ALEX COSTA PEREIRA

**Tutela sumária – A estabilização da tutela antecipada e sua
adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro**

Tese de Doutorado

Professor orientador: Walter Piva Rodrigues

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2012

ALEX COSTA PEREIRA

Tutela sumária – A estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área de concentração: Direito Processual

Professor orientador: Walter Piva Rodrigues

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2012

ALEX COSTA PEREIRA

**Tutela sumária – A estabilização da tutela antecipada e sua
adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do
grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Aprovada pela Comissão Examinadora baixo assinada.

Prof. Walter Piva Rodrigues
Orientador

AGRADECIMENTOS

Gostaria de registrar meus sinceros agradecimentos ao Professor Doutor Walter Piva Rodrigues, por mais essa oportunidade de trabalharmos em conjunto no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Também não posso deixar de expressar minha enorme gratidão ao Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira, pelo fundamental apoio e gentileza ao me fraquear as dependências de sua biblioteca e escritório, proporcionando adequada pesquisa e ambiente de imersão para redação do trabalho.

Agradeço ainda meus familiares, nas pessoas dos meus pais Ana Maria e Antonio José, da minha esposa Leandra, e, principalmente, da recém chegada Maria Eduarda, que agora pequenininha, deve um dia saber de sua importância como fonte de energia e motivação para a entrega do trabalho. Espero que ela não tenha sofrido minha ausência.

Por fim, agradeço aos colegas do escritório Costa Pereira e Di Pietro Advogados, pelo indispensável apoio e compreensão nas dificuldades diárias decorrentes da realização de duas árduas atividades paralelas.

RESUMO

PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária – A estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. 184 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

O tema proposto para estudo gravitou em torno da pertinência de introdução de técnica de aperfeiçoamento do método estatal de solução de controvérsias, mediante o aprimoramento da tutela antecipada genericamente prevista em nosso sistema processual em conformidade com o artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, procurou-se demonstrar que, a partir das mesmas bases consolidadas para concessão do provimento antecipatório, pode-se também admitir sua função definidora do litígio entre as partes, dotando-o de características que vão além da esfera processual de produtor de efeitos práticos almejados pelo jurisdicionado em tutela final de mérito. Para o cumprimento desse desiderato, observa-se a necessidade de alterações de seus elementos estruturais *instrumentalidade* e *provisoriendade*, a conduzir a tutela antecipada para o rol dos provimentos sumários autônomos, tornando, assim, o contraditório pleno em atividade cognitiva completa apenas eventual, a depender de impulso processual da parte interessada e legitimada a fazê-lo. Por fim, analisou-se a intensidade da estabilidade do provimento antecipatório, com considerações que apontaram para sua capacidade de usufruir da imutabilidade decorrente da coisa julgada material.

Palavras-Chave: Tutela antecipada. Provimento definitivo. Estabilização. Coisa julgada.

ABSTRACT

The theme proposed for study gravitated toward the appropriateness of introducing technical improvement on the state method for dispute settlement, by improving the summary injunction generally provided in our procedural system in accordance with Article 273 of the Code of Civil Procedure. Thus, we sought to demonstrate that, from the same consolidated basis for granting anticipatory provision, one can also admit its defining function of the dispute between the parties, giving it features that go beyond the mere procedural practical effects targeted for protection by the interested party. To fulfill this goal, there is the need for modification of its structural elements of instrumentality and temporariness, leading the summary injunction to the list of autonomous summaries provisions, thus rendering the full contradictory an only eventual cognitive activity, depending on a procedural impulse from the legitimized party. Finally, we analyzed the intensity of the stability of anticipatory provision, with considerations that pointed to their ability to benefit from the immutability of *res judicata*.

Keywords: Summary injunction. Permanent provision. Stabilization. *Res judicata*.

RIASSUNTO

Il tema proposto per lo studio si è aggirato attorno alla pertinenza dell'introduzione della tecnica di perfezionamento del metodo statale di soluzione di controversie, attraverso l'apprimoramento della tutela anticipatoria genericamente prevista nel nostro sistema processuale in conformità all'articolo 273 del Codice di Processo Civile. Così, si è cercato di dimostrare che, partendo dalle stesse basi consolidate del provvedimento anticipatorio, ci si può inoltre ammettere la sua funzione definitrice della lite fra le parti, dottandolo di caratteristiche che vanno al di là della sfera processuale di produttore di effetti pratici desiderati dal giurisdizionato in tutela finale di merito. Per il compimento di questo desiderato, ci si osserva la necessità di alterazioni dei suoi elementi strutturali istrumentalità e provvisorietà. a condurre la tutela anticipatoria al ruolo dei provvedimenti sommari autonomi, rendendo così il contraddittorio pieno in attività cognitiva completa soltanto eventuale, dipendendo dell'impulso processuale della parte interessata e legittimata a farlo. Infine, si è analizzata l'intensità della stabilità del provvedimento anticipatorio, con considerazioni che hanno puntato alla sua capacità di usufruire dell'immutabilità decorrente della cosa giudicata materiale.

Parole chiave: Tutela anticipatória. Provvedimento definitivo. Stabilizzazione. Cosa Giudicata.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 COGNIÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	21
1.1 A tutela jurisdicional diferenciada – Delimitações	21
1.2 Elementos da cognição plena e exauriente.....	24
1.3 Características da tutela jurisdicional prestada sob o modelo do procedimento ordinário	30
1.4 Tipologia da cognição sumária – Apresentação no sistema processual brasileiro....	32
1.5 Atividade lógica decorrente da cognição sumária	47
CAPÍTULO 2 FUNÇÃO E ESTRUTURA DA TUTELA SUMÁRIA	50
2.1 Análise funcional da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária. Função genérica	50
2.2 Aplicação da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária no sistema processual. Funções estritas	65
2.3 O dano marginal do processo civil e os custos do procedimento cognitivo pleno e exauriente	66
2.4 O abuso do direito de defesa pelo réu. Adequada distribuição do tempo do processo entre os jurisdicionados.....	73
2.5 Preservação da utilidade da tutela jurisdicional em situações de urgência.....	76
2.6 Estrutura da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária	84
2.7 Instrumentalidade da tutela sumária.....	91
2.8 Provisoriedade da tutela sumária	95
CAPÍTULO 3 A TUTELA ANTECIPADA ESTÁVEL: PROVIMENTO SUMÁRIO POTENCIALMENTE DEFINITIVO.....	101
3.1 Fundamentos para alteração estrutural da tutela sumária antecipada do processo civil brasileiro.....	101

3.2 Alteração estrutural da tutela sumária antecipada.....	108
3.2.1 Incidência sobre o elemento instrumentalidade	108
3.2.2 Incidência sobre o elemento provisoriedade	116
3.3 Natureza jurídica da tutela antecipada estável	120
3.4 Conteúdo da tutela antecipada estável. Reafirmação do dever de motivação das decisões judiciais.....	125
3.5 Questões procedimentais relevantes	126
CAPÍTULO 4 INTENSIDADE DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	130
4.1 Considerações gerais	130
4.2 A relação entre a tutela antecipada brasileira e a mutabilidade natural de seus efeitos	135
4.3 Estabilidade e função almejada com a tutela antecipada autônoma	139
4.4 Coisa julgada e estrutura da tutela antecipada estável	143
4.5 Tutela antecipada estável desprovida da coisa julgada material	146
4.6 Opção adotada em ordenamentos jurídicos estrangeiros	150
4.6.1 França	151
4.6.2 Itália	153
4.7 Projetos legislativos brasileiros	155
4.7.1 Projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal brasileiro	156
4.7.2 Projeto de Novo Código de Processo Civil	157
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

INTRODUÇÃO

Em decorrência dos pilares orientadores do modelo de Estado Liberal consolidado a partir do século XIX, em razão dos quais aos cidadãos se deve garantir toda proteção em face da atuação do poder estatal, consolidou-se na doutrina processual clássica os conceitos de participação efetiva das partes no processo, mediante a garantia do contraditório pleno e exauriente, com o fim maior de se chegar à declaração judicial do direito baseada em grau máximo de certeza jurídica e material, o que, por sua vez, credenciaria essa decisão a tornar-se plenamente estável em decorrência dos efeitos da coisa julgada.

Corolário dessa postura política e doutrinária foi o repúdio e abandono dos paradigmas de entrega de prestação jurisdicional baseados em cognição sumária, parcial e incompleta, do modelo processual das sociedades fundadas no Estado Liberal fato que ocorreu em razão do não cumprimento do objetivo teleológico do processo de busca da verdade e do surgimento de evidente insegurança jurídica aos jurisdicionados.

No entanto, a evolução do Estado Liberal para o modelo Social – no qual aos cidadãos, além de todas as garantias em face do poder estatal, foram conferidos direitos necessários ao gozo pleno do conceito de bem estar social – escancarou a incapacidade do modelo processual ordinário de cognição plena e exauriente de cumprir o papel do Estado juiz na entrega efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional ao cidadão lesado.¹

Em outras palavras, observou-se que, na maioria dos casos, a busca plena da verdade e da declaração final do direito pelo Estado Juiz, em contraditório pleno entre as partes, não se mostrava adequado à prestação da tutela jurisdicional, eis que a demora decorrente do cumprimento de todas as etapas taxativas e pormenorizadas do procedimento

¹ Nesse sentido, Marinoni destaca que “o processo continental europeu foi influenciado pelas ideias do liberalismo do século XIX e, portanto, pelo conceito de lei do direito liberal. É justamente a ideia de neutralidade, que sabidamente caracteriza o procedimento ordinário e que é derivada da indiferença da lei pelo que passa no plano da realidade social, que impede a concepção de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do litígio.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 15.

implicava invariavelmente em tutela intempestiva, inútil ou inócua, ou seja, na perpetuação da injustiça.²

Nesse contexto, voltaram-se as atenções aos modelos de entrega da prestação jurisdicional lastreados em cognição sumária, deslocando-se a finalidade da prestação jurisdicional da declaração do direito fundada em verdade quase absoluta e com alto grau de estabilidade da decisão, para a solução material e efetiva da controvérsia a partir da célere entrega de decisão apta a atuar faticamente no bem da vida objeto do processo e, assim, promover a almejada paz social.

No Brasil, o movimento reformista do Código de Processo Civil iniciado no ano de 1994, teve como mola propulsora principal a tentativa de implementação de metodologias de trabalho ao Estado-Juiz capazes de superar a decantada crise do poder judiciário, representada, em grande parte, pela morosidade e ineficiência na prestação jurisdicional aos cidadãos.

Dentre todas as alterações legislativas advindas das sucessivas reformas do sistema processual brasileiro, mereceu – e ainda merece – especial atenção aquela relativa à implementação da antecipação da tutela jurisdicional como regra *geral* do sistema, de caráter instrumental, provisório e baseado em verossimilhança e probabilidade do direito, sempre condicionada a posterior etapa cognitiva completa na qual há o juízo de certeza, possibilitando, assim, a plena estabilização da decisão judicial.

No entanto, certo é que, na prática, o modelo processual positivado não atende integralmente ao escopo constitucional do processo justo e equo,³ o qual assegura ao jurisdicionado não só a segurança de participação plena, em contraditório, no debate levado à apreciação judicial, mas também a entrega da tutela jurisdicional de forma efetiva e útil a quem dela precisa, sendo certo que a demora na entrega do bem da vida implica muitas vezes verdadeira denegação de justiça.⁴

² “O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos.” (Ibidem, p. 15).

³ A despeito do fato de que isso se deve, em grande parte, a outros óbices encontrados no sistema e estranhos à técnica processual, conforme bem observou Barbosa Moreira em A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de processo* 74, p. 126 a 137, São Paulo, 1994. Conferências.

⁴ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a demora excessiva na entrega da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação de justiça, o que não se coaduna com o escopo da ciência

Ainda que de forma discreta e insipiente, desde a implementação da regra geral de antecipação da tutela jurisdicional por meio do art. 273 do Código de Processo Civil, abriu-se o horizonte para o segundo passo lógico do instituto,⁵ consistente na possibilidade de se conferir efetivo grau de estabilidade à tutela concedida a partir de cognição sumária – atribuindo-lhe, dessa forma, a condição almejada *segurança nas relações jurídicas* –, desvinculando-a de posterior etapa cognitiva completa e outorgando às partes a opção pela efetiva instauração da lide, mediante a propositura de demanda visando à sentença de mérito.

Diante da possibilidade efetiva de melhoria do instituto da “antecipação de tutela” e visando a possibilidade de o sistema processual adotar mais um mecanismo voltado à efetividade da prestação jurisdicional, apresentou o Instituto Brasileiro de Direito Processual proposta de alteração legislativa específica para introdução da chamada “estabilização da tutela antecipada” no modelo processual pátrio.

Inobstante a não conclusão do processo legislativo do projeto de lei em questão – o que, muitas vezes, se deve à burocracia do aparato legislativo e a questões políticas não relacionadas ao próprio conteúdo da matéria –, a pertinência do instituto que confere estabilidade à decisão proferida a partir de cognição sumária foi referendada pela comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que trouxe no Título IX do trabalho e trata da “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”, disposição específica que confere estabilidade à decisão baseada em cognição sumária, sempre por vontade das partes em atitude omissiva.

Chama atenção o fato de que a alteração legislativa pretendida, aparentemente pontual e com reflexos intrínsecos e exclusivos no instituto da antecipação de tutela de urgência e de evidência, possui, na verdade, o condão de reverberar em um sem-número de questões processuais da mais alta relevância, máxime aqueles atinentes às garantias inafastáveis consolidadas na Constituição Federal, a merecer estudo profundo acerca da

processual.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117.

⁵ Edoardo Ricci, em estudo que tratou da tutela antecipada brasileira, preconizou a estabilização ora sob análise. Cf. RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. TUCCI, José Rogério Cruz. *Gênesis Revista de Direito Processual*, Curitiba, vol. 6, p. 691, set.-dez. 1997.

pertinência e viabilidade de implementação de referido modelo de prestação diferenciada de tutela jurisdicional.

Assim, diante desses elementos e a partir das considerações apresentadas, entende-se salutar a elaboração de trabalho acadêmico acerca do tema, de modo a contribuir efetivamente ao melhor entendimento e à melhoria do sistema processual e, consequentemente, à metodologia de entrega da tutela jurisdicional pelo Estado-Juiz.

Como já destacado alhures, o trabalho implicará o estudo da viabilidade efetiva de generalização da tutela sumária – cautelar ou satisfativa –, a qual poderá ser fundada na urgência da tutela jurisdicional pleiteada ou na evidência do direito material apresentado pelo autor do pedido.

E para esse desiderato, alerta-se desde logo que não se propõe a apresentação de técnicas destinadas à melhoria ou ao incremento da cognição sumária⁶ – de modo a adaptá-la às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa – eis que qualquer esforço neste sentido implicaria mero disfarce do binômio *cognição plena – sentença definitiva*, a partir de atos simplificados do *iter* procedimental ordinário; ou seja, singela simplificação do procedimento ordinário.

