

PROCESSO CAUTELAR E COISA JULGADA

Cleverson Ivan Merlo*

MERLO, C.I. Processo cautelar e coisa julgada. Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. Vol. 9, n. 1, p. 189-209, jan./jun., 2006.

RESUMO: No atual estágio de evolução do direito processual civil, percebe-se de forma clara a opção da doutrina e do legislador pela mitigação do fator segurança jurídica em favor da celeridade e efetividade processual. Tal tendência concretizou-se primeiramente na atenuação da ordinariedade do processo e, conseqüentemente, da cognição plena e exauriente. Agora, “a bola da vez” parece ser a coisa julgada, através do que se convencionou chamar de “relativização”. Porém, a mitigação da coisa julgada deve ser realizada com toda a cautela, evitando-se o comprometimento do instituto que é uma das bases do Estado Democrático de Direito, evitando-se solução simplista. Neste artigo analisa-se a questão do processo cautelar e a formação da coisa julgada, demonstrando-se a existência da coisa julgada material, a qual, ante as peculiaridades do processo cautelar, mormente a instrumentalidade e autonomia, possui características próprias, constituindo sentença *rebus sic stantibus*, que atinge apenas a lide cautelar, ou seja, a relação de perigo, obviamente não interferindo, mas apenas acautelando o direito material do processo dito principal.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; processo cautelar; cognição; segurança jurídica.

1. Introdução

Em época não muito remota que, diga-se de passagem, ainda irradia freqüentemente seus efeitos sobre o atual sistema jurídico, concebeu-se o isolamento do direito material e do direito processual, sendo neste contexto, irrelevante as necessidades e particularidades do direito material *sub judice*.

Viveu-se, sob os auspícios do Estado Liberal, o fenômeno da “monetização” dos direitos, onde todo e qualquer direito material, independentemente de sua natureza, poderia ser convertido em pecúnia. Para tal espécie de tutela jurisdicional bastava o procedimento ordinário, calcado em cognição plena e exauriente, produzindo, ao final, de forma irremediável, a coisa

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAR – Campus de Toledo. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR – Campus de Umuarama. Professor da UNIPAR – Campus de Toledo. Advogado em Toledo – Paraná. cleverson.ivan@onda.com.br

julgada.

Este par, procedimento ordinário e coisa julgada, foi, sem dúvida, a base de sustentação da tutela jurisdicional sob a influência do Estado Liberal. O procedimento ordinário era instrumento eficaz para a produção de um resultado “monetizado”, revestido ainda de “certeza” ante a realização de cognição plena e exauriente, o que naquela época, era traduzido como a descoberta da verdade. A coisa julgada era apta a conferir a estabilidade e imutabilidade desta verdade descoberta, permitindo o desenvolvimento das relações comerciais e financeiras com a qualidade do que se convencionou chamar de segurança jurídica.

Porém, a evolução da sociedade e, conseqüentemente, a evolução do direito, levaram a uma mudança de paradigmas. O direito material e o direito processual deixaram de ser tratados como categorias estanques, passando a interagir de forma mais ampla. Superou-se o mito da igualdade formal. Superou-se a idéia de que a melhor solução era a conversão de todo e qualquer direito em pecúnia.

A evolução dos direitos considerados fundamentais trouxe uma nova visão de tutela jurisdicional, vez que se em um primeiro momento as regras de direito processual eram capazes de tutelar eficazmente os direitos de primeira dimensão (principalmente o direito à liberdade e igualdade formal), o mesmo não pode ser dito em relação aos direitos de segunda e terceira dimensão. Além disso, também não seria eficaz a tutela processual pelo antigo sistema processual, dos chamados direitos de quarta geração, que já começam a encontrar sistematização na doutrina, consistindo basicamente no direito à autodeterminação dos povos, direito ao patrimônio natural e histórico da humanidade, direito a um ambiente preservado e saudável, direito à paz e direito de crescimento e progresso.

Demonstrando a preocupação do Estado liberal bem se expressa Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 04):

Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como intromissão indevida.

Porém, restou superada esta concepção de Estado como ser inanimado e inimigo número um dos direitos fundamentais, passando-se a uma visão de Estado como elemento integrante e ativo do processo de garantia e concretização dos direitos fundamentais. Se antes o Estado precisava apenas manter-se inerte

para cumprir o seu papel, agora ele precisa ser ativo para permitir a realização plena dos direitos fundamentais.

Retratando esta mudança, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 48) assim se expressa:

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direito, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...].

Diante desta evolução dos direitos fundamentais, o processo civil clássico se viu incapaz de satisfazer as necessidades dos jurisdicionados. Visando corrigir esta deficiência, uma onda de reformas se fez necessária e, o primeiro ataque deu-se exatamente na questão procedimental e cognitiva do processo e, conforme se verá em tópico próprio, o segundo passo será uma reestruturação, ou, pelo menos, uma releitura da coisa julgada, até porque coisa julgada e cognição estão estritamente interligadas.

Pode-se afirmar que a onda reformista do processo civil, visando adequar a tutela jurisdicional às modernas necessidades e direitos dos jurisdicionados, calcou-se no pilar básico estruturado pelos liberais: a segurança jurídica. Diante do reconhecimento da inviabilidade de se falar em “verdade” em qualquer espécie de processo e, diante da necessidade de se garantir o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, o legislador, fortemente influenciado pela doutrina, deu um duro golpe na cognição plena e exauriente, reconhecendo a ineficácia do procedimento ordinário para a tutela de vários direitos, principalmente os “novos” direitos.

