HAL
open science

La tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuevo c.p.c. brasiliano : comparazione con il sistema francese e con quello italiano

Giovanni Bonato

▶ **To cite this version:**

Giovanni Bonato. La tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuevo c.p.c. brasiliano : comparazione con il sistema francese e con quello italiano. Judicium, 2016, 4, pp.65-128. hal-01546211

HAL Id: hal-01546211

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01546211v1

Submitted on 4 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

GIOVANNI BONATO

Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano[1]

1. Introduzione

Il presente scritto ha ad oggetto l'istituto della tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuovo codice di procedura civile brasiliano che, promulgato il 16 marzo 2015, è entrato in vigore, dopo un anno di *vacatio legis*, il 18 marzo del 2016[2].

---

[1] Si tratta della relazione, ampliata con le note e con altri riferimenti, esposta durante il Congresso «Sistemi processuali a confronto: il nuovo c.p.c. brasiliano tra tradizione e rinnovamento», svoltosi a Roma nei giorni 26, 27 e 28 di novembre 2015.

Questo studio è uno dei tanti scritti elaborati durante il mio soggiorno come professore visitante presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo (USP).

Dedico, pertanto, questo saggio: al Prof. José Rogério Cruz e Tucci per l'insegnamento, il sostegno, l'amicizia e l'accoglienza nella Facoltà di Largo São Francisco; al Prof. Heitor Vitor Mendonça Sica per l'appoggio, l'amicizia e per lo scambio di opinioni sul tema della tutela provvisoria in Brasile, Italia e Francia.

Ringrazio, altresì, il Prof. Érico Andrade della Università Federale di Minas Gerais per lo scambio di idee sulla tutela provvisoria e per avermi dato alcuni suggerimenti in merito al diritto brasiliano.

Avverto i lettori che quegli articoli del nuovo c.p.c. brasiliano e quelle citazioni di dottrina e giurisprudenza che saranno da noi tradotti costituiscono esclusivamente il frutto di una nostra libera traduzione.

[2] Tra i lavori in materia di stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza (alcuni dei quali scritti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice), segnaliamo senza pretesa di completezza: TALAMINI, Eduardo, *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a*

"monitorização" do processo civil brasileiro, in *Revista de Processo*, n. 209, julho 2012, p. 13 ss.; MITIDIERO, Daniel, *Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil*, in *Revista Magister de direito civil e processual*, n. 63, nov. dic. 2014, p. 23 ss.; ID., *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 773 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação da tutela*, 12° ed., São Paulo: RT, 2011; ID., *L'evoluzione della tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1353 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, São Paulo: RT, 2015, vol. 2; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da, *Tutelas de urgência satisfativas autônomas*, in *Revista de Processo*, vol. 227, jan. 2014, p. 141 ss.; THEODORO JR., Humberto, *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*, in *Revista de Processo*, n. 157, março 2008, p. 131 ss.; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, in *Revista de Processo*, vol. 206, abril 2012, p. 13 ss.; PAIM, Gustavo, *Estabilização da tutela antecipada*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012; GRECO, Leonardo, *A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015*, in FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. 4, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 199 ss.; ID., *Instituições de processo civil*, vol. II, 3° ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 351 ss.; MACHADO, Marcelo Pacheco, *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*, vol. 202, dez. 2011, p. 233 ss.; BARBOSA, Andrea Carla, *Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil. Breves comentários*, in *Revista de Processo*, n. 194, abr. 2011, p. 243 e ss.; FERREIRA, Vanessa Elisa Jacob, *A tutela de urgência no Brasil: uma proposta de releitura do sistema codificado à luz dos modelos italiano e argentino*, in THEODORO Jr., Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord.), *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 276; SOUZA, Artur César de, *Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC*, in *Revista de Processo*, v. 235, set. 2014, p. 151 ss.; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela*, in *Revista de Processo*, vol. 231, maio 2014, p. 125 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, 10° ed., vol. 2, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 561 ss.; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao* Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 2015; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, in *Revista do Advogado*, maio 2015, n. 126, p. 115; ID., *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, in FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. 4, cit., p. 177 ss.; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, in *Revista de Processo*, vol. 244, junho 2015, p. 167 ss., e in COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Roberto P. Campos Filho, (a cura di), *Tutela provisória*, Salvador: JusPodivm, 2016, (le citazioni saranno prese da quest'ultima pubblicazione); OLIVEIRA, Weber Luiz de, *Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?*, in *Revista de Processo*. vol. 242, 2015, p. 225 ss.; CIANCI, Mirna, *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, in *Revista de Processo*, vol. 247, 2015; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, in FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi, (a cura di), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. 4, cit., 2015, p. 61 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, in GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luis; OLIVEIRA, Zulmar Duarte de Jr., *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015*, São Paulo: Metodo editora, 2015; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2° ed., São Paulo: RT, 2016; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória: considerações gerais*, in *O novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, São Paulo: Gen-Atlas, 2015, p. 253 ss.; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, in *O novo Código de Processo Civil. Questões*

In via preliminare e salvo le ulteriori specificazioni che verranno fornite in seguito, è necessario ricordare – soprattutto pensando a dei lettori non brasiliani – che in Brasile per «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza» («*estabilização da tutela antecipada de urgência*»)[3], si intende la autonomia e l'indipendenza di quest'ultima dal giudizio a cognizione piena ed esauriente avente ad oggetto la tutela finale e definitiva[4]. Dal punto di

---

controvertidas, cit., p. 325 ss.; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, in THEDORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.), *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 179 ss.; ID., *Breves linhas sobre a tutela provisória*, in THEDORO Jr., Humberto (coord.), *Processo civil brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 79 ss.; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil. Estática e Dinâmica*, São Paulo: RT, 2015, spec. p. 205 ss.; NEVES, Daniel Amorin Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 487 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel, *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, in *Revista de Processo*, vol. 247, set. 2015, p. 63 ss.; ID., *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 8° ed., São Paulo: Malheiros, 2016; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2016; TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, São Paulo: RT, 2014, p. 159 ss.; ID., *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, in FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. 4, cit., p. 23 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, dissertação mestrado USP, 2016; YARSHELL, Flávio Luiz, *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças? (IX)*, in *www.cartaforense.com.br*, acesso 14.06.2016; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, São Paulo: RT, 2016; GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rogério Rudiniki, *Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas*, in FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. 4, cit., p. 161 ss.; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, 16° ed., vol. 2, São Paulo: RT, 2016, p. 859 ss.; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O nosso processo civil brasileiro*, 2° ed., São Paulo: Gen Atlas, 2016, p. 161 ss.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Direito processual civil contemporâneo*, 6° ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 522 ss.; NEVES, Daniel Amorin Assumpção, *Manual de dirito processual civil*, 8° ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 449 ss.; COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, in STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre, (a cura di), *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426 ss.; MEDINA, José Miguel Garcia, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: RT, 2015; ID., *Direito processual civil moderno*, 2° ed., São Paulo: RT, 2016; DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, 19° ed., São Paulo: Gen Atlas, 2016; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, in *Studi in onore di Nicola Picardi*, Milano: Giuffè, 2016 (in corso di pubblicazione).

[3] La *tutela antecipada de urgência* nel diritto brasiliano corrisponde, sostanzialmente, alla tutela cautelare anticipatoria del sistema italiano, come vedremo nel par. 4 di questo scritto.

[4] Sulla nozione di tutela finale e definitiva vedi *infra* par. 4.

In dottrina si parla anche solo di «stabilizzazione della tutela anticipatoria». In questi termini si veda: PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, in *Revista de processo*, n. 121, mar 2005, p. 11 ss., e in ID., *O processo: estudos e pareceres*, São Paulo: DJP, 2006, p. 30 ss. Per l'utilizzo della stessa espressione si vedano anche: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 115; OLIVEIRA, Weber Luiz de, *Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?*, cit., p. 225 ss. Parla di "stabilizzazione delle tutele di urgenza" BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Estabilização das tutelas de urgência*, in YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de, (a cura di), *Estudos em homenagem a*

vista degli effetti del provvedimento, con la formula «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza», si indica l'idoneità di tale atto ad essere – qualora ricorrano le condizioni indicate dalla legge – una «decisione giudiziale capace di regolare la crisi di diritto sostanziale, anche dopo l'estinzione del processo precedente e senza la prosecuzione del processo principale o di cognizione piena»[5]. Si tratta, quindi, di una «stabilizzazione degli effetti del provvedimento anticipatorio satisfattivo»[6], fenomeno descritto anche come efficacia ultrattiva dell'atto in discorso[7], che viene, in altre parole, dotato di una durata indeterminata[8].

La possibilità di ottenere in Brasile un provvedimento anticipatorio di urgenza con effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, che vanno al di là del processo in cui l'atto è stato

---

Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ, 2005, p. 660 ss.; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 218 ss.

[5] Si tratta della definizione data da THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 667, e da noi liberamente tradotta. Scrive l'A.: «*a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena*». Nello stesso senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 74.

[6] Così TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 159 ss. In senso analogo si vedano: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 563; NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., 2015, p. 862, secondo cui stabilizzazione significa che «*o efeito da medida, pois, não é meramente temporário, válido até a decisão do processo principal: ele ganha força mais ampla*»; MACHADO, Marcelo Pacheco, *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência. Análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil*, cit., p. 233, secondo cui «*a estabilização dos efeitos da tutela de urgência significa, neste caso, somente que a proteção jurídica deferida pelo juiz preservará seus efeitos por tempo indeterminado, até que decisão ulterior a revogue expressamente*».

Insieme al vocabolo «stabilizzazione», la dottrina brasiliana suole aggiungere anche quello di «autonomizzazione» («*autonomização*») della tutela anticipatoria di urgenza al fine di indicare che gli effetti del relativo provvedimento potranno perdurare nel tempo in maniera indefinita, a prescindere dalla prosecuzione del successivo giudizio di tutela finale. In questo senso si vedano: MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 787, ricorda che «*a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo*»; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 217. Secondo SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 186, nell'art. 304 il legislatore configura una «*tutela sumária definitiva*», che si contrappone alla «*tutela sumária provisória*».

[7] Parlano di ultrattatività di effetti della decisione: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 899; MEDINA, Jose Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado*, cit., p. 490; ID., *Direito processual civil moderno*, cit., p. 524

[8] Così WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., vol. 2, p. 891 ss.

emanato, costituisce una novità di rilievo[9] (rispetto al sistema previgente[10]) ed è sicuramente da apprezzare nell'ottica di una maggiore economia processuale, essendo divenuto meramente facoltativo lo svolgimento di un processo a cognizione piena ed esauriente sulla tutela finale[11]. Tuttavia, come vedremo, la disposizione, di cui all'art. 304 del nuovo c.p.c., ha già suscitato – tra gli studiosi brasiliani – dubbi, critiche e perplessità che, come vedremo, sono in parte condivisibili[12].

Ciò detto, la scelta di analizzare – durante un congresso dedicato al confronto tra sistemi processuali – l'istituto della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza dipende non solo dall'importanza che riveste tale tecnica processuale all'interno del nuovo processo civile brasiliano[13], ma anche dall'interesse scientifico di effettuare un'indagine comparativa del richiamato meccanismo in Brasile, in Francia e in Italia[14].

Infatti, come già indicato da più parti in dottrina e come, d'altra parte, riconosciuto espressamente nella Relazione di accompagnamento della prima versione del progetto di

---

[9] Già da tempo la dottrina aveva messo in luce la necessità di introdurre un meccanismo di stabilizzazione dei provvedimenti anticipatori, si vedano: PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Proposta de alteração ao código de processo civil justificativa*, in *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, 1997, p. 191 ss.; ID., *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, cit., p. 11 ss.; RICCI, Edoardo Flavio, *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*, traduzione di TUCCI, José Rogério Cruz e, in *Gênesis Revista de Direito Processual*, v. 6, 1997; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Estabilização das tutelas de urgência*, cit., p. 660.

[10] Il codice del 1973 limitava, infatti, l'efficacia del provvedimento di urgenza al processo in cui era stato concesso. Si vedano sul punto: REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, cit., p. 193 ss.

[11] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 895, considera la tecnica della stabilizzazione come «proporzionale e ragionevole», in quanto evita la proposizione di processi inutili, pur non nascondendo la propria sfiducia quanto alla sua effettiva utilità.

[12] Come riferisce DINAMARCO, Cândido Rangel, *O novo Cógido de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, cit., p. 63 ss, spec. § 16; ID., *Instituições de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 62, secondo cui: «*As disposições contidas no art. 304 e seus parágrafos vêm dando origem a muitas dúvidas, questionamentos e críticas ao Código, especialmente em razão das incertezas que ficaram no ar*». In senso parimenti critico si veda MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4, che parla di un trattamento normativo del tutto inadeguato per la tutela di urgenza nel nuovo c.p.c.

[13] La dottrina brasiliana riconosce, infatti, che il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria costituisca una delle principali novità del codice del 2015, in questo senso: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, § 12, in *www.judicium.it*; THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 27.

[14] Già prima della entrata in vigore del nuovo c.p.c. brasiliano autorevole dottrina si era cimentata nell'effettuare uno studio comparatistico della tutela anticipatoria di urgenza tra Brasile, Francia, Italia e altri ordinamenti ordinamenti europei, si vedano: THEODORO JR., Humberto, *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*, cit., p. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., p. 13 ss. Per un utile e approfondito raffronto tra la tutela sommaria in Italia e in Brasile, segnaliamo ANDRADE, Érico, *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*, in *Revista de Processo*, vol. 179, jan. 2010, p. 175 ss.

nuovo codice[15], il modello che ha servito di ispirazione al legislatore brasiliano, per dettare le disposizioni sulla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, è stato quello dei *référés* francesi, che, storicamente, si caratterizza per la sua autonomia e indipendenza rispetto al successivo giudizio principale di merito[16]. Tale modello francese, come noto, è stato preso come riferimento anche in Italia per l'elaborazione delle riforme del 2003 e del 2005 per l'introduzione della c.d. strumentalità cautelare «attenuata o debole» dei provvedimenti di urgenza, dei provvedimenti emessi a seguito di denunzia di nuova opera o di danno temuto e dei provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (menzionati dall'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c.), nonché dell'abrogato procedimento sommario di cognizione del processo societario dell'art. 19 del decreto legislativo n. 5 del 2003[17]. Tuttavia, come vedremo nel corso della presente indagine, la tecnica brasiliana della stabilizzazione, adottata nella definitiva e vigente versione del codice di rito, diverge per alcuni aspetti dal modello del «provvisorio indipendente»[18] che caratterizza i *référé* francesi, così come dall'efficacia indefinitamente protratta posseduta dai provvedimenti cautelari dell'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c. italiano[19]: la discrepanza riguarda, in particolare, una

---

[15] Nell'esposizione dei motivi del Progetto di nuovo codice elaborato dalla Commissione di Giuristi nominata con atto della Presidenza del Senato Federale n. 379 del 2009 si legge: « (…) il nuovo codice di procedura civile, inspirandosi al sistema italiano e a quello francese, ha creato la stabilizzazione della tutela (…) che permette di mantenere l'efficacia della misura di urgenza, o di anticipatoria di tutela, fino a quando venga eventualmente proposta impugnazione dalla parte contraria». Si tratta di una nostra libera traduzione della seguente frase in lingua originale: « (...) *o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela (...), que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária*» (p. 29).

[16] Come riconosciuto da più parti il modello di riferimento per l'elaborazione della stabilizzazione è stato quello franco-italiano, si vedano in questo senso: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipata"*, cit., p. 180; ID., *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, cit., § 12; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, cit., p. 337: «*a tutela antecipada aproximou-se dos référés previstos nos ordenamentos jurídicos belga, francês e luxemburguês e da tutela antecipada do direito italiano, ao deixar de impor, em todos os casos, o exame definitivo na sentença de mérito*»; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 16.

[17] Sulla influenza del diritto francese quanto alla elaborazione delle riforme italiane del 2003 e del 2005 rispetto alla strumentalità cautelare attenuata e all'abrogato procedimento sommario societario dell'art. 19 del d.lgs. n.5 del 2003, sia permesso di rinviare a BONATO, Giovanni, *I* référés *nell'ordinamento francese*, in CARRATTA, Antonio (coord.), *La tutela somaria in Europa*, Napoli: Jovene, 2012, p. 35 ss., spec. p. 67 ss; ID., *Os* référés *no ordenamento francês*, in *Revista de Processo*, n. 254, 2016, § 11.

[18] Per l'utilizzo dell'espressione «provvisorio indipendente» si veda CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris : LGDJ, 2007, p. 224.

[19] Per l'utilizzo della formula «efficacia provvisoria indefinitamente protatta» si vedano: MANDRIOLI, Crisanto, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano: Giuffré, 1953, p. 146;

certa incontrovertibilità e immutabilità di cui pare essere dotato il provvedimento anticipatorio di urgenza brasiliano e che, al contrario, è assente sia in Francia nel provvedimento di *référé* che in Italia nel provvedimento cautelare a strumentalità attenuata[20].

Per mettere in rilievo convergenze e divergenze tra i tre sistemi giuridici in esame e, quindi, comprendere meglio la soluzione normativa adottata dal codice brasiliano con riferimento alla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, sarà necessario ricordare, brevemente, la disciplina francese dei *référés* e quella italiana della tutela cautelare, per poi passare a descrivere il regime generale della tutela provvisoria in Brasile, trattando, in particolare, del procedimento relativo alla tutela anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente. Avremo, quindi, le nozioni per poter poi affrontare il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, analizzando il suo ambito di applicazione, i suoi presupposti e, infine, e gli effetti e l'immutabilità del provvedimento.

2. I *référés* in Francia

Non possiamo, in questa sede, analizzare in maniera esaustiva l'istituto francese del *référé*[21], la cui trattazione ha, pertanto, la sola finalità di ricordare alcuni aspetti essenziali che

---

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, 23° ed., Torino: Giappichelli, 2014, vol. I, p. 22, e vol. IV, p. 265 e 266.

[20] La discrepanza tra il modello franco-italiano della stabilizzazione e quello brasiliano del c.p.c. del 2015 è stata messo in luce dalla dottrina più attenta, si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., p. 217; MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 789; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, cit., p. 208. Si è, infatti e giustamente, parlato (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 303*, cit., p. 891), di un'introduzione «confusa» nell'ordinamento brasiliano della tecnica italiana della stabilizzazione degli effetti della tutela anticipata.