Dessa forma, o que se pretende é o estudo profícuo que examine a possibilidade de superação do dogma da necessária e umbilical relação entre *cognição exauriente e estabilidade da decisão*,⁷ mediante a utilização, não mais em caráter absolutamente

⁶ E dotá-la de características inerentes à cognição ordinária, tais como, exemplificativamente, a predeterminação específica dos poderes, deveres, faculdades e ônus das partes e o contraditório pleno antecipado ao provimento judicial. Cf. PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, abr.-jun. 1998.

⁷ Sobre o tema, Lea Querzola afirma concordar “con la doutrina che ha rilevato come, di per sé, la sommarietà della cognizione non sia in contrasto con l’aspirazione, caratteristica degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, a divenire esse stessi definitivi.” Cf. QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006. p. 177-178. Paolo Biavati destaca “l’importanza culturale di una scelta che orienta l’obiettivo dell’attività giudiziaria molto più sulla realizzazione di un risultato immediato di tutela dei diritti, che non sul raggiungimento di un giuoco stabile.” Cf. BIVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 564, giugno 2006.

excepcional⁸ da tutela sumária⁹ – com cognição incompleta, parcial e/ou superficial dos fatos,¹⁰ baseada em juízo de probabilidade e verossimilhança¹¹ – para fins de entrega da tutela jurisdicional pretendida pelo demandante, com graus de estabilidade, adequação e tempestividade exigidos pela garantia constitucional da efetividade do processo.

No entanto, para concretização dessa técnica,¹² analisar-se-á a plena integridade das garantias maiores prevista na Carta Magna de 1988, especialmente aquelas garantidoras do devido processo legal e que conferem segurança jurídica ao jurisdicionado.

Uma vez que não se pretende, como destacado em parágrafo anterior, a implementação genérica da tutela sumária mediante a singela adaptação de seus atos procedimentais às garantias do contraditório e da ampla defesa – o que implicaria, na verdade, a mesma cognição plena do processo ordinário –, e, por seu turno, tendo em vista a inafastabilidade desses elementos informadores do devido processo legal moldado pela Constituição Federal, a luz que se enxerga para a harmonização do sistema, neste estágio inicial e atual da pesquisa, advém de consistente indício de que a garantia da cognição plena não se mostra respeitada apenas na hipótese de desenvolvimento e exercício efetivo, no plano fático, da ampla defesa e do contraditório pelos sujeitos parciais do processo, mas

⁸ Assevera Andrea Proto Pisani que a tutela sumária, a despeito de sua excepcionalidade, historicamente mostrou-se não eliminável do sistema de entrega da tutela jurisdicional. Cf. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano* cit., p. 25.

⁹ Chama atenção dado apresentado por Edoardo F. Ricci, que aponta que no sistema francês de tutela jurisdicional de cognição sumária (*référé*), 90% dos casos são resolvidos sem a necessidade de instauração do processo ordinário. Cf. *Verso un nuovo processo civile? Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 216, gennaio-marzo 2003.

¹⁰ Adota-se no presente trabalho o conceito chiovendiano de cognição sumária, como sinônimo de cognição incompleta, englobando tanto a cognição parcial (plano horizontal) quanto a cognição superficial (plano vertical). Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 1, p. 237. No mesmo trecho de sua obra, o Mestre italiano também atribuiu a condição de sumária à cognição não definitiva, inerente às sentenças sujeitas a recurso de apelação, mas passíveis de execução provisória. Kazuo Watanabe, em estudo específico sobre o tema, reservou o conceito de cognição sumária somente às hipóteses de cognição superficial em relação ao objeto cognoscível, com limitação no plano vertical, admitindo, assim, a existência de uma “cognição plena e sumária”. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DJP Editora, 2005. p. 129, 139 e 145.

¹¹ Cf. CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936. p. 63.

¹² Técnica, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, é a “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”, sendo a técnica processual “a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais.” Cf. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 273-275.

também na hipótese de o sistema processual assegurar àquele contra o qual foi proferida a decisão em cognição sumária, a *opção* pela instauração da atividade cognitiva completa.¹³

A iniciativa de se trilhar esse caminho encontra amparo e justificativa na garantia constitucional à efetividade da jurisdição. Não basta garantir ao cidadão o direito de acesso ao Poder Judiciário. É preciso ir além, garantindo-lhe um método de resolução de conflitos que atenda efetivamente seu interesse protegido pelo direito substancial.¹⁴ Não basta dispor meios formais de entrega da tutela jurisdicional. Impõe-se a abertura de caminhos para a entrega do bem da vida de forma útil e tempestiva ao jurisdicionado, de modo a eliminar, ou ao menos reduzir ao máximo, o *scarto*¹⁵ existente entre a garantia conferida pelo direito material e aquela possível de ser entregue pelo processo.

Nesse contexto, analisar-se-á a pertinência do entendimento de gabaritada doutrina no sentido de que a implementação da tutela sumária representaria uma inclinação atual de mudança de paradigma do método de entrega do bem da vida almejado pelo jurisdicionado, amparado o sistema processual de capacitação de prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente e efetiva.¹⁶

Para que essa aparente *tendência* não ganhe contornos de puro modismo desprovido de consistentes elementos objetivos diretamente relacionados ao modelo processual instituído pelo legislador constitucional, mister se faz, em caráter preliminar, minuciosa investigação acerca das efetivas repercussões e finalidades das garantias maiores conferidas ao jurisdicionado visando à atuação do Estado na pacificação de conflitos existentes na sociedade, o que passa necessariamente pela análise da relação existente entre a cognição no processo e as garantias ao contraditório, à ampla defesa, à coisa julgada material e à motivação das decisões judiciais.

¹³ Esse o entendimento de Andrea Proto Pisani. Cf. Usi e abusi della procedura camerale ex artt.737 ss. CPC. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, n. 3, p. 393 e ss., 1990, e Lea Querzola, op. cit., p. 178.

¹⁴ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a demora excessiva na entrega da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação de justiça, o que não se coaduna com o escopo da ciência processual.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* cit., p. 95.

¹⁵ Termo utilizado por Andrea Proto Pisani para descrever o descompasso entre o direito material e a tutela jurisdicional operacionalizada pelo processo. Cf. *Lezioni di diritto processuale civile*. Quinta edizione. Napoli: Jovene editore, 2006. p. 35 e ss.

¹⁶ Nesse sentido, Andrea Proto Pisani afirma que “procedendo al di là della classica distinzione chiovendiana tra cognizione sommaria perché parziale e cognizione sommaria perché superficiale, si è preso atto como la tutela sommaria sia una componente essenziale ed ineliminabile di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente ed effettivo.” Cf. PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – *Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003. p. 193.

Ademais, impõe-se o estudo aprofundado sobre a essência e o valor da cognição plena, que certamente encontrará eco na realização completa do contraditório e da ampla defesa pelos sujeitos parciais do processo, sempre de forma antecipada ao provimento judicial de mérito merecedor de estabilidade futura decorrente da coisa julgada, bem como na tipificação procedimental imposta pelo legislador ao magistrado, de modo que o jurisdicionado tenha a exata certeza de todos os termos e formas dos atos processuais que serão praticados – com limitação da discricionariedade do julgador –, cujo caminho lógico percorrido deve ficar expresso na motivação da decisão.¹⁷

Para se conferir a alternativa ao jurisdicionado de abrir mão da cognição plena e exauriente em privilégio da tutela sumária estável, é indispensável o prévio entendimento dos efetivos prós e contras da substituição do modelo ordinário, avaliando-se assim, conscientemente, a pertinência da troca. Como já advertiu Edoardo F. Ricci, ao cidadão comum a solução prática do direito reclamado pode, muitas vezes, ser mais importante e significativo que o próprio julgado acerca da relação controvertida, razão por que entende não ser razoável obrigar as partes a obterem, necessariamente, a coisa julgada material.¹⁸

Em contrapartida, a investigação acadêmica deverá ser inequívoca em demonstrar quais os efetivos benefícios oferecidos – ou melhor, quais as exigências atuais do processo civil atendidas e satisfeitas – pela técnica da entrega do comando judicial a partir de cognição sumária dotada de estabilidade, sendo oportuno, desde logo, indicar, a fim de justificar a pertinência da eleição do tema, dentro dos limites introdutórios do trabalho, que historicamente a doutrina elegeu como elementos justificadores da adoção da tutela sumária (i) a exigência de economia de juízo, evitando-se os altos custos do processo ordinário nas hipóteses em que não há justificativa para uma contestação efetiva; (ii) a exigência de se evitar o abuso do direito de defesa sob o manto do direito ao contraditório

¹⁷ Ibidem, p. 193.

¹⁸ Cf. Edoardo Ricci, *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano* cit., item 8, p. 25. Destaca o professor italiano que “o provimento antecipatório, exatamente porque visa a provocar satisfação do direito, pode reduzir a aspiração das partes à pronúncia da sentença de mérito, assumindo uma função deflacionária da litigiosidade.” Enrico Tullio Liebman, por sua vez, foi enfático em descaracterizar entendimento comum no sentido de que a declaração judicial desprovida de imutabilidade seria desprovida de utilidade. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Effetti della sentenza e cosa giudicata. *Rivista Diritto Processuale*, 1978, p. 3. Assim também o entendimento de Paolo Biavati, para quem há “casi in cui la statuizione provvisoria ha fissato un equilibrio di interessi che, in buona sostanza, appare accettabile alle parti.” Cf. BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma Del processo cautelare cit., p. 564.

e da ampla defesa; e (iii) a exigência de efetividade do processo, de modo a afastar o *dano marginal* advindo do trâmite ordinário – duração fisiológica – do processo com cognição plena.¹⁹

Na medida em que o estudo é propositivo no sentido de defender a utilização, em caráter geral, da técnica sumária de cognição para a entrega do bem da vida ao jurisdicionado, não se limitará à análise do direito infraconstitucional positivado no sistema processual brasileiro e, tampouco, às propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional, preservando assim a cientificidade que se exige de um trabalho acadêmico.

Nesse contexto, a segunda parte do estudo consistirá na análise do *grau de estabilidade* possível de ser conferido ao comando judicial desprovido de cognição exauriente em face do modelo constitucional do processo civil brasileiro, elemento de primeira grandeza para o equilíbrio do sistema e apto a conferir a indispensável e salutar segurança nas relações jurídicas.²⁰ Ou seja, à luz das garantias maiores que informam o devido processo constitucional brasileiro, tentar-se-á apresentar a ótima modulação possível entre os elementos *cognição* e *estabilização*, que, em tese, possuem amplitude delimitada desde a simples preclusão endoprocessual até o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais, consistente na coisa julgada material.

Quando se analisa o grau de *estabilidade* do comando judicial advindo de atividade cognitiva sumária do magistrado, inexoravelmente deve-se depurar sua íntima ligação com o elemento *independência* em relação ao processo ordinário de cognição plena e juízo de certeza. Melhor explicando, imperioso o estudo das hipóteses em que a estabilização da tutela sumária se aperfeiçoa, com exame de sua incidência limitada aos casos nos quais o juízo de mérito sequer é instaurado ou, também, nas situações em que ocorre sucessiva extinção do processo ordinário, sem julgamento de mérito.

Não se poderá olvidar, ademais, dos reflexos que a estabilidade que se pretende conferir a uma decisão não lastreada em cognição plena e exauriente possa gerar a terceiros não integrantes da relação jurídica processual. Não possuindo a tutela sumária grau

¹⁹ Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 550.

²⁰ A qual, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “constitui poderoso fator de paz na sociedade e felicidade pessoal de cada um.” Cf. *Nova era do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 221.

máximo de estabilidade, mas tendo ela aptidão efetiva de resolver definitivamente a controvérsia instaurada entre as partes, tratamento e proteção especial merecerá o terceiro de boa-fé que, por exemplo, concretize atividade negocial com base em elementos extraídos de processo no qual há decisão em cognição sumária não seguida de tempestiva instauração do procedimento de cognição ordinária, especialmente quanto às consequências advindas da circulação de bens entre indivíduos.

Por seu turno, algumas palavras devem ser destinadas ao esclarecimento acerca da pretensão de atribuir à tutela sumária a condição de regra *geral* de um sistema processual apto a proporcionar ao jurisdicionado o bem da vida na exata medida garantida pelo direito material. Antes de tudo, mister destacar que não se pretende aqui defender a *sumarização*²¹ do método estatal de entrega da tutela jurisdicional, em detrimento do processo ordinário de cognição ampla e exauriente. Pelo contrário, certo é que o processo ordinário hoje existente – em consonância com as garantias constitucionais do devido processo legal – deve e deverá permanecer no centro do sistema processual, recebendo organicamente em seu tecido procedimental a chamada tutela sumária de cognição superficial e parcial.

É de conhecimento comum o fato de que a tramitação ordinária do processo de conhecimento, mediante o cumprimento de todas as etapas garantidoras do contraditório pleno e da ampla defesa, implica inevitavelmente considerável decurso de tempo para a concretização da pretensão jurisdicional indicada na demanda. Mais que isso, diante do contexto estrutural dos Tribunais e crescente demanda de resolução jurisdicional de conflitos presente na sociedade, salta aos olhos a total incapacidade de o processo ordinário entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável ao interessado.

O *tempo inimigo* que age no processo ultrapassa a corrosão de questões consideradas urgentes e passíveis de solução mediante a demonstração do perigo da demora da atuação estatal, chegando mesmo a consumir direitos também em decorrência de insuportável lapso temporal entre a propositura da demanda e a satisfação do direito em cumprimento de sentença de mérito proferida após a atividade cognitiva completa. Esse, pois, o campo de atuação da tutela sumária objeto de proposição do estudo: integrar, em

²¹ Andrea Proto Pisani alerta para o “rischio di sommarizzazione generalizzata el processo”. Cf. Ancora sull’emergenza della giustizia civile, *Foro Italiano*, vol. V, c. 184, 1987.

caráter geral, o tecido procedimental do processo ordinário, de modo a atuar no elemento volitivo das partes – ante seu caráter optativo – como fenômeno desestimulante de resistência injustificada²² da parte desprovida de razão no plano do direito material.

Por fim e com a finalidade de amparar o trabalho em rígidos alicerces, proceder-se-á também ao estudo de sistemas processuais estrangeiros que há muito se valem dessa técnica diferenciada de prestação jurisdicional, com ênfase aos modelos francês e italiano de tutela sumária que se inicia com característica provisória, mas com potencial de representar a definição jurisdicional ao litígio, cujo objetivo principal é projetar, com base na experiência de outras sociedades, efetivo potencial de eficácia da proposição.