Neste sentido, esclarecedoras são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 45):

Como a “busca da verdade” é uma ilusão, uma vez que toda “certeza jurídica”, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em verossimilhança, tal idéia encobria o

fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar.

Não sem razão, esta nova concepção invariavelmente atingiria a segunda base de sustentação da alegada segurança jurídica, qual seja, a coisa julgada. Em que pese o legislador brasileiro ainda não ter “soprado a brisa reformista” sobre a coisa julgada, a doutrina e a jurisprudência, como sempre precursoras das inovações processuais, se anteciparam, e, uma série de julgados e obras doutrinárias passaram a tratar da chamada “relativização” da coisa julgada.

Não bastasse isso, na Itália, seguindo um caminho já percorrido por outros países, um projeto de lei que reforma o *Código di procedura civile*, elaborado por comissão, nomeada pelo Governo, sob a presidência do professor Romano Vaccarella, vem exatamente a confirmar esta busca incessante por uma tutela jurisdicional efetiva, mormente no aspecto rapidez, em detrimento da convencional segurança jurídica, principalmente no que concerne ao procedimento ordinário e a coisa julgada. Neste sentido a redação do artigo 48 do projeto, nos termos informados por Edoardo Ricci (no prelo):

Prever um procedimento sumário não cautelar, caracterizado por notável celeridade mas com respeito ao princípio do contraditório, a ser concluído por provimento com força executiva:

- a) recorrível;
- b) não acobertado pela autoridade da coisa julgada;
- c) admissível na forma incidental no curso do processo de cognição plena;
- d) apto a, eventualmente, concluir o processo do qual é incidente.

Mais considerações acerca do projeto de lei serão adiante realizadas. Todo o exposto até aqui tem o intuito não de adentrar no mérito da questão, visto que o enfoque da coisa julgada no processo cautelar será analisado mais adiante, mas, sim, de familiarizar o leitor com as importantes alterações e discussões sobre o tema. Entendendo-se esse momento histórico e, percebendo-se que, a coisa julgada e o procedimento ordinário necessitam ser readequados para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, pode-se, enfim, repensar a coisa julgada no processo cautelar, ante as suas peculiaridades.

2. Processo cautelar: peculiaridades

A partir da década de 90, ocorreram grandes reformas no direito processual civil pátrio, mormente através da Lei 8.952 de 1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, trazendo uma enorme ampliação no instituto da antecipação de tutela, a qual antes somente era concedida em procedimentos especiais, como nas ações possessórias e no mandado de segurança, através do que se convencionou chamar de liminar. Deste momento em diante, chegou-se a pensar em uma grande mitigação, e até na supressão do uso da tutela cautelar, defendendo-se a auto-suficiência da tutela antecipada para resolver todas as situações que exigissem uma tutela de urgência com cognição sumária.

Porém, tal leitura, com a devida *vênia*, nos parece equivocada. Na verdade a reforma de 1994, veio através da técnica de antecipação dos efeitos da sentença, corrigir um equívoco gigantesco que havia recebido o nome de “cautelares satisfativas”. Tal expressão traz em seu próprio bojo uma carga antagônica tão forte que é difícil explicar a sua consagração doutrinária e jurisprudencial. Isto, porque a característica primordial do processo cautelar é ser um instrumento do instrumento, ou seja, seu traço principal é a instrumentalidade.

A partir do momento em que se defende a existência de uma cautelar que satisfaça a pretensão de direito material, se estará deturpando totalmente as características de tal instituto. Na verdade, as cautelares ditas satisfativas, não são cautelares. O uso e a consagração da expressão teratológica supracitada se deve à criatividade e originalidade dos operadores do direito que visavam, a todo custo, minimizar o drástico impacto de uma legislação arcaica sobre o direito material. Neste sentido, as palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 89):

Visto que a ação cautelar não foi pensada para dar conta das necessidades de inibição e remoção do ilícito, cabe agora demonstrar, com mais detalhes, que, diante da inidoneidade do processo civil clássico para atender às novas situações de direito substancial, a ação cautelar inominada passou a ser vista como espécie de *válvula de escape* para a efetividade dos direitos. Como a ação cautelar inominada pode propiciar tutela preventiva e rápida para qualquer situação de direito substancial, bastando que sejam invocados os seus pressupostos genéricos, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a prática forense, especialmente em razão das particularidades dos novos direitos, passou a conceber um uso não-cautelar da ação cautelar inominada.

Assim, não se pode criticar esta distorção no uso da cautelar, vez que através deste fenômeno os operadores do direito conseguiram superar a

inidoneidade do processo civil clássico para tutelar de forma eficaz o direito material sob litígio, trazendo ainda nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a democratização do processo e do acesso à justiça efetiva, permitindo ao Estado o cumprimento do seu dever de prestar uma efetiva tutela jurisdicional. O que se critica é apenas a expressão “cautelares satisfativas”.

Portanto, as reformas processuais, principalmente no que concerne a tutela antecipada, em momento algum vieram a trazer inutilidade ao processo cautelar, e sim, permitiram a este recolocar-se em seu devido lugar, devolvendo-lhe a sua principal característica, qual seja, a instrumentalidade, a capacidade de ser o instrumento do instrumento, a função de garantir o resultado prático de um processo dito principal.

