica, e a referida corrente sustenta que, transcorrido o prazo de dois anos, ainda será possível o exaurimento da cognição.

Realmente não há utilidade em a lei determinar um prazo de dois anos para propor uma ação específica se, transcorrido esse prazo sem a propositura da referida ação, a parte puder propor outra ação - aparentemente diferente - capaz de produzir os mesmos efeitos daquela ação que não se propôs, e em prazo até maior⁶⁰. Em outras palavras, “se há a previsão de um prazo para o exercício de um poder para a parte é porque, caso ela não cumpra o ônus que lhe é imputado, consequências deverão advir-lhe”⁶¹.

Em suma, todas as correntes doutrinárias desenhadas acima apresentam vulnerabilidades. A corrente que defende a formação da coisa julgada material, admitindo a ação rescisória após o prazo de dois anos, é contrária ao nosso sistema, que não alberga a formação da coisa julgada material quando não há declaração a respeito da existência do direito. Aqueles que entendem que, após o prazo de dois anos, há uma estabilização *ad eternum*, criam um instituto jurídico que vai de encontro ao nosso CPC, com efeitos e repercussões práticas piores quando comparados aos da coisa julgada. Por fim, entender que continua sendo possível o ajuizamento da ação, mesmo após de dois anos, *é admitir que a lei nada disse, ignorando totalmente os dispositivos do CPC de 2015*.

Tais posicionamentos, tão díspares, são consequência da oscilação do legislador na tentativa de impor uma definitividade à tutela provisória, que legalmente não é albergada pelo nosso sistema processual, razão pela qual se passa a apresentar, no próximo tópico, uma solução que atenda à intenção do legislador e ao nosso sistema processual.

58 WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO E MELLO, 2015, p. 567.

59 Ver também: MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2015, p. 218), NEVES (2016, p. 493) e TALAMINI (2012, p. 28).

60 REDONDO, 2015, p. 186.

61 GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2017, p. 569.

4. UMA SOLUÇÃO INTERPRETATIVA CONSOANTE O NOSSO SISTEMA PROCESSUAL E A INTENÇÃO DO LEGISLADOR

O legislador afirmou expressamente que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada material, mas, ao mesmo tempo, dispôs que, após o prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação, a decisão será atingida por uma estabilidade, ou seja, os efeitos devem tornar-se imutáveis (CPC, art. 304, § 6.º).

Considerando-se que, no nosso sistema, a imutabilidade dos efeitos da decisão somente ocorre com a coisa julgada material que incide sobre uma decisão de mérito, com cognição exauriente, há de se questionar como se pode interpretar o termo estabilidade e, principalmente, como admitir a imutabilidade de uma decisão sumária que não declarou a existência ou inexistência da questão de direito.

A única solução é admitir que o réu possa arguir a matéria da lide originária, na qual se deferiu a tutela antecipatória, não em ação autônoma, mas como matéria de defesa, quando for demandado.

Essa possibilidade encontra-se amparada pelo nosso sistema processual, que permite, naquelas situações em que o demandado não pode mais ingressar com uma ação autônoma, que ele possa arguir a questão de direito em matéria de defesa, quando for réu.

É o que ocorre, por exemplo, no instituto da preempção, por meio do qual o autor perde o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial, não podendo mais levar o litígio ao Poder Judiciário, nem mesmo pela via da reconvenção. Contudo, a pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como exceção substancial, caso venha a ser demandado.

Tal se dá na estabilização da tutela antecipatória antecedente.

Poderá ocorrer de, em algum momento, o demandado ter a necessidade de resolver o direito subjetivo que deu origem à decisão provisória que foi estabilizada, mas, como não poderá fazê-lo por meio da ação rescisória nem pela ação autônoma (CPC, art. 304, § 5º), ser-lhe-á permitido arguir - aquela matéria cujos efeitos ficaram estabilizados - como direito de defesa, ao ser demandado. Afinal, o que o réu perde é *o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, e não o direito material*.

Por exemplo, pode-se dar que seja concedida uma tutela de urgência, de caráter antecedente, determinando o pagamento de uma prestação mensal de natureza alimentar, cujos efeitos foram estabilizados pela falta de impugnação do réu. Como cessar os efeitos de referida medida? Permanecerão, referidos efeitos, por tempo indeterminado? Conforme vimos, ultrapassado o prazo de dois anos, o réu não poderá ingressar com ação autônoma, nem tampouco

poderá ajuizar a ação rescisória, porque o direito material não foi julgado; mas não poderia ele, quando demandado pelo autor, defender-se, arguindo o direito material que não chegou a ser objeto de julgamento?

No caso citado, o réu manteve-se silente e anuiu com o pagamento, contudo, se ele for demandado pelo autor - que, por exemplo, pode querer aumentar o valor da prestação-, poderá defender-se questionando inclusive o *próprio direito material*, porque este jamais chegou a ser debatido. Pode-se admitir, ainda, que o réu “provoque” a ação do autor, deixando de efetuar o pagamento. Neste caso, se o autor ficar inerte, tudo fica como está - o autor não receberá o pagamento e o réu não poderá demandar em juízo -, mas se o autor ingressa com novo pedido reiterando o pagamento, na sua defesa o réu poderá questionar o direito material, que nunca chegou a ser debatido.