[21] Abbiamo, infatti, già analizzato l'istituto francese in altra occasione, si veda BONATO, Giovanni, *I* référés *nell'ordinamento francese*, cit., p. 35 ss. La letterutura sul punto è molto ampia, si vedano, senza pretesa di completezza: PERROT, Roger, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse: Université Toulouse 1, 1981, p. 645 e ss.; LEFEUVRE Claudie, *Le référé en droit des sociétés*, Aix-en-provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006; STRICKLER, Yves, *Référés*, in CADIET, Loïc (a cura di), *Dictionaire de la justice*, Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 1127 e ss.; CAYROL, Nicolas, *Référé civil*, in *Répertoire procédure civile*, Paris: Dalloz, 2006; CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, cit., *passim*; VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, *Les*

potranno essere utili per comprendere la tecnica brasiliana della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza[22].

La nascita ufficiale dell'istituto in questione viene fatta risalire all'Editto Reale del 22 gennaio del 1685 sulla procedura dello *Châtelet* di Parigi; il *référé* venne, successivamente, disciplinato dal c.p.c. del 1806[23] e poi dal vigente c.p.c. del 1975, nel cui primo libro troviamo la definizione e regole generali dell'istituto relative alla domanda, al procedimento, all'ordinanza e alla sua impugnabilità, mentre nel secondo libro vengono disciplinate le diverse figure di *référés*, tra cui vale la pena menzionare: il *référé classique* dell'art. 808, fondanto sull'urgenza; il *référé de remise en état* dell'art. 809, comma 1; il *référé provision* dell'art. 809, comma 2, fondato sull'evidenza; il *référé préventif* o *probatorie* dell'art. 145 c.p.c.[24].

Inteso quale categoria generale, il *référé* si caratterizza per due tratti essenziali, tra cui ricordiamo: la sommarietà del procedimento, in cui viene in ogni caso assicurato il

---

référés, 2ª ed., Paris: LexisNexis, 2006, p. 2; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile, *Procédure civile*, 29ª ed., Paris: Dalloz, 2008, p. 310; THEODORO JR., Humberto, *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*, cit., pp. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., p. 13 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 36 ss.; PAIM, Gustavo Bohrer, *O référé francês*, in *Revista de processo*, n. 203, fev. 2012, p. 99 ss.; ID., *Estabilização da tutela antecipada*, cit., 2012; MITIDIERO, Daniel, *Antecipação da tutela*, 2° ed., São Paulo: RT, 2014, p. 70 ss.; SILVESTRI, Caterina. *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino: Giappichelli, 2005; JOMMI, Alessandro, *Il référé provision*, Torino: Giappichelli, 2005; BUONCRISTIANI, Dino, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pre-giudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2006, p. 514 ss.; D'AMICO, Valerio, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 875 e ss.; ID. *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte seconda)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 253 e ss.; TISCINI, Roberta, *I provvedimenti senza accertamento*, Torino: Giappichelli, 2009.

[22] Utilizzeremo, pertanto, una delle finalità del diritto comparato, ossia quella di analizzare un sistema straniero al fine di comprendere e interpretare meglio un istituto di diritto interno. Sulle varie finalità della comparazione giuridica si vedano: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 6° ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 159 ss.; TARUFFO, Michele, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 345 ss.; DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4° ed. italiana a cura di SACCO, Rodolfo, Padova: Cedam, 2004, p. 3 ss.; VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto di civil law common law*, 4° ed., Torino, 2010, p. 19 ss.; GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, VOGEL, Louis, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris: LGDJ, 2014, p. 1 ss.

[23] Per l'evoluzione storica dell'istituto del *référé* si vedano: MEIJERS, Eduard Maurits, *Le développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1948, p. 266 e ss.; PERROT, Roger, *L'évolution des référés*, cit., p. 648 ss.

[24] Non è questa la sede per distinguere i vari tipi di *référés*, rinviamo, pertanto, a VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, *Les référés*, cit., *passim*.

contraddittorio tra le parti[25]; la provvisorietà del provvedimento (prevista dall'art. 484 c.p.c.[26]), da cui deriva l'inidoneità di quest'ultimo a produrre l'autorità di cosa giudicata «*au principal*» (nel merito), come espressamente disposto dall'art. 488, comma 1, c.p.c.[27]. Pur non vincolando il giudice chiamato a decidere il merito della controversia, le ordinanze di *référé* sono dotate della c.d. «autorità di cosa giudicata provvisoria» che crea un vincolo rispetto allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento. Dispone a questo riguardo l'art. 488, comma 2, che l'ordinanza di *référé* «non può essere modificata o revocata se non in caso di nuove circostanze»[28].

Quanto agli aspetti temporali dell'efficacia dell'ordinanza di *référé*, il codice francese non contiene nessuna disposizione espressa al riguardo. Nel silenzio della legge, l'interpretazione dominante di giurisprudenza e dottrina è sempre stata quella di assegnare all'ordinanza di *référé* una vita autonoma rispetto al giudizio principale di merito: è, pertanto, un provvedimento dotato di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, che – in base alla terminologia italiana – possiamo definire come efficacia indefinitamente protratta. In ragione della riconosciuta autonomia e indipendenza del provvedimento di *référé* da un successivo

---

[25] Parla di «*procédure sommaire*» in relazione al *référé* CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., pp. 245-246; sul punto si veda anche TISCINI, Roberta, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., pp. 244-245, secondo cui «si tratta di un rito la cui sommarietà trova risposta in una regolamentazione piuttosto scarna».

Ricordiamo che il codice francese contempla anche la figura del provvedimento provvisorio, con finalità cautelare, concesso senza la preventiva instaurazione del contraddittorio. Si tratta del procedimento dell'*ordonnance sur requête*, di cui agli artt. 493-498 c.p.c., che si svolge *inaudita altera parte* e che viene introdotto appunto con una *requête*; procedimento che si conclude con una decisione provvisoria «*rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*» (art. 493). I presupposti per ottenere un'*ordonnance sur requête* francese sono quelli dell'estrema urgenza e dell'effetto sorpresa. L'art. 496, comma 2, nei confronti dell'*ordonnance sur requête* di accoglimento prevede la possibilità per la parte interessata di instaurare il contraddittorio attraverso il c.d. procedimento del *référé-rétractation*.

[26] L'art. 484 dispone espressamente che: «L'ordinanza di *référé* è una decisione provvisoria (…)».

[27] Sul carattere provvisorio del provvedimento di *référé* si veda: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ.*, 1992, II, 49. La provvisorietà dell'ordinanza in questione costituisce la contropartita della perdita delle garanzie processuali derivanti dalla sommarietà del procedimento, come riconosciuto da VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier, *Les référés*, cit., p. 193. Da ricordare che il Rapporto sulla *Célérité et qualité de la justice*, del 15 giugno 2004, presentato da Jean-Claude Magendi (all'epoca presidente della Corte d'appello di Parigi) conteneva una proposta tendente a trasformare il *référé* in procedimento decisorio sommario, attribuendo alla relativa ordinanza l'autorità di cosa giudicata «*au principal*», dopo il decorso di un certo termine. Tale proposta non diede, tuttavia, luogo a nessuna modifica legislativa. Il testo del Rapporto Magendie può essere letto in *http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml*

[28] Sulla c.d. autorità di cosa giudicata provvisoria dell'ordinanza di *référé* si vedano: CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 294, CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI AMRANI, Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris: Presses Universitaire de France, 2010, p. 896.

giudizio di merito a cognizione piena ed esauriente, il modello in questione viene denominato come sistema del «provvisorio indipendente»[29].

Pur essendo godendo di vita illimitata, il contenuto dell'ordinanza di *référé* può essere ridiscusso e modificato attraverso l'instaurazione di un autonomo processo di merito, per la cui proposizione non sono previsti termini processuali[30]. Comunque, in ragione della descritta efficacia indefinitamente protratta nel tempo del provvedimento in analisi, si afferma generalmente che un'ordinanza di *référé*, anche se provvisoria, può divenire in via di fatto irrevocabile[31], in conseguenza della mancata proposizione dell'autonoma azione per

---

[29] Su cui si vedano: CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 663; D'AMICO, Valerio, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, I, cit., p. 899 e ss.

Pur essendo assolutamente prevalente, il modello del provvisorio indipendente non è di applicazione generale. Esistono delle ipotesi – seppur residuali e di scarsa applicazione pratica – in cui il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza di *référé* viene condizionato alla proposizione di un successivo giudizio di merito. Il provvedimento di *référé* viene, quindi, dotato di un'efficacia solo temporanea; per tale motivo di parla di un modello di «provvisorio dipendente» (CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 663). Da un lato, è presente un orientamento giurisprudenziale che tende a subordinare il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza di *référé* alla proposizione di un successivo giudizio di merito, attribuendo al provvedimento in esame un'efficacia temporanea, si vedano: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ*., 1992, 49; App. Paris, 13 marzo, 1996, in *JCP*, 1996, II, n. 22632; TGI Paris, (*ord. référé*), 13 e 18 ottobre 1997, in *JCP*, 1997, II, n. 22964; TGI Paris, (*ord. référé*), 9 giugno 1998, in *D. aff*., 1998, 1702. Dall'altro lato, non mancano delle ipotesi normative in cui il legislatore ha preferito vincolare la sorte di un provvedimento di *référé* ad un giudizio di merito, come in materia di proprietà intellettuale o in materia di concorrenza; ipotesi normative menzionate da CHAINAIS, Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 613 ss., alla quale si rinvia.

[30] Il processo di merito a cognizione piena instaurato per ridiscutere il contenuto dell'ordinanza di *référé* non viene qualificato come un mezzo di impugnazione del provvedimento; si tratta, infatti, di un processo distinto, introdotto da un'autonoma domanda per giudicare sulla stessa pretesa oggetto del provvedimento provvisorio e non per confermare o meno quest'ultimo (in questo senso si veda, tra gli altri, BOUTY, Cédric, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Paris: LGDJ, 2008, p. 79).

Pur essendo il procedimento di *référé* e quello di merito autonomi, il carattere provvisorio del primo comporta una forma di subordinazione del giudice del *référé* al giudice di merito: la decisione resa «*au principal*» è destinata a sostituire quella di *référé*, che diverrà caduca per «*perte de fondement juridique*», si veda in tal senso: Cass., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ*., 2006, 142 ss.; Cass., 13 luglio 2005, in *Bull. civ*., 2005, II, 197, secondo cui «*le fond s'imposant au référé dont les décisions sont provisoires, la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé*».

[31] Sul punto si vedano: PERROT, Roger, *L'évolution de référé*, cit., p. 647, secondo cui «*les décisions, provisoires en théorie, sont souvent définitives en fait, dans la mesure où elles s'inscrivent dans le temps de façon irréversible*»; NORMAND, Jacques, *Les facteurs d'accélérations en procédure civile*, cit., p. 429; MELIN SOUCRAMANIEN, Berangère, *Le juge des référés*, cit., p. 371; BOUTY, Cédric, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, cit., p. 79; CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire dans le process civil en droit français et italien*, cit., p. 402.

ridiscutere il contenuto del provvedimento e, altresí, per effetto del decorso dei termini di prescrizione e decadenza di diritto sostanziale[32].

3. I provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata in Italia

Come noto, il descritto sistema dei *référés* francesi ha «sedotto» il legislatore italiano degli ultimi anni rispetto alle riforme in materia di tutela sommaria[33].

Da un lato, è stata mutuata dalla Francia la regola dell'indipendenza del procedimento di *référé* dal giudizio di merito in riferimento all'«attenuazione» (chiamato anche «allentamento») del vincolo della strumentalità cautelare, di cui agli artt. 23 e 24, d.lgs. n. 5 del 2003 (attualmente abrogati dalla legge n. 69 del 2009) e all'art. 669 *octies* c.p.c. italiano (come modificato dalla legge n. 80 del 2005 e dalla legge n. 69 del 2009); dall'altro lato, è stato preso come modello di riferimento il *référé provision* per l'introduzione del procedimento sommario del rito societario, di cui all'art. 19, del d.lgs. n. 5 del 2003 (parimenti abrogato dalla legge n. 69 del 2009)[34].

---

[32] THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., § 2; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 52 ss.

[33] È opportuno ricordare che nel sistema italiano si rinvengono tre tipi di procedimenti sommari contenziosi: i sommari con funzione decisoria che si concludono con dei provvedimenti idonei a produrre la cosa giudicata materiale; i sommari con funzione esclusivamente esecutiva che si concludono con dei provvedimenti «idonei solo a consentire la veloce formazione di un titolo giudiziale esecutivo, ma non anche a produrre il giudicato sostanziale»; i sommari con funzione cautelare che si concludono con dei provvedimenti idonei a «tutelare provvisoriamente il diritto controverso in via strumentale, ovvero in attesa di ottenere la tutela a cognizione piena ed esauriente». Per questa sistematica rinviamo allo studio di CARRATTA, Antonio, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID., *La tutela sommaria in Europa – Studi*, cit., p. 1 ss., spec. p. 16; ID., *Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria*, in ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista, (a cura di), *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317 ss.

[34] Riconoscono l'influenza francese sulle riforme relative ai procedimenti cautelari e sommari non decisori, tra gli altri: SASSANI, Bruno, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista, (a cura di), *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, cit., p. 381 ss., spec. p. 398 ss.; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 539; MONTELEONE, Girolamo, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé*, in CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo, (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova: Cedam, 2007, p. 454 ss., spec. pp. 457-458; QUERZOLA, Lea, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna: Bononia, 2006, p. 45 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 263.

Giova ricordare che già da tempo la dottrina italiana aveva «subito il fascino» dei *référé*. Il *référé provision* aveva, in particolare, attirato l'attenzione di coloro che auspicavano l'introduzione in Italia di «una

In ragione dell'abrogazione del procedimento sommario di cognizione dell'art. 19 del rito societario del d.lgs. n. 5 del 2003[35], concentreremo la nostra attenzione sulla attenuazione della strumentalità cautelare. A questo proposito, giova ricordare che è stata svincolata l'efficacia di alcuni provvedimenti cautelari dall'instaurazione e dalla prosecuzione del giudizio di merito, quali i provvedimenti d'urgenza, di cui all'art. 700 c.p.c., i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, di cui all'art. 668, gli altri «provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali» (art. 669 *octies*, comma 6)[36]. In relazione all'efficacia, il comma 9 del citato art. 669 *octies* stabilisce che: «l'autorità del provvedimento cautelare non

---

forma di tutela sommaria esecutiva, provvisoria e senza giudicato, di carattere atipico», tra cui: MENCHINI, Sergio, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ*., 2009, p. 367 ss., spec. 380 ss.; ID., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc*., 2006, p. 869; PROTO PISANI, Andrea, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it*., 1981, V, c. 226 ss., spec. c. 244; ID., *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino: Giappichelli, 2008, p. 699 ss., spec. p. 704; CAPONI, Remo, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano: Giuffré, 2005, vol. III, p. 1605 ss., spec. pp. 1636-1637. Un analogo interesse all'ordinamento francese avevano manifestato quegli autori favorevoli a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare – o almeno di alcuni di essi – dalla proposizione e dalla coltivazione del giudizio di merito. Si vedano per tale prospettiva, elaborata già prima dell'entrata in vigore delle riforme del 2003 e del 2005: CHIARLONI, Sergio, *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it*., 1990, V, c. 499 ss., spec. c. 501; PROTO PISANI, Andrea, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale: Premessa*, in *Foro it*., 1998, V, c. 8; ID., *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *ivi*, 2001, V, c. 89 ss., spec. c. 94. Anche alcuni progetti di riforma tendevano a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare dal giudizio di merito, si tratta del disegno di legge delega n. S/1463 del 1981 (c.d. progetto Liebman), in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1981, p. 675 ss. (su cui PICARDI, Nicola, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.: i processi speciali*, in *Riv. dir. proc*., 1982, 747 ss.), nonché del disegno di legge proposto dalla Commissione Tarzia nel 1996, in *Riv. dir. proc*., 1996, p. 948 ss., spec. p. 964 e p. 1016.

[35] Sul procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19 del rito societario la bibiografia è molto ampia, si rinvia, senza pretesa di completezza, a: LANFRANCHI, Lucio, *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*, in LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio, (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 47 ss.; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, in LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio, (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, cit., p. 89 ss.; DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio, (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, cit., p. 283 ss.

[36] Sulla strumentalità cautelare si vedano, tra gli altri: PUNZI, Carmine, *Il processo civile*, 2° ed., vol. III, Padova: Cedam, 2010, p. 50; RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, in CONSOLO, Claudio; CHIARLONI, Sergio, (a cura di), *I procedimenti speciali e sommari*, vol. II, 2006, Torino: UTET, p. 35 ss.; LUISO, Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, 8° ed., vol. IV, Milano: Giuffré, 2015, p. 221 ss., che parla di una strumentalità «forte» e di una strumentalità «debole»; CARRATTA, Antonio, *Profili sistematici della tutela cautelare*, in ID., (a cura di), *I procedimenti cautelari*, Bologna: Zanichelli, 2013, p. 53 ss.

Sulla progressiva perdita della strumentalità cautelare si vedano le considerazioni comparatistiche di MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação da tutela*, cit., p. 117 ss.

è invocabile in un diverso processo», da cui l'inidoneità a produrre la cosa giudicata materiale del provvedimento in questione, del quale la parte può chiedere la modifica o la revoca «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 669 *decies*)[37]. In base alle richiamate disposizioni, parimenti ai *référés* francesi anche i provvedimenti cautelari italiani, di cui all'art. 669 *octies*, comma 6, possono durare indefinitamente nel tempo e, in virtù di tale caratteristica, vengono definiti come provvedimenti ad «efficacia indefinitamente protatta»[38]. Ciò nonostante, tali provvedimenti conservano un carattere provvisorio, essendo soggetti a caducazione o assorbimento da parte della sentenza di merito (art. 669 *novies*), al pari di tutti i provvedimenti cautelari[39]. Sebbene si tratti di misure a durata indeterminata, i

---

[37] Sull'inidoneità al giudicato sostanziale, di cui all'art. 2909 c.c., dei provvedimenti cautelari, tra gli altri, si vedano: SASSANI, Bruno, *Lineamenti del processo civile italiano*, 4° ed., Milano, Giuffré, 2014, p. 647, il quale ricorda che la «stabilità dell'ordinanza cautelare non va però confusa con la stabilità propria della cosa giudicata»; PUNZI, Carmine, *Il processo civile*, vol. III, cit., p. 53; RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., p. 47 ss., cui si rinvia anche per l'istituto della revoca e modifica dei provvedimenti cautelari (p. 693 ss.); CARRATTA, Antonio, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134; ID., *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 50; MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 288; RICCI, Edoardo Flavio, *Verso un nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 251; TISCINI, Roberta, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 160 ss. In giurisprudenza Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, c. 766 ss.

[38] Per l'utilizzo della formula «efficacia provvisoria indefinitamente protatta» si vedano: MANDRIOLI, Crisanto, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, cit., p. 146; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 22, e vol. IV, p. 265 e 266.