Diante da utilidade inegável do processo cautelar, necessário se faz proceder à análise de algumas de suas peculiaridades, de modo a possibilitar uma melhor compreensão da forma de cognição nesta espécie de processo, bem como a característica especial que o mesmo apresenta no que concerne à formação da coisa julgada material, objeto principal deste trabalho e que será melhor analisado no próximo tópico do presente artigo.

As características primordiais do processo cautelar são a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia.

A instrumentalidade é tratada por grande parte da doutrina como a característica primordial, o elemento central do estudo do processo cautelar, como se denota, por exemplo, nas obras de Piero Calamandrei e Humberto Theodoro Junior. Aparentemente, tanto o processo cautelar como o dito processo principal teriam o mesmo objeto, um mesmo direito a ser protegido. Porém, analisando-se de forma coerente o traço da instrumentalidade, denota-se que as finalidades do processo cautelar e do processo principal não são, em absoluto, as mesmas. A diferenciação desta atuação (cautelar e principal) é necessária para se identificar o objeto de cada processo, delimitando assim o mérito e, conseqüentemente, os efeitos que emanam de cada sentença, principalmente no que concerne ao instituto da coisa julgada.

Sobre a diferenciação entre a finalidade do processo principal e do processo cautelar assim se pronuncia Alfredo Buzaid, citado por Humberto Theodoro Junior (2002, p. 71):

[...] o processo principal (execução ou cognição) e o processo cautelar existem para atuar sobre uma mesma lide, mas diferem quanto ao seu escopo, porque o processo acautelatório serve para garantir o bom resultado do processo definitivo, ao passo que este serve imediatamente à composição da lide.

Não se pode deixar de citar neste tópico as palavras do insigne doutrinador italiano Piero Calamandrei (2000, p. 41), o qual ressalta a instrumentalidade como a nota verdadeiramente típica do processo cautelar, bem como demonstra a diferenciação entre o fim almejado pelo processo dito principal e o processo cautelar:

Essas considerações permitem compreender aquela que, ao que me parece, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente prediostos à emanação de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o efeito prático. Estes nascem, por assim dizer, a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito. [...] Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.

Da análise destas considerações já resta superada, conforme acima exposto, a existência de cautelares satisfativas, e, desta instrumentalidade percebe-se que a coisa julgada que, por ventura venha a ser produzida no processo cautelar, incidirá sobre um objeto totalmente diverso daquele objeto da ação dita principal.

Outra peculiaridade do processo cautelar que precisa ser analisada, para melhor compreensão da coisa julgada neste tipo de processo é a provisoriedade. Adota-se aqui a diferenciação externada por Piero Calamandrei (2000, p. 25), entre provisoriedade e temporaneidade, deixando, desde já, esclarecido que ambas as características se encontram presentes no processo cautelar:

Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no *interim*”.

No sistema brasileiro, o provimento do processo cautelar pode tanto ter sua extinção dada pelo simples decurso do tempo, como por exemplo, no caso dos arts. 806 e 807 do Código de Processo Civil Brasileiro (temporaneidade), bem como pelo advento de um pronunciamento futuro proferido no processo principal que venha a absorver, substituir ou revogar o pronunciamento cautelar

(provisoriedade).

A revogabilidade, também elencada como uma das peculiaridades do processo cautelar, é a peça chave para a compreensão da coisa julgada na sentença cautelar. Neste sentido, Humberto Theodoro Junior (2002, p. 73), ao iniciar o estudo desta peculiaridade, considera a impossibilidade de a sentença proferida em processo cautelar produzir coisa julgada material.

Apesar da opinião do ilustre doutrinador, está não parece a mais acertada, pois a revogabilidade das medidas cautelares não se dá ao simples arbítrio do juiz. Uma vez proferido o pronunciamento judicial, a parte prejudicada deve valer-se dos meios recursais adequados, sob pena de formação de coisa julgada. Mas tal situação será melhor explicada no item seguinte. Na verdade, a revogabilidade, como peculiaridade do processo cautelar, é característica especial que confere característica *sic rebus stantibus* à sentença cautelar.

Esta revogabilidade não é ampla, dependendo, sempre, de alteração na situação fática. Na verdade, a revogabilidade não é a regra, mas, sim, a exceção. Proferido o pronunciamento cautelar e transcorrido o prazo recursal, a regra geral é a imutabilidade deste pronunciamento, somente sendo alterado em virtude de mudança das circunstâncias que embasaram aquele pronunciamento, ou seja, com a alteração da *causa petendi*. Porém, toda esta problemática será estudada com mais afinco no tópico seguinte.

Por último, no que concerne às peculiaridades do processo cautelar, se faz necessária algumas considerações acerca da sua autonomia. Num primeiro momento, pode parecer contraditória a informação de que o processo cautelar seria autônomo, depois de tanto se falar que o mesmo é marcado pelo traço primordial da dupla instrumentalidade, ou seja, existindo para assegurar o resultado útil e eficaz de um processo dito principal. Porém, o processo cautelar possui, sim, autonomia, uma autonomia procedimental, concretizada ainda pela diversidade do objeto do processo cautelar e do processo principal.

Ao tratar da autonomia do processo cautelar, assim manifestou-se Humberto Theodoro Junior (2002, p. 75):

Essa autonomia decorre dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal. [...]De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais.