Enfim, se nenhum dos litigantes ingressar, no prazo de dois anos, com ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ainda assim, haverá a possibilidade de, em havendo uma demanda judicial, ser trazida à discussão, no âmbito da defesa, a matéria de direito subjetivo; observando-se, obviamente, os prazos prescricionais e decadenciais eventualmente aplicáveis à espécie.

Assim, para uma interpretação que seja consentânea ao nosso sistema processual, que importou do sistema estrangeiro uma nova noção de estabilidade para o sistema das tutelas de urgência, deve-se admitir que não se trata daquela mesma estabilidade inerente ao instituto da coisa julgada material, nem tampouco pode-se desprezar as regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do artigo 304 do CPC. Logo, a melhor interpretação é a que conduz ao entendimento de que, ultrapassado o prazo de dois anos, a parte não poderá ingressar com rescisória, porque esta versa sobre o mérito, nem com ação autônoma porque sobre esta já se operou a decadência, mas como seu direito não foi objeto de julgamento, poderá deduzi-lo como matéria de defesa na ação em que for demandado.

Em suma, a estabilização da tutela ocorre pela falta de impugnação do réu, mas isso não significa que ele não possa – estabilizada a tutela – defender-se quando demandado, questionando o próprio direito material, porque o que o réu perde é o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial, isto é, sobre o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, e não o direito material, porque a pretensão material do autor continua inatingida, podendo ele deduzi-la como matéria de defesa caso venha a ser demandado.

Tal interpretação vai ao mesmo tempo ao encontro da intenção do legislador e do nosso sistema processual, porque permite a imutabilidade da tutela provisória, sem que haja coisa julgada material ou estabilização *ad eternum*.

CONCLUSÃO

A disciplina da estabilização da tutela, prevista nos artigos 303 e 304 do nosso CPC/2015, foi inspirada pelo nosso legislador no *référé* francês, buscando fazer repercutir no ordenamento jurídico brasileiro os efeitos positivos vislumbrados no sistema francês, no que concerne à expectativa de diminuição da litigiosidade em seara de cognição exauriente e a consequente diminuição da carga de trabalho dos tribunais.

Contudo, ao tentar impor legalmente a definitividade da tutela provisória, o nosso legislador cometeu uma incongruência, porque, no direito francês, a imutabilidade das tutelas provisórias é fruto de um longo processo de construção cultural, não estando disciplinada pela lei.

Assim, o § 6.º do artigo 304 do CPC/2015, após afirmar que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada material, dispõe que, decorrido o prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação, a decisão será atingida por uma estabilidade.

Várias são as correntes para definir os efeitos que ocorrem após o prazo de dois anos, quando a parte não ingressa com a ação autônoma, havendo os que defendem: a) a formação da coisa julgada material; b) uma imutabilidade *ad eternum*, plena e absoluta; c) a possibilidade de ajuizamento de demanda autônoma para discutir o direito material, mesmo após o prazo de dois anos.

Todas as correntes acima acabam criando insegurança na aplicação do dispositivo, pois geram uma triste opção: ou se aplica o disposto no CPC/2015, atendendo o fulcro do legislador, e se ignoram os institutos do nosso sistema processual, ou se despreza o dispositivo legal e se aplicam os institutos processuais.

Deve-se interpretar o dispositivo conciliando a intenção do legislador e o nosso sistema processual, permitindo a imutabilidade da tutela provisória sem que haja a formação da coisa julgada material ou uma estabilização eterna.

A solução preconizada é que o réu, ultrapassado o prazo de dois anos, possa arguir a matéria de direito subjetivo *como matéria de defesa, quando for demandado*.

Se o objetivo primordial da técnica de estabilização é tornar eventual e facultativo o exercício da cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, caso nenhum dos litigantes ingresse, no prazo de dois anos, com ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada, a solução ficará estabilizada, não podendo ser alterada pelas partes, mas isso não significa dizer que houve coisa julgada material ou qualquer efeito de imutabilidade, pois, se o direito material não foi objeto de decisão pelo juiz, haverá a possibilidade de, em futura demanda judicial, ele ser trazido à luz, no âmbito da defesa, observando-se os prazos prescricionais e decadenciais eventualmente aplicáveis à espécie.

REFERÊNCIAS

BUIKA, Heloisa Leonor. A ambiguidade da estabilização dos efeitos da tutela antecipada e a coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 289-318, maio 2017.

CAPRASSE, Olivier; AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires: prévention et résolution*. Bruxelas: Larcier, 2010.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. 4. ed. Paris: Sirey, 1986.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC: tutelas de urgência, tutela de evidência*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 550-578, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26611/18979>. Acesso em: 29 jun. 2018.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 10, p. 275-301, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351/14692>. Acesso em 5 jun. 2018.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 296-330, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>. Acesso em: 10 jul. 2018.

JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 391-415, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19970/14313>. Acesso em: 29 jun. 2018.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 167-187, dez. 2015.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 8, p. 197-210.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 189-215, dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Ed. RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127-189.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 223-248, abr. 2015.

PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, p. 99-118, jan. 2012.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 268-298, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16873/12519>. Acesso em: 5 jun. 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 244, p. 167-194, jun. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada). v. 4, p. 233-253.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC; da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 151-186, set. 2014.

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. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 478-505, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/17132/14317>. Acesso em: 29 jun. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Recebido em: 01/03/2020.

Aprovado em: 03/10/2021.