[39] RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 54 ss.

In proposito è stata messa in luce, oltre alla comune durata indeterminata dell'ordinanza di *référé* e della misura cautelare anticipatoria italiana, anche l'analoga portata dell'art. 669 *octies*, comma 9, c.p.c. italiano («l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo») e dell'art. 488, comma 1, c.p.c. francese («*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*») rispetto all'inattitudine delle misure in discorso a vincolare il giudice del processo principale di merito (così RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 50). Analogia che sembra parimenti rinvenirsi in relazione alla revoca e modifica dei provvedimenti in esame: l'autorità di cosa giudicata «*au provisoire*» delle ordinanze di *référé* sarebbe assimilabile al «giudicato cautelare» delle misure cautelari; formule queste con le quali si suole designare quella – limitata e parziale – stabilità dei provvedimenti provvisori in questione, data dalla mancanza di quelle circostanze legittimanti le azioni di revoca o di modifica dell'atto, di cui agli artt. 488, comma 2, c.p.c. francese e 669 *decies* c.p.c. italiano. In questa direzione, si può richiamare la posizione di SALETTI, Achille, *Vers le référé en Italie*, in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges Normand*, Paris: Litec, 2004, p. 421, il quale rispetto ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata parla di «*autorité de la chose jugée au provisoire*» (p. 424). Sul c.d. «giudicato cautelare» si vedano: TISCINI, Roberta, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 165 ss., secondo cui l'espressione giudicato cautelare evoca «una certa stabilità» del provvedimento rispetto al potere di revoca e modifica, nonché ai limiti di riproposizione dell'istanza cautelare precedentemente rigettata; LUISO, Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 223, il quale parla del «giudicato cautelare» in relazione alla revoca e modifica del provvedimento cautelare, ricordando che si tratta, comunque, di una nozione utilizzata «in senso atecnico». Mentre per RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., p. 51 (nt. 220) e p. 577, il giudicato cautelare

provvedimenti cautelari italiani a strumentalità «attenuata» o «debole» – al pari dei *référés* francesi – restano, quindi, dotati di una «vita 'provvisoria'», in quanto – oltre a essere assoggettati all'azione di revoca e modifica – possono essere «travolti dal provvedimento definitivo o principale 'in attesa' o 'in vece' del quale sono stati emanati ed al quale sono funzionalmente 'preordinati'»[40]. Pertanto, in Italia come in Francia, la c.d. «stabilità di fatto» resta un elemento accidentale e estrinseco – dipendente dall'inerzia delle parti[41] – dei provvedimenti cautelari e dei *référés*, la cui essenza giuridica è data dalla loro provvisorietà, dalla loro c.d. «instabilità in diritto»[42], potendo essere rimessi in discussione da un successivo provvedimento definitivo[43]. Sulla base di tali premesse, è stato sostenuto che l'autonomia della misura cautelare sia solo di tipo cronologico e non anche di tipo funzionale[44].

Grazie a questa rapida «escursione comparatistica» risulta che sia i *référés* francesi che i provvedimenti cautelari italiani a strumentalità attenuata si stabilizzano, ma pur sempre in

---

opererebbe rispetto ai limiti di riproposizione dell'istanza cautelare derivante dal provvedimento di rigetto, di cui all'art. 669 *septies*; CARRATTA, Antonio, *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 42; BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, p. 187 ss.

[40] Così CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134. Rispetto ai provvedimenti in discorso parla di «provvisoria stabilità» PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 52. Sulla progressiva perdita della strumentalità cautelare si veda MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação da tutela*, cit., p. 117 ss.

[41] A questo proposito MELIN SOUCRAMANIEN, Bérangère, *Le juge des référés*, cit., 371, sottolinea che la definitività in fatto dell'ordinanza di *référé* dipende dalla volontà delle parti, dalla loro volontà di non voler «*poursuivre le litige*».

[42] RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., pp. 54-55. Sulla circostanza che la provvisorietà del provvedimento non implichi necessariamente anche la provvisorietà degli effetti si veda PROTO PISANI, Andrea, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. dir. civ*., 1987, parte I, p. 117 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale*, 5ª ed., Napoli: Jovene, 2012, p. 598.

[43] Così CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 332 ss., ricorda che «*la décision provisoire est toujours tributaire d'une éventuelle décision définitive ultérieure et elle est, quel que soit son contenu, inapte à devenir par elle-même définitive en droit. C'est ce qui garantit son caractère authentiquement provisoire*».

[44] Una parte della dottrina ha, infatti, valorizzato una nozione di tipo «funzionale» della strumentalità cautelare, ritenendo che la riforma italiana del 2005 non abbia fatto perdere ai provvedimenti, di cui all'art. 669 *octies*, comma 6, la loro natura cautelare, pur avendo comportato un «allentamento della (tradizionale) stretta e rigida 'concatenazione temporale' tra il procedimento cautelare ed il successivo giudizio di merito»: così CARRATTA, Antonio, *I nuovi riti speciali societari*, cit., p. 132 ss. e p. 134; ID., *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 52, che utilizza la formula «provvedimenti cautelari a 'contatenazione temporale debole' con il giudizio di merito» (p. 249); analogo richiamo alla funzione strumentale della tutela cautelare è presente in RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 38 ss.; PANZAROLA, Andrea, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in CARRATTA, Antonio, (a cura di), *I procedimenti cautelari*, cit., p. 792 ss..

modo precario, potendo il loro contenuto essere rivisto con un'autonoma azione ordinaria, la cui proposizione non è assoggettata a termini di natura processuale[45].

4. La tutela provvisoria nel nuovo codice brasiliano: nozioni generali

Passando ora all'ordinamento brasiliano, per analizzare il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, è necessario innanzitutto contestualizzare il nuovo dispositivo all'interno del regime della tutela provvisoria, al quale il c.p.c. del 2015 dedica gli articoli dal 294 al 311 che vengono contenuti nel libro V della parte generale del codice e che si compone di tre titoli: il primo sulle disposizioni generali in materia di tutela provvisoria; il secondo sulla tutela di urgenza; il terzo sulla tutela di evidenza[46].

Animato dal lodevole intento di dare un nuovo ed unitario assetto alla tutela sommaria provvisoria – unitarietà che, per le ragioni che saranno spiegate, risulta essere più apparente che reale[47] – il codice del 2015 crea una categoria generale denominata «*tutela provisoria*», cui vengono dedicate le disposizioni di cui agli articoli da 294 a 299[48].

---

[45] Lo nota, infatti, PELLEGRINI, Ada Grinover, *Tutela antecipatória em processo sumário*, in ARMENIN Donaldo, (a cura di), *Tutelas de urgência e cautelares*, cit., p. 19 ss., spec. p. 20, scrive che in Italia e in Francia «*a medida antecipatória é dotada de estabilidade, ainda que de caráter precário, pois pode ser modificada ou revogada no processo autonomo*».

[46] Sulla rilevanza costituzionale della tutela provvisoria si veda: BONICIO, Marcelo Joé Magalhães, *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 134.

Sulla tutela provvisoria nel nuovo codice di procedura civile brasiliano la letteratura è già molto ampia, si vedano, senza pretesa di completezza: GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359 ss.; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Da tutela provisória*, in GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de, *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015*, cit., p. 851 ss.; OLIVEIRA, Valdeci Mendes de, *O poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015, a Técnica da Cognição e as Tutelas Provisórias. Breves Considerações*, in *Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil*, n. 97, set.-out. 2015, p. 23 ss.

[47] Sulla circostanza che l'unitarietà della tutela provvisoria sia più apparente che reale si vedano anche: TESSER, André Luiz Bauml, *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 24; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 64.

[48] Come segnala BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., pp. 255/256, anche la prima versione del progetto di nuovo codice tendeva all'unitarietà della tutela provvisoria.

Come disposto dall'art. 294, prima parte (chiamato *caput* nel diritto brasiliano[49]), la tutela provvisoria è configurata come un *genus* che comprende due *species*: la tutela di urgenza e la tutela di evidenza, le quali vengono differenziate in base al requisito, previsto dalla legge, per la concessione del rispettivo provvedimento[50].

La tutela di urgenza (la cui disciplina è contenuta agli articoli da 300 a 310) è diretta a neutralizzare il pregiudizio decorrente dalla durata (anche fisiologica) del processo a cognizione piena ed esauriente. Come indicato dall'art. 300, prima parte, affinché il giudice conceda una misura di urgenza è necessario dimostrare la presenza di: «elementi che evidenzino la probabilità del diritto» fatto valere *(fumus boni iuris*); la sussistenza del «pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo» (*periculum in mora*)[51].

La tutela di urgenza si suddivide, a sua volta, in: anticipatoria-satisfattiva e in cautelare-conservativa, per la cui concessione sono richiesti i medesimi requisiti sopra ricordati[52]. Il primo tipo di tutela di urgenza tende a neutralizzare il c.d. pericolo da tardività e conferisce alla parte la soddisfazione del diritto materiale leso, dandole direttamente un'utilità finale (pur se provvisoria), con l'emanazione di un provvedimento che anticipa gli effetti della

---

[49] Come riferisce DINAMARCO, Cândido Rangel, *Vocabulário do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 313, il *caput* è la «testa» dell'articolo, la sua prima parte, in cui si trova la «disposizione centrale», che viene seguita da incisi e paragrafi in cui si trovano «disposizioni complementari».

[50] In tema di tutela provvisoria, è necessario ricordare la lezione di: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., p. 198, secondo i quali la tecnica anticipatoria, idonea a dar luogo alle varie forme di tutela provvisoria, ha come finalità quella di «*distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo*»; e ancora prima MARINONI, Luis Guilherme, *Anticipação da tutela*, cit., *passim*; nella stessa linea si vedano DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 567.

[51] L'articolo 300, prima parte, c.p.c. è chiaro nel disporre che: «La tutela di urgenza è concessa quando sussistono elementi che evidenziano la probabilità del diritto e del pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo». In lingua originale: «*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*».

Sui presupposti per la concessione della tutela di urgenza nel c.p.c. brasiliano si vedano, tra gli altri: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 880; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 594 ss.

[52] Nel c.p.c. del 1973 si distingueva tra: apparenza del diritto per la tutela cautelare-conservativa; verosimiglianza del diritto per la tutela anticipatoria-satisfattiva. Per ulteriori approfondimenti sul punto si vedano: TESSER, André Luiz Bäuml, *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 26; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 73-74.

futura decisione di merito[53]. Il secondo tipo di tutela di urgenza conferisce alla parte un'utilità strettamente strumentale, in quanto mira ad ovviare il c.d. pericolo da infruttuosità e tende, pertanto, a garantire che la parte ottenga un risultato utile dal processo, attraverso l'emanazione di un provvedimento di tipo cautelare-conservativo[54].

Risulta chiaro da quanto precedentemente esposto che la terminologia processuale utilizzata in Brasile per la tutela di urgenza è parzialmente differente rispetto a quella usata in Italia. Possiamo dire, a grandi linee, che l'ambito della tutela di urgenza brasiliana corrisponde a quello della tutela cautelare italiana e, in particolare, che: la tutela anticipatoria di urgenza brasiliana coincide con la tutela cautelare italiana tendente ad anticipare gli effetti della tutela finale; mentre la tutela cautelare di urgenza brasiliana corrisponde alla tutela cautelare italiana a strumentalità forte, che ha una finalità essenzialmente conservativa e che tende a cristallizzare una situazione di fatto o di diritto[55].

---

[53] La tecnica della tutela anticipatoria come figura generale, anche indipendente dal requisito della urgenza, è stata introdotta nell'ordinamento brasiliano con la riforma del 1994 (legge n. 8.952 del 13 dicembre 1994) che ha modificato l'art. 273 dell'abrogato c.p.c. del 1973. Sul punto si vedano i lavori di: MARINONI, Luiz Guilherme, *L'evoluzione delle tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile*, cit., p. 1353 ss.; ID., *A antecipação de tutela*, 12° ed., cit.; MITIDIERO, Daniel, *Antecipação de tutela*, cit.

[54] Sulla distinzione tra pericolo da tardività e pericolo da infruttuosità e, quindi, tra provvedimenti anticipatori e provvedimenti conservativi la letteratura è sterminata, rinviamo, tra i tanti, a: CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; BIAVATI, Paolo, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 563 ss., spec. p. 565 ss.; MITIDIERO, Daniel, *Antecipação da tutela*, cit., p. 19 ss.; PROTO PISANI, Andrea, *«Procedimenti cautelari»*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; CARRATTA, Antonio, *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 63 ss.; QUERZOLA, Lea, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit.; ID., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787 ss.; RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit.; SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 218; THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 607; TESSER, André Luiz Bäuml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 61 ss.; ID., *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 26; ID., *A diferença entre* perigo de dano *e* perigo de demora*: uma releitura da teoria de piero calamandrei para o processo civil contemporâneo*, in *Revista de processo comparado*, 2015, vol. 1, p. 17 ss.; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., pp. 70-71.

[55] Per un'esaustiva analisi comparatistica della tutela di urgenza nel sistema brasiliano e in quello italiano si veda: ANDRADE, Érico, *A técnica da tutela sumária no direito italiano*, in *Revista de processo*, vol. 179, janeiro 2010, p. 175 ss. Sul punto è interessante ricordare che una parte autorevole della dottrina brasiliana ha sostenuto l'opportunità di utilizzare in Brasile una terminologia simile a quella italiana, denominando come cautelari sia le misure anticipatorie di urgenza che quelle conservative-cautelari. Per questa prospettiva si veda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória*, in *Revista do Advogado*, ano XXXV, maio 2015, n. 126, p. 140; ID., *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5° ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123 ss. In una prospettiva simile si veda anche DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, 4° ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59 ss., spec. p. 68, che propone di adottare la categoria unitaria chiamata: «*Medidas acelaratórias de tutela jurisdicional*» per

La seconda *species* del *genus* «*tutela provisória*» è costituita dalla tutela di evidenza, la quale prescinde dalla condizione dell'urgenza e si fonda sulla «intensa probabilità di accoglimento della domanda» dell'attore[56], ossia sulla inconsistenza della difesa del convenuto[57], il cui regime – chiaramente inspirato all'istituto del *référé provision* francese – è contenuto nell'art. 311, al cui interno vengono elencate le fattispecie tipiche che possono dar luogo alla concessione della suddetta misura[58].

Ciò detto, le due caratteristiche essenziali dei provvedimenti provvisori in esame sono: la loro sommarietà, essendo emanati sulla base di una cognizione che non presenta gli elementi di quella piena ed esauriente[59]; la loro provvisorietà, trattandosi di provvedimenti modificabili e revocabili – inidonei a regolare in via definitiva il diritto dedotto – la cui efficacia è temporanea, essendo limitata alla pendenza del processo (anche durante il periodo della sua sospensione)[60]. Una rilevante eccezione alla provvisorietà della tutela di urgenza è

---

comprendere le misure anticipatorie (anche quelle non fondate sul requisito della urgenza) e le misure cautelari conservative.

[56] WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 861, ricordano che la tutela di evidenza si fonda sulla «*intensa probabilidade de procedência da pretensão formulada*».

[57] Individuano l'elemento centrale della tutela di evidenza nel concetto di «*defesa inconsistente*»: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 200 ss.;

[58] In questo senso MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 200 ss. Ricorda sul punto BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., p. 256, che la tutela di evidenza «*identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado*».

In ogni caso, giova ricordare che la tutela di evidenza non è una vera e propria novità nel sistema brasiliano, in quanto già il codice del 1973 conteneva alcuni meccanismi basati sulla mancanza di una difesa consistente, come all'art. 273, inciso II, e nel § 6º del medesimo articolo. Ad ogni modo, il codice del 2015 innova sul punto, poiché costruisce la tutela di evidenza come una categoria ampia e generale. Sulla tutela di evidenza in generale si vedano: FUX, Luiz, *Tutela de segurança e tutela de evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996; COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Tutela de evidência no Projeto do Novo CPC – uma análise dos seus pressupostos*, in ROSSI, Fernando (coord.), *O futuro do processo civil no Brasil*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 165 ss.

[59] Sulle caratteristiche della cognizione piena ed esauriente si vedano NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 66, che riprendono l'insegnamento di PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale*, cit.

[60] La revoca e modifica di una misura di urgenza deve essere legata a un cambiamento della situazione di fatto, come ritengono WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 875; ma in senso contrario BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., p. 262, ritiene che la provvisorietà della misura di urgenza abbia come «conseguenza naturale» che il giudice possa revocare e modificare tale atto, anche di officio e senza la necessità che siano sorti nuovi fatti.

appunto costituita dalla tecnica della stabilizzazione di cui all'art. 304 (oggetto specifico della nostra analisi)[61].

Dal punto di vista procedimentale, è interessante ricordare che il c.p.c. del 2015 rifiuta la soluzione dell'autonomia del processo cautelare, elimina la duplicità processuale e opta per l'introduzione di un processo totalmente sincretico che include la fase processuale relativa alla tutela provvisoria, passa per la tutela definitiva e culmina con la fase esecutiva[62]. In altre parole, tale sincretismo comporta l'esistenza di un processo unico (*procedimento-padrão*) articolato in più fasi processuali[63]: una prima fase, previa ed antecedente, che ha ad oggetto solo la domanda di tutela provvisoria; una seconda fase, a cognizione piena ed esauriente finalizzata a decidere sulla domanda di tutela finale (anche chiamata tutela definitiva o tutela principale); una terza fase conclusiva, denominata fase di *cumprimento* della decisione, diretta all'esecuzione-attuazione della decisione[64]. Ad ogni modo, giova rilevare che la disciplina

---

[61] Per le altre caratteristiche dei provvedimenti provvisori in Brasile si vedano: THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 605; GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. II, cit.. p. 360 ss., secondo cui le caratteristiche della tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. sono le seguenti: «*inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, fungibilidade* e *cognição sumária*»; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 26; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 865; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 568.

[62] Sul punto WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 862, parlano di una «*inovação elogiável*». Per DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 39, tale modello sincretico costituisce «*a mais amplas de todas as características do processo civil brasileiro*».

[63] Ricordano DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 130, che il *procedimento-padrão* «*è apto a proporcionar o reconhecimento, o dimensionamento, a preservação e a satisfação de uma pretensão*».

[64] È chiaro che in concreto un processo potrà articolarsi nelle tre fasi, descritte nel testo, come solamente nella prima (concludendosi con la fase provvisoria) o comportare esclusivamente la fase a cognizione piena ed esauriente diretta alla emanazione della decisione sulla domanda di tutela finale. Per ulteriori specificazioni in relazione alle fasi e subfasi del processo sincretico rinviamo a: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 39 ss. e p. 129 ss.