Para que se tenha uma exata dimensão da relevância de um procedimento formado a partir de cognição sumária, impõe-se destacar, exemplificativamente, que a justiça francesa resolve cerca de 90% de seu contencioso a partir do denominado *procédure en référé*, modelo processual que, com algumas pequenas variações – estas serão estudadas em momento oportuno – representa tutela jurisdicional que visa à constituição de título executivo sem formação da coisa julgada e desvinculado do requisito de urgência.²³

Não bastasse, o ordenamento francês – assim como o belga –, prevê ainda a possibilidade de o juízo de *référé* ter o poder de atuar no mérito da demanda – o que se dá a partir da chamada “ação como em *référé*” –, cujo provimento final goza da autoridade da coisa julgada material.²⁴

Metodologias semelhantes de prestação jurisdicional, fundadas na técnica cognitiva sumária, também são identificadas, dentre outros, nos ordenamentos inglês, alemão e argentino, a confirmar a pertinência do estudo proposto e análise da aplicabilidade no

²² Edoardo F. Ricci afirma que “è proprio il fenomeno della resistenza ingiustificata a rendere più difficile la tutela giuridica per chi ha ragione; e poiché la resistenza ingiustificata è tanto più incoraggiata, quanto più il processo è inefficiente come strumento di effettiva tutela, si è di fronte al classico serpente che si morda la coda.” Cf. Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell’ordinario processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 1033, ottobre-dicembre 1990.

²³ Cf. Edoardo F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?* cit., p. 216.

²⁴ Nesse sentido, Lea Querzola destaca que “l’aspetto più significativo di divergenza fra le due procedure è che il provvedimento finale gode dell’autorità di cosa giudicata.” Cf. Op. cit., p. 65.

modelo processual civil brasileiro, cujo tema ainda é insipiente nos campos doutrinário e jurisprudencial.

É o que se passa a analisar.

CAPÍTULO 1

COGNIÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL

CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 A tutela jurisdicional diferenciada – Delimitações

Hodiernamente, o conceito de tutela jurisdicional diferenciada²⁵ está intimamente atrelado ao método de formação e desenvolvimento do processo civil a partir de mutações – intencionalmente impostas pelo legislador – em relação à atividade cognitiva usualmente desencadeada no procedimento comum ordinário, com objetivo muito bem delimitado de entrega tempestiva e efetiva do bem da vida ao jurisdicionado.

A busca de um método estatal de entrega da tutela jurisdicional que reflita, *em grau máximo*, a paridade e semelhança entre a situação fática garantida pelo direito material e aquela possível de ser assegurada pelo processo, obriga o legislador a criar normas processuais diferenciadas em relação ao ordinário processo lastreado em cognição plena e exauriente.

Em linhas preliminares impõe-se esclarecer que o termo “tutela jurisdicional diferenciada” pode relacionar-se, conceitualmente, a processos igualmente informados pela cognição plena e exauriente, cujas regras procedimentais são moldadas às especificidades do direito material controvertido. No direito pátrio, os processos e respectivos procedimentos especiais previstos na Lei de Alimentos (5.478/68), na Lei de locação de imóveis urbanos (8.245/91) e o procedimento comum sumário previsto no Código de Processo Civil brasileiro são bons exemplos de métodos diferenciados de prestação jurisdicional, sem prejuízo da cognição integral e antecipada ao provimento final emanado pelo Estado-Juiz.

²⁵ Cândido Rangel Dinamarco assevera que a tutela jurisdicional diferenciada é “a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 3, p. 767.

Nos casos citados, a tutela jurisdicional é diferenciada em decorrência da disparidade comparativa ao tradicional e ordinário procedimento de cognição plena e exauriente, que no ordenamento processual brasileiro tem seus passos muito bem delimitados no Livro I do Código de Processo Civil. A cognição, embora *concentrada*, mostra-se completa em seus planos *horizontal* e *vertical*,²⁶ sendo certo que essa diferenciação procedimental se justifica pelas peculiaridades do direito material controvertido e natural necessidade de se conferir ao Estado-Juiz plena capacitação para a entrega tempestiva e eficaz da tutela pretendida pelo jurisdicionado.²⁷

Na medida em que a diferenciação desse método de prestação jurisdicional está relacionada apenas a aspectos do *iter* procedimental, com inequívoca manutenção dos pilares do devido processo legal garantidos em grau constitucional, nota-se a plena capacitação desses processos à obtenção de uma sentença de mérito com aptidão à coisa julgada material,²⁸ eis que forjada a partir do juízo da verdade e da certeza.²⁹

Instigante, por sua vez, é o estudo do fenômeno tutela jurisdicional diferenciada sob a forma da *tutela sumária*, cuja característica marcante está centrada na redução da atividade cognitiva no processo. Também em decorrência da necessidade de se dotar o ordenamento processual de mecanismos aptos a minimizar o *scarto* existente entre a garantia conferida pelo direito material e aquela possível de ser entregue pelo processo, e tendo em vista que o desenvolvimento procedimental lastreado em cognição plena, exauriente e anterior à análise do mérito da controvérsia implica natural e fisiológica demora no desenvolvimento processo – muitas vezes incompatível com o bem da vida que

²⁶ Valho-me de prestigiada teorização proposta por Kazuo Watanabe, op. cit., p. 127-129; com a ressalva de também entender por cognição sumária aquela advinda de limitações no plano horizontal (elementos objetivos cognicíveis no processo).

²⁷ Atento às duas modalidades conceituais de tutela jurisdicional diferenciada, Andrea Proto Pisani destaca que “una cosa è la tutela giurisdizionale differenziata, ove con tale termine si intenda la predisposizione di più procedimenti a *cognizione piena ed esauriente*, taluni dei quali modellati sulla particolarità della singole situazioni sostanziali controverse.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 229.

²⁸ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo – Estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, p. 30, 2005.

²⁹ Andrea Proto Pisani ensina que “la necessità della cognizione piena e del giudicato per la tutela dei diritti e degli *status* si deduce innanzi tutto da una più che millenaria tradizione ed evoluzione storica la quale, per un verso, impone di riconoscere nella stabilità e nella certezza propria del giudicato sostanziale il risultato naturale e ad un tempo indispensabile della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, per altro verso ha ricollegato questa stabilità e questa certezza non ad un accertamento quale che sia ma solo ad accertamenti contenuti in provvedimenti emanati a termine di processi a cognizione piena.” Cf. *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit.*, p. 397.

se almeja proteger –, nota-se verdadeira tendência³⁰ no sentido de se conferir força executiva a decisões judiciais fundadas em juízo de verossimilhança e probabilidade, com atividade cognitiva limitada e superficial pelo Estado-Juiz.³¹

Pretende-se analisar em que medida se pode admitir, em nosso ordenamento processual, tutela jurisdicional diferenciada, doravante denominada *tutela sumária* – justificada na urgência ou na evidência do direito –, em comparação àquela advinda do modelo clássico do processo fundado em cognição plena e exauriente, e com capacitação a atuar a vontade concreta da lei, resolvendo definitivamente o litígio, sem que a limitação cognitiva a ela inerente represente descumprimento das garantias maiores do contraditório e da ampla defesa, o que, em termos práticos, comprometeria a inexorável paridade de armas e forças que deve existir entre os sujeitos parciais do processo.

E para que a admissão da tutela jurisdicional diferenciada, sob a forma de tutela sumária,³² seja dotada de maior eficiência, imperiosa também pormenorizada investigação acerca da *autonomia* de seu respectivo provimento em relação ao desenvolvimento posterior do procedimento em cognição plena e exaustiva, bem como do grau de *estabilidade* que poderá receber com vistas à segurança jurídica que se almeja das relações jurídicas entre os jurisdicionados.

³⁰ Para Federico Carpi, “la ragione di questa tendenza mi sembra facilmente individuabile nell’intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del processo civile, intolleranza che si accompagna alla sicura coscienza che la rapidità della giurisdizione è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuali ordinari può comportare l’exxentuatione di diseguaglianze sostanziali fra le parti.” Cf. CARPI, Federico. *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 239, marzo 1980. Ao afirmar que a necessidade de utilização da técnica da tutela sumária, nos dias atuais, se mostra extremamente acentuada, Lea Querzola ressalta que “riconoscere che il futuro della giustizia civile appartiene sempre più alla cognizione sommaria rispetto a quella piena non è un dramma in sé.” Cf. Op. cit., p. 182.

³¹ Sobre a distinção versada neste item, José Carlos Barbosa Moreira esclarece que “não se afigura errôneo usar a palavra ‘sumarização’ a propósito de ambos esses gêneros de técnicas; para assinalar, no entanto, a diferença entre eles, diz que, no primeiro, se sumariza apenas o *procedimento*, ao passo que no segundo, se sumariza a *cognição*. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber sem dificuldade o selo da coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compressões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado, a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial de proceder a ele.” Cf. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, 2003.

³² Ricardo de Barros Leonel adverte que “o destaque que deve ser dado ao ponto é no sentido de afastar a confusão entre a sumariedade do procedimento e a sumariedade da cognição: a primeira não é sinônima da última. Ademais, pode ser que esteja presente, na tutela diferenciada, a sumariedade do procedimento. Entretanto, nem sempre a sumariedade do procedimento assegura a identificação da tutela diferenciada.” Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p.84.

1.2 Elementos da cognição plena e exauriente

A partir do momento em que o Juiz se apresenta entre as partes como sujeito terceiro e imparcial da relação jurídica processual, vale-se da cognição como técnica de aderência do processo à realidade fática e jurídica do bem da vida objeto da controvérsia.³³ Como ato de inteligência que precede e dá suporte ao julgado, a cognição é o elemento lógico e intelectual que permite a entrega da prestação jurisdicional àquele que se viu lesado em seu direito material, ainda que potencialmente. Sua função é aparelhar o juiz para julgar se os fatos carreados pelas partes são pertinentes e se aderem à vontade abstrata da norma jurídica, declarando-se, por fim, a vontade concreta da lei.³⁴

Por ser componente central na formação da convicção do magistrado, a cognição, quando desenvolvida sob a modalidade *plena e exauriente*, se mostra a técnica mais adequada às garantias maiores do modelo constitucional do processo civil e, principalmente, para se atingir o ideal de justiça protegido no Estado Democrático de Direito. Mais que isso, lugar comum da processualística civil moderna é a instituição da *cognição plena e exauriente* como elemento fundamental ao efetivo exercício e fruição das garantias maiores da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal pelo jurisdicionado.³⁵

Mas essa virtude deve ser melhor analisada com vistas a se obter o verdadeiro significado da expressão *cognição plena e exauriente* e, conseqüentemente, identificar

³³ Cf. Kazuo Watanabe, op. cit., p. 40.

³⁴ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 174.

³⁵ Com notável e costumeiro poder de síntese, José Rogério Cruz e Tucci assentua que, em decorrência do devido processo legal, “impõe-se assegurar a todos os membros da coletividade um processo governado pelo amplo *acesso à justiça*, perante um *juiz natural* ou *pré-constituído*, com um igual tratamento dos sujeitos parciais do processo, *para que possam defender os seus direitos* em contraditório, com todos os meios e recursos a ele inerentes, *dando-se publicidade dos atos processuais e motivando-se os respectivos provimentos*; tudo *dentro de um lapso temporal razoável*.” Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 105. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira faz a interligação dessas condições legitimadoras do processo às normas específicas previstas na Constituição Federal: “no ambiente processual, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º da Constituição da República), princípio que exige como corolário a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inc. IX).” Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

quais valores e garantias são por ela efetivamente contemplados.³⁶ A clareza conceitual e terminológica dessa modalidade cognitiva desenvolvida no processo permitirá, um melhor e mais adequado entendimento do modelo da tutela sumária e posterior verificação de sua viabilidade e utilidade no contexto do ordenamento processual brasileiro.

Para Kazuo Watanabe, em sua clássica monografia sobre o tema, a cognição deve ser separada em “dois planos distintos”, quais sejam o *horizontal* – tendo como limites os elementos objetivos do processo – e o *vertical* – relativo à profundidade da atividade cognitiva do juiz. Assim, dar-se-ia a cognição *plena e exauriente* sempre que a atividade judicial fosse desenrolada de forma completa e ilimitada, culminando em decisão final de mérito.³⁷ Procurarei, modestamente, ampliar a perspectiva da questão, a fim de identificar o *valor* da cognição *plena e exauriente*.

A despeito de se desenvolver, em tese, em um ambiente com predominância lógica e atuar em ambiente intelectual do sujeito imparcial da relação processual, certo é que outros elementos desempenham importante papel na cognição intrínseca ao processo, como fatores históricos, políticos, regras de experiência e contexto econômico da sociedade na qual se encontra inserida a norma processual.³⁸ Dessa forma, uma vez que discricionariedade e subjetividade do magistrado no desenrolar do processo³⁹ são figuras que vão, de forma frontal, de encontro aos cânones do modelo do Estado Liberal⁴⁰ inspirador da grande maioria das legislações processuais modernas, nota-se que a técnica de cognição, sob a modalidade *plena e exauriente*, tem destacado papel no exercício da proteção do cidadão em face do Estado-Juiz. Mais que isso, a despeito de não figurar

³⁶ Andrea Proto Pisani afirma que “non ha senso, infatti, rivendicare per la tutela dei diritti o *status* la garanzia (le garanzie) della cognizione piena, se prima non si è precisato in che cosa queste garanzie debbano consistere e perché.” Cf. Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit., p. 411.

³⁷ Cf. Kazuo Watanabe, op. cit., p. 127-129.

³⁸ Nesse sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Dott A. Giuffrè, n. 178, p. 167, 2007. Corroborando esse entendimento, Eduardo J. Couture destaca que “en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener com el rigor posible los principios de lógica em que el derecho se apoya.” Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Euros Editores S.R.L, 2005, p. 182.

³⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afasta a “possibilidade de se conceder espaço no processo a um poder incondicional do órgão judicial, como se este pudesse ser o ‘senhor do processo’ (Herr des Verfahrens)”, eis que ‘além de todos os inconvenientes inerentes ao exercício arbitrário do poder, atitude dessa ordem poderia conduzir a desigual realização do direito material.’ Cf. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* cit., p. 78.

⁴⁰ Nas palavras de Paulo Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.” Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

expressamente como garantia constitucional, a cognição *plena e exauriente* representa um dos elementos asseguradores do cumprimento do princípio geral da segurança jurídica⁴¹ e do devido processo legal, inerentes ao Estado Democrático Direito.

E para que essa técnica represente efetiva proteção contra potenciais abusos no exercício da jurisdição pelo poder estatal, não bastaria que o ordenamento processual dispusesse genérica previsão de convocação e participação das partes em contraditório, mas sim, de forma explícita e taxativa, a predeterminação dessa participação em todos os atos processuais ao longo da etapa cognitiva do procedimento.⁴² Em outros termos, a cognição *plena e exauriente* implica a regulamentação legal prévia das formas e termos processuais, com exata identificação dos poderes, deveres, ônus e faculdades das partes e do juiz.⁴³

Nessa relação jurídica processual, os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos processuais devem estar relacionados, de forma sistemática:⁴⁴ (i) aos mecanismos para apuração dos fatos, a partir da tipicidade das provas, ordem de iniciativa e extensão; (ii) às modalidades de defesa ao longo da instrução processual até a fase decisória; e (iii) às oportunidades das alegações no momento da propositura da demanda, da defesa e demais elementos procedimentais.