A autonomia do processo cautelar o coloca ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução, não sendo uma mera espécie destes, mas um *tertium genus*, como bem afirma Luiz Oriane Neto (2000, p. 247):

Ombreado aos processos de conhecimento e de execução figura agora em nosso ordenamento processual civil o *tertium genus* do processo cautelar, com sua autonomia dogmática e estrutural, na medida que possui identidade própria, finalidade específica e autonomia procedimental.

Tecidas as considerações acima sobre as peculiaridades do processo cautelar, é necessário ainda demonstrar a efetiva existência de mérito no processo cautelar. Neste sentido as palavras de Ovídio A. Baptista da Silva (1996, 171):

Ora, é evidente que a sentença cautelar jamais poderá decidir o mérito *da demanda principal(!)*, mas naturalmente não é sobre isso que se discute. Cuida-se de investigar qual o mérito da demanda cautelar. E negar-se que exista nela uma matéria que seja de mérito seria negar, até mesmo, a jurisdicionalidade de todo o processo cautelar, pois, cabendo ao juiz dar por sua procedência ou improcedência, esta simples contingência torna indispensável a averiguação de seu próprio mérito.

Certo é que mérito existe também no processo cautelar, consubstanciando-se no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, consoante lições de Ovídio A. Baptista da Silva (1996, p. 171), Humberto Theodoro Junior (2002, p. 79) e outros. Interessantes neste aspecto as palavras de Luiz Orione Neto (2000, p. 444):

Já o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são as questões de mérito do processo cautelar. Basicamente, pode-se afirmar que nos fundamentos da sentença cautelar vêm à baila as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* apresentada na demanda cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) e a *causa excipiendi* que a resposta trouxe. As dúvidas surgidas e ainda não resolvidas ao longo do arco do procedimento cautelar, ali terão solução, na segunda parte da sentença cautelar. Depois, quando passa a parte dispositiva, o juiz já deixou para trás de si a solução de todas as questões – especialmente no tocante à presença ou não do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* – e, então só lhe resta concluir.

A clara definição acerca da existência ou não de mérito no processo cautelar, bem como quais os componentes desse mérito são de extrema valia para o estudo acerca da produção ou não da coisa julgada. Assim, para todos os efeitos, no presente trabalho se adota a doutrina dominante acima citada, sendo considerado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como o mérito da demanda cautelar, vez que é a solução mais acertada.

3. Brevíssimos comentários acerca da coisa julgada

Após analisar as peculiaridades do processo cautelar, neste ponto se fará em linhas bastante superficiais, uma análise acerca da coisa julgada, frisando-se que sempre que se falar em coisa julgada, a referência será a coisa julgada material. Não é momento oportuno para a análise profunda de todas as teorias acerca da natureza da coisa julgada e nem mesmo para se discorrer sobre os meandros que envolvem os seus limites. O fito único destas breves linhas é familiarizar superficialmente o leitor com a chamada “coisa julgada”, no seu aspecto conceitual e no que concerne às teorias atuais que pugnam pela sua mitigação.

Enrico Tullio Liebman (2003, p. 169), ao tratar da essência da coisa julgada, corroborando o momento histórico em que desenvolveu sua tese, vinculou-a à perpetuação da certeza encontrada no processo. Eis suas palavras:

Com a finalidade de pôr fim às lides e dar certeza aos direitos, o legislador fixou um momento em que se torna proibida nova pronúncia sobre o que foi julgado. Chegado o processo a esse ponto, não apenas a sentença não é mais impugnável pelos meios ordinários (cf. nº 298 ss), como a decisão é vinculante para as partes e para o ordenamento e nenhum juiz pode novamente julgar o mesmo objeto em face das mesmas partes (ressalvada a longínqua possibilidade de propositura das impugnações extraordinárias).

Assim, o traço característico da coisa julgada é a imutabilidade da decisão, não sendo permitida nova decisão sobre o que já foi decidido. Não se poderá, salvo os meios impugnativos autônomos (no caso brasileiro a ação rescisória), pronunciar nova decisão sobre o mesmo objeto e as mesmas partes.

A coisa julgada é muito mais uma questão política do que jurídica. É por questões práticas que existe a coisa julgada. Na sua essência, apesar de várias teorias acerca do instituto, uma coisa é certa: a coisa julgada não é a imutabilidade de uma verdade descoberta pelo processo, mas apenas a qualidade de imutabilidade da sentença. Neste sentido, as sempre precisas palavras de Piero Calamandrei (1999, p. 273):

Os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram: pese o antigo aforismo, mesmo depois do passo em coisa julgada, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo. A coisa julgada não cria nem uma presunção nem uma ficção de verdade: a coisa julgada só cria a irrevogabilidade jurídica do mandato, sem se cuidar em distinguir se as premissas psicológicas das quais esse mandato tem nascido, são premissas de verdade ou somente de verossimilitude.

Como todos os institutos jurídicos, a coisa julgada também teve um caminho de evolução, o qual ainda está em pleno desenvolvimento, parecendo firmar-se uma corrente que busca mitigar o fenômeno da coisa julgada, desvinculando-o de certos provimentos jurisdicionais, como por exemplo, no já citado projeto de lei italiano elaborado pela Comissão Vaccarella. Mas este fenômeno não é tão recente assim. Eduardo J. Coutore (1999, p. 326) em obra escrita em 1942, ou seja, há mais de 60 (sessenta) anos, assim se pronunciava:

E ultimamente até surgiu no panorama doutrinário, como aliás não podia deixar de ocorrer, a teoria, ou conjunto de teorias que, por motivos de caráter político, também derivados de uma particular concepção do mundo e da vida, pugnam pela abolição da coisa julgada e pela absorção da jurisdição pela atividade administrativa.