Giova ricordare sul punto che il modello di processo sincretico non è una novità introdotta dal c.p.c. del 2015, poiché già la riforma, di cui alla legge n. 11.232 del 2005, aveva soppresso l'autonomia del processo di cognizione e di quello di esecuzione (adottata nella versione originaria del c.p.c. del 1973) creando un processo unitario all'interno del quale alla fase dichiarativa seguiva senza soluzione di continuità la fase di attuazione-esecuzione della sentenza, denominata nel sistema brasiliano come fase di *cumprimento* della decisione. Sull'evoluzione del sistema brasiliano si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 682 ss. Il c.p.c. del 1973, influenzato dal modello italiano di tutela cautelare, concepiva il processo cautelare come un processo autonomo e dettava una disciplina frammentaria della tutela provvisoria. Sul sistema brasiliano previgente si veda: THEDORO Jr., Humberto, *Processo cautelar*, 25° ed., São Paulo, Leud, 2010.

della tutela provvisoria, essendo contenuta all'interno della parte generale del c.p.c., si applica ai procedimenti della parte speciale del codice e, quindi, non solo al processo ordinario di cognizione di primo grado, ma anche agli ulteriori gradi di giudizio e alla tutela esecutiva[65].

Altra novità di rilievo del nuovo c.p.c., che merita di essere ricordata, riguarda la distinzione tra la tutela di urgenza di tipo antecedente e quella di tipo incidentale (art. 294, § unico), il cui elemento distintivo risiede nel diverso momento processuale in cui la tutela viene richiesta, se prima o dopo la proposizione della domanda di tutela finale[66].

Innovando rispetto al suo predecessore, il nuovo codice permette che la parte richieda, in via antecedente (o preparatoria)[67], solo la concessione di un provvedimento anticipatorio di urgenza, espondendo sommariamente gli elementi della lite e limitandosi ad indicare (non anche a proporre) la domanda di tutela finale (art. 303, prima parte)[68]. In tal caso si seguirà il procedimento regolato dall'art. 303 che può concludersi con un provvedimento di accoglimento idoneo a stabilizzarsi, secondo il meccanismo di cui all'art. 304. Qualora il convenuto non impugni il provvedimento anticipatorio di urgenza e si giunga, pertanto alla sua stabilizzazione, l'attore non sarà, in tale ipotesi, assoggettato all'onere di proporre la domanda di tutela finale (per ulteriori specificazioni vedi *infra* il paragrafo successivo di questo scritto).

Anche un provvedimento di urgenza conservativo può essere chiesto in via antecedente, indicando, tra l'altro, la lite e il suo fondamento, l'esposizione sommaria del diritto cautelando, nonché il pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo (art. 305, prima parte), seguendo il procedimento di cui agli articoli da 305 a 310. In tal caso non

---

[65] Si ricorda che la parte speciale del nuovo codice disciplina: nel primo libro, il procedimento ordinario di cognizione e la fase del *cumprimento* della decisione; nel secondo libro, il processo di esecuzione; nel terzo libro, il processo davanti ai tribunali di secondo grado e di legittimità, nonché i mezzi di impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali. Sulla sistematica del vigente c.p.c. brasiliano si veda, tra gli altri: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 8° ed., cit., p. 49 e 50.

[66] Utilizzando la terminologia processuale italiana, potremmo dire che la tutela antecedente brasiliana viene richiesta quella chiesta *ante causam* prima della proposizione della causa di merito e la tutela incidentale è quella chiesta in corso di causa, una volta che la parte ha già proposto la domanda di merito. Tuttavia, preferiamo evitare il riferimento a espressioni proprie del processo italiano e ritieniamo più opportuno utilizzare formule come tutela in via antecedente e tutela in via incidentale, anche in ragione della struttura sincretica del processo brasiliano.

[67] WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 863, utilizzano l'espressione tutela di urgenza richiesta «*em caráter preparatório*».

[68] La dottrina (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 303*, cit., p. 891) parla in tal caso di «*petição inicial sumarizada*» (domanda introduttiva «sommarizzata»).

trova applicazione la tecnica della stabilizzazione della misura che, in ragione del suo carattere conservativo, possiede un'efficacia temporalmente limitata e necessariamente legata alla proposizione della domanda di tutela finale, a cui è onerato l'attore se vuole evitare la perdita di efficacia del provvedimento provvisorio conservativo (artt. 308 e 309)[69].

Risulta evidente, quindi, che nel nuovo codice la distinzione tra tutela anticipatoria-satisfattiva e tutela cautelare-conservativa esce dalla porta (considerando l'apparente unificazione dei due tipi di tutela di urgenza), ma rientra dalla finestra, in ragione della descritta diversità di regime che deriva dalle disposizione, di cui agli articoli da 303 a 301, sia in relazione al procedimento che rispetto all'applicazione della tecnica della stabilizzazione.

Oltre che in via antecedente, la tutela di urgenza può essere chiesta in via incidentale, con una semplice istanza all'interno dello stesso processo già instaurato con la proposizione della domanda di tutela finale e senza, quindi, il pagamento di ulteriori spese processuali (art. 295). Infine, la tutela di urgenza potrà essere richiesta anche in via cumulativa (chiamata anche concomitante), attraverso la proposizione congiunta e con lo stesso atto introduttivo sia della tutela di urgenza che della tutela finale di merito[70]. Ricordiamo che, al contrario, la tutela di evidenza può essere chiesta solo in via incidentale e non anche in via antecedente[71].

---

[69] L'art. 308, prima parte, dispone che: «*Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais*». Dal canto suo, l'art. 309 stabilisce che: «*Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal* (...)». Sul procedimento della tutela di urgenza conservativa concessa in via antecedente si vedano: THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 638 ss.; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 887.

[70] In realtà, il c.p.c. prevede espressamente la possibilità della tutela cumulativa-concomitante solo in relazione alla tutela cautelare-conservativa (art. 308, § 1°), ma secondo una parte della dottrina (con cui concordiamo) è possibile chiedere congiuntamente e con lo stesso atto anche la tutela di urgenza anticipatoria e la tutela finale di merito, così: NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 862; THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 638 ss.

Tra l'altro, come suggeritomi da ANDRADE, Érico, durante un proficuo scambio di opinioni sulla tutela provvisoria, dalla lettura dell'art. 303, § 5°, c.p.c., si potrebbe, in effetti, dedurre che il legislatore abbia previsto l'ipotesi di chiedere in via concomitante la tutela anticipatoria di urgenza e la tutela finale. Infatti, la citata disposizione permette all'attore di indicare nell'atto introduttivo se vuole avvalersi della possibilità di chiedere la sola tutela anticipatoria. Se ne deduce, quindi, che l'attore ha la possibilità di chiedere con lo stesso atto la concessione delle due tutele, quella anticipatoria di urgenza e quella finale.

[71] Tra i tanti, si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 871.

Da sottolineare, inoltre, che l'art. 298 impone al giudice di motivare «il suo convincimento in modo chiaro e preciso» quando «concede, nega, modifica o revoca la tutela provvisoria». Si tratta di una disposizione che si colloca all'interno della tendenza generale del nuovo c.p.c. rispetto alla valorizzazione della motivazione degli atti processuali[72].

5. La tutela anticipatoria di urgenza antecedente: aspetti processuali

Dopo aver descritto il regime generale della tutela provvisoria, merita di essere ricordato il procedimento relativo alla tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente, di cui all'art. 303, che, purtroppo, non può essere considerato un esempio di chiarezza normativa, così come non detta una disciplina chiara e precisa nemmeno il successivo art. 304[73].

Come già indicato, l'art. 303 permette alla parte istante di formulare solamente la domanda («sommarizzata») di tutela anticipatoria di urgenza, senza proporre anche la domanda principale, limitandosi, quindi, ad esporre: l'indicazione della domanda di tutela finale (proponibile in un secondo momento), gli elementi della lite, il diritto di cui si chiede la cautela, il pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo. Questa fase preliminare si svolge *inaudita altera parte* (senza la previa convocazione della controparte) e si conclude con il rigetto o l'accoglimento dell'istanza di tutela anticipatoria di urgenza.

Se il giudice ritiene che non sussistano elementi sufficienti per concedere la tutela anticipatoria, invita la parte istante a «*emendar*» l'atto introduttivo, ossia a modificarlo e integrarlo entro cinque giorni (art. 303, § 6°). Se il ricorrente non risponde all'invito di

---

[72] Su questo aspetto si veda: TUCCI, José Rogério Cruz e, *Le garanzie constituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c brasiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1221 ss.

[73] Il giudizio della dottrina brasiliana sulla disposizione, di cui all'art. 303, è alquanto negativo, si vedano, tra gli altri: DINAMARCO, Cândido Rangel, *O novo Cógido de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, cit., § 16; ID., *Instituições de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 62; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, Art. 303, cit., p. 894, che parla di una delle parti «più confuse e complesse» del nuovo codice; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4; CIANCI, Mirna, *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, cit., § 3, secondo cui: «*Mais não seria necessário para concluir pelo verdadeiro retrocesso que a nova ideia traduz, comprometedora do diploma processual, porque incompatível com vários capítulos do diploma, como por revelar em vários aspectos como fator complicador e causador de entraves, resultado do crescimento da atividade recursal*».

integrare o modificare l'istanza e il giudice ritiene che non ci siano elementi sufficienti per la concessione della misura, è emanato un provvedimento negativo che rigetta la domanda, chiudendo il processo già alla fase sommaria e senza decidere il merito (art. 303, § 6°), ma che non preclude la riproposizione dell'istanza per la concessione della tutela di urgenza anticipatoria. L'attore ha, in ogni caso, la possibilità di chiedere direttamente una pronuncia sulla tutela finale, dando vita ad un nuovo processo.

Se, invece, il giudice emana un provvedimento di accoglimento *in limine litis* e *inaudita altera parte* (a carattere liminare, secondo la terminologia processuale brasiliana[74]), tale atto viene comunicato al convenuto che dispone di 15 giorni per proporre impugnazione, il «*respectivo recurso*» (come indica l'art. 304), che nella maggior parte dei casi sarà il mezzo dell'*agravo de instrumento* (art. 1015, inciso I)[75]. In caso di mancata proposizione dell'impugnazione, la misura di urgenza di stabilizza e il processo si chiude per estinzione (art. 304, prima parte e § 1°)[76]. Da segnalare che una parte della dottrina propone un'interpretazione estensiva della parola «*recurso*», vocabolo che, all'interno dell'art. 304,

---

[74] Nel diritto processuale brasiliano si utilizza l'espressione «*decisão liminar*», in base ad un criterio cronologico, per indicare quel provvedimento che viene emanato *in limine litis*, ossia all'inizio del processo, senza la preventiva instaurazione del contraddittorio con la controparte. In tal senso si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 578, secondo i quali «*Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida in limine litis, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária*»; THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 618, che richiama l'insegnamento di FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, in *Revista Ajuris*, n. 66, p. 13, e in *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25 ss.

[75] Nel c.p.c. brasiliano vigente, l'*agravo de instrumento* è il mezzo di impugnazione esperibile contro quelle decisioni interlocutorie (atti che non definiscono il giudizio) che la legge indica espressamente come impugnabili (art. 1015). Si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 537; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., p. 533.

In particolare, quando si tratta di un provvedimento emanato da un giudice di primo grado, il mezzo di impugnazione sarà l'agravo de *instrumento* (art. 1015, inciso I) che si propone al tribunale (organo di secondo grado); se il provvedimento provvisorio è stato emanato da un organo di secondo grado (*tribunal*) e la decisione è stata emanata in via monocratica, sarà esperibile l'*agravo* interno (art. 1021), mentre se la decisione è stata resa in via collegiale, sarà proponibile un *recurso especial* davanti al Superior Tribunal de Justiça o *recurso extraordinário* davanti al Supremo Tribunal Federal, come specificato da SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 232.

[76] L'art. 304, *caput* (prima parte), dispone che: «*A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*»; l'art 304, § 1°, dispone che: «*No caso previsto no caput, o processo será extinto*».

comprenderebbe non solo i mezzi di impugnazione[77], ma anche qualsiasi tipo di difesa e manifestazione processuale con cui il convenuto si oppone alla pretesa dell'attore. Impedirebbero la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza non solo una impugnazione in senso stretto, ma anche la proposizione di altri mezzi di contestazione del provvedimento[78] e, altresì, ogni tipo di manifestazione processuale con la quale il convenuto dichiara di opporsi alla misura emanata[79]. Sul punto, tuttavia, non sussiste consenso, visto che altra parte della dottrina ritiene – al fine di aumentare i casi di stabilizzazione del provvedimento in esame – che la parola «*recurso*», all'interno dell'art. 304, prima parte,

[77] Nel processo brasiliano la categoria dei «*recursos*», di cui all'art. 994 del nuovo c.p.c., corrisponde a quella dei mezzi di impugnazione ordinari del processo italiano, nella misura in cui tanto i primi quanto i secondi si propongono all'interno dello stesso rapporto giuridico processuale che ha dato luogo alla sentenza impugnata e impediscono, pertanto, il passaggio in giudicato della decisione. Sul punto si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., p. 501; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 467 ss.; THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. II, cit., p. 937 ss. Sui mezzi di impugnazione nel diritto brasiliano è classica l'opera di BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17° ed., vol. 5, 2013, Rio de Janeiro: Forense.

[78] In tal senso si veda SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 184, secondo cui la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza viene impedita non solo dall'esperimento di mezzi di impugnazione in senso stretto, ma anche dalla proposizione di altri mezzi di contestazione dell'atto quali il *mandado de segurança*, la *reclamação* e la *suspensão de decisão contrária ao Poder Público*. Si tratta di mezzi di constestazione che sono peculiari al sistema brasiliano e sui quali non possiamo, in questa sede, soffermarci.

[79] Questa prospettiva permette al convenuto di evitare la stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza attraverso la manifestazione di una contestazione nell'ambito del processo di primo grado, senza la necessità di proporre un'impugnazione (*agravo*). Adottano tale opzione interpretativa i seguenti autori: SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 233, secondo cui «*qualquer manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304*». Nello stesso senso si vedano: GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 206; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 899, secondo cui il legislatore utilizza il termine «*recurso*» in modo atecnico, comprendendo in esso qualsiasi tipo di contestazione o difesa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 220; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., vol. 2, p. 216, sottolineano che tale soluzione ha il vantaggio di «*economizar o recurso de agravo e de empresar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência*»; MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 789; 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*, cit., p. 29; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 565.

debba essere interpretata in senso stretto e che, quindi, riguardi solo i mezzi di impugnazione[80].

In ogni caso, se il convenuto manifesta il proprio disinteresse a contestare il provvedimento anticipatorio di urgenza, il processo si chiude con l'espletamento della sola fase sommaria *inaudita altera parte*, senza la necessità di proseguire con la fase della cognizione piena ed esauriente. Su tale punto, il nuovo codice segue chiaramente la logica dell'economia processuale del *référé* francese e della tutela cautelare italiana a strumentalità attenuata: se l'attore ha richiesto esclusivamente l'emanazione di un provvedimento provvisorio di urgenza, come accade nel caso della tutela in via antecedente, accontentandosi, quindi, di avere solo una cognizione di tipo sommario, risulterebbe inutilmente dispendioso disporre la prosecuzione necessaria del processo per l'espletamento della cognizione piena ed esauriente[81].

Essendo così configurata, la descritta struttura procedimentale della tutela anticipatoria di urgenza antecedente presenta un'innegabile analogia con il procedimento ingiuntivo (*ação monitória*)[82]: in entrambe le ipotesi siamo in presenza di una cognizione sommaria (perché superficiale) che avviene *inaudita altera parte* e può sfociare in un provvedimento che, se non

---

[80] In questo senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., pp. 75-76; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O nosso processo civil brasileiro*, cit., p. 163; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Direito processual civil contemporâneo*, cit., p. 524; DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, cit., p. 496.

[81] Per queste considerazioni si veda: RICCI, Edoardo Flavio, *A evolução da tutela urgente na Itália*, in ARMELIN, Donaldo, (a cura di), *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384. Ricorda VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 98, che l'idea principale del nuovo dispositivo «*é tornar o exercício da cognição plena mera faculdade das partes*».

[82] Sottolineano l'applicazione della tecnica monitoria: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 892; 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*, cit., p. 13 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 604 ss.; MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), cit., p. 789.

Sull'azione monitoria in Brasile si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., vol. 3, p. 231 ss.; THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. II, cit., p. 382; MARCATO, Antonio Carlos, *Ação monitória*, in *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, cit., p. 23; ID., *O processo monitório brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1998; TUCCI, José Rogério Cruz e, *Ação monitória*, 3° ed., São Paulo: RT, 2001; TALAMINI, Eduardo, *Tutela monitória*, 2° ed., São Paulo: RT, 2001.

impugnato (o contestato) dalla controparte, si stabilizza (nel caso del provvedimento anticipatorio di urgenza) o diviene immutabile (nel caso del provvedimento monitorio)[83]. Per tale motivo, si è parlato in dottrina di «monitorizzazione del processo civile brasiliano»[84].

Come detto, se la controparte impugna il provvedimento anticipatorio di urgenza, l'art. 304, prima parte, esclude che tale atto si stabilizzi, perché in tal caso il convenuto dimostra di volere opporsi a quanto deciso con la cognizione sommaria. In tal caso, il processo prosegue scondo le modalità stabilite dall'art. 303, § 1°.

Il giudice assegna all'attore un termine di 15 giorni (o anche superiore) per integrare e completare l'atto introduttivo, produrre nuovi documenti e confermare la domanda di tutela finale all'interno dello stesso processo sincretico (art. 303, § 1°, inciso I)[85]. Se l'attore non compie tale atto di integrazione-completamento, il processo si estingue e il provvedimento anticipatorio di urgenza perde efficacia. Se, invece, l'attore integra e completa l'atto introduttivo, confermando la domanda di tutela finale, il processo prosegue e la cognizione da sommaria si transforma in piena ed esauriente: il convenuto è citato e intimato a comparire all'udienza di conciliazione e mediazione; qualora, poi, le parti non giungano ad una soluzione autocompositiva della controversia, si seguirà il procedimento ordinario[86].

---

[83] In realtà sull'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento ingiuntivo la dottrina brasiliana non è concorde (vedi *infra* par. 9.1 in nota).

[84] Così 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*, cit., p. 13 ss., e per la stessa prospettiva anche DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 604.