⁴¹ Para J. J. Gomes Canotilho, o princípio geral da segurança jurídica garante ao indivíduo ter do direito o poder de “confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.” Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. p. 257 passim.

⁴² Cândido Rangel Dinamarco destaca que “a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 1, p.220.

⁴³ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, que aponta que “à técnica da tutela sumária, cautelar ou não, se contrapõe a da cognição plena. Esta se caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) cit., p. 121. Acrescenta-se também a essência do processo como destacada por Andrea Proto Pisani, que afirmou ser a “*disciplina di forme e di terni, di atti (costituenti esercizio di poteri) delle parti e del giudice*.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 655.

⁴⁴ Cf. Andrea Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit.*, p. 412.

Essa relação predeterminada de atos no processo configura a limitação máxima da discricionariedade procedimental ao juiz,⁴⁵ outorgando-se ao legislador ordinário a competência de estabelecer, segundo critérios próprios de oportunidade e cenários político e histórico da sociedade em que se relaciona,⁴⁶ os contornos e conteúdo daquilo que se deve entender por cognição *plena* e *exauriente* no respectivo ordenamento processual. E o *valor* dessa cognição *plena* e *exauriente* se localiza, portanto, muito mais pelo próprio *estabelecimento prévio* dos atos processuais (modalidade de realização do contraditório) do que pelo conteúdo ou objeto predeterminado pelo legislador ordinário,⁴⁷ eis que, como destacado acima, o contexto dos valores informativos de uma sociedade é dinâmico ao longo dos tempos.⁴⁸

A partir desse *valor* inerente à cognição plena, garante-se aos sujeitos parciais do processo a titularidade de poderes processuais – e não somente sujeições – ao longo do desenvolvimento dos atos do procedimento, bem como assegura-se que o exercício do convencimento do magistrado seja, em grau máximo, controlado *in iure*, evitando assim a

⁴⁵ No entanto, como adverte Andrea Proto Pisani, “ciò non esclude che residuino dei poteri discrezionali attribuiti al giudice, ma si tratta di poteri che: a) o sono insuscettibili di influire sul contenuto della decisione, quali i poteri di fissare la data delle udienze; b) o di poteri estremamente limitati in quanto relativi alla scelta del mezzo di prova da disporre d’ufficio o alla determinazione del termine concesso alle parti, poteri che come si è detto sono sempre pienamente controllabili in sede di impugnazione in quanto sempre interni all’unico potere giurisdizionale.” Cf. Appunti sul valore della cognizione piena. *Foro Italiano*, p. 8, Zanichelli Editore, mai. 2011. Revista eletrônica.

⁴⁶ A propósito dessa afirmação, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira considera “totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário.” E assim arremata: “Por consequência, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias.” Cf. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* cit., p. 72-74.

⁴⁷ “Il valore della cognizione piena è quindi dato più dalla predeterminazione legale del modello di processo che dal contenuto di questa predeterminazione, contenuto, infatti, che – fermi i minimi su indicati – può variare non solo diacronicamente ma anche sincronicamente (si pensi al fenomeno dei riti speciali a cognizione piena).” Cf. Andrea Proto Pisani, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit., p. 414. No mesmo sentido, Remo Caponi destaca que “la garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliere non già nella – pur sacrosanta – necessità di contemperare le esigenze di celerità del procedimento sommario con il rispetto del diritto di difesa delle parti, bensì – anche e soprattutto – nella possibilità di instaurare successivamente (in via di opposizione all’esecuzione del provvedimento o in un autonomo processo) il giudizio a cognizione piena, cioè con forme e termini predeterminati dalla legge, e non affidati tendenzialmente al potere discrezionale del giudice.” CAPONI, Remo. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 1389, dicembre 2004.

⁴⁸ A participação da parte no processo pode, por exemplo, variar de acordo com o contexto da sociedade (valores sociais, éticos, morais, políticos e econômicos), podendo ser pessoal ou por representação de terceiro, documental e sob forma escrita ou apenas oral, e até mesmo, nos dias atuais, sob a forma eletrônica. Em todos esses casos, a participação da parte não deixa de ser predeterminada pelo ordenamento, garantido assim o *valor* da cognição plena e exauriente.

discrecionalidade do julgador⁴⁹ e, por consequência, enfatizando seu dever de motivação sob uma lógica racional.⁵⁰

Diante de um *iter* procedimental que *garanta* aos sujeitos parciais do processo, de forma tipificada e predeterminada, a participação na formação do convencimento do magistrado, nota-se que o processo lastreado em cognição *plena e exauriente* possui natural legitimidade à emissão de provimento jurisdicional com análise do mérito e habilitado à formação de coisa julgada formal e material, atingindo assim os objetivos da função jurisdicional do Estado.⁵¹

De forma marginal à predeterminação legal do modelo participativo das partes em contraditório, e agora com vistas ao conteúdo da norma disposta previamente pelo legislador, tem-se que a cognição *plena e exauriente* é também identificada a partir da inexistência de quaisquer limitações legais⁵² em relação ao conhecimento, pelo juiz, dos elementos objetivos do processo, ou seja, o trinômio constituído pelas condições da ação, pelos pressupostos processuais e pelo mérito da causa.⁵³ Assim, o conteúdo da norma disposta pelo legislador para realização do contraditório e da ampla defesa ganha

⁴⁹ Sobre o tema, já alertava Giuseppe Chiovenda: “difícil problema de legislación procesal es el de determinar si las normas deben ser señaladas por la ley o si debe dejarse al arbitrio del juez regularlas en cada caso, según las exigencias del momento. En la mayor parte de las leyes prevalece el primer sistema como el que más garantías ofrece a los litigantes. Ciertamente la extensión de los poderes del juez, aun en la esfera de las formas, es un médio poderoso de simplificación procesal, y de esto nos da ejemplo el reglamento austriaco, pero no es posible sino en proporción de la confianza que, em un determinado momento, inspira el orden judicial a los ciudadanos.” Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madri: Editorial Reus, 2000. t. II, p. 115.

⁵⁰ Essa a conclusão de Andrea Proto Pisani, que assim asseverou: “quindi cognizione piena = predeterminazione legale della forme e dei termini dell’intero processo (e non solo genérica previsione della convocazione delle parti, della loro facoltà di prova, dell’obbligo di motivazione, della congruità dei termini per impugnare; né tantomeno solo svolgimento in concreto del processo segundo *prassi* rispettosa del contraddittorio) = controllabilità *in iure* della massima parte del processo di formazione del convincimento del giudice.” Cf. Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit., p. 414.

⁵¹ Ovídio A. Baptista da Silva assevera que “se investigarmos as raízes ideológicas que sustentam nosso *paradigma*, veremos que o Direito moderno, a partir das filosofias do século XVII, passou a priorizar o valor “segurança”, como exigência fundamental para a construção do moderno “Estado Industrial”. Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia – O paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115.

⁵² O que pode ser dar tanto na norma processual quanto na normal material. Sobre o tema, advertiu Enrico Tullio Liebman que “a cognição sumária só é admissível em virtude de norma expressa, pois a regra é que o juiz deve conhecer a fundo todas as questões a que uma demanda dá origem.” Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 216.

⁵³ Recepção-se aqui a concepção adotada por grande parte da doutrina brasileira. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. vol 2, 2004, p. 621.

relevância na hipótese de afastar da análise judicial alguma matéria relacionada a direito subjetivo da parte.

Corolário dessa afirmação é a ocorrência da cognição *plena e exauriente* mesmo nas hipóteses em que a sumarização se dá no âmbito procedimental, com a simplificação ou dispensa de formalidades, diminuição de prazos e encurtamento do itinerário processual. A despeito da compressão de etapas procedimentais, os elementos inerentes à cognição completa restam preservados: os atos de participação dos sujeitos processuais são predeterminados em lei, inexistindo qualquer limitação em relação ao conhecimento, pelo juiz, dos elementos objetivos do processo. Ou seja, há preservação plena do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.⁵⁴ Dessa forma, de rigor o reconhecimento de que o paradigma da cognição *plena e exauriente* é representado, no ordenamento processual brasileiro, pelo procedimento comum ordinário – e sua forma concentrada prevista no art. 275 do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar a efetivação da cognição plena e exauriente num dado procedimento, sempre que existente – e já percorrida – a participação pré-determinada de cada sujeito do processo na lide, sem que haja qualquer limitação material ou processual da matéria a ser avaliada pelo juiz.⁵⁵ Essa identificação da cognição *plena e exauriente* sob a ótica de seu *valor* e incrementada pela abrangência ilimitada de matérias objeto da análise judicial é apta a assegurar, de forma plena, a observância das garantias previstas nos incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal (contraditório com ampla de defesa e sem exclusão de matérias passíveis de apreciação), sendo certo que qualquer decisão

⁵⁴ São exemplos da técnica da sumarização procedimental, no ordenamento brasileiro, o procedimento sumário previsto no art. 275 e seguintes do Código de Processo Civil, o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e, inserido no próprio procedimento ordinário, o julgamento antecipado da lide com base no art. 330 de nosso diploma processual. Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade processual*, p. 3

⁵⁵ No mesmo sentido, afirma Luigi Lombardo que “per poder stabilire il carattere ‘pieno’ o ‘sommario’ della cognizione occorre, perciò, assumere come necessario riferimento il *thema decidendum* della causa, inteso come il complesso dei fatti giuridicamente rilevanti il cui accertamento costituisce presupposto per l’emanazione del provvedimento richiesto. Sotto tale profilo, la cognizione può definirsi ‘piena’ quando il *thema decidendum* della causa è esaminato in tutti gli elementi fattuali che lo compongono, all’interno di un procedimento nel quale si realizza la pienezza del contraddittorio tra le parti e non sono previste deroghe alle disposizioni sulle prova dettate per l’ordinario processo dicognizione. La cognizione, invece, può definirsi ‘sommatoria’ quando l’esame del *thema decidendum* è in qualche modo limitato dalla non pienezza del contraddittorio e/o dalle deroghe alle disposizioni sulle prove previste per il processo ordinario.” Cf. LOMBARDO, Luigi. *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 484, aprile-giugno 2001.

judicial não precedida de todos esses elementos deve ser enquadrada nas hipóteses de tutela jurisdicional sumária.

1.3 Características da tutela jurisdicional prestada sob o modelo do procedimento ordinário

A partir dos princípios constitucionais do processo civil que têm por escopo conferir segurança plena ao cidadão integrante de uma relação jurídica processual – contraditório, ampla defesa, liberdade, isonomia e devido processo legal –,⁵⁶ é possível se traçar o modelo estrutural ordinário de processo (e respectivo procedimento) existente no ordenamento jurídico pátrio,⁵⁷ assim como esmiuçar as principais características dessa técnica de prestação jurisdicional.

Neste cenário de necessário equilíbrio entre o poder coercitivo do Estado juiz e a observância e cumprimento de regras de proteção dos cidadãos que se submeterão aos seus comandos imperativos, o procedimento comum ordinário desponta como método ideal⁵⁸ de prestação de tutela jurisdicional em face de crises que demandam atividade cognitiva e declaratória de direitos pelo juiz – crises de certeza, de inadimplemento ou de direito potestativo –, assegurando⁵⁹ que o indivíduo somente sofrerá atos invasivos de sua esfera pessoal, patrimonial ou jurídica a partir da execução do comando judicial emanado de cognição plena da relação de direito subjetivo entre os sujeitos processuais, construída com

⁵⁶ “As já referidas garantias do juiz natural, da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, constituem freios de legalidade que legitimamente o Estado-de-direito opõe aos possíveis ímpetus expansivos de seus próprios agentes. Constituem *limitações políticas* à prática da jurisdição.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, p. 403.

⁵⁷ *Processo* como método de trabalho, conforme conceito destacado por Cândido Rangel Dinamarco, sendo o “resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual*.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. 1, p.304.

⁵⁸ Abstrairemos, neste item do trabalho, as evidentes vicissitudes da sociedade moderna, que tornam essa via tradicional de procedimento absolutamente incapaz de satisfazer às necessidades dos jurisdicionados e, por consequência, dos escopos do processo, em comprometimento direto da efetividade do processo.

⁵⁹ “Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa *disciplina* delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena.” Cf. Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 656.

a efetiva participação dos interessados no contraditório, em observância ao devido processo legal.⁶⁰ O procedimento ordinário constitui paradigma do processo justo e equo.⁶¹

Em primeiro lugar e como já destacado alhures, a técnica do procedimento ordinário desenvolvido em cognição plena assegura a predeterminação normativa das formas e termos dos atos do procedimento, a tipicidade das provas admitidas em juízo, assim como o detalhamento de todos os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos integrantes da relação jurídica processual.⁶² Dessa forma, retira-se das mãos do magistrado a possibilidade de atuar de forma livre, o que, em tese, poderia representar infração às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e poderia colocar em risco a integridade jurídica e material do sujeito contra o qual recaísse o comando jurisdicional do Estado-Juiz.

Ademais, não basta garantir a predeterminação legal da forma de participação dos sujeitos do processo a fim de assegurar um modelo processual adaptado às garantias constitucionais do processo. Sob o aspecto cronológico, a realização plena e exauriente do contraditório deve se desenrolar de maneira *antecipada* ao julgamento do mérito da demanda, garantindo-se às partes a possibilidade de formulação e apresentação de seus próprios argumentos e defesas antes do provimento final elaborado pelo julgador. Cumprem-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, mediante a obtenção de uma relação de excelência entre a afirmação fática das partes e as respectivas provas produzidas para apuração da verdade e da certeza.⁶³

⁶⁰ Visto na concepção de Eduardo J. Couture, para quem “la garantía de debido proceso consiste, em último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.” Cf. COUTURE, Eduardo J, *Estudios de derecho procesal civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma, 2003. t. I, p. 39.

⁶¹ “O Código de Processo Civil manda que o procedimento ordinário prevaleça no processo ou fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, sempre que para o caso não haja norma específica optando por outro procedimento.” Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., vol. 1, p. 143.

⁶² Andrea Proto Pisani destaca como uma das principais características do processo de cognição plena e exauriente a “realizzazione del principio del contraddittorio secondo *modalità* (quanto meno in gran parte) *predeterminate dalla legge* (attraverso la previsione di forme e termini nonché attraverso la distribuzione di poteri processuali tra le parti) e non rimesse mai integralmente alla discrezionalità del giudice.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 360.