Não obstante tais ataques, o certo é que a coisa julgada em momento algum foi ameaçada de extinção. Na verdade, o instituto viveu momentos de grande prestígio, como nos informam Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes (2000, p. 65), na conceituação de jurisdição de Allorio, que em ensaio publicado na Itália, em 1948, sustentou a tese de que a essência da jurisdição estaria na aptidão para produção da coisa julgada. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a importância da coisa julgada transcende os limites do processo civil, sendo um instrumento de enorme força política e econômica, merecendo tratamento e *status* de regra constitucional (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988).

Os que discutem e defendem a mitigação da coisa julgada considera-na um entrave à prestação de uma tutela jurídica justa e efetiva, ante a possibilidade de perpetuação de injustiças decorrentes da decisão proferida. Tais posições levaram inclusive ao que se convencionou chamar de relativização da coisa julgada. Porém, na prática, observa-se total falta de sistematização da matéria, sendo que os defensores dessa tese sempre utilizam casos concretos, muitas vezes teratológicos, como paradigmas.

A coisa julgada deve, sim, ter seu papel repensado no direito processual, como, aliás, todos os institutos jurídicos. Porém, o alerta de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003; p. 10), é no sentido de que é preciso cautela neste pensar:

Tendo-se em vista o relevante papel desempenhado pela coisa julgada, quer sob o ângulo político, quer sob o ângulo jurídico, a sua importantíssima função de gerar segurança, valor inerente à idéia de direito, é necessário que esta “revisão” de suas dimensões seja

feita com extrema cautela.

Exatamente essa cautela tem parecido faltar aos doutrinadores. Na verdade, como bem ensinam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 13), o mais correto seria falar-se em “desmistificação” da coisa julgada e não em “relativização”:

Relativização” da coisa julgada é expressão que pode sugerir que a coisa julgada se opere em relação a uns e não a outros, quando não é esse o fenômeno que a doutrina vem querendo referir-se. Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada.

Nesse contexto, todo o cuidado, como já dito acima, é pouco. Não se pode permitir a abolição da coisa julgada e, nem mesmo, permitir que os magistrados tenham em sua mão um poder discricionário para fazer morta decisão anterior, sob pena de se possibilitar que, em nome de uma famigerada busca da justiça (conceito aberto), se possibilite um retrocesso, por exemplo, à época em que, no direito espanhol e colonial americano, como nos informa Eduardo J. Couture (1999, p. 326), a coisa julgada não era tão rigorosa como a atual, pois “as Partidas admitiam a revogação, a todo tempo, da sentença proferida contra o patrimônio do Rei”.

Assim, necessário não relativizar a coisa julgada, mas sim se proceder a um estudo sistematizado, de modo a se adaptar o instituto à tutela jurisdicional prestada. Assim, a coisa julgada do processo de conhecimento tem uma feição, a qual é diversa da coisa julgada do processo cautelar, como a seguir será demonstrado.

4. A condição *rebus sic stantibus* inerente à sentença

Alguma confusão se tem feito em relação à existência ou não da coisa julgada em alguns processos onde existe a possibilidade de modificação do julgado, desde que preenchidos certos requisitos. É o caso, por exemplo, das sentenças proferidas em processos em que se pleiteia alimentos e nos processos cautelares.

Na verdade, motivo inexistente para aludida confusão. Toda sentença, independentemente de sua natureza, tem como base em um estado fático e jurídico vigente a época de sua prolação. As alterações posteriores nesta situação, por óbvio trarão conseqüências jurídicas, possibilitando inclusive a apreciação destes novos fatos pelo Judiciário. Contudo, violação a coisa julgada não haverá, pois a apreciação não se dará com base na mesma ação, pois inexistirá a tríplice

identidade, vez que outra será a causa de pedir.

A existência da condição *rebus sic stantibus* está na verdade implícita em todas as sentenças, sendo que em algumas, como as citadas acima (alimentos e cautelares), essa condição se encontra apenas mais clara, seja por existência de um dispositivo legal ou pelas peculiaridades do processo. Importante, neste aspecto, a lição de Ovídio Baptista da Silva, citado por Gelson Amaro de Souza (2005, p. 30):

Toda sentença guarda, necessariamente, vinculação temporal com uma determinada conjunção de circunstâncias, de modo que todas elas trazem implícita a condição *rebus sic stantibus*. A sentença, qualquer que seja ela, sempre ‘reflete o estado jurídico e de fato que exista em certo momento’.

Lopes da Costa, utilizando-se dos ensinamentos de Savigny, citado por Luiz Orione Neto (2000, p. 273) também retrata a existência da condição *rebus sic stantibus* em todos os pronunciamentos judiciais, vez que estes sempre pressupõe uma certa fixação no tempo:

Toda sentença implica forçosamente uma certa fixação de tempo. A decisão do juiz se refere ao tempo para ela atual. Mudanças ulteriores lhe serão necessariamente estranhas, pois a autoridade da coisa julgada não poderia exercer influência alguma sobre um litígio relativo a fatos supervenientes ao julgamento.