Alcune differenze intercorrono, tuttavia, tra il procedimento anticipatorio di urgenza di carattere antecedente e quello monitorio, tra cui: i requisiti per la concessione del rispettivo provvedimento, in quanto il procedimento ingiuntivo prescinde dall'urgenza e ha dei requisiti specifici, indicati dall'art. 700 c.p.c. l'impugnazione (*embargos*) del provvedimento ingiuntivo che si propone davanti allo stesso giudice che lo ha emanato, a differenza del provvedimento anticipatorio di urgenza che si impugna, generalmente, con *agravo de instrumento* e, quindi, dinanzi ad un giudice superiore infine, per la tutela anticipatoria di urgenza si segue uno specifico schema processuale, di cui tratteremo nel testo.

[85] Il codice parla di «*aditamento*» dell'atto introduttivo, ossia di una sua integrazione e completamento, ma, in realtà, si tratta della formulazione della domanda di tutela principale di merito (così anche WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 891).

[86] Nello spiegare, per sommi capi, il procedimento della tutela anticipatoria di urgenza in via antecedente abbiamo accolto quella che ci pare essere la migliore interpretazione dell'art. 303 che viene proposta dalla dottrina brasiliana (in particolare da THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 657 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 303*, cit., p. 893). Ad una prima lettura, l'art. 303 potrebbe far pensare che il termine di 15 giorni a carico dell'attore (per il compimento dell'atto di integrazione e completamento dell'atto introduttivo) inizi a decorrere insieme al termine di 15 giorni a carico del convenuto (per la proposizione dell'impugnazione contro il provvedimento anticipatorio di urgenza). Tale interpretazione

6. Ambito di applicazione e presupposti per la stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza

Delineata la tutela provvisoria nel nuovo c.p.c., possiamo ora concentrarci sul meccanismo della stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza, individuando il suo ambito di applicazione e i suoi presupposti.

A questo riguardo, bisogna rilevare che il codice opta per una soluzione alquanto restrittiva, poiché, stando alla lettera dell'art. 304, si stabilizza esclusivamente la misura anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente, secondo il procedimento descritto dall'art. 303 (su cui vedi *retro* par. 5)[87]. Ne risulta che, in base ad una interpretazione strettamente letterale degli artt. 303 e 304, non sono idonee a stabilizzarsi: le misure di urgenza a carattere conservativo-cautelare[88]; le misure emanate in relazione alla tutela di evidenza[89]; le misure anticipatorie di urgenza concesse in via incidentale[90]. In ragione di tale

---

strettamente letterale, tuttavia, non convince e pare più opportuno adottare l'interpretazione sistematica, secondo cui il giudice fisserà il termine a carico dell'attore solo successivamente al decorso del termine a disposizione del convenuto per l'esercizio dell'impugnazione. Se, infatti, la controparte non propone impugnazione, la misura anticipatoria di urgenza si stabilizza, il giudice estingue il processo e il rapporto controverso verrà regolamentato dal provvedimento sommario e, quindi, non c'è motivo per imporre all'attore l'onere di realizzare l'integrazione dell'atto introduttivo. Una volta stabilizzata la misura di urgenza, l'attore potrebbe decidere di accontentarsi di tale provvedimento, oppure chiedere una pronuncia a cognizione piena ed esauriente.

Altro problema interpretativo, posto dall'art. 303, è se l'attore debba integrare e completare l'atto introduttivo in ogni caso, ossia anche quando ha chiesto cumulativamente la tutela provvisoria e la tutela finale. Ci sembra che in tale ipotesi di tutela in via concomitante, l'attore non debba adempiere all'onere dell'integrazione e completamento dell'atto introduttivo, avendo già proposto la domanda di tutela finale al momento dell'instaurazione del processo.

[87] In questo senso, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 181; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 214; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 896.

[88] L'esclusione della stabilizzazione in tal caso deriva dal carattere conservativo del provvedimento che tende a salvaguardare il risultato utile del processo; in tal caso, infatti, non avrebbe senso protrarre l'efficacia della misura oltre la durata del processo, come anche specificano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 870; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 563.

[89] L'inapplicabilità dell'istituto della stabilizzazione alla tutela di evidenza viene giustificata in ragione del fatto che questa può essere richiesta solo in via incidentale e, quindi, sarebbe implicita in tal caso la volontà dell'attore di richiedere l'espletamento della cognizione piena e esauriente e di non accontentarsi del solo provvedimento sommario (così GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 898).

differenziazione, come già sottolineato, l'unitarietà della tutela di urgenza nel nuovo c.p.c. è solo apparente e non effettiva, visto che, ai fini della applicabilità dell'istituto della stabilizzazione, si dovrà nuovamente distinguere in base al tipo di provvedimento provvisorio concesso, con tutte le conseguenti difficoltà di qualificazione[91].

Da segnalare che, nonostante la lettera degli artt. 303 e 304, al fine di ampliare le ipotesi di stabilizzazione, una parte della dottrina preferisce adottare una lettura ampliativa del meccanismo di cui all'art. 304, di modo da dotare di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati anche i provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale (o anche in via concomitante)[92], nonché i provvedimenti emanati nell'ambito della tutela di evidenza[93].

---

[90] La prima parte dell'art. 304 è chiara nel prevedere che si stabilizza la tutela antecipatoria «concessa ai sensi dell'art. 303», che disciplina il procedimento per la tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente. Tra l'altro, l'art. 304 è contenuto all'interno del capitolo II, intitolato «del procedimento della tutela anticipata richiesta in carattere antecedente» («*do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*»), che fa parte del titolo II dedicato alla «tutela di urgenza», a sua volta contenuto nel libro V sulla «tutela provvisoria» della parte generale del codice. Adottando, quindi, un'interpretazione strettamente letterale la stabilizzazione si applica solo alla fattispecie di tutela anticipatoria delineata nell'art. 303. La ragione dell'esclusione della tecnica della stabilizzazione alla tutela chiesta in via incidentale viene giustificata in ragione del fatto che, in tal caso, l'attore avrebbe già manifestato, con la formulazione della domanda di tutela finale, il proprio interesse all'effettivo espletamento della cognizione piena e esauriente (così GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 897).

[91] Sulle difficoltà di distinguere, in determinati casi, la tutela di urgenza anticipatoria-satisfattiva da quella cautelare-conservativa, si vedano: TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 61 ss.; QUERZOLA, Lea, *La tutela antecipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 129-130, ricorda che «vi sono (…) una serie di ipotesi nelle quali la natura anticipatoria e quella conservativa della misura si fondono, non rendendo semplice (e forse neppure necessaria) la distinzione tra i due momenti»; Per una critica all'unificazione apparente e non effettiva della tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. si vedano ancora le lucide riflessioni di TESSER, André Luiz Bauml, *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 24.

[92] A mio modesto avviso, l'estensione dell'applicazione del meccanismo della stabilizzazione anche ai provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale risulta essere del tutto giustificata, visto che si tratta di misure della stessa identica natura di quelle anticipatorie di urgenza emanate in via antecedente. Per le medesime ragioni, ritengo applicabile la tecnica della stabilizzazione anche quando l'attore ha proposto, in via concomitante, la domanda di tutela anticipatoria di urgenza e quella di tutela finale.

A favore dell'applicazione della tecnica della stabilizzazione in caso di tutela anticipatoria di urgenza concessa in via incidentale si vedano: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 220; GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 216; ID., *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 368; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, cit., p. 338; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, cit., pp. 291-292; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 113-115; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 564. Anche THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., § 3, e NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC*

Inoltre, anche in riferimento alla tutela anticipata di urgenza in via antecedente, l'applicazione del meccanismo della stabilizzazione non è automatica, dovendo ricorrere alcune condizioni cumulative:

(a) il provvedimento deve essere di accoglimento dell'istanza[94];

(b) il provvedimento deve essere di carattere liminare, emanato *in limine litis* all'inizio del processo, senza la previa instaurazione del contraddittorio[95]; ma sul punto si potrebbe anche adottare un'interpretazione ampliativa e ammettere la stabilizzazione anche di quel provvedimento anticipatorio reso dopo l'instaurazione del contraddittorio con il convenuto[96];

(c) la controparte non deve aver proposto impugnazione (su tale punto vedi *retro* par. 5);

(d) l'attore – secondo la lettura proposta da una parte della dottrina – deve aver fatto espressa richiesta quanto all'applicazione dell'istituto della stabilizzazione nello stesso atto

---

e o mistério da ausência de formação da coisa julgada, cit., p. 87, sono favorevoli ad applicare il meccanismo della stabilizzazione anche ai provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale.

[93] Per questa prospettiva si vedano: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, cit., p. 338; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 112; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 221; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, cit., p. 291-292; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 564.

[94] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais*, cit., p. 97; ID., *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 606; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., pp. 180-181; ID., *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 117; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 215.

[95] In tal senso si veda SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 183; ID., *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 117.

[96] Il nuovo c.p.c. non prevede espressamente che il giudice possa instaurare il contraddittorio (seppur in forma embrionale) e ascoltare il convenuto prima di decidere sull'istanza relativa alla tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente. Tuttavia, la flessibilità del procedimento, di cui agli artt. 300 e seguenti, pare propendere per tale possibilità. In tal caso, mi sembra sia da ammetterre la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio anche se emanato dopo l'instaurazione del contraddittorio. Nello stesso senso si pongono anche DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 608.

A maggior ragione, pare da ammettersi l'applicazione della tecnica della stabilizzazione in riferimento al provvedimento emanato dopo la c.d. udienza di «*justificação prévia*», di cui all'art. 300, § 2°, ossia quella udienza che si svolge unilateralmente tra il giudice e l'attore per assumere delle prove costituende, qualora le prove precostituite non siano sufficiente a convincere il giudice. Su tale udienza di «*justificação prévia*» si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 871.

introduttivo[97]; ma su questo punto sembra prevalere l'opinione opposta, secondo cui il meccanismo in discorso si applica automaticamente, salva, in ogni caso, l'espressa rinuncia alla stabilizzazione da parte dell'attore che preferisce ottenere la tutela definitiva e il crisma della cosa giudicata sul diritto dedotto in giudizio[98].

7. La dinamica della stabilizzazione e della definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza

Continuando la nostra analisi della tutela anticipatoria di urgenza, come già indicato, in caso di mancata impugnazione da parte del convenuto e soddisfatte le condizioni, di cui agli artt. 303 e 304, il provvedimento anticipatorio di urgenza si stabilizza, ossia mantiene la sua efficacia – senza limiti temporali – oltre il processo in cui è stato emanato (art. 304, prima parte)[99]; processo del quale il giudice pronuncia l'estinzione (art. 304, § 1°)[100]. Tale stabilizzazione si pone, quindi, come una deroga alla temporarietà e provvisorietà che caratterizza le misure emanate nell'ambito della tutela provvisoria; oppure, secondo una diversa ottica, potremmo dire che la tecnica della stabilizzazione finisce per dare alla provvisorietà della misura un carattere eventuale[101]. Una volta acquisita tale stabilità, rispetto

---

[97] Per tale prospettiva, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 182, il quale sottolinea che la stabilizzazione è un «beneficio» che non può, quindi, essere applicato contro la volontà dell'attore; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais*, cit., p. 96; MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 787, secondo cui «*Sem expresso requerimento do autor não é possível estabilizar os efeitos da antecipação da tutela*»; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 215.

[98] GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 206.

[99] Ricordando nuovamente il *caput* (prima parte) dell'art. 304: «*A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*». Nostra libera traduzione: «La tutela anticipatoria, concessa ai sensi dell'art. 303, diviene stabile se la decisione, che l'ha pronunciata, non viene impugnata».

[100] Art. 304, § 1°: «*No caso previsto no caput, o processo será extinto*». Nostra libera traduzione: «Nel caso previsto nel *caput*, il processo sarà estinto».

[101] Così REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, cit., p. 206, secondo cui: «*A estabilização da tutela antecipada altera caráter importante dessa espécie de provimento emergencial, porquanto transumuta a provisoriedade que em regra é essencial em provisoriedade eventual*».

alla misura anticipatoria di urgenza si seguiranno le regole sull'esecuzione definitiva e non più di quelle sull'esecuzione provvisoria[102].

Anche se stabilizzato, il provvedimento anticipatorio di urgenza non diviene incontrovertibile, almeno non immediatamente (vedi *infra*), poiché ciascuna parte può proporre un'azione al fine di «rivedere, riformare o invalidare la decisione anticipatoria stabilizzata», come dispone l'art. 304, § 2°[103]. Tale azione – denominata in dottrina come «azione revisionale»[104], «azione di revisione»[105], «azione di modificazione»[106] o, ancora, come «azione revocatoria»[107] – andrà proposta dinanzi allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento anticipatorio (art. 304, § 4°)[108]. Specifichiamo che, a nostro sommesso avviso, l'esercizio dell'azione revisionale non comporta modificazione nell'onere della prova: nonostante la misura anticipatoria di urgenza abbia dato ragione all'attore, quest'ultimo dovrà provare l'esistenza dei fatti costitutivi del suo diritto, mentre il convenuto (sebbene abbia proposto l'azione revisionale) dovrà provare solo l'esistenza dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi[109]. L'art. 304, § 3°, specifica che: «La tutela anticipatoria conserverà i suoi effetti

---

[102] Appena emanato un provvedimento anticipatorio di urgenza, infatti, può essere portato ad esecuzione forzata, secondo le norme sull'attuazione provvisoria delle sentenza. Dispone l'art. 297 che: «*O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.* ***Parágrafo único****. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber*».

[103] Art. 304, § 2°: «*Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput*». Nostra libera traduzione: «Una delle parti potrà citare l'altra al fine di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipatoria stabilizzata ai sensi del *caput*».

[104] In questo senso GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 902, che parla di «*ação revisional*»; per la stessa terminologia si veda DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, cit., p. 496, che parla anche di «*ação invalidatória*».

[105] WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 896 ss., parlano di «*ação de revisão*».

[106] REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, cit., p. 292, utilizza l'espressione «*ação de modificação*».

[107] GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 206, parla di «*ação revocatória*».

[108] Art. 304, § 4°: «*Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida*». Nostra libera traduzione: «Una delle parti potrà chiedere il ritiro del fascicolo processuale in cui è stata concessa la misura, per elaborare la domanda introduttiva dell'azione a cui si riferisce il § 2º, essendo considerando adito il giudice in cui la tutela anticipata è stata concessa».

[109] In questo senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., pp. 85-86. Ma in senso contrario, si vedano: REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, cit., p. 293.

finché non sarà rivista, riformata o annullata dalla decisione di merito emanata nell'ambito dell'azione di cui al § 2º», ossia l'azione «revisionale»[110].

Per la redazione del *caput* e dei primi quattro paragrafi dell'art. 304 del nuovo c.p.c., il legislatore brasiliano si è chiaramente ispirato al ricordato modello franco-italiano dei *référés* e della tutela cautelare a strumentalità attenuata: parimenti a quanto accaduto in Francia (prima) e in Italia (poi), anche in Brasile si è voluto rompere il legame di necessaria dipendenza tra il provvedimento anticipatorio di urgenza e il giudizio di merito a cognizione piena ed esauriente. Possiamo, pertanto, rinvenire una chiara convengerza tra i tre sistemi a confronto (Brasile, Francia, Italia): un provvedimento sommario provvisorio a contenuto anticipatorio, generalmente fondato sull'urgenza (salvo il caso del *référé provision* francese che è basato fondato sull'evidenza), viene dotato di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, restando, comunque, possibile che ciascuna parte possa ridiscutere il contenuto del provvedimento sommario proponendo un'azione di cognizione piena ed esauriente. Nei tre richiamati ordinamenti, per descrivere tale fenomeno processuale si utilizza una terminologia differente: in Francia si parla di modello del «provvisorio indipendente» del *référé*[111]; in Italia si usa l'espressione «efficacia indefinitamente protratta» del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata[112]; in Brasile si utilizza la formula «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza»[113]. Nonostante questa diversità terminologica, siamo sostanzialmente dinanzi al medesimo meccanismo processuale.

Se la penna del legislatore brasiliano si fosse fermata alla redazione del § 4° dell'art. 304 non ci sarebbe più niente da aggiungere, ma poiché il menzionato art. 304 c.p.c. contiene altri due paragrafi, la nostra indagine deve necessariamente continuare.

L'art. 304, § 5º, dispone che: «Il diritto di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipata, previsto al § 2º di questo articolo, si estingue dopo due anni, che decorrono dalla

---

[110] Art. 304, § 3°: «*A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º*».

[111] CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit.

[112] Così MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 22, e vol. IV, p. 265 e 266.

[113] Vedi gli autori brasiliani citati precedentemente.

conoscenza della decisione che ha dichiarato l'estinzione del processo, ai sensi del § 1º»[114]. Il nuovo c.p.c. brasiliano ha, pertanto, voluto limitare nel tempo la proponibilità dell'azione revisionale, stabilendo un termine di due anni per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento anticipatorio di urgenza.

Decorso il termine di due anni per l'esperimento dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°, la misura anticipatoria stabilizzata diviene definitiva e verrebbe, quindi, da dire incontrovertibile, immutabile e indiscutibile. Tuttavia, il sesto ed ultimo paragrafo dell'art. 304 sembra opporsi a tale conclusione, disponendo che: «La decisione che concede la tutela non farà cosa giudicata, ma la stabilità dei rispettivi effetti verrà eliminata dalla decisione che la rivede, la riforma o l'annulla, emanata nel corso dell'azione proposta da una delle parti ai sensi del § 2º di questo articolo»[115].

Riassumendo, la dinamica processuale prevista dall'art. 304 c.p.c. è la seguente: il provvedimento anticipatorio di urgenza (concesso in via antecedente) si stabilizza, nel senso che possiede un'efficacia ultrattiva temporalmente illimitata che va oltre il processo in cui l'atto è stato emanato (art. 304, *caput* e § 3°); ciascuna parte può proporre un'autonoma azione per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento, azione esercitabile davanti allo stesso giudice che ha concesso la misura (art. 304, §§ 2° e 4°); tale azione «revisionale» deve essere instaurata entro due anni dalla conoscenza della decisione sull'estinzione del processo che ha dato luogo al provvedimento anticipatorio (art. 304, § 5°); viene esclusa l'attitudine al giudicato materiale del provvedimento anticipatorio, ma viene specificato dal codice che la stabilità dei suoi effetti potrà essere eliminata con l'azione revisionale, proponibile entro il termine di due anni (art. 304, § 6°).

Risulta, altresì, evidente che tra la descritta tecnica brasiliana della stabilizzazione e il modello franco-italiano dei *référés* e della tutela cautelare anticipatoria sussiste una netta divergenza: mentre in Francia e in Italia non viene stabilito nessun termine di natura processuale per la proposizione dell'azione autonoma finalizzata a ridiscutere il contenuto del

---

[114] Art. 304, § 5°: «*O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º*».