⁶³ Luiz Guilherme Marinoni destaca que “a cognição exauriente é a cognição típica dos procedimentos que visam à solução definitiva dos conflitos trazidos ao conhecimento do juiz. Em outras palavras, a cognição exauriente é a característica do procedimento que permite a produção de todas as provas necessárias ao esclarecimento da situação fática.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 40.

Em terceiro lugar, e fruto dos elementos antecedentes, temos que a técnica do processo lastreado em cognição plena legitima a outorga ao provimento judicial⁶⁴ de elemento estabilizador consistente na imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material), mediante a solução do conflito e consequente atuação da vontade concreta da lei por decisão final e não sujeita a reparos após seu trânsito em julgado.

Sobrepondo-se esses elementos informadores do modelo ordinário de prestação jurisdicional, observa-se que as garantias constitucionais inerentes ao ordinário processo civil brasileiro têm por objetivo, além de conferir a já mencionada segurança jurídica aos sujeitos integrantes da relação jurídica processual, propiciar um julgado lastreado em juízo da *verdade* e da *certeza*.⁶⁵

1.4 Tipologia da cognição sumária – Apresentação no sistema processual brasileiro

A identificação da predeterminação dos atos do procedimento acerca da participação dos sujeitos processuais na fase cognitiva do processo como a essência e o valor daquilo que se deve entender por cognição *plena e exauriente* permite, por cotejo, a análise dos elementos centrais da técnica de cognição *sumária* e de sua respectiva tutela jurisdicional.

Em determinados procedimentos, pode-se dizer inexistente a cognição *plena e exauriente* em decorrência de a decisão judicial proferida ter o condão de atuar no âmbito jurídico ou fático dos sujeitos parciais do processo, sem o transcurso ordinário de fases procedimentais participativas predeterminadas pelo legislador infraconstitucional. Aqui, a cognição é *sumária* e decorre de sua superficialidade – no plano vertical de Kazuo Watanabe –, na qual o julgador, ao decidir, pode atuar com maior grau de

⁶⁴ Em relação à forma desse provimento final, Lea Querzola informa que a virtude da cognição ordinária também pode ser identificada na qualidade inerente à sentença judicial: “alla cognizione piena farebbe séguito la pronuncia di una sentenza, atto decisionale per exzellenza, ornato della motivazione compiuta e ragionata della decisione del giudice; mentre alla cognizione sommaria farebbe di regola séguito un provvedimento più succinto, avente la forma dell’ordinanza o del decreto a seconda dei casi, poco o per nulla motivado, dunque meno controllabile e quindi meno garantista.” Cf. Op. cit., p. 181.

⁶⁵ Andrea Proto Pisani assim assevera: “La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all’accertamento della *verità*, al raggiungimento della *certezza*.” Cf. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p. 180.

discrecionalidade⁶⁶ e não está obrigado a percorrer regras procedimentais predeterminadas em lei.⁶⁷

A não utilização desse critério para a identificação de uma das faces da cognição *sumária*, com olhos para transcurso, ou não, de predeterminação legal da participação dos sujeitos parciais do processo, implicaria dificuldades de entendimento acerca do conceito de profundidade e exaurimento da cognição e seus limites. Limitar-se a afirmar que a cognição é *sumária* – e por isso incompleta no plano vertical – quando se está diante de uma decisão fundada em juízo de probabilidade ou verossimilhança,⁶⁸ é inverter a ordem lógica da questão⁶⁹ e deixar sem resposta o instituto.⁷⁰ Assim, a cognição *sumária* não está relacionada ao caráter topológico ou cronológico do respectivo provimento jurisdicional no *iter* procedimental, mas sim à análise dos fatos afirmados e das respectivas provas produzidas no processo.⁷¹

Com o transcurso de todos os atos de participação dos sujeitos processuais predeterminados no ordenamento, assegura-se o conhecimento, pelo juiz, de todos os fatos constitutivos do direito material tutelado apresentados pelo demandante, assim como daqueles modificativos, extintivos e impeditivos potencialmente trazidos pelo demandado. Assim, sob o aspecto da extensão das matérias passíveis de apreciação pelo juiz na fase

⁶⁶ Para José Roberto dos Santos Bedaque, nestes casos não se estaria propriamente diante de discrecionalidade judicial, mas sim maior liberdade no exame dos requisitos para a concessão da tutela jurisdicional. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 386.

⁶⁷ A respeito dessa modalidade cognitiva, Andrea Proto Pisani destaca que “in tal modo risultano sopresse le garanzie tipiche del processo a cognizione piena: i poteri processuali delle parti, non derivando dalla legge, ma dal potere discrezionale del giudice, finiscono per non essere più ‘poteri’.” Cf. *I diritti e le tutele* cit., p. 180-181. No mesmo sentido, destacando o caráter publicístico da tutela cautelar – eis que “atende ao interesse da própria atividade jurisdicional”, adverte José Roberto dos Santos Bedaque que “essa premissa mostra-se importante, visto que autoriza algumas ilações, como, por exemplo, a ampliação dos poderes do juiz em sede cautelar, em razão da necessidade de preservar a eficácia do resultado de sua função.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 239-240.

⁶⁸ Cf. Kazuo Watanabe, op. cit., p. 145, referindo-se também a Calamandrei.

⁶⁹ Na medida em que um juízo de probabilidade ou verossimilhança só é assim denominado por ser fruto de atividade cognitiva não predeterminada em lei e aderente às garantias do devido processo legal, ou seja, advém de cognição *sumária*, e não o contrário. Já o provimento resultante de uma atividade cognitiva plena e exauriente, com cumprimento de todas as normas de participação dos sujeitos processuais em observância ao contraditório, isonomia, ampla defesa e devido processo legal, está teoricamente apto à produção do juízo da verdade e certeza.

⁷⁰ A afirmação de que a “cognição *sumária* é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (Kazuo Watanabe, op. cit., p. 145) é insuficiente para identificar o instituto. Quais seriam os parâmetros e limites dessa profundidade? A partir de qual momento se teria uma cognição “profunda”? Seria identificada pela decisão proferida *in limine litis*? Todas as respostas caminham para impressões pessoais de cada indivíduo, o que não é desejável na construção jurídica e sistemática de um ordenamento.

⁷¹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p. 17.

cognitiva do procedimento, nota-se que o momento de realização plena do contraditório ganha relevância, identificando-se a cognição *sumária* quando a participação integral – conforme predeterminação legal – não ocorra *antecipadamente* ao provimento judicial almejado. Como o cumprimento das etapas predeterminadas em lei compreende naturalmente a formação e realização do contraditório – sob pena de negativa de garantia constitucional –, constata-se que seu *momento* de formação e efetivação também decorre e está diretamente relacionado ao acima destacado *valor* da cognição completa.

No ordenamento processual brasileiro, são exemplos de provimentos judiciais lastreados nessa modalidade de cognição *sumária* as decisões proferidas com base no poder geral de cautela disposto no art. 798⁷² do Código de Processo Civil⁷³ – mormente as decisões liminares antecipatórias do provimento cautelar, concedidas no limiar do procedimento⁷⁴ –, ou no convencimento pessoal do magistrado acerca da verossimilhança da questão posta em juízo, conforme art. 273, *caput*, e, por fim, no risco de ineficácia do provimento final do § 3º do art. 461, ambos do mesmo diploma legal. Nestas hipóteses, está legalmente autorizado o juiz a organizar e realizar os atos de conhecimento e instrução sumários que entenda indispensáveis à correta apreciação da matéria de urgência levada a

⁷² “Como se constata, nessa espécie de providência, com estrita natureza cautelar, embora restringindo pela finalidade de segurança e acautelamento, dispõe o órgão judicial de grande discricção para determinar a medida mais adequada e conveniente para a solução prática do problema, sem qualquer liame com o direito material.” Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 342, p. 13-28, 1998.

⁷³ Com atipicidade de atos judiciais ratificada por seu artigo subsequente (art. 799 do CPC). A título ilustrativo, vale destacar que a “justificação prévia” prevista no art. 804 do Código de Processo Civil é um bom exemplo da discricionariedade do juiz na atividade cognitiva no processo cautelar. Sua realização é de livre opção do magistrado, sendo que a prática forense demonstra, inclusive, que cada Juiz a conduz a partir de entendimentos próprios acerca da oitiva das partes, participação do réu em audiência e oitiva também de suas testemunhas. Nesse sentido, vide ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 61, abr.-jun. 1996. Sobre o tema, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que se entende “como poder geral de cautela, na verdade, a admissibilidade de a tutela cautelar ser deferida, a pedido da parte interessada, independentemente de previsão específica. Ou seja, a expressão significa atipicidade da tutela cautelar.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 240.

⁷⁴ Sobre a antecipação da tutela cautelar, irrepreensíveis as considerações de Adroaldo Furtado Fabrício, ao destacar que, na experiência brasileira, “as ações cautelares, como regra, admitiram sempre a antecipação de tutela pela via do mandado liminar (em estrito sentido ou após justificação com oitiva do requerido).” Ademais, quanto à antecipação de tutela no procedimento ordinário, destaca que “ao revés, até o advento da Lei 8.952/1994 e a redação emprestada ao art. 273 do Código de Processo Civil, a norma sempre fora o descabimento de tal medida no processo de conhecimento, com exceções raras e casuisticamente delimitadas na legislação processual.” Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares, *Ajuris*, Porto Alegre, v. 66, p. 6, 1994.

juízo – inclusive em caráter liminar e *inaudita altera parte* –, ao fim de realizar o interesse público de efetividade da tutela jurisdicional.⁷⁵

Nestes casos de tutela jurisdicional diferenciada ou de urgência,⁷⁶ percebe-se, ainda, que a admissão da cognição *sumária* está condicionada à *necessária* e *posterior* realização, na mesma ou em diversa relação jurídica processual, de todos os atos predeterminados informadores da cognição *plena e exauriente* contemplada pelo legislador, sob pena de revogação do provimento sumário concedido. Assim, para atuação concreta da vontade da lei,⁷⁷ não basta o provimento provisório e destinado exclusivamente a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, sendo verdadeiro ônus processual do sujeito beneficiário da medida a posterior realização da atividade cognitiva plena e exauriente.

Ainda com olhos nos exemplos citados, há que se ressaltar importante distinção existente entre duas situações processuais aparentemente homogêneas. A tutela antecipada concedida em sentença e a sentença do processo cautelar são decisões judiciais proferidas a partir de diferentes atividades cognitivas.⁷⁸

A análise da tutela antecipada concedida em sentença, nos moldes genericamente admitidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, *sob o enfoque da cognição* que a

⁷⁵ Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, “outra modalidade de sumarização da cognição é a consistente em adiantar provisoriamente o resultado do pleito, à vista de elementos que, embora insuficientes para fundar a cognição plena, permitam ao órgão judicial um juízo de *probabilidade* favorável ao autor. Inscrevem-se nessa área de providências a que as leis e a doutrina atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória.” Cf. Tutela de urgência e efetividade do direito. Disponível em: [http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art3.pdf]. Acesso em 16.03.2012.

⁷⁶ Cândido Rangel Dinamarco aloca as medidas antecipatórias e cautelares no mesmo gênero das medidas de urgência, eis que ambas têm o objetivo comum de evitar os males do tempo, ainda que inexistente a situação de urgência no caso concreto. Protege-se o jurisdicionado, dessa forma, “do chamado *dano marginal* decorrente de esperas que de outro modo seriam inevitáveis.” Cf. *Nova era do processo civil* cit., p.69. No mesmo sentido, mas com divergências terminológicas (gênero da cautelaridade), José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit, p. 220.

⁷⁷ Ensina Giuseppe Chiovenda que a constatação da existência de uma vontade concreta da lei decorre de atividade cognitiva do juiz e está fundada em dois juízos: “a) um juízo com o qual o juiz considere existente uma norma, isto é, uma vontade abstrata da lei (*questão de direito*); b) um juízo com o qual o juiz considera como existentes os fatos, em respeito aos quais a norma de lei se converta em vontade concreta (*questão de fato*).” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 175.

⁷⁸ A ressalva na distinção (em caráter excepcional) dessas tutelas provisórias decorre de entendimento, adotado neste trabalho, de que a tutela cautelar e a tutela antecipada devem, de forma geral, receber o mesmo tratamento dogmático. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque adverte que “inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 312.

precede esbarra em evidente contradição existente em nosso sistema processual,⁷⁹ eis que, nessa hipótese, a decisão antecipatória estará lastreada já em cognição plena e exauriente, na medida em que todos os atos procedimentais legais de participação dos sujeitos da demanda já terão sido contemplados no respectivo processo, inexistindo contraditório ou decisão posteriores no juízo que a proferiu. Aqui, a *provisoriedade* do provimento antecipatório está muito mais ligada ao efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação – e à consequente revisão da sentença pelo órgão jurisdicional de segunda instância, com potencial modificação ou revogação da medida –, do que à própria estrutura da tutela antecipada, informada pelos elementos sumariados da cognição,⁸⁰ instrumentalidade e provisoriedade, a despeito de manter a característica funcional do instituto, qual seja conferir ao processo mecanismos de efetividade na realização do interesse tutelado juridicamente. O juízo, nessa hipótese, já é de certeza,⁸¹ não mais de probabilidade.⁸²

Já a sentença proferida como ato de encerramento do processo cautelar⁸³ mantém a essência sumária da atividade cognitiva praticada pelo juiz, na medida em que referida

⁷⁹ José Roberto dos Santos Bedaque afasta essa contradição afirmando que a tutela final permanece ineficaz em decorrência do efeito suspensivo da apelação. Assim, “não deve causar estranheza a providência ser concedida na própria sentença, pois se antecipa a produção de determinados efeitos a ela inerentes, que continuariam suspensos por força da apelação.” Cf. *Ibidem*, p. 402. Ao nosso ver, a contradição existe em decorrência de sua cognição ser completa e seu juízo, de certeza, elementos ontologicamente incompatíveis com provimentos provisórios.

⁸⁰ Ao analisar situações semelhantes, nas quais a sentença judicial é *não definitiva*, mas passível de execução, Giuseppe Chiovenda destacou que “conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica, todavia a cognição do juiz não enseja, aqui, observações especiais, visto como a separação entre executoriedade e definitividade advém, não em virtude de provisão especial do juiz, mas em virtude de lei, que, objetivando, no interesse geral do crédito, facilitar a quem se intitule credor a via da execução, julga suficiente o reconhecimento do direito por parte do juiz da apelação para abrir aquela via sem mais delongas.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 235.

⁸¹ “Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença: aí, sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados.” Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* cit., p. 289.

⁸² Esse parece ser o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao destacar que “por exceção, pode ser dispensada a tutela antecipatória depois de realizada a instrução, ou na hipótese do art. 273, II, em que o órgão judicial, especialmente o de segundo grau de jurisdição, verificar manifesto propósito protelatório de qualquer das partes, portanto já se tendo verificado cognição plena e exauriente.” Cf. *Perfil dogmático da tutela de urgência* cit., p. 17.