Assim, não há como se utilizar a existência da condição *rebus sic stantibus* na sentença para se concluir pela inexistência da coisa julgada, porque todas as sentenças possuem tal condição implícita em seu bojo. E não poderia ser diferente, vez que a decisão judicial retrata o momento em que é proferida, calcada em fatos contemporâneos ao *decisum*. Entender em sentido contrário seria exigir poderes adivinhatórios do magistrado. Neste sentido as palavras de Luiz Orione Neto (2000, 278):

Não há exclusão ou sequer, como algumas vezes foi sugerido, “atenuação” do princípio geral, submetendo-se essas decisões ao regime comum dos julgamentos de mérito no que concerne a *res iudicata*. O processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem, imobilizando, determinado momento da relação jurídica. Tudo o que venha a ocorrer depois, visto que do juiz não se podem esperar poderes divinatorios, está fora do alcance da sentença e da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito não se exerceu a *cognitio* e muito menos *iudicium*.

Sob essa ótica, estaria-se a falar em mais um limite da coisa julgada. Além do limite objetivo e do limite subjetivo, existiria também um limite temporal, caracterizado como ensina José Maria Tesheiner (2001, p. 162), com base em Egas Moniz de Aragão, na “fixação do momento a partir do qual fatos novos possam vir a constituir causa de pedir superveniente”. Obviamente, os limites objetivos, subjetivos e temporais da coisa julgada não possuem o condão de descaracterizá-la.

5. A coisa julgada e o processo cautelar

Após a análise do momento atual e das tendências do processo moderno, passando pelas peculiaridades do processo cautelar e realizando uma breve análise acerca da coisa julgada, pode-se agora tratar das questões controvertidas que envolvem a produção de coisa julgada (sempre no sentido material) no processo cautelar.

Talvez um dos temas mais debatido pela doutrina ao longo das últimas décadas, a produção ou não de coisa julgada no processo cautelar, tem dividido a opinião de grandes processualistas brasileiros, ressaltando-se que a expressiva maioria é partidária da inexistência da coisa julgada nestes casos.

Humberto Theodoro Junior (2000, p. 176) afirma que:

No sistema do código vigente a coisa julgada só se refere ao mérito da causa (art. 468), entendido este como sinônimo da *lide*, ou conflito de interesse qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. [...] Como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da *lide* (conflito de interesses, que é objeto da ação principal), a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, conseqüentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico.

Negando ainda a existência de coisa julgada no processo cautelar, temos a opinião de Luiz Rodrigues Wambier (et al) (2004, p. 31), no sentido de que, no processo cautelar, a decisão proferida é provisória (provisoriidade) e baseada em aparência de bom direito (*fumus boni iuris*), motivo pelo qual não transita em julgado, sendo autônoma diante do processo principal, embora com ele guarde relação de instrumentalidade.

Pode-se citar ainda os dizeres de Galeno Lacerda (1998, p. 288), que além de externar sua posição no sentido contrário da existência de coisa julgada material no processo cautelar ainda descreve idêntico posicionamento de Liebman:

Não há coisa julgada material na concessão, ou não, de medida cautelar, porque o juízo sobre as necessidades de segurança prévia não se estende à totalidade da lide, à existência ou não da relação jurídica material e do direito subjetivo material alegado (V. comentário ao art. 796, nº 10). Como afirma Liebman, o objeto da decisão cautelar e sua natural variabilidade e temporariedade excluem a duração de eficácia que caracteriza a coisa julgada material.

As transcrições acima demonstram o posicionamento de alguns dos processualistas que entendem inexistir coisa julgada no processo cautelar. A esta lista podemos acrescentar outros processualistas como Ovídio A. Baptista da Silva, Pestana Aguiar, Willard de Castro Villar e Luiz Guilherme Marinoni (ORIONE NETO, 2000, p. 265-267).

Além disso, a jurisprudência também se inclina no sentido de inexistência de coisa julgada nos processos cautelares:

“Decisões proferidas em processos preparatórios não produzem coisa julgada”. (Lex – JTJ 190/259, *apud* ORIONE NETO, 2000. p. 268)

“A decisão que aprecia medida cautelar não examina o *meritum causae* e nem produz coisa julgada material, dela não cabendo ação rescisória, só admissível contra as decisões de mérito, a teor do art. 485 do CPC”. (RT 614/71, *apud* ORIONE NETO, 2000. p. 444/445).

Apesar do acima exposto, procedendo-se a análise mais aprofundada das peculiaridades do processo cautelar, chega-se à conclusão inversa, em que pese o grande valor dos posicionamentos contrários. Nossa conclusão é no sentido de que o processo cautelar faz sim coisa julgada material, apesar de suas características próprias.

Na verdade, como se pode perceber da transcrição do pensamento de Humberto Theodoro Junior e Galeno Lacerda, por exemplo, o fundamento da inexistência da coisa julgada material no processo cautelar decorreria da ausência de lide para o primeiro e da não extensão da cognição sobre a relação jurídica material e sobre o direito subjetivo material alegado, para o segundo.

Com todo o respeito, não parece que esta fundamentação seja razoável. Ante a já citada instrumentalidade e autonomia do processo cautelar não se pode fundamentar a inexistência de coisa julgada em virtude deste não analisar o direito material ou a lide do processo principal. Tal fato é indiscutível. A instrumentalidade e a autonomia demonstram a diversidade de objetos e a autonomia técnica do processo cautelar. Assim, efetivamente, este não analisa

o mérito e a lide da demanda dita principal, mas analisa sim o mérito e a lide cautelar, os quais também já restaram demonstrados acima.