[115] Art. 304, § 6°: «*A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo*».

provvedimento (che resta, nonostante l'efficacia indefinitamente protatta, per sua natura sempre provvisorio); in Brasile l'azione per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento anticipatorio deve essere esperita entro il termine decadenziale di due anni, il cui decorso sembrerebbe far acquisire una certa definitività e incontrovertibilità al provvedimento in analisi[116].

8. Le difficoltà interpretative sollevate dalla tecnica della stabilizzazione

Alla luce di quanto precedentemente esposto, non si può nascondere che il meccanismo processuale brasiliano della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, così come delineato dal nuovo codice, si presenta come complesso e, a tratti, contraddittorio[117].

La contorta formulazione dell'art. 304 deriva, probabilmente, dalla volontà di accogliere una soluzione di compromesso tra le due opposte visioni in tema di stabilizzazione della tutela anticipatoria: una prima prospettiva tendente ad attribuire l'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento anticipatorio di urgenza, in caso di mancata proposizione dell'impugnazione; una seconda soluzione favorevole, invece, a confirgurare il provvedimento anticipatorio di urgenza come provvisorio, ma dotandolo di un'efficacia indefinitamente protratta, sulla scia del più volte ricordato modello franco-italiano dei *référés* e della tutela cautelare italiana a strumentalità attenuata.

Come noto, la prima prospettiva, tendente a modificare l'art. 273 dell'abrogato c.p.c. del 1973, fu elaborata nel 1997 da Ada Pellegrini Grinover[118] e venne, in seguito, ripresa, con

---

[116] Sottolineano la divergenza tra i tre sistemi giuridici in esame anche: MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), cit., p. 789, mette in risalto che la «*eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de trascorrido em branco o prazo previto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano*»; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., p. 217; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, cit., p. 208.

[117] Lo sottolinea anche REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsiais*, cit., p. 292, il quale scrive che: «*As regras contidas nos §§ 5.º e 6.º do art. 304 têm sido objeto de intensa controvérsia*».

[118] Si veda PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Proposta de alteração ao código de processo civil justificativa*, in *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, 1997, p. 191 ss.

alcune alterazioni, da un gruppo di eminenti processualisti brasiliani nel 2005[119] e culminò nella presentazione di un progetto di legge, (n. 186/2005) dinanzi al Senato della Republica, il quale, tuttavia, non venne approvato. Tale progetto, a grandi linee, tendeva ad attribuire l'autorità della cosa giudicata al provvedimento anticipatorio di urgenza, in caso di mancata proposizione o coltivazione del processo principale di merito[120]. La soluzione era, pertanto, quella di dare alla tutela anticipatoria un nuovo assetto normativo, configurandola come una «tutela eventualmente cautelare e potenzialmente definitiva»[121]. Volendo utilizzare la terminologia italiana in materia di tutela sommaria, si trattava di configurare il provvedimento anticipatorio di urgenza come un provvedimento sommario decisorio, in ragione dell'attribuzione dell'attitudine al giudicato sostanziale[122].

L'altra soluzione venne formulata dalla commissione di giuristi incaricata di elaborare il nuovo codice di procedura civile e i cui lavori sfociarono nel progetto di legge n. 166 del 2010 presentato dinanzi al Senato della Repubblica[123]. Il citato progetto di nuovo codice prevedeva l'introduzione della tecnica della stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza, attribuendole un'efficacia ultrattiva e temporalmente illimitata e escludendo la produzione della cosa giudicata materiale; tale misura poteva, infatti, essere sempre

---

[119] Il gruppo di studio era composto da Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luis Guilherme Marinoni e venne costituito in seno all'Istituto brasiliano di diritto processuale durante le Giornate brasiliane di diritto processuale nel 2005 che si svolsero a Foz do Iguaçu (Brasile).

[120] Il testo del citato progetto si può leggere in PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, cit., p. 35. Nella relazione di accompagnamento al progetto di legge n. 186 del 2005 si fa un paragone tra il decreto ingiuntivo e il provvedimento anticipatorio di urgenza, sostentendo che: «i presupposti del procedimento monitorio e quelli della anticipazione possono essere diversi, ma analoga deve essere l'efficacia» («*Os pressupostos da monitória e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia*»).

Per una analisi del progetto di legge n. 186 del 2005 e della proposta originaria di Ada Pellegrini Grinover del 1997 si vedano: TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 163 ss., secondo cui le ragioni della mancata approvazione del citato progetto di legge del 2005 dipendono dalla previsione della idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento anticipatorio di urgenza non opposto o non contestato; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 72; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (argentina), medidas provisionais (brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela*, cit., p. 136.

[121] In questi termini BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Estabilização das tutelas de urgência*, cit., p. 683: «*A tutela sumária com conteúdo antecipatório passaria a ser, portanto, eventualmente cautelar. Nasceria com essa configuração, embora apta a se tornar final e adquirir a qualidade da coisa julgada. Cautelar eventual e potencialmente definitiva*»; ID., *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 330 ss.

[122] Per la classificazione dei provvedimenti in materia di tutela sommaria nel sistema italiano vedi *retro* par. 3.

[123] La commissione venne nominata nel 2009 ed era presieduta da Luiz Fux.

modificata e revocata con un'azione autonoma principale, proponibile da ciascuna parte senza limitazioni temporali. Il primo progetto di nuovo codice brasiliano accoglieva, quindi, in pieno il modello franco-italiano del «provvisorio indipendente»[124].

Tra le due richiamate opposte soluzioni (quella dell'idoneità al giudicato sostanziale e quella della efficacia provvisoria indefinitamente protatta), la versione definitiva del nuovo c.p.c. sembra aver fatto una scelta di compromesso e intermedia che, tuttavia, dà adito ad alcune difficoltà interpretative che derivano, da un lato, dall'espressa esclusione della produzione della cosa giudicata (come espressamente disposto dal § 6° dell'art. 304) e, dall'altro lato, dalla previsione del termine di due anni per la proposizione dell'azione revisionale tendente a rivedere, riformare o annullare la misura anticipatoria di urgenza[125].

9. Dubbi e soluzioni sulla definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato: le tre prospettive elaborate in dottrina

In conseguenza della sua formulazione non del tutto limpida, il dispositivo di cui all'art. 304 ha dato luogo a tre diverse soluzioni interpretative, elaborate dalla dottrina brasiliana, che divergono rispetto alla definitività o meno del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato, nonché all'ambito oggettivo di tale definitività. La questione principale che solleva l'art. 304 è la seguente: non proposta l'azione revisionale entro i due anni, il provvedimento stabilizzato diviene definitivo e, quindi, produce la cosa giudicata o una qualche forma di incontrovertibilità e immutabilità, oppure è da escludere qualsiasi forma di definività processuale e il contenuto del provvedimento anticipatorio sommario potrà essere ridiscusso, salvi naturalmente i limiti della prescrizione e decadenza di diritto materiale?

---

[124] Si legge nell'esposizione dei motivi all'*anteprojeto* di nuovo c.p.c. del 2010 che: «*A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada*» (p. 25). Più avanti, si legge che: «*o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária*» (p. 29).

[125] Come ricorda SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a 'estabilização da tutela antecipada'*, cit., p. 121, il termine dei due anni per la proposizione dell'azione principale è stato introdotto dalla Camera dei Deputati nell'ultima versione di nuovo codice.

Come detto, la dottrina brasiliana ha, in proposito, elaborato tre diverse opzioni interpretative per individuare la situazione processuale che si verifica successivamente alla scadenza del termine per proporre l'azione revisionale dell'art. 304, § 5°: escludere qualsiasi tipo di incontrovertibilità e definitività processuale del provvedimento anticipatorio di urgenza; ammettere che quest'ultimo acquisti la forza di cosa giudicata; ritenere che la misura possieda un'incontrovertibilità e un'immutabilità processuale che si avvicina ma che non coincide con la cosa giudicata in senso proprio. Le tre prospettive in discorso saranno passate in rassegna nelle prossime pagine.

9.1. La prospettiva tendente ad escludere qualsiasi forma di incontrovertibilità del provvedimento stabilizzato

Una prima soluzione interpretativa, sostenuta da una parte autorevole della dottrina brasiliana, consiste nell'escludere qualsiasi forma di incontrovertibilità processuale della misura anticipatoria di urgenza, la quale manterrebbe, pertanto, il proprio carattere provvisorio sempre e in maniera illimitata nel tempo, ossia anche dopo il decorso del termine di due anni per proporre l'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°. In base a tale prospettiva, il provvedimento anticipatorio di urgenza non sarebbe dotato di nessun tipo di definitività processuale e godrebbe esclusivamente di un'efficacia provvisoria indefinitamente protratta, dal momento in cui, anche oltre il termine di due anni previsto dal c.p.c., ciascuna parte potrebbe esercitare un'azione autonoma per rivedere, riformare o invalidare la misura in esame[126]. L'unico limite temporale per rimettere in discussione il contenuto del provvedimento in discorso sarebbe costituito dai termini di prescrizione e decadenza che si applicano al diritto materiale dedotto in giudizio[127]. In pratica, tale soluzione interpretativa

[126] In base alla prospettiva richiamata nel testo, l'azione revisionale, di cui all'art. 304, è ammissibile solo nel rispetto del termine dei due anni, ma il cui decorso non impedisce a ciascuna parte di proporre un'autonoma azione di cognizione, dinanzi ad un diverso giudice, per ridiscutere liberamente il contenuto della misura anticipatoria di urgenza, salvi i limiti della prescrizione e decadenza del diritto sostanziale, come chiariscono: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., 567.

[127] Escludono l'idoneità al giudicato e ammettono che la possibilità di proporre un'azione a cognizione piena anche dopo il decorso del termine biennale: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso processo civil*, vol. 2, cit., p. 218; MITIDIERO, Daniel, *Autonomia e*

dell'art. 304 finisce per considerare il provvedimento anticipatorio di urgenza brasiliano allo stesso modo di un *référé* francese e di un provvedimento cautelare italiano a strumentalità attenuata.

La richiamata prospettiva si fonda sulla premessa sistematica in base alla quale l'attitudine alla cosa giudicata materiale spetterebbe unicamente alle decisioni giurisdizionali emanate a conclusione di un processo a cognizione piena ed esauriente effettivamente espletato[128], come sarebbe imposto dai principi costituzionali di proporzionalità e ragionevolezza, inerenti al «giusto processo»[129]. Sarebbe, pertanto, costituzionalmente illegittimo attribuire l'idoneità al giudicato sostanziale ad un provvedimento, come quello

---

estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, cit, p. 24 ss.; ID., *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 791, il quale scrive scrive che «*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*». Nella stessa ottica, rifiutano l'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento anticipatorio di urgenza anche: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 222; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 161, il quale motiva la sua posizione, oltre che sull'art. 304, sul fatto che la misura anticipatoria di urgenza è frutto di una cognizione esclusivamente sommaria; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 567; BAUERMANN, Desirê, *As tutelas de urgência no projeto de novo código de processo civil*, cit., p. 442, a commento dei vari progetti sulla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, afferma che "*melhor nos parece a opção sacramentada (...) de não revestir essa decisão com a força de coisa julgada*".

Anche 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*, cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 896, escludono l'idoneità al giudicato del provvedimento, di cui all'art. 304, ma in realtà finiscono con l'adottare una posizione diversa da quella di: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. Vedi *infra* par. 9.3.

[128] In tal senso si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso processo civil*, vol. 2, cit., p. 218, scrivono che: «*O que é de duvidosa legitimitade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extramente acentuada*»; MITIDIERO, Daniel, *Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil*, cit, p. 24 ss.; 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*, cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., vol. 2, p. 793, secondo cui la «*coisa julgada material é incompatível com a cognição superficial de mérito*».

[129] Sempre in base alla premessa indicata nel testo, la Costituzione brasiliana del 1988, che protegge espressamente la cosa giudicata all'art. 5°, inciso XXXVI, condizionerebbe il prodursi del giudicato sostanziale all'effettivo espletamento di un processo a cognizione piena ed esauriente, come sarebbe deducibile in via interpretativa dai richiamati principi di proporzionalità e ragionevolezza. In tal senso si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 896; TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 53.

anticipatorio di urgenza, reso a conclusione di un procedimento sommario. Ulteriore argomento in favore dell'assenza di ogni tipo di incontrovertibilità sarebbe contenuto nello stesso codice, nella parte in cui stabilisce espressamente che la misura anticipatoria di urgenza stabilizzata «non farà cosa giudicata» (art. 304, § 6°).

La richiamata prospettiva, che nega ogni tipo di incontrovertibilità processuale della misura anticipatoria di urgenza, ha probabilmente il pregio di eliminare i problemi pratici e interpretativi sollevati dall'art. 304 e ha dalla sua parte il sostegno dell'argomento comparatistico: l'ispirazione del legislatore brasiliano al sistema francese e italiano potrebbe effettivamente far propendere per considerare il provvedimento anticipatorio d'urgenza brasiliano come una misura di *référé* o una misura cautelare anticipatoria italiana e, quindi, come un atto ad efficacia provvisoria temporalmente indefinita, la quale potrebbe, pertanto, essere rimessa in discussione senza che si debba rispettare il termine processuale dei due anni previsto dall'art. 304, § 5°, c.p.c.

Nonostante questo, la richiamata soluzione interpretativa, pur essendo autorevolmente sostenuta, non convince e ciò essenzialmente per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, nessuna disposizione della Costituzione brasiliana lega espressamente la produzione della cosa giudicata (o, comunque, di una forma ridotta di incontrovertibilità e definitività processuale) all'espletamento effettivo di un processo a cognizione piena ed esauriente, essendo possibile ammettere – a nostro modesto avviso – la legittimità costituzionale di provvedimenti sommari decisori, purché alla parte sia data la possibilità di instaurare un giudizio a cognizione piena ed esauriente, attraverso l'impugnazione del provvedimento o la manifestazione di una contestazione impeditiva alla pronuncia di quest'ultimo[130]. Quanto alla legislazione ordinaria, all'interno del nuovo c.p.c. incontriamo dei provvedimenti sommari che sembrano acquisire una certa incontrovertibilità

[130] In questo senso si veda, in particolare, GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 329; ID., *Cognição sumária e coisa julgada*, in Revista *Eletrônica de Direito Processual*, n. 10, 2012, p. 275 ss., con ampi richiami all'insegnamento della dottrina italiana, tra cui: LANFRANCHI, Lucio, *La roccia non incrinata*, 3° ed., Torino: Giappichelli, 2011; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit.; CARRATTA, Antonio, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID., a cura di, *La tutela sommaria in Europa*, cit., p. 1 ss.

processuale[131]. Ci sembra, infatti, che il nuovo codice abbia voluto conferire, almeno in modo implicito, l'acquisizione di una incontrovertibilità-definitività processuale al provvedimento ingiuntivo non opposto (chiamato *mandado monitório não embargado*), nella misura in cui l'art. 701, § 3°, assoggetta ora tale atto all'impugnazione per revocazione (chiamata *ação rescisória*)[132].

---

[131] Per un approfondimento si rinvia a GRECO, Leonardo, *Cognição sumária e coisa julgada*, cit., § 10 ss.; ID., *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 329.

[132] In tal senso si veda anche ROCHA, Thais Guimarães Braga, *Procedimentos especiais: ação monitória*, cit., p. 520.

Tra l'altro, visto che il nuovo c.p.c. prevede (all'art. 701, § 1°) l'impugnabilità del provvedimento di ingiunzione non opposto con la *ação rescisória* (la revocazione), possiamo trasporre in Brasile uno degli argomenti con cui GARBAGNATI, Edoardo, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano: Giuffré, 1991, p. 5 ss.; ID., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. 1, p. 467 ss., aveva sostenuto l'idoneità al giudicato materiale del decreto ingiuntivo non opposto in Italia. L'A. scriveva che: la revocazione è un mezzo di impugnazione per attaccare la cosa giudicata e, quindi, che non avrebbe senso prevedere l'esperibilità di un tale mezzo nei confronti di un provvedimento privo dell'attitudine al giudicato o di una certa forma di incontrovertibilità; più di recente e nella stessa linea MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, vol. III, 23° ed., Torino, Giappichelli, p. 55 e 56, affermava che: «se non fosse presupposta l'efficacia del giudicato, non avrebbe senso assoggettare il decreto ingiuntivo ai rimedi impugnatori straordinari, che in tanto hanno ragione d'essere in quanto l'esaurimento della possibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato»; gli AA. specificano, altresí, che «la portata e i limiti del giudicato» del decreto ingiuntivo non opposto «coincidono con quelli della sentenza di condanna», sia in relazione al profilo soggettivo che rispetto a quello oggettivo, dell'estensione dell'accertamento agli antecedenti logici necessari della pronuncia. Per i riferimenti al procedimento ingiuntivo nel diritto italiano si veda *infra* par. 9.3, in nota. Riportando questo ragionamento in Brasile, non avrebbe senso prevedere l'ammissibilità della revocazione (*ação rescisória*) contro il provvedimento ingiuntivo non opposto (*mandado monitório não embargado*) se quest'ultimo non avesse l'attitudine a produrre la cosa giudicata sostanziale.

Tuttavia, per una critica a tale ragionamento si veda TALAMINI, Eduardo, *Tutela monitória*, cit., pp. 94-95. Quanto all'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento ingiuntivo non opposto la dottrina brasiliana non è concorde. In senso affermativo si vedano: THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. II, cit., p. 403; ROCHA, Thais Guimarães Braga, *Procedimentos especiais: ação monitória*, in THEDORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.), *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*, cit., p. 512 ss., spec. p. 520; MARCATO, Antonio Carlos, *Ação monitória*, cit., secondo cui il provvedimento ingiuntivo non opposto «*adquire eficácia similar àquela da sentença condenatória, obtida no processo de cognição plena e exauriente (...) É, pois, provimento idêntico, por natureza, àquele contido em sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material, como se dá, em relação a essa última, quando emanada de processo em que o réu se tornou revel*»; ID., *O processo monitório brasileiro*, cit.; TUCCI, José Rogério Cruz e, *Ação monitória*, cit., p. 91, secondo cui il provvedimento ingiuntivo «*se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença potencialmente condenatória*». Ma, in senso contrario, escludono l'idoneità al giudicato del provvedimento ingiuntivo non opposto: TALAMINI, Eduardo, *Tutela monitória*, cit., p. 92 e ss.; ID., *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 133, scrive che nel caso in cui non venga proposta opposizione a decreto ingiuntivo «*não fica obstado o exercício de uma ação autônoma destinada a impugnar a existência do crédito ou a validade dos atos do processo executivo ou monitório*». In riferimento al c.p.c. del 2015 TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 225, esclude che il provvedimento ingiuntivo non opposto produca degli effetti extraprocessuali, trattandosi di atto che «*é acobertado apenas por preclusão, tendo em vista seus efeitos endoprocessuais, que não obstam a discussão do crédito em sede de ação autônoma de impugnação (...) para anulação do processo monitório e para repetição do resultado obtido na via executiva*». L'A. esclude che

In secondo luogo, la descritta soluzione interpretativa, tendente a configurare l'efficacia provvisoria indefinitamente protatta della misura anticipatoria di urgenza, ha un suo punto debole: consentire la proponibilità dell'azione revisionale oltre il termine di due anni, significherebbe sostanzialmente giungere all'abrogazione tacita del § 5° dell'art. 304. Accogliendo, infatti, la prospettiva in esame, il termine biennale diverrebbe sostanzialmente inutile, nella misura in cui il suo decorso sarebbe privo di qualsiasi conseguenza giuridica rilevante per le parti[133]. L'imposizione del termine di due anni per esercitare l'azione revisionale della misura anticipatoria di urgenza mi pare, pertanto, costituire l'ostacolo maggiore all'accoglimento della menzionata prospettiva tendente ad escludere qualsiasi forma di definitività processuale del provvedimento in analisi[134].