⁸³ Adroaldo Furtado Fabrício destaca a existência de dois momentos distintos de concessão da medida cautelar em seu respectivo processo: “o de sua instauração, quando o juiz apenas recebeu a petição inicial, e o outro extremo temporal, quando o processamento já se completou e os autos estão em condições de receber sentença final.” Cf. *Op. cit.*, p. 11. Há que se ressaltar, no entanto, que a prática forense tem caminhado no sentido da não realização de instrução e do não sentenciamento do processo cautelar, mediante realização de toda atividade jurisdicional no processo principal. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “essa solução tem substrato profundo, não decorrendo do simples prazer de inovar, e sim da similitude da matéria tratada em ambos os processos, mormente porque, concedida a liminar, a discussão travada nos autos da cautelar reduzir-se-á o mais das vezes à aparência do bom direito. Tendendo a ser exaustivamente analisado esse direito no processo principal, dá-se praticamente uma comistão do material a ser trabalhado pelo órgão

decisão não será capaz de dar tratamento definitivo à crise de direito material, sendo indispensável posterior atividade cognitiva completa, para fins de esclarecimento da situação fática e atuação da vontade concreta da lei com base em juízo de certeza. Não obstante a medida concedida no início do procedimento cautelar seja eivada de cognição ainda mais superficial e limitada, deve-se também reconhecer a presença da cognição *sumária* na formação da sentença cautelar,⁸⁴ eis que o objeto da cognição é distinto do processo de conhecimento, limitando-se aos elementos conexos à função cautelar. Todos os atos predeterminados pelo legislador, destinados à completa participação dos sujeitos processuais e com vistas à integral proteção do direito juridicamente tutelado, somente serão contemplados ao longo do trâmite do procedimento ordinário do processo principal, cuja sentença será apta a atuar a vontade concreta da lei.⁸⁵

Há casos, por seu turno, que o efetivo transcurso de todos os atos de participação dos sujeitos processuais predeterminados no ordenamento, além de *posterior* à tutela jurisdicional pleiteada, decorra de atividade processual *não necessária*⁸⁶ e apenas *eventual*. Nessas situações, a cognição *sumária* dá suporte à decisão judicial que pode, ou não, ser seguida de procedimento visando à cognição completa, a depender exclusivamente de iniciativa daquele que se sujeitou aos efeitos da prestação jurisdicional levada a efeito, a representar poder-faculdade processual ao sujeito parcial do processo. A não realização da cognição completa não implica cessação da eficácia do provimento lastreado em cognição *sumária*. São procedimentos especiais de aceitação excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, como o da ação monitória e da ação de execução de título de formação extrajudicial,⁸⁷ nos quais há provimento judicial atuante na esfera jurídica e fática do

judicial, em face do princípio fundamental da economia processual, evitando-se duplicação inútil de atividade.” Cf. *Ibidem*, p.22.

⁸⁴ Analisando a cognição na sentença cautelar, Luiz Guilherme Marinoni afirma que nela “o juiz nada declara, limitando-se, em caso de procedência, a afirmar a probabilidade da existência do direito e a ocorrência da situação de perigo, de modo que, proposta a ‘ação principal’ e aprofundada a cognição do juiz sobre o direito afirmado, o enunciado da sentença *sumária*, que afirma a plausibilidade da existência do direito, poderá ser revisto, para que o juiz declare que o direito, que supunha existir, não existe.” Cf. *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p.18.

⁸⁵ Assim, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “na liminar do procedimento *sumário*, a cognição será necessariamente mais superficial do que a sentença *sumária*. Na decisão liminar, o que ocorre é a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado através das provas permitidas pela instrução *sumária*, as quais não podem ser suficientes à cognição exauriente.” E arremata: “Registre-se, pois, que no momento em que o juiz profere a sentença no processo *sumário*, a cognição não poderá ser hábil à declaração de existência ou inexistência do direito.” Cf. *Ibidem*, p.40.

⁸⁶ Sob a ótica da perpetuação da eficácia da medida.

⁸⁷ Nesse sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “na técnica do título executivo extrajudicial o contraditório é não só posterior à constrição patrimonial do devedor como, também, se apresenta em linha de

demandado – mandado de pagamento ou penhora de bens – com base em cognição sumária, com discussão da pertinência do crédito somente caso oferecidos os respectivos embargos pelo demandado.

Porém, a partir do momento que o interessado provoque o aparato judicial, manifestando seu interesse na realização da atividade cognitiva completa, certo é que não mais se poderá entender a prevalência do provimento judicial sumário.⁸⁸ Nesses casos, a decisão que dará tratamento à vontade concreta da lei estará lastreada em cognição produzida a partir do cumprimento de todas as etapas de participação dos sujeitos processuais predeterminadas pelo legislador, configurando assim o valor da cognição *plena* e *exauriente*. A tutela sumária somente prevalecerá em decorrência da inércia do demandado.

Como se demonstrará em momento oportuno do trabalho, a generalização da tutela sumária com estabilidade do provimento dela advindo passa pela recepção, no procedimento ordinário, da *não obrigatoriedade* e da *eventualidade* do contraditório pleno e exauriente sob o modelo dos procedimentos especiais – hoje excepcionais – mencionados no parágrafo anterior.

Mas prosseguindo no tema proposto neste item, destaca-se que a *cognição sumária* possui outras facetas.⁸⁹ Também em contraposição às considerações tecidas na análise das

eventualidade.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 347.

⁸⁸ Como ressalta Lucio Lanfranchi que “a bem vere, infatti, la struttura cognitiva sommaria dei procedimenti in questione va intesa nella sua intima connessione con la struttura ordinaria o comunque non sommaria del successivo gravame, risultando in definitiva un più rispetto al coesistente ed al coesenziale nucleo della sempre disponibile cognizione completa.” Cf. LANFRANCHI, Lucio. Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 100, marzo 1987.

⁸⁹ Ovídio A. Baptista da Silva sistematiza assim as hipóteses de cognição sumária: “o direito processual pode valer-se das seguintes técnicas para reduzir o campo da cognição judicial, de modo a *sumarizar* a demanda: a) permite-se que o juiz decida com base em cognição apenas *superficial* sobre as questões da lide, como acontece com as decisões (sentenças) liminares; b) permite-se que o juiz decida com base em *cognição exauriente* as questões próprias da lide, mas veda-se que ele investigue e decida fundado em determinadas questões previamente excluídas da área litigiosa a ela pertencente. É isto que ocorre com as ações cambiais e possessórias, para mencionar apenas os exemplos mais notórios; c) sumariza-se, também, impedindo que o juiz se valha de certa espécie de prova, como acontece nos chamados *processos documentais*, de que, aliás, o cambiário foi o exemplo mais eminente, mas que encontram na ação de mandado de segurança uma espécie típica do moderno direito brasileiro; finalmente d) pode dar-se sumarização, ao estilo dos antigos processos sumários, com verdadeira “reserva de exceções”, por exemplo, em certas ações de despejo (*covalida di sfratto*) do direito italiano e nos processos *d’ingunzione* também existentes no direito peninsular, nos quais a sentença liminar torna-se desde logo executiva se o demandado não oferecer prova escrita contrária, reservando-se para uma *fase* subsequente da própria ação o exame das questões que exijam prova demorada e

características da cognição *plena* e *exauriente*, e valendo-se de tradicional entendimento chiovendiano sobre o tema,⁹⁰ há ocorrência da técnica da cognição *sumária* também quando a atividade cognitiva do juiz é notadamente *parcial* – pla horizontal de Kazuo Watanabe –, com limitação na extensão das matérias passíveis de apreciação judicial em específico procedimento, ainda que exaurido todos os atos predeterminados de participação das partes previstos em lei.⁹¹ Nesse caso, ganha relevância o *conteúdo* da norma legal que predispõe a participação dos sujeitos processuais no procedimento,⁹² em seu quesito *abrangência*.

Esse fenômeno processual de sumarização da atividade cognitiva pode se concretizar sob dois modos distintos: o primeiro, quando há no ordenamento vedação expressa à análise de determinadas matérias relacionadas ao objeto do litígio. São exemplos clássicos de ocorrência da cognição *sumária* sob essa modalidade os procedimentos inerentes, de forma exemplificativa, às ações cambiárias,⁹³ possessórias, de

complexa.” Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 254-255.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. vol. I, p. 237. No mesmo sentido, dentre outros doutrinadores italianos, Luigi Montesano afirma que na cognição sumária “le istruttorie, in riguardo ai fatti che ne sono oggetto e alle fonti del convincimento del giudice, sono o solo meno complete o anche meno approfondite e pie affrettate nella ricerca delle verità di quel che sono le istruttorie della cognizione che possiamo definire normale”, Cf. MONTESANO, Luigi. Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 309, aprile-junho 1999. Na doutrina brasileira, com o mesmo entendimento, mas adotando terminologia distinta (cognição sumária por limitação material ou por decorrer de aparência), ao analisar a cognição do órgão judicial no momento da decisão liminar, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que “sem dúvida, trata-se de sumariedade tanto material quanto superficial ou baseada na aparência. Sumária do ponto de vista material, porquanto restrita ao *periculum in mora* e ao *fumus boni iuris*, de aparência ou superficial por se bastar com o aporte fático probatório do autor, em matéria ainda não submetida ao contraditório.” Cf. Perfil dogmático da tutela de urgência cit., p.16. José Roberto dos Santos Bedaque também admite a cognição sumária em duas modalidades (superficial e parcial). Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* cit., p. 264.

⁹¹ Como destacado alhures, a cognição plena e exauriente decorre essencialmente do cumprimento integral das garantias asseguradas nos incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Havendo desamparo a pelo menos uma dessas garantias, a cognição deve ser qualificada de sumária.

⁹² Nesse ponto, como já destacado, diverge Kazuo Watanabe, para quem a cognição pode ser exauriente e limitada (ou parcial). Cf. Op. cit., p. 127. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p.15.

⁹³ Com relação à ação cambiária, de rigor uma pontual observação. Sua limitação advém da própria natureza jurídica abstrata do título que a ampara. Não fosse a cognição sob a modalidade *sumária*, excluindo da controvérsia questões relativas à causa do negócio jurídico (reserva de defesa), estar-se-ia transformando esse título de *abstrato*, para *causal*, com indevida modificação (e interferência) do direito cambiário por norma processual. Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, para quem, inclusive, “a discussão do negócio jurídico subjacente, na mesma relação processual, faria com que a *abstração* do negócio jurídico desaparecesse.” *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 280. Sobre o tema, Enrico Tullio Liebman destaca que “se existe norma expressa para os processos cambiários, é esse um privilégio excepcional que se confere à cambial, não apenas em fase de oposição à execução, senão também em processo de condenação, em respeito à eficácia especial que se tenciona atribuir a esse título de crédito” Cf. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)* cit., p. 216.

desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941) e de busca e apreensão (Dec.-lei 911/1969). São procedimentos em que a defesa permitida não é *plenária* e a lide se mostra parcial.

Nestas ações, percebe-se o mesmo fenômeno da *eventualidade* do contraditório, porém sob forma distinta das hipóteses mencionadas nos parágrafos precedentes. Aqui, nota-se verdadeira decomposição, em duas lides parciais,⁹⁴ das matérias passíveis de conhecimento para a completa atuação da vontade concreta da lei por meio da tutela jurisdicional. Para atender aos valores celeridade e economia de juízo em decorrência de determinadas peculiaridades do direito material, bem como para preservar interesses públicos ou de determinadas classes sociais, dispõe o legislador de mecanismos processuais de entrega da tutela jurisdicional a partir de cognição sumária, desvinculada de futura realização de cognição completa e dotada de imutabilidade de seus efeitos.⁹⁵ Prestigiada doutrina nacional identifica nesses procedimentos a chamada *tutela sumária não cautelar*,⁹⁶ de ampla difusão no ordenamento jurídico italiano, em contraposição aos provimentos antecipatórios e conservativos essencialmente provisórios e instrumentais em face de uma futura tutela definitiva.

De forma exemplificativa, tem-se que no juízo possessório a alegação de propriedade do bem pelo demandado não é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio,⁹⁷ tendo o legislador expressamente limitado a cognição judicial aos aspectos inerentes à posse, objeto único da proteção jurisdicional nessa modalidade de tutela.⁹⁸ Para fazer valer

⁹⁴ Denominação empregada por Ovídio A. Baptista da Silva, ao destacar que nessas hipóteses “a *plenitude de defesa* somente será assegurada se a conjugarmos com a demanda plenária subsequente”, acrescentando que “aqui, como em todas as *ações sumárias*, ocorre uma inversão do contraditório – que é a consequência direta da terminalidade da *lide principal* – de modo que a vitória no juízo sumário não obriga a que o vencedor promova a *lide plenária* subsequente. Quem fora sucumbente na *ação sumária*, se julgar conveniente, poderá promover, como autor, a ação plenária posterior.” Cf. *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 274.

⁹⁵ Aqui, “o pronunciamento judicial proferido em procedimento adequado à cognição sumária integra a categoria da tutela de conhecimento, autônoma apta a eliminar o litígio e se tornar imutável. Não depende da existência do processo em que a atividade cognitiva é exauriente.” Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* cit., p. 264.

⁹⁶ José Roberto dos Santos Bedaque destaca que “muitas vezes, o legislador prevê, por uma questão de economia processual, a possibilidade de a situação substancial ser definida mediante processos de cognição sumária. Nesses casos, o provimento judicial pode tornar-se imutável. Trata-se, aqui, de tutela sumária não cautelar, cujo objetivo não é assegurar a efetividade de outro provimento jurisdicional, mas de resolver a controvérsia, possivelmente de forma definitiva.” Cf. *Ibidem*, p. 258.

⁹⁷ Conforme § 2º, art. 1210, do Código Civil.

⁹⁸ Nesse sentido, Ovídio A. Baptista da Silva informa que “mesmo com direito à posse, não poderia a vítima do esbulho cometer novo esbulho contra o esbulhador. Se o fizesse, perderia no juízo possessório, por mais legítimas que fossem as alegações que pudesse fazer, demonstrando seu ‘direito à posse’. A ordem jurídica

a vontade concreta da lei – e, nesse caso, a Lei brasileira assegura a posse como direito inerente à propriedade (art. 1.228 do Código Civil) –, terá o proprietário que propor demanda petitória autônoma, na qual todas as questões compulsoriamente omitidas na ação possessória anterior serão então objeto de cognição completa pelo órgão judicial, ou seja, formarão a causa de pedir da ação plenária subsequente. O mesmo fenômeno de limitação de matérias passíveis de contestação pelo demandado é observado nos procedimentos especiais das ações de desapropriação e de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, nas quais há norma expressa determinando a remessa de questões diversas para outras vias procedimentais posteriores.⁹⁹

Assim, a *eventualidade* percebida nos exemplos citados no parágrafo anterior difere da eventualidade intrínseca presente nos procedimentos da ação de execução de título extrajudicial e da ação monitória, eis que a demanda subsequente se mostra autônoma – não incidental – e independente da tutela jurisdicional assegurada por via de tutela sumária no juízo que a precedeu. Como o legislador, dessa forma, admite a entrega da prestação jurisdicional definitiva e com força de coisa julgada material por meio da técnica da tutela sumária,¹⁰⁰ sem a exigência de realização de cognição *plena e exauriente*, nota-se que a *eventualidade* ora sob análise é extrínseca ao processo precedente e está diretamente relacionada às garantias previstas no art. 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal, sob pena dos referidos procedimentos especiais lastreados unicamente em cognição sumária – plano horizontal – serem eivados de flagrante inconstitucionalidade,¹⁰¹ ante a

simplesmente desinteressa-se pelo direito, para proteger a posse.” Cf. *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 267.