Neste sentido as palavras de Luiz Orione Neto (2000, p. 269):

Um dos equívocos graves em que incorrem os autores que não admitem coisa julgada material no feito cautelar, está em confundir o objeto da cautelar com o do principal, ou seja, o contraste é feito entre a tutela preventiva e a principal, quando deveria sê-lo apenas entre ações preventivas.

Sérgio Shimura, citado por Luiz Orione Neto (2000, p. 270), com maestria aborda a situação:

Para verificar se no processo cautelar a sentença faz coisa julgada material, não se pode, evidentemente, examinar os efeitos que ela possa exercer sobre o processo da ação principal, simplesmente porque os objetos dos pedidos em uma e outra dessas ações são de todo diverso. Na principal, é a satisfação do direito que se pretende; na cautelar, apenas a garantia da execução futura.

Logo, realmente, não há julgamento da lide principal, mas há julgamento da lide cautelar, que no tocante ao seu mérito, *fumus boni iuris e periculum in mora*, faz coisa julgada, a qual atinge a situação de perigo.

Outro tópico que necessariamente necessita ser rebatido, refere-se à possibilidade de revogação e modificação do provimento cautelar como elemento proibitivo de formação da coisa julgada. Tal posicionamento deixa de analisar o fato de que tal revogação ou modificação só pode ser realizada com base em fatos diversos daqueles que embasaram a primeira decisão cautelar.

Portanto, considerando que a coisa julgada somente ocorre quando verificada a tríplice identidade da ação (partes, causa de pedir e pedido), a partir do momento em que se alteram os fundamentos, nova causa de pedir haverá e, portanto, a coisa julgada não se formará, mas não porque se trata de processo cautelar, mas sim porque um dos elementos da tríplice identidade não se encontra presente. A conclusão firmada em curso de especialização da PUC/SP, com opiniões dos professores Arruda Alvim, Donaldo Armelin, Galeno Lacerda e Sérgio Rizzi, como nos informa Luiz Orione Neto (2000, p. 270), foi no sentido de que “o significado de novo fundamento é o de fundamento (*causa petendi*) diverso, diferente, não invocado, conquanto contemporâneo mesmo ao primeiro pedido”. Frise-se apenas que nestas mesmas conclusões referidos professores entenderam pela inexistência de coisa julgada material no processo cautelar.

Como a sentença proferida no processo cautelar não pode ser

modificada ou revogada a não ser no caso de existência de novos fundamentos, ela se caracteriza como definida e estável. Exatamente por isso, pode-se afirmar que existe coisa julgada no processo cautelar. Neste sentido Luiz Orione Neto (2000, p. 270) traz interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que ao tentar negar a existência da coisa julgada no processo cautelar, acabou contradizendo-se e confirmando a sua existência:

A sentença proferida em processo cautelar, embora não faça coisa julgada, cria uma situação jurídica definida e estável, que só pode ser revogada se ocorrerem fatos ou direitos novos. [...] Realmente, se no caso da cessação da eficácia da medida vedada é à parte a repetição do pedido, salvo por novo fundamento (parágrafo único do art. 808 do CPC), a mesma solução deve ser dada à hipótese de indeferimento, em que a requerente, usando de artifícios, procura obter o que lhe foi negado por sentença irrecorrível proferida em outro juízo. A lide ajuizada na 5ª Vara é repetição da que foi redistribuída à 1ª Vara, de modo que o juiz não poderia, “data vênia”, decidir diversamente.

Com todo o respeito aos que entendem ao contrário, mas o julgamento acima é a prova prática da existência da coisa julgada no processo cautelar. Por que o segundo processo não poderia ser julgado de forma diversa do primeiro? Pelo simples e objetivo fato de haver coisa julgada encobrendo a matéria, tornando-a imutável.

Na verdade, mesmo partindo-se da premissa que a sentença no processo cautelar seja provida da qualidade *rebus sic stantibus*, isso de forma alguma possibilita dizer que a mesma não faz coisa julgada. Para elucidar tal questão as palavras do mestre Egas Moniz de Aragão (1992, p. 279), que se pronunciou sobre outra modalidade de sentença *rebus sic stantibus*, mas cuja lição, *mutatis mutantis*, é esclarecedora também para análise das cautelares:

Não se afigura correta a tese de as sentenças proferidas sobre alimentos, ou prolatadas *rebus sic stantibus*, porque sujeitas ao contido no inc. I da disposição em exame, não fazerem coisa julgada material. Se assim fosse, tão logo encerrado o processo respectivo poderia o interessado iniciar outro para obter o rejuízo da lide.

Nesse ponto não se pode deixar de citar as palavras do mestre baiano Calmon de Passos, citado por Luiz Orione Neto (2000, p. 276) ao tratar desta imutabilidade e da resistência da maioria da doutrina de classificá-la como coisa julgada:

Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é

imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência: Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito.

Luiz Edson Fachin (1988, p. 57), de igual forma, sustenta a produção de coisa julgada nas ações cautelares:

Em que pese, de um lado, a controvérsia doutrinária, e de outro, a opinião ainda dominante sobre a inexistência da coisa julgada no processo cautelar, há produção de coisa julgada nas efetivas ações cautelares (v. g. seqüestro, arresto, inominadas com esse caráter, [...]).