9.2 La prospettiva che ammette l'attitudine al giudicato del provvedimento stabilizzato

Scartata la prima opzione interpretativa, resta l'alternativa tra la seconda e la terza soluzione, ossia: quella in base alla quale la definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato è identica alla cosa giudicata; quella che configura per la misura stabilizzata una forma di incontrovertibilità processuale, minore e in alcuni aspetti diversa dalla cosa giudicata in senso proprio.

In base alla seconda soluzione, sostenuta da una parte autorevole della dottrina brasiliana, si ritiene che il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato (in ragione

---

si possa dedurre l'attitudine al giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto in ragione della impugnabilità con la revocazione, nella misura in cui «*há também decisões não acobertadas por coisa julgada material passívei de impugnação pela via rescisória*"».

[133] L'unica conseguenza giuridica del decorso del termine di due anni, di cui all'art. 304, § 5°, sarebbe data dall'impossibilità di proporre l'azione revisionale dinanzi allo stesso giudice che ha emanato la misura anticipatoria di urgenza e, conseguentemente, dall'onere di instaurare un'azione autonoma dinanzi ad un altro giudice per rivedere, riformare o invalidare il contenuto della misura in discorso.

[134] Nello stesso senso, considera la presenza del termine di due anni come un elemento che impedisce di qualificare l'efficacia della misura come indefinitamente protatta e sempre provvisoria, REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 296, secondo cui sarebbe inutile: «*prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em prazo até mesmo maior, capaz de produzir rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu*».

della mancata impugnazione da parte del convenuto) acquisti la forza di cosa giudicata, una volta decorso il termine di due anni per la proposizione dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°. In base a questa ottica, il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato definitivo, passato il termine dei due anni, produrrebbe la cosa giudicata materiale[135] o, comunque, un effetto equivalente a quello della cosa giudicata[136]. Per fare in modo che la richiamata soluzione interpretativa risulti coerente con la lettera dell'art. 304, § 6° (sulla esclusione della forza di cosa giudicata), viene affermato che: la misura anticipatoria di urgenza non è dotata della cosa giudicata solo durante il periodo dei due anni in cui può essere proposta l'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°; ma che, tuttavia, una volta decorso il termine biennale e concluso quel periodo (chiamato di «interregno») in cui la misura stabilizzata può essere rivista, riformata o invalidata, il provvedimento anticipatorio verrà immunizzato dalla cosa giudicata in senso proprio[137].

---

[135] Per questa opzione interpretativa si vedano: GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 207, ricorda che: «*os §§ 2° a 5° do artigo 304 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, (...) passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada*»; ID., *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 363; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 292 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 903; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4.3.4; NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 864; VASCONSELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 175; SOUZA, Artur César de, *Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC*, cit., p. 186, scrive che in caso di mancata proposizione dell'azione principale per ridiscutere il provvedimento nel termine di due anni «*a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada*».

[136] THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 670, parla di «*efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada*» e di «*equivalência com a coisa julgada*».

[137] REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 298, del quale, per maggiore chiarezza dell'esposizione, citiamo il seguente passo: «*A nova lei optou por conferir, às partes, um lapso de 2 anos dentro do qual, apesar de proferida sentença definitiva, não há formação de coisa julgada material, permitindo, durante esse interregno, a alteração dos efeitos da tutela estabilizada por meio de simples ação de modificação (art. 304, §§ 5.º e 6.º), sem natureza de ação rescisória. Esse interregno de 2 anos sem formação de coisa julgada material, apesar de proferida sentença terminativa, deve-se, exatamente, ao fato de decisão que concedeu a tutela (posteriormente estabilizada) ter sido fundada em cognição não exauriente. Ora, após esgotado in albis também esse prazo de 2 anos, não vemos como deixar de concluir que passa a ocorrer uma imutabilidade e indiscutibilidade do mérito, formando-se, assim, coisa julgada material*».

Ritenere che la misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e definitiva acquisisca la forza di cosa giudicata in senso proprio comporta l'applicazione delle regole a questa inerenti, quali:

(a) la funzione negativa della cosa giudicata (chiamata anche immutabilità o forza proibitiva della cosa giudicata), che impedisce di ridiscutere quanto deciso nella decisione passata in giudicato formale;

(b) la funzione positiva della cosa giudicata (chiamata anche indiscutibilità o forza normativa della cosa giudicata) che obbliga un secondo giudice a conformarsi ad una precedente decisione, passata in giudicato formale, ed a considerare che il diritto soggettivo esiste così come è stato fissato dal primo giudice[138];

(c) la possibilità di estendere l'accertamento della cosa giudicata anche alle questioni pregiudiziali (come stabilito dall'art. 503 c.p.c.)[139];

---

[138] Sulla funzione negativa e su quella positiva della cosa giudicata la letteratura è sterminata sia in Brasile che in Italia, si vedano, tra gli altri: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, 1967, Rio de Janeiro, 1967, p. 64; MESQUITA, José Ignácio Bothelo de, *Coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 11-12; THEODORO, Humberto Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 1102; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, cit., p. 513 ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1989; PUNZI, Carmine, *Il processo civile*, cit., p. 56; MENCHINI, Sergio, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino: UTET, 2002.

[139] Superando la soluzione del c.p.c. del 1973 quanto alla limitazione dell'ambito oggettivo della cosa giudicata al solo dispositivo della decisione, il codice del 2015 ha deciso di allargare i limiti oggettivi del giudicato anche alle questioni pregiudiziali decise espressamente e incidentalmente nel processo, qualora vengano rispettare le condizioni, cumulativamente previste, di cui ai §§ 1° e 2° dell'art. 503, ossia: che la questione pregiudiziale sia stata necessaria e determinante quanto alla risoluzione della lite; che sulla questione si sia sviluppato il contraddittorio previo ed effettivo; che il processo non si sia svolto in contumacia del convenuto; che il giudice abbia avuto la competenza per materia per decidere la questione pregiudiziale in via principale; che la cognizione sulla questione pregiudiziale sia stata piena ed esauriente, essendo espressamente esclusa l'estensione della cosa giudicata in caso di sommarietà della cognizione (quando nel processo ci siano state delle «restrizioni probatorie o limitazioni che impediscono l'approfondimento della analisi della questione pregiudiziale»). In conseguenza della introduzione della regola sull'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali, di cui all'art. 503, in dottrina è stata proposta la distinzione tra: la «cosa giudicata comune» («*coisa julgada comum*») che riguarda il dispositivo della sentenza; la cosa giudicata eccezionale («*coisa julgada excepcional*») che, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge, riguarda le questioni pregiudiziali decise con efficacia di giudicato. Per questa distinzione si vedano: DIDIER JR., Fredie, *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro*, in *Civil Procedure Review*, vol. 6, n. 1, 2015, p. 87; LUCCA, Rodrigo Ramina de, *Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*, vol. 252, 2016, p. 79 ss., spec. p. 101. Sull'art. 503 c.p.c. rinviamo a: BONATO, Giovanni, *Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva*, in *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, cit., p. 171 ss., e in *Revista de processo comparado*, 2015, n. 2, p. 121 ss.; REDONDO, Bruno Garcia, *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC*, in *Revista de processo*, vol. 248, 2015, p. 43 ss.; CABRAL, Antonio do Passo, *Coisa julgada*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;

(d) l'applicazione dell'art. 485, inciso V, sull'estinzione del processo senza decisione di merito in ragione dell'esistenza della cosa giudicata, anche in presenza di una precedente misura anticipatoria di urgenza passata in giudicato[140];

(e) l'applicazione dell'art. 337, inciso VII, e dell'art. 485, inciso V, e § 3°, sulla rilevabilità di ufficio dell'eccezione di precedente cosa giudicata (chiamata *preliminar da coisa julgada*), anche in caso di esistenza di una precedente misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e passata in giudicato[141];

(f) l'impugnabilità del provvedimento anticipatorio stabilizzato e definitivo con la *ação rescisória*, disciplinata dagli articoli 966 e seguenti c.p.c. brasiliano del 2015 (mezzo di impugnazione assimilabile all'italiana revocazione delle sentenze)[142];

DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 1291; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2, cit., p. 622; THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 1106 ss.; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, cit., p. 523 ss. Per la disciplina dei limiti oggetti della cosa giudicata nel c.p.c. del 1973 si vedano: TUCCI, José Rogério Cruz e, *A causa petendi no processo civil*, 3° ed., São Paulo: RT, 2009, p. 244; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*, in *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92; TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 50 ss.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, São Paulo: Saraiva, 2012; CABRAL, Antonio do Passo, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, 2° ed., Salvador: Jus Podivm, 2014; PELLEGRINI, Ada Grinover, Ada, *Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*, in *O processo. Estudos & pareceres*, cit., p. 105.

[140] Sui casi di estinzione del processo senza decisione nel merito, si veda THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, pp. 1016-1017.

[141] Sull'eccezione di precedente giudicato nel sistema brasiliano, si veda THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 793.

[142] Come indicato, coloro che ammettono l'idoneità al giudicato della misura anticipatoria di urgenza, ritengono che l'impugnazione per revocazione sia proponibile contro il provvedimento in esame dopo il decorso del termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale. In questo senso, si vedano: GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 207, ID., *Instituições de processo civil*, vol. II, cit., p. 363; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4.3.4; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., pp. 297-298; THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 670; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 903; VASCONSELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 175.

Sulla *ação rescisória* si vedano, tra gli altri: YARSHELL, Flávio Luiz, *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2005; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger, *Ação rescisória no novo Código de Processo Civil*, in *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 3, sept.-dec., 2015, p. 53 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2, cit., p. 587 ss.; TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 137 ss.; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., vol. 2, p. 824.

(g) la revocabilità di una decisione di merito, passata in giudicato, per contrarietà con un precedente provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e definitivo (applicazione del motivo di revocazione, di cui all'art. 966, inciso IV, chiamato «*ofensa à coisa julgada*»)[143].

9.3 La soluzione preferibile: la definitività del provvedimento stabilizzato come autonoma figura di incontrovertibilità processuale

Infine, adottando una terza soluzione interpretativa – che ci sembra preferibile e che pare essere stata accolta dalla dottrina brasiliana maggioritaria – si ritiene che il contenuto del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato possa acquisire una definitività e una incontrovertibilità processuale simile, dal punto di vista della indiscutibilità, ma comunque non identificabile con la cosa giudicata in senso proprio.

Trattandosi di una tecnica processuale nuova nel sistema brasiliano, la terminologia è molto variegata per descrivere la definitività acquisita dalla misura anticipatoria stabilizzata, dopo il decorso del termine dei due anni per l'esercizio dell'azione revisionale[144]. Si utilizzano a tale riguardo le seguenti formule: «stabilità qualificata»[145]; «stabilizzazione definitiva»[146]; «stabilità processuale»[147]; «quasi cosa giudicata» e «superstabilizzazione» del

---

[143] In maniera simile all'art. 395, n. 5, c.p.c. italiano, nell'ordinamento brasiliano è possibile chiedere la revocazione di una decisione passata in giudicato in caso di «offesa alla cosa giudicata» (art. 966, inciso IV), ossia in caso di contrarietà con una precedente pronuncia avente autorità di cosa giudicata. Dispone l'art. 966 che: «*A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: ... IV – ofender a coisa julgada*»). Sul punto si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 832; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2, cit., p. 591.

[144] In questo caso, è utile ricordare l'insegnamento di TUCCI, José Rogério Cruz e, *Tempo e processo*, São Paulo: RT, 1998, p. 41, che ammonisce quanto alla necessità di adottare una terminologia appropriata nella descrizione dei fenomeni giuridici: «*Um dos fatores que mais complicam, sob vários aspectos, o estudo do direito é a imprecisão terminológica*».

[145] SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a 'estabilização da tutela antecipada'*, cit., p. 122; ID., *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 187, parla di «*estabilidade qualificada*».

[146] NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os Contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo cpc e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 133, parlano di «*estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada*».

[147] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 612-613, parlano di una «*estabilidade processual distinta da coisa julgada*».

provvedimento[148]; stabilizzazione dei soli effetti[149]; marcata stabilità[150]; rafforzamento del provvedimento[151]; stabilizzazione che produce effetti extraprocessuali[152]; fenomeno processuale simile alla cosa giudicata[153]; immutabilità[154]; indiscutibilità di effetti[155].

Come già detto, la nostra preferenza ricade su quest'ultima opzione interpretativa che ci pare maggiormente in linea rispetto a quanto previsto dall'art. 304, in particolare dal suo § 6°, che esclude espressamente l'attitudine al giudicato del provvedimento in esame[156], nonché con gli articoli 502 e seguenti del codice che disciplinano l'istituto della cosa giudicata. Ciò detto, personalmente, ritengo che né in Brasile né in Italia sussista un reale impedimento di natura sistematica e di portata costituzionale che sia in grado di ostacolare il legislatore ordinario ad attribuire la forza della cosa giudicata ad un provvedimento anticipatorio di urgenza[157]. L'ostacolo sembra, quindi, essere di tipo politico e frutto di una scelta discrezionale del legislatore ordinario[158], della quale si deve, comunque, prendere atto e in

---

[148] COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, cit., il quale, una volta decorso il termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale, parla di una «*quase coisa julgada*» e di «*superestabilização*» della misura anticipatoria di urgenza, che possiede una «*irradiação de efeito equivalente ao de coisa julgada*», ossia di un «*efeito externo semelhante ao de coisa julgada*».

[149] Parla di stabilizzazione di effetti ed esclude la produzione della cosa giudicata materiale: SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 234, secondo cui ci sarebbe «una mera coincidenza (non identità)» di regimi giuridici considerati.

[150] MEDINA, José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado*, cit., p. 490; ID., *Direito processual civil moderno*, cit., p. 524, secondo cui decorso il termine di due anni, il provvedimento anticipatorio diviene «*marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extinguir o direito de ajuizar ação para rever, reformar ou anular a decisão que concedeu a liminar*».

[151] DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 29, ritengono che la stabilità della misura di urgenza si «*fortalecerá mas não coincidirá com atributos idênticos à eficácia preclusiva e à função positiva*» della cosa giudicata.

[152] TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216.

[153] NEVES, Daniel Amorin Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, cit., p. 493.

[154] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Direito processual civil contemporâneo*, cit., p. 524, parla di immutabilità.

[155] DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, cit., p. 496.

[156] Fanno riferimento all'argomento testuale, di cui all'art. 304, § 6°, che porta ad escludere l'attitudine al giudicato del provvedimento anticipatorio di urgenza anche NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 80.

[157] In senso contrario: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 83, ritengono che ci sia un ostacolo costituzionale all'attribuzione della cosa giudicata ad un provvedimento sommario.

[158] Per analoghe considerazione nell'ordinamento italiano si veda BIAVATI, Paolo, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, cit., p. 569, secondo cui: «non vi sarebbe nessun ostacolo reale ad attribuire alla decisione anticipatoria, una volta esaurita la fase del reclamo e senza che le parti abbiano inteso dare vita al

base alla quale è necessario ricostruire la tecnica della stabilizzazione, oggetto della presente analisi.

Ad ogni modo, la richiamata soluzione ci sembra essere quella più coerente in riferimento alla lettera dell'art. 304, in quanto: da un lato, permette di rispettare il § 5°, poiché tiene conto del termine biennale per proporre l'azione revisionale; dall'altro lato, è in linea con il § 6° del medesimo articolo, essendo coerente con l'espressa esclusione dell'attitudine al giudicato del provvedimento. Inoltre, la prospettiva in discorso ci pare essere quella più conforme con l'intenzione del legislatore brasiliano in relazione all'istituto della tutela anticipatoria di urgenza, il cui scopo è quello di «risolvere situazioni momentanee senza il rischio di stabilizzazione totale»[159].

Avendo escluso che l'incontrovertibilità della misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e definitiva si identifichi con la cosa giudicata in senso proprio, è necessario, pertanto, analizzare la tecnica della stabilizzazione in maniera autonoma (rispetto ai tradizionali istituti processuali) e, quindi, individuare le regole ad esso applicabili, nonché determinare l'ambito oggettivo dell'incontrovertibilità del provvedimento in esame[160].

Cominciando da quest'ultimo aspetto, in relazione all'ambito di indiscutibilità del provvedimento anticipatorio di urgenza, ci pare sia più corretto ritenere che la sua vincolatività sia alquanto ridotta: sarà impossibile rimettere in discussione il concreto risultato imposto dal provvedimento, ma il suo contenuto non produrrà nessun vincolo in relazione ad altri futuri giudizi vertenti su diritti dipendenti da quello deciso con la tutela di urgenza. In altre parole, l'incontestabilità del provvedimento anticipatorio di urgenza si identifica con la

---

giudizio di merito, un'efficacia di giudicato. Vi è, però, una comprensibile ritrosia del legislatore a giungere a tanto (…). Si tratta, però, di un limite politico, non di un limite strutturale».

[159] Così NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 90, secondo i quali: «*A ausência de formação de coisa julgada viabiliza, como ocorre de institutos análogos no direito estrangeiro, que a técnica se apresente como um relevante expediente prático para resolver situações momentâneas sem o risco de estabilização total*».

[160] Per questa constatazione si veda anche TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216, scrive che è necessario «*se primar para que esse novo fenômeno seja compreendido com fulcro em regras e princípios próprios e de forma autônoma em relação às estabilidades processuais já consagradas em nosso sistema*».

sola funzione negativa della cosa giudicata, essendo da escludere la funzione positiva del giudicato rispetto alla misura in discorso[161].