⁹⁹ Assim, José Roberto dos Santos Bedaque, ao destacar que “da mesma forma, a busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente pode ser concedida de forma definitiva, sem cognição plena, visto que limitada a matéria de defesa. Trata-se, aqui, da chamada restrição no plano horizontal, que também está presente nas demandas expropriatórias, regidas pelo Dec.-lei 3.365, de 21.06.1941. Seu art. 20 dispõe que a contestação somente poderá versar vício processual ou valor do bem. Eventuais questões diversas são remetidas para via procedimental diversa.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 261.

¹⁰⁰ Sobre o tema, adverte Luiz Guilherme Marinoni que, “para que possamos compreender a relação entre a cognição parcial e a ideologia dos procedimentos, devemos observar que o procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade – ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da coisa litigiosa –, mas deixa de lado o valor ‘justiça material.’” Cf. *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p.15-16.

¹⁰¹ Sobre o tema, adverte Ovídio A. Baptista da Silva que “ou todas as ações sumárias terão de ser consideradas inconstitucionais, frente à norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal; ou, se toda essa multidão de ações sumárias deva ser considerada legítima, perante o direito brasileiro, então devemos considerar que o *princípio do contraditório* será igualmente preservador nos casos do chamado *contraditório eventual*, em que a defesa transforme-se, de contestação, em *causa petendi* de uma ação inversa a ser

inaptidão de possibilitarem a ampla defesa ao jurisdicionado e afastarem a análise, pelo poder judiciário, da vontade concreta da lei.¹⁰²

Nota-se aqui interessante fenômeno da atividade cognitiva: a tutela pode ser sumária tanto sob a ótica da não realização de todas as etapas predeterminadas dos procedimentos especiais das respectivas ações, uma vez possível a antecipação liminar¹⁰³ da tutela jurisdicional pretendida pelo jurisdicionado, quanto também sob o enfoque da limitação das matérias passíveis de conhecimento, eis que legalmente imposta a sumariedade horizontal da cognição. A tutela é sumária porque baseada em cognição superficial – e nessa hipótese provisória e necessariamente dependente da realização posterior dos atos predeterminados em lei relativos ao procedimento –, e também sumária porque limitadas as matérias cognicíveis, ainda que exauridas todas as etapas do procedimento em contraditório, cujo provimento judicial possui caráter definitivo. Nessa hipótese de tutela sumária, a matéria que poderia ser objeto da defesa do demandado – cuja arguição é expressamente vedada pelo ordenamento em específico procedimento especial –, pode se tornar, a depender da iniciativa daquele que se sujeitou à tutela jurisdicional então concedida, a causa de pedir de nova demanda *plenária*, na qual a cognição *plena* e *exauriente* poderá se desenvolver em sua integralidade.¹⁰⁴

Já o segundo modelo de limitação cognitiva por imposição legal se dá naquelas hipóteses em que a sumariedade decorre da vedação a determinadas modalidades de prova, como, por exemplo, os processos *documentais* dos quais o mandado de segurança é o exemplo mais latente no direito brasileiro.¹⁰⁵ O caráter sumário da cognição decorre do

facultativamente ajuizada pelo sucumbente no juízo sumário.” Cf. *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 280-281.

¹⁰² Heitor Vitor Mendonça Sica faz interessante e pertinente ponderação quanto à inocorrência, nesses casos de limitação cognitiva, de violação às garantias constitucionais da isonomia e do contraditório, na medida em que “não gera efeitos apenas ao réu, mas também ao autor. Nos procedimentos especiais acima indicados, também o autor está adstrito a formular pedido e causa de pedir de acordo com as balizas.” Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 268

¹⁰³ Entendendo-se “liminar” a partir de sua topologia, ou seja, conforme precisa lição de Adroaldo Furtado Fabrício, com identificação não pelo conteúdo, função ou natureza da decisão judicial, “mas somente pelo momento da prolação.” Cf. Op. cit., p. 9.

¹⁰⁴ Respeitando-se, por óbvio, a coisa julgada material relativa às questões exauridas no processo anterior.

¹⁰⁵ José Carlos ensina que, no ordenamento processual brasileiro anterior à Lei 8.952/1994, havia apenas casos específicos de sumarização da cognição, “quer mediante a técnica de limitar a matéria suscetível de exame pelo juiz (por exemplo: Dec.-lei 3.365, de 21.6.1941, art. 20, consoante o qual, na ação de desapropriação, ‘a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço’), quer pela exclusão da admissibilidade de certos meios de prova (por exemplo: no mandado de segurança, apenas se admite prova documental pré-constituída).” Cf. Tutela de urgência e efetividade do direito cit., p. 9.

cotejo em face do procedimento comum ordinário, eis que não se admite o percurso de todos os caminhos procedimentais admitidos pelo legislador infraconstitucional para o fim de se assegurar a realização da vontade concreta da lei, desprendendo-se do repisado *valor* inerente à cognição *plena e exauriente*. A atividade cognitiva do juiz, nesse procedimento especial, é limitada à identificação dos elementos liquidez e certeza do direito,¹⁰⁶ passível, portanto, de classificação no modelo *sumário*.

De se notar que o procedimento especial do mandado de segurança visa a, primordialmente, assegurar a efetividade imediata da tutela jurisdicional em relação a determinados direitos, cuja existência deve, de plano, estar devidamente provada por meio de documentos anexados à petição inicial. Caso o autor da demanda necessite provar a existência de seu direito em atividade processual instrutória, deverá valer-se do procedimento ordinário para o fim de satisfazer sua pretensão.

No entanto, a recíproca não deixa dúvidas em relação ao caráter *sumário* da cognição que precede o provimento advindo do processo de mandado de segurança. Na hipótese de exceção de falsidade do documento que ampara a existência do direito líquido e certo, a própria sumariedade da cognição inerente ao procedimento especial justifica o alargamento da instrução e o exame do vício documental, sob pena de indevida legitimação de sentença de cognição sumária amparada por coisa julgada material.¹⁰⁷ Enquanto houver dúvidas acerca da higidez da prova documental que ampara a liquidez e certeza do direito, há que se admitir uma válvula de escape ao jurisdicionado que lhe permita a investigação meticulosa do vício alegado. Dessa forma e a rigor, não se pode admitir realização da cognição *plena e exauriente* em decorrência de prova documental apta a demonstrar a liquidez e certeza do direito do impetrante – a denominada técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis* –, eis que, para atender a proteções maiores asseguradas na

¹⁰⁶ Esse o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque até a 4ª edição de sua obra *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). A partir da 5ª edição, aderiu o professor Titular das Arcadas ao entendimento há tempos manifestado por Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de considerar a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, ou seja, reconhecida a liquidez e certeza do direito pelo juiz, a decisão decorrente de sua atividade jurisdicional decorrerá de atividade cognitiva completa. Ou seja, a cognição exauriente surgiria em decorrência da prova documental apresentada pelo demandante. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p.21.

¹⁰⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que, em face de alegação de falsidade documental em mandado de segurança, “a opção correta, ao nosso ver, é a de admitir a investigação da falsidade.” Cf. *Ibidem*, p. 24. Ou seja, uma vez que o próprio elemento que daria a condição cognitiva completa à sentença do mandado de segurança é passível de análise pormenorizada em atividade cognitiva dentro do procedimento, resta evidente que a cognição inerente ao mandado de segurança é de cunho sumário e com cognição plena legitimadora eventual.

Constituição Federal, o sistema processual deve possibilitar ao jurisdicionado lesado um debate mais amplo acerca da própria validade e eficácia da prova, legitimando assim a existência de um provimento sumário definitivo.

Somente a partir da admissão dessa possibilidade de defesa pelo demandado – e respectiva instrução probatória – é que pode vislumbrar o cumprimento pleno da garantia da ampla defesa. Retorna-se, pois, ao contraditório *eventual* a despeito de sua absoluta ocorrência excepcional na prática forense, como elemento legitimador da concepção de um provimento definitivo lastreado em cognição *sumária*.

Por fim, e seguindo a tentativa de exaurimento das hipóteses de incidência da técnica da cognição sumária com objetivo de entrega da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se atentar àqueles casos em que a *eventualidade* ocorre no segundo momento lógico da bilateralidade da audiência, ou seja, a partir do momento em que o desencadeamento do contraditório já foi provocado pela parte interessada no provimento jurisdicional fundado em cognição *plena* e *exauriente* e com aptidão plena à coisa julgada material. Tratam-se dos mecanismos criados pelo legislador para a solução do litígio sem a necessidade de transcurso de todas as etapas predeterminadas do procedimento, por ato omissivo do demandado, eis que preclusa a possibilidade da análise e o debate acerca de fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito alegado pelo demandante, com a consequente admissão dos fatos constitutivos afirmados na propositura da demanda, eis que incontrovertidos¹⁰⁸ (art. 334, II, CPC).

São exemplos clássicos em nosso sistema processual as hipóteses de julgamento antecipado do feito de forma definitiva, mas com fundamento em cognição sumária, em decorrência de revelia do réu – arts. 319 e 330, II, CPC – e ausência de impugnação específica dos fatos carreados na petição inicial (art. 302, CPC).¹⁰⁹ Mostra-se verdadeira

¹⁰⁸ Luigi Paolo Comoglio informa que “la tecnica della non contestazione viene utilizzata su larga scala, e non più in situazioni particolari, quando, per decongestionare ed accelerare l’ottenimento delle forme processuali di tutela, si cerca di favorire al massimo la formazione ‘interna’ di in titolo esecutivo giudiziale, che sappia rispondere con pronta efficacia alle esigenze di sollecita attuazione o di reintegrazione urgente del diritto violato, neutralizzando nella misura più ampia l’incidenza negativa che il fattore tempo esercita sull’azionabilità delle pretese, nel lento svolgimento del giudizio ordinario.” Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. I provvedimenti anticipatori. In: TARUFFO, Michelle (a cura di). *Le riforme della giustizia civile*. Torino: Utet, 1993. p. 310.

¹⁰⁹ Como bem destaca José Roberto dos Santos Bedaque, nesses casos se mostra desnecessário o recurso à técnica da presunção de veracidade mencionada em ambas as normas acima citadas (arts. 302, 319 e 330, II,

eventualidade *latu sensu* de transcurso de todas as etapas procedimentais dispostas pelo legislador aptas a ensejar a cognição completa pelo julgador da demanda posta em juízo, eis que inerente à própria resistência do demandante diante de toda e qualquer pretensão jurisdicional que contra si recaia. A garantia do contraditório e da ampla defesa é efetiva; cabe, no entanto, ao interessado, por sua livre disposição de vontade,¹¹⁰ usufruir ou não dessa prerrogativa que lhe é conferida no processo.

Nota-se que essa mencionada *eventualidade* está ontologicamente relacionada à própria prestação jurisdicional pelo Estado juiz. Em toda demanda de jurisdição contenciosa, pode, ou não, o demandado se insurgir contra a pretensão de seu adversário e agir no processo no sentido de influenciar no destino do provimento final que atuará sobre interesses juridicamente protegidos. Mais que isso, merece destaque o fato de que, nessas hipóteses agora ventiladas, a existência de uma decisão judicial com aptidão máxima a se tornar estável e definitiva – coisa julgada material –, embora produzida a partir de cognição incompleta – seja no âmbito de sua profundidade, seja ainda em sua extensão –, é de comum aceitação no ambiente jurídico de nossa sociedade, não causando tamanha estranheza ou perplexidade quando comparada à iniciativa de estabilização da tutela antecipada de conhecimento – a partir da generalização do provimento sumário com aptidão a se tornar estável¹¹¹ –, a despeito da próxima identidade de seu elemento fundamental, qual seja, a produção de um provimento judicial estável e fundado em cognição sumária, com dispensa da completude do procedimento comum (apto à realização do contraditório em cognição plena e exauriente) por ato omissivo do demandado.

Ambas as hipóteses¹¹² decorrem primordialmente da omissão da parte interessada, restando, pois, preservadas as garantias constitucionais que tutelam o processo civil

do CPC), uma vez que, em realidade, se está diante de fatos incontroversos que, por isso, independem de prova (art. 334, III, do CPC). Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 259.

¹¹⁰ Com as ressalvas da capacidade plena de direito e disponibilidade da matéria em litígio.

¹¹¹ Em oposição à generalização da tutela sumária, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que “embora se revele aparentemente sedutora a ideia de admitir a cognição sumária como solução genérica para a demora no processo, não parece seja a proposta condizente com a realidade brasileira.” No entanto, mediante o cumprimento das garantias do justo processo, aceita o Professor Titular das Arcadas a utilização da técnica de cognição sumária na prestação jurisdicional, ao afirmar que “a tutela sumária fundada na probabilidade, provisória mas com possibilidade de se tornar definitiva, cabendo a quem teve de suportar seus efeitos a iniciativa do processo, não representaria necessariamente violação aos princípios fundamentais do devido processo legal.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 281 e 293.

¹¹² Julgamento antecipado do processo e provimento antecipatório com aptidão a se tornar definitivo.

brasileiro. Diferenciam-se, no entanto, em um elemento muitas vezes fundamental: o elemento volitivo do demandado preponderante na omissão defensiva geradora do julgamento antecipado do feito – CPC, art. 330, II – é informado, de maneira geral,¹¹³ pela análise exclusiva da pretensão jurisdicional do demandante – que, não raras vezes, é muito mais amplo do que lhe assegura o ordenamento jurídico –, sem prévio juízo ou declaração do órgão julgador acerca da subsunção dos fatos à norma jurídica abstrata e subsequente formulação da vontade concreta da lei. Já diante de um provimento antecipatório com aptidão a se tornar definitivo e solucionar a crise de direito material levada à apreciação jurisdicional, a opção do demandado por defender-se no processo não estará somente ligada aos aspectos da pretensão do autor da demanda, mas também decorrerá da análise da própria eficácia prática do provimento judicial fundado em cognição sumária, o que, como já afirmado, pode ser muito mais restrita em comparação ao pedido formulado em petição inicial.