Portanto, em que pese os entendimentos contrários, o processo cautelar é apto sim à formação da coisa julgada material, sendo necessário, para tal compreensão, não se confundir a lide principal e a lide cautelar, medindo-se o efeito da medida cautelar em relação a eventual outra medida cautelar e não comparando-a ao processo principal. De igual forma, a possibilidade de revogação ou modificação da medida também não possui o condão de retirar a capacidade de produção de coisa julgada material do processo cautelar, pois esta modificação ou revogação só é permitida com base em novos fundamentos. Havendo novo fundamento, na verdade, se estará falando em nova *causa petendi* e, portanto, em nova ação, ante a ausência da tríplice identidade. Neste caso, a nova decisão estará se referindo a outra ação, não havendo qualquer violação à coisa julgada material produzida no primeiro processo.

6. Conclusão

Para a compreensão das questões acima é necessário compreender o momento atual, onde a doutrina, ciente de que mesmo através da cognição plena e exauriente é impossível se obter a “verdade” no processo, optou pela mitigação da chamada segurança jurídica, atacando primeiramente o procedimento ordinário e, agora, voltando suas atenções para a coisa julgada.

Neste aspecto, porém, não se pode deixar de considerar que a coisa julgada é além de fator jurídico, também fator político, elevado a nível constitucional, sendo elemento necessário à existência de um Estado Democrático de Direito. Logo, não se pode falar em relativizar os seus efeitos. O que se necessita, na verdade, é a realização de um estudo lógico e sistemático acerca do pronunciamento judicial proferido (cognição realizada, finalidade perseguida, etc.) e, conseqüentemente como se dá ante essas peculiaridades a produção da

coisa julgada.

No processo cautelar, para analisar se há ou não formação de coisa julgada, bem como o limite desta formação, necessário se faz a análise das peculiaridades da cautelar, mormente a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia, bem como a ciência de que o mérito desta demanda se resume ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Se o processo cautelar é instrumental e autônomo em relação ao processo dito principal, por óbvio, que o objeto de decisão é diverso, pois o primeiro analisa a situação de perigo e o segundo o direito material. Clarividente, portanto, que a sentença cautelar não faz coisa julgada no que concerne ao objeto da lide principal. Mas em relação a lide cautelar, ou seja, a situação de perigo exposta, há sim formação da coisa julgada, havendo a definitividade e estabilidade desta decisão.

O fato de se permitir a modificação ou revogação do provimento cautelar com base em novos fundamentos não é suficiente para a sustentação de inexistência de formação da coisa julgada. Na verdade, neste caso, os novos fatos corresponderiam à *causa petendi*. Portanto, a possibilidade de alteração não diria respeito à inexistência de coisa julgada do provimento anterior, pois se estaria diante de nova ação, ante a não configuração da tríplice identidade, por ausência de identidade entre a causa de pedir.

Conclui-se, portanto, que existe sim, coisa julgada material nos processos efetivamente cautelares, como por exemplo: arresto e seqüestro, sendo necessário, porém, analisar as peculiaridades da cautelar para verificar que algumas situações são diversas daquelas produzidas no processo de conhecimento, como por exemplo: a característica *rebus sic stantibus* das sentenças cautelares. Porém, tal diversidade não é motivo suficiente para se negar a produção de coisa julgada material.

7. Referências

ARAGÃO, E. M. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

CALAMANDREI, P. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

_____. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

COUTURE, E. J. **Fundamentos do direito processual civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

FACHIN, L. E. Coisa julgada no processo cautelar. **Revista de Processo**, a.13, n. 49, jan./mar. 1988.

LACERDA, G. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.

8, t. 1.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 3.

MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORIONE NETO, L. **Tratado das medidas cautelares**. São Paulo: Lejus, 2000. v. 3, t. 1.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, O. A. B. da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, G. A. de. Coisa julgada no processo cautelar. **Revista Jurídica**, n. 329, mar. 2005.

TESHEINER, J. M. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JUNIOR, H. **Processo cautelar**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2002.

WAMBIER, L. R. et al. **Curso avançado de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRECAUTIONARY PROCESS AND JUDGED THING

ABSTRACT: In the present level of evolution of the Civil Process Law, it is clear the doctrine and the legislator's option for the quenching of the juridical security factor in favor of the process speed and effectiveness. Such tendency concretized first in the attenuation of the process ordinariness and consequently the exhaust and complete cognition. Now the "Judged thing" is in vogue through the "relativism". However, the mitigation of the judged thing must be consummated with all the precaution, avoiding the commitment of the institute which is one of the bases in the Democratic State of Law and a simplistic solution. This article analyzes the issues of precautionary process and the formation of the judged thing, demonstrating the existence of the material judged thing which has its own characteristics due to the peculiarities of the process, constituting the *rebus sic stantibus* sentence. This sentence affects only the precautionary contest, that is, the relation of danger, obviously not interfering, only warning the material law of the main processes.

KEY WORDS: Judged Thing; Precautionary Process; Cognition; Juridical Security.

Artigo recebido para publicação: 20/02/2006
Received for publication on February 20 2006
Artigo aceito para publicação: 15/05/2006
Accepted for publication on May 15 2006

UNIVERSIDADE PARANAENSE

5^o

ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA FÓRUM DE PESQUISA



SEMEANDO NOVAS IDÉIAS

18 A 20 DE OUTUBRO 2006
SALÃO DE EVENTOS - CAMPUS III - UMUARAMA

ENVIO DE TRABALHOS
ATÉ 21 DE AGOSTO / 2006

INFORMAÇÕES: WWW.UNIPAR.BR / IPEAC@UNIPAR.BR / (44) 3621 - 2849