Inoltre, come disposto dall'art. 503 c.p.c., l'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali è subordinata al reale (e non solo potenziale) espletamento di una cognizione piena ed esauriente e, in particolare, all'instaurazione di un contraddittorio previo ed effettivo su tali questioni. Essendo il provvedimento anticipatorio di urgenza emanato a conclusione di una cognizione sommaria e senza la previa convocazione della controparte, l'ambito oggettivo dell'incontrovertibilità dell'atto in esame non potrà, pertanto, comprendere le questioni pregiudiziali, pena la violazione di quanto disposto dall'art. 503[162].

In altre parole, l'ambito oggettivo della incontrovertibilità del provvedimento anticipatorio di urgenza non si estende: «né (a monte) al rapporto da cui è scaturito il diritto oggetto» della misura, «né (a valle)» ai diritti dipendenti da quello deciso[163]. Siamo in presenza di una incontestabilità del provvedimento che implica esclusivamente una irremovibilità dei suoi effetti e risultati, ma che non si promana né in relazione alle questioni

---

[161] Ritengono che il provvedimento anticipatorio di urgenza sia dotato della sola funzione negativa della cosa giudicata ed escludono quella positiva: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 187; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., p. 612-613; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216, secondo cui «*afastando-se a conformação de coisa julgada (...) refuta-se, por uma lado, a atribuição de eficácia positiva a essa decisão, no sentido de não imporá sua observância em processos futuros em que eventualmente apareça como questão prejudicial*».

In realtà anche 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*, cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 897, accolgono questa prospettiva della definitività e intangibilità del risultato e degli effetti della misura anticipatoria di urgenza. Gli AA. scrivono, infatti, che decorso il termine di due anni per proporre l'azione revisionale, non potrà essere più rimesso in discussione quanto deciso con il provvedimento ancipatorio e danno il seguente esempio: gli effetti dell'ordine di pagare gli alimenti, dato con la misura anticipatoria di urgenza, resteranno fermi e non saranno travolti qualora una successiva sentenza venisse a dichiarare inesistente lo stato di filiazione. L'efficacia di tale sentenza varrà solo per il futuro, senza travolgere quanto stabilito per il passato dalla misura anticipatoria di urgenza. Nella prospettiva dei citati AA., si ammette, quindi, una definitività intangibile degli effetti creati dal provvedimento anticipatorio sommario, negandosi l'idoneità al giudicato della misura.

[162] Per l'esclusione dell'estensione dell'incontrovertibilità del provvedimento anticipatorio alle questioni pregiudiziali, si vedano anche: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit. p. 613; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, cit., p. 897; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 83; DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, cit., p. 496, esclude che l'incontestabilità della misura riguardi gli antecedenti logici necessari.

[163] Per l'utilizzo delle espressioni "a monte" e "a valle" ci siamo ispirati a quanto descritto da LUISO, Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 156, in relazione alla tesi sulla incontestabilità ridotta del provvedimento ingiuntivo non opposto (tesi, peraltro, che l'A. non accoglie).

pregiudiziali né produce un vincolo sui rapporti giuridici connessi con quello dedotto in giudizio. Così definita, l'incontrovertibilità di cui è dotata la misura anticipatoria di urgenza definitiva viene, di fatto, a identificarsi con la figura della preclusione *pro iudicato*, utilizzata, da una parte della dottrina italiana, per descrivere l'incontestabilità del contenuto dei provvedimenti decisori sommari, che ha un ambito oggettivo ridotto rispetto alla cosa giudicata in senso proprio[164]. Ricordiamo che il fenomeno della preclusione *pro iudicato* viene definito dalla dottrina come: un vincolo consistente nella impossibilità di «rimuovere i risultati cui è pervenuto» il provvedimento sommario[165]; «un effetto di incontestabilità

---

[164] Come noto l'elaborazione della figura della preclusione *pro iudicato* viene fatta attribuita a: REDENTI, Enrico, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, Giuffré, 1938, p. 135; ID., *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffré, 1952 e 1954, vol. 1, p. 71-72, e vol. 3, p. 25-26 e p. 41-45. Seguono in Italia la tesi della *preclusione pro iudicato* in relazione ai provvedimenti sommari anche: ANDRIOLI, Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., vol. IV, Napoli: Jovene, 1964, p. 113 ss.; MONTESANO, Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino: Utet, 1994, p. 260; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 80-81; BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano: Giuffré, 1996, p. 316 ss.; RONCO, Alberto, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino: Giappichelli, 2000, p. 579 ss.

La tesi italiana sulla preclusione *pro iudicato* è conosciuta anche in Brasile e viene riportata nelle seguenti monografie dedicate alla preclusione: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*, São Paulo: Editora Método, 2004, p. 15 e p. 19 ss.; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 83, il quale riferisce che Redenti elaborò l'espressione preclusione *pro iudicato* per individuare il contenuto di alcuni provvedimenti che non rivestendo la forma della sentenza «*podem, em virtude do seu conteúdo, gera efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litígio, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores, mas com efeitos menos intensos que os da coisa julgada material (embora a eles de certa forma equiparados)*»; l'A. ricorda più avanti (p. 278) che: «*o termo preclusão 'pro iudicato' foi chunado para situações particulares de eficácia extraprocessual de determinadas decisões não passíveis de ser cobertas pela coisa julgada material*»; RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44 ss.; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 48; RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 44.

Ricordiamo, tuttavia, che non tutta la dottrina italiana accoglie la tesi della preclusione *pro iudicato*, considerata una soluzione di compromesso e sostanzialmente ingiusta, essendo più opportuno attribuire piena idoneità al giudicato sostanziale anche ai c.d. «provvedimenti sommari decisori» (come il decreto ingiuntivo non opposto e per il provvedimento di convalida di sfratto), facendo leva, oltre che sulla impugnabilità con i mezzi straordinari di impugnazione dei provvedimenti sommarii decisori, anche sulla equivalenza tra l'effettivo espletamento della cognizione piena e il suo potenziale espletamento, al quale la parte liberamente rinuncia. Per questa prospettiva si vedano: MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, vol. III, cit., pp. 55-56; LANFRANCHI, Lucio, *La roccia non incrinata*, cit.; GARBAGNATI, Edoardo, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 5 ss.; ID., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, cit., p. 467 ss.; PUGLIESE, Giovanni, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano: Giuffré, 1968, p. 838 ss.; MENCHINI, Sergio, *Regiudicata civile*, in *Digesto discipline privatistiche*, vol. XVI, Torino: Utet, 1997, p. 404 ss., spec. p. 423 ss.; CONTE, Riccardo, *Del procedimento d'ingiunzione*, Bologna: Zanichelli, 2012, p. 265 ss.In giurisprudenza si vedano: Cass., 13 febbraio 2002, n. 2083, in *Giur. it.*, 2003, p. 243; Cass., 16 novembre 2006, n. 24373; Cass., 19 luglio 2006, n. 16540; Cass., 24 marzo 2006, n. 6628.

[165] Così MONTESANO, Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 260, con considerazioni svolte a proposito della differenza tra la sentenza di condanna e il decreto ingiuntivo inoppugnabile perché non

dell'attribuzione patrimoniale compiuta dal giudice»[166]; una immutabilità «quantitativamente (non qualitativamente) minore» dell'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato e resa a conclusione di un giudizio a cognizione piena[167].

Ciò detto, nonostante la sostanziale coincidenza tra la figura italiana della preclusione *pro iudicato* e l'incontrovertibilità degli effetti del provvedimento brasiliano anticipatorio di urgenza, è preferibile – a mio modesto avviso – evitare di utilizzare la richiamata espressione italiana, visto che in Brasile alla formula preclusione *pro iudicato* si attribuiscono significati divergenti[168]. Preferiamo, quindi, descrivere l'incontrovertibilità acquisita dal provvedimento anticipatorio di urgenza del c.p.c. brasiliano come una stabilità qualificata e processuale,

---

opposto o non validamente opposto. L'A. parte dal presupposto che «l'ordinamento sembra collegare indissolubilmente l'accertamento giurisdizionale al provvedimento conclusivo di processo in cui siano state date alle parti quelle che lo stesso ordinamento pone come le massime garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese, e perciò esclude quell'accertamento là dove, come nelle cognizioni sommarie, le dette garanzie siano minori di quelle consentite nell'ambito degli strumenti di tutela normale dei diritti» (p. 261).

[166] MENCHINI, *Regiudicata*, cit., p. 404 ss., spec. p. 425, nota 96, il quale, tuttavia, non accoglie la tesi della preclusione *pro iudicato*.

[167] PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 80-81.

[168] Si deve, infatti, ricordare che alcuni autori brasiliani utilizzano la formula preclusione *pro iudicato* in un senso diverso da quello indicato da Redenti. Secondo una parte della dottrina brasiliana, la preclusione *pro iudicato* indicherebbe quella preclusione che si crea rispetto al giudice all'interno dello stesso processo e verrebbe a coincidere con l'irretrattabilità del provvedimento nei confronti del giudice che lo ha emanato. In questa direzione si veda quanto scritto da MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual civil*, 9° ed., vol. 2, Campinas, Millenium, 2003, pp. 179-180, secondo cui la preclusione *pro iudicato* indica il tipo di preclusione che viene prodotta dalle decisioni di rito, non più impugnabili, si tratti di sentenze o di ordinanze; l'A. aggiunge che «*a preclusão pro iudicato não se confunde com a coisa julgada, porque os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da res iudicata material se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal*»; secondo questa prospettiva la preclusione *pro iudicato* ha effetti limitati al singolo processo in cui viene creata e riguarda delle decisioni a contenuto processuale che non sono più impugnabili con i mezzi di impugnazioni ordinari; così descritta la preclusione *pro iudicato* si identifica con l'irretrattabilità-immodicabilità di una decisione (di rito) e viene a coincidere con il concetto di esaurimento del potere decisorio. Ricorda NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz*, cit., p. 24, che tale confusione nell'utilizzo dell'espressione preclusione *pro iudicato* deriva dall'influenza sul pensiero di Frederico Marques della tesi di RICCIO, Stefano, *La preclusione processuale penale*, Milano: Giuffré, 1951, p. 100; si veda nello stesso senso anche TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., pp. 48-49. Per la sintesi delle opinioni della dottrina brasiliana sul punto rinviamo a: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 84 ss. Ad ogni modo, concordiamo con NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz*, cit., p. 20 ss., che la formula preclusão *pro iudicato* debba essere riservata al fenomeno della irrevocabilità-incontrovertibilità extraprocessuale, simile e analoga alla cosa giudicata.

come una irremovibilità e incontestabilità panprocessuale (o extraprocessuale o ultrattiva) degli effetti e risultati prodotti dalla misura in esame[169].

Inoltre, per quanto riguarda il regime della misura anticipatoria di urgenza, qualora venga proposta una domanda tendente a rimettere in discussione gli effetti stabilizzati e definitivi della misura, il processo verrà estinto sulla base del disposto dell'art. 487, inciso II. In ragione, quindi, del maturarsi della decadenza derivante dal decorso del termine biennale per l'esercizio dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°, il giudice non potrà nuovamente affrontare l'esame della controversia ed emanerà una decisione (di merito) per rigettare la pretesa dedotta e chiudere il processo nel quale una parte cercava di rimettere in discussione la misura anticipatoria stabilizzata definitiva[170]. Sempre su questo aspetto, potrà essere rigettata in via preliminare, ai sensi dell'art. 332, § 1°, e ricorrendo le altre condizioni previste dalla legge, la domanda tendente a constestare gli effetti stabilizzati in maniera incontrovertibile di un provvedimento anticipatorio di urgenza, per il verificarsi di una decadenza (il decorso del termine di due anni di cui all'art. 304, § 5°)[171]. Il giudice potrà, pertanto, dichiarare di ufficio la decadenza in ragione dell'esistenza di un provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e divenuto definitivo per effetto del decorso del termine biennale.

Infine, non acquisendo la cosa giudicata in senso proprio, è da escludere che il provvedimento anticipatorio di urgenza sia impugnabile con la revocazione (*ação*

---

[169] Nella medesima prospettiva si veda anche TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216, la quale evita l'utilizzo della formula «*preclusão pro iudicato*», preferendo parlare di una stabilizzazione che produce «*efeitos extraprocessuais*».

[170] Per la parte che qui interessa, l'articolo 487, dispone che: «*Haverá resolução de mérito quando o juiz ... II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição*». Si veda THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 1028 ss.

Per l'applicazione dell'art. 487, inciso II, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 188; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 82.

[171] Sul cosidetto «*julgamento de improcedência liminar*», di cui all'art. 332, che permette al giudice di rigettare la domanda dell'attore senza aver previamente instaurato il contradditorio con il convenuto, si veda: THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., p. 759 ss. Il menzionato § 1° dell'art. 332 dispone che: «*O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição*».

rescisória)[172]. Tra l'altro, ammettere l'impugnabilità del provvedimento anticipatorio di urgenza con la revocazione significherebbe dilatare eccessivamente il periodo temporale per poter privare di efficacia la misura in esame[173]: dopo la scadenza del termine biennale per proporre l'azione revisionale, si aprirebbe un altro termine di due anni per esperire la revocazione; si arriverebbe in totale ad un periodo di quattro anni nel corso del quale l'efficacia della misura potrebbe essere messa in discussione[174]. Non sarà nemmeno possibile chiedere la revocazione di una decisione di merito, passata in giudicato, ai sensi dell'art. 966, inciso IV, («offesa alla cosa giudicata»), per contrarietà con una precedente misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e incontrovertibile: non avendo quest'ultima attitudine al giudicato, non troverà applicazione il menzionato caso di revocazione.

Da notare, infine, che sussite una differenza di regime tra il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e definitivo e il provvedimento ingiuntivo divenuto incontrovertibile per mancata opposizione: al primo spetta una sola irremovibilità di effetti,

---

[172] Per l'inammissibilità della revocazione nei confronti della misura anticipatoria di urgenza, nonostante abbia acquisito la situazione processuale di definitività, si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit. p. 613; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, 13° ed., vol. 3, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 436; SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 234, il quale ricorda che l'*ação rescisória* è una «*técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses*»; COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 433; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216; l'enunciato n. 33 del *Fórum Permanente de Processualistas Civis* del Brasile, in base al quale: «*não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência*». L'impugnazione per revocazione (*ação rescisória*), di cui agli artt. 966 ss., del provvedimento anticipatorio di urgenza è naturalmente esclusa da parte di quegli autori che negano qualsiasi forma di incontrovertibilità della misura in esame, come: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 567.

Come indicato, coloro che ammettono l'idoneità al giudicato della misura anticipatoria di urgenza, ritengono che l'impugnazione per revocazione sia proponibile contro il provvedimento in esame dopo il decorso del termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale.

Da ricordare sul punto la diversa prospettiva di YARSHELL, Flávio Luiz, *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015*, in *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, cit., p. 155 ss., spec. p. 157, secondo cui l'impugnazione per revocazione (*ação rescisoria*), di cui agli artt. 966 ss., sarebbe proponibile già prima del decorso del termine di due anni, di cui all'art. 304, § 5°, poiché i motivi di revocazione sarebbero diversi da quelli spendibili con l'azione per rivedere, riformare e invalidare il provvedimento anticipatorio di urgenza; l'A. fonda la propria tesi anche sulla diversa competenza dei giudici: «*a demanda referida pelo art. 304 é da competência do juízo singular – aliás, ditada por critério funcional; a rescisória, ainda que contra decisão monocrática, é da competência do tribunal*».

[173] Per questa osservazione si veda COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 433.

[174] La revocazione nel sistema brasiliano deve essere proposta entro due anni dal passaggio in giudicato della decisione di merito che si vuole impugnare, salvo il caso della falsità della prova rispetto al quale si applica un termine massimo di cinque anni (art. 975 c.p.c.).

mentre il secondo possiede l'attitudine allla cosa giudicata (sia nella funzione negativa che in quella positiva), ciò che giustifica l'impugnabilità del provvedimento ingiuntivo con lo strumento della revocazione (art. 701, § 1)[175].

10. Considerazioni conclusive

Al termine di questo scritto, possiamo concludere che la tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza degli articoli 303 e 304 costituisce indubbiamente di un'innovazione positiva che allinea il sistema brasiliano con le soluzioni adottate in alcuni sistemi europei (in particolare, come visto, in Francia e in Italia) e che tende a valorizzare l'economia processuale, evitando il necessario svolgimento di un processo a cognizione piena ed esauriente, qualora le parti desiderino accontentarsi del solo provvedimento sommario come fonte di disciplina del rapporto giuridico controverso. Se, quindi, l'idea di fondo della stabilizzazione della tutela anticipatoria è indubbiamente corretta, dobbiamo, purtroppo, ammettere che la concreta attuazione che di tale tecnica ha dato il codice di procedura civile brasiliano del 2015 non è del tutto soddisfacente. Come precedentemente indicato, gli articoli 303 e 304 suscitano diverse perplessità e provocano molti dubbi e hanno costretto la dottrina ad elaborare alcune soluzioni interpretative per giungere ad un corretto utilizzo del nuovo istituto e a individuare il grado di definitività e il regime della misura di urgenza. Anche il ristretto ambito di applicazione della tecnica della stabilizzazione e i vari presupposti a cui è stata condizionata ci sembra criticabile; non è un caso che una parte della dottrina abbia dei seri dubbi sul futuro utilizzo del nuovo istituto nella vita pratica del processo brasiliano[176]. Da

---

[175] Per questa osservazione si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit. p. 613. In ogni caso, alla luce del disposto dell'art. 503, l'accertamento contenuto nel provvedimento ingiuntivo non opposto non si estende alle questioni pregiudiziali del diritto dedotto in giudizio.

[176] Alcuni autorevoli studiosi dubitano dell'effettiva utilità della tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza e ritengono che in futuro verrà poco utilizzata nella vita pratica del processo civile brasiliano. Si vedano in questo senso: YARSHELL, Flávio Luiz, *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças? (IX)*, cit., secondo cui «*o instituto tenderá a perder relevância, quer porque há outros meios mais vantajosos de se proporcionar verdadeira tutela, quer pelo potencial a gerar controvérsias de que o instituto é portador. É o que me diz o otimismo fruto da idade*»; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 115; ID., *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., pp. 195-196; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 895, il quale non nasconde la propria sfiducia sulla effettiva possibilità che l'istituto della

parte nostra, possiamo solo sperare che il nuovo istituto della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza possa effettivamente contribuire al miglioramento della situazione della giustizia civile brasiliana.

---

stabilizzazione riduca realmente il numero di processi, considerando che la prassi brasiliana è quella di proporre impugnazione contro i provvedimenti e, quindi, i casi di stabilizzazione di una misura anticipatoria di urgenza saranno estremamente ridotti.