A regra de preservação da garantia à ampla defesa e ao contraditório no processo civil brasileiro é expressamente dispensada, em caráter absolutamente excepcional, quando a realização da vontade concreta da lei preserva integralmente os interesses e mantém intocada a esfera jurídica do demandado.¹¹⁴ Conforme redação empregada ao art. 285-A do Código de Processo Civil, admite o sistema processual a incidência da tutela sumária com aptidão à formação de coisa julgada material na hipótese de patente impertinência da pretensão do demandante. Nesse caso, a cognição é sumária não apenas em decorrência de sua superficialidade – com dispensa de todos os atos de participação das partes em contraditório predeterminados pelo legislador –, mas também por força de sua parcialidade, uma vez que ao juiz é franqueado o contato apenas com as alegações do demandante referentes aos fatos constitutivos de seu suposto direito.¹¹⁵ A oportunidade inicial do contraditório é subtraída da vontade das partes e conferida exclusivamente ao magistrado, somente se concretizando, *eventualmente*, na hipótese de insistência do demandante na realização de sua pretensão em devolução da matéria à instância superior.¹¹⁶

¹¹³ Salvo hipóteses em que a tutela já tenha sido antecipada em caráter liminar, nos moldes permitidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

¹¹⁴ Como ensina Cândido Rangel Dinamarco “assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu em caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste.” É a tutela jurisdicional ao réu. Cf. *Fundamentos do processo civil* cit., p. 383.

¹¹⁵ A relação jurídica processual sequer é formada em sua integralidade, mediante a citação do réu.

¹¹⁶ Interposto recurso de apelação contra a sentença sumária, e mantendo o juiz a sua decisão, será o réu citado para compor a relação jurídica processual e responder ao recurso (CPC, art. 285-A, § 2º).

Assim, diante de todos os exemplos e hipóteses até aqui analisadas, forçosa a constatação de que as garantias constitucionais que tutelam o processo civil brasileiro – sem caráter exaustivo, o contraditório, ampla defesa, o devido processo legal, a isonomia entre os litigantes – restam não só preservadas quando do transcurso completo de todos os atos do procedimento ordinário inerente ao processo de conhecimento e a partir da bilateralidade da audiência antecipada ao provimento judicial ali proferido, mas também naquelas hipóteses em que o contraditório se mostra eventual e dependente da iniciativa¹¹⁷ exclusiva da parte que se sujeitou a uma dada decisão judicial estruturada em cognição incompleta.

1.5 Atividade lógica decorrente da cognição sumária

Ao contrário do que intuitivamente se pode imaginar, essa cognição *sumária* não implica necessariamente uma atividade lógica menos racional acerca do objeto litigioso pelo juiz integrante da relação jurídica processual, neste caso por figurar superficial.¹¹⁸ Na verdade, como contraposição à cognição plena e seu modelo procedimental participativo predeterminado pelo legislador, o elemento central e identificador da cognição *sumária* é a outorga dos atos de cognição – e respectiva participação das partes – à discricionariedade do magistrado, sem tipificação prévia prevista em lei. Assim, deve-se entender que a *tutela sumária* corresponde a uma cognição, também sumária, que reflita em relação à cognição plena, uma inferioridade relativa às garantias do processo, e não compulsoriamente à qualidade lógica da atividade cognitiva desempenhada no processo.¹¹⁹

¹¹⁷ Iniciativa esta primária ou secundária, a depender do momento de instauração ou prosseguimento do contraditório.

¹¹⁸ Nesse sentido, Andrea Proto Pisani afirma que “cognizione piena non significa conoscenza dal punto di vista logico più razionale della conoscenza cui si perviene nella cognizione sommaria. Significa *solo* cognizione che è frutto di un partecipativo delle parti a un processo legalmente predeterminato, e non di un *iter* processual rimesso nella sua massima parte alla discrezionalità del giudice.” Cf. Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC cit., p. 414. Com mesmo entendimento, Paolo Biavati aponta que “in molti casi, il procedimento sommario, pur restando fedele a se stesso, può avere una qualità non inferiore, sotto il profilo della cognizione, a quella di un giudizio di merito. È il legislatore che sceglie – vorrei dire, convenzionalmente – di non attribuire l’efficacia del giudicato a quella decisione.” Cf. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare cit., p. 569, nota 15.

¹¹⁹ José Carlos Barbosa Moreira ensina que “a prestação cognitiva resulta, essencialmente, da conjugação de duas componentes: a reconstituição dos fatos, essencialmente por meio das provas, porque são escassas as possibilidades de utilização do conhecimento do juiz, a não ser por esse caminho; e a aplicação das normas. É

Sob a perspectiva da *tutela constitucional do processo*,¹²⁰ que confere ao ordenamento processual um modelo de índole essencialmente política e que reflete as características do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, certo seria afirmar que, *a priori*, a tutela e respectiva cognição sumária dessa classe são inaceitáveis por divergirem frontalmente das garantias da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e do devido processo legal.

No entanto, em decorrência de natural e fisiológica incapacidade de o processo ordinário, lastreado em cognição plena e exauriente, conferir uma resposta efetiva e tempestiva a todas as hipóteses de crises de direito material¹²¹ – com desprestígio à também garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional –, constata-se a admissão, no ordenamento processual brasileiro, de modelos de tutela desenvolvidos a partir da cognição sumária (superficial), sempre com as adaptações¹²² necessárias ao acatamento da ideologia da ampla defesa que norteia a proteção constitucional do processo.

Está-se a falar das tutelas de urgência, destinadas a evitar risco de dano a direito subjetivo do sujeito processual, que no atual sistema são representadas pela tutela cautelar

o mecanismo básico pelo qual funciona a função jurisdicional em sede de cognição.” Cf. A efetividade do processo de conhecimento cit., p. 133.

¹²⁰ Que para Cândido Rangel Dinamarco “é representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. 1, p. 194.

¹²¹ Fritz Baur, professor da Universidade de Tübingen, Alemanha, elenca também como razões de utilização de tutelas jurisdicionais sumárias, além das deficiências do processo ordinário, (i) as questões *condicionadas pela civilização*, vez que uma “injustiça lesiva”, marcada pela prestação tardia da justiça, representaria na sociedade moderna uma violência muito maior sobre o indivíduo do que em tempos passados; (ii) as *combinações de fatos psicológicos*, em que cidadãos em sociedades modernas substituem o comportamento razoável por iniciativa própria por parâmetros de comportamentos estabelecidos pela autoridade judiciária; e, por fim, (iii) a *necessidade social de proteção*, de modo que o provimento provisório “venha a compensar transitoriamente a fraqueza do indivíduo frente ao mais forte ou ao poder de um grupo.” Cf. BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armino Edgard Laux. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985. p.16-17.

¹²² Como exemplo desse fenômeno de adaptação, Ovídio A. Baptista da Silva adverte que “a razão de inscrevermos as tutelas de urgência sem, todavia, abalar o *procedimento ordinário*, fazendo-as simples providências interlocutórias de uma ação necessariamente *plenária*, por isso que fundada em ‘plena defesa’. Em que pese o contrassenso lógico de ter-se como medida antecipatória o ‘pedaço’ da sentença de mérito que antecipa, esta foi a solução encontrada, para ceder às exigências práticas – aceitando as tutelas de urgência –, sem renunciar aos princípios do processo de conhecimento.”

e tutela antecipada. Além da sumariedade da cognição, essas modalidades de provimentos são marcadas pelos elementos *precariedade, instrumentalidade e provisoriedade*.¹²³

Assim, analisemos a existência de uma vinculação necessária ou ontológica da tutela sob a modalidade cognitiva sumária aos elementos precariedade, instrumentalidade e provisoriedade em face de um processo principal em cognição plena e exauriente, com apreciação do mérito e formação de coisa julgada material. Ou seja, em termos distintos, a indagação proposta passa pela análise da possibilidade de utilização da tutela sumária como provimento único e desvinculado de um processo ordinário capaz de solucionar a controvérsia levada à apreciação do poder judiciário, sem que isso implique desrespeito às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia entre as partes e do devido processo legal.¹²⁴

Mas antes de se passar à análise minuciosa desse fenômeno de recepção e adaptação – e possível autonomia – da tutela sumária no ordenamento processual pátrio, de rigor a verificação dos potenciais e efetivos benefícios passíveis de serem atingidos a partir da utilização de um modelo procedimental orientado pela cognição superficial ou parcial: cognição sumária.

¹²³ Para Teori Albino Zavascki, “as medidas cautelares e as antecipatórias têm em comum outras características: são formadas à base de cognição sumária (isto é, cognição menos aprofundada, no plano vertical, que a cognição prevista para a tutela definitiva); são precárias (isto é, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, uma vez constatada a modificação do fato, ou de sua prova, caracterizador da situação de urgência) e estão invariavelmente referenciadas a uma pretensão de tutela definitiva.” Cf. Op. cit., p. 62. Por sua vez, José Roberto dos Bedaque destaca que “um dos mecanismos para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a adoção de modalidades de tutela provisória, destinadas a dar solução imediata ao problema apresentado, tendo em vista a existência de algum fator que possa comprometer o resultado do processo, mas apenas enquanto não houver elementos suficientes para a outorga de tutela definitiva.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização), cit., p. 96.

¹²⁴ Ao analisar os ordenamentos processuais italiano e francês, José Carlos Barbosa Moreira destaca que “em ambos os países, a concessão da tutela de urgência vai tendendo a assegurar ao interessado, de direito ou ao menos de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado.” E arremata: “a solução em princípio simplesmente *provisória* do litígio adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final.” Cf. *Tutela de urgência e efetividade do direito cit.*, p. 9.

CAPÍTULO 2

FUNÇÃO E ESTRUTURA DA TUTELA SUMÁRIA

2.1 Análise funcional da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária. Função genérica

Uma vez realizada a análise da dinâmica da tutela jurisdicional produzida a partir da cognição sumária em relação à posterior atividade cognitiva completa – obrigatória ou eventual; nessa última hipótese, em procedimento incidental ou autônomo –, sempre em contraposição ao modelo ordinário de realização de justiça pelo processo, cumpre doravante investigar o elemento *funcional* legitimador do desvio – em caráter excepcional – de um método ideal de trabalho sob o ponto de vista das garantias constitucionais que tutelam o processo civil brasileiro. A constatação inicial e de cunho óbvio, é a de que esse modelo ideal desenvolvido sob a forma do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, a despeito de atender a todos os ditames da segurança jurídica¹²⁵ estampados na Constituição Federal, muitas vezes se mostra inadequado ao cumprimento do imperativo, também constitucional – art. 5º, XXXV –, da efetividade da tutela jurisdicional.¹²⁶ A atividade judicial do Estado, além de justa e condizente com a regra de direito material inerente ao caso concreto, deve ser tempestiva e apta a surtir efeitos práticos efetivos na vida dos jurisdicionados.¹²⁷ É a contrapartida direta devida pelo Estado ao proibir a

¹²⁵ Vista sob a ótica delineada por Teori Albino Zavascki, que ao analisar as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, destacou que “nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. É, pois, direito constitucional do demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada *cognição exauriente*, vale dizer, a que submete as soluções definitivas do conflito a procedimentos prévios com possibilidade de contraditório, ampla defesa e interposição de recursos.” Cf. Op. cit., p. 60.

¹²⁶ Valor que, como destacado por Luigi Paolo Comoglio, resulta de modelo internacional de justiça e de “radici culturali più remote”, recordando a previsão disposta no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 136, abr.-jun. 1998.

¹²⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “o princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais.” Cf. *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p. 57.

autotutela privada pelos cidadãos, elemento central da subsistência política da sociedade e informador de um dos escopos do processo e da jurisdição.

Por seu turno, o processo, analisado unicamente sob a ótica de seu escopo jurídico, se mostra uma via larga e pavimentada na qual a atividade cognitiva, produzida com os ingredientes do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deveria primar pela insaciável busca da certeza e da verdade absoluta na realização da vontade concreta da lei, sem limitação temporal ou de instrumentos necessários à formação da convicção do juiz. No entanto, como já ressaltado por prestigiosa doutrina nacional, não passa de ilusão a crença que todos os julgados se realizam a partir da identificação plena da verdade e certeza dos fatos e do direito que informa o debate entre as partes.¹²⁸

Não bastasse o fato de a obtenção da verdade e certeza do caso concreto, não raras vezes, se mostrar materialmente intangível¹²⁹ a partir da instrução probatória produzida no procedimento judicial – ainda que a cognição seja *plena* e *exauriente*, o que, no entanto, não diminui o valor da cognição plena no processo¹³⁰ –, há que se concentrar os olhos para outro escopo de vital relevância na realização da atividade jurisdicional pelo Estado, qual seja, o de eliminar insatisfações inerentes à vida em sociedade.¹³¹ O valor *paz social* impõe ao Estado, detentor do monopólio de organização da vida em sociedade, uma atuação focada em eliminar, com presteza e idoneidade, o conflito proliferador da insatisfação em sociedade.¹³²

Para atingir esse escopo social, deve o processo propiciar ao jurisdicionado titular de situações jurídicas de vantagem dispostas no direito material os mesmos resultados, ou

¹²⁸ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “no processo de conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir consiste na crença de que verdadeiramente os julgados se apoiem sempre na certeza.” Cf. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 290.

¹²⁹ “O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de certeza que não se alcançam alguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta dos fatos.” Cf. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 312.

¹³⁰ Como adverte Andrea Proto Pisani, o recurso à tutela sumária “non significa affatto mettere al bando il processo a cognizione piena; non significa affatto considerare un disvalore la cognizione piena.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 678.

¹³¹ Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” Cf. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 196.

¹³² “Já se acentuara, aliás, no início do século XX, essa vocação do processo, considerado um mal social (expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser suprimido de maneira mais rápida possível, mormente porque sua frequente repetição representa autêntico perigo à sociedade.” Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* cit., p. 83.

ao menos equivalentes,¹³³ que obteria a partir do cumprimento espontâneo da norma legal pelo sujeito passivo da demanda judicial. Nesse passo, constata-se que a *primeira espécie* de obstáculos que o método estatal de solução de controvérsias enfrenta para a realização de seu desiderato está extrinsecamente relacionada à atividade jurisdicional nele exercida, derivando, primordialmente, da relação entre direito, violação e atuação judicial. Em outros termos, percebe-se, de forma frequente, a formação de hiatos entre os momentos de formação do direito material, da ocorrência de sua violação e, por fim, do socorro à tutela jurisdicional do Estado.¹³⁴

Uma vez que o recurso à jurisdição estatal, em grande parte dos casos, se dá em momento cronológico posterior à violação, atua o processo em caráter reparatório ou repressivo sobre a respectiva crise de direito material,¹³⁵ proporcionado a supressão do descumprimento da vontade da lei e da continuidade da violação. Ademais, em caráter eventual, pode a atividade jurisdicional realizada no processo impor o ressarcimento pelos danos antes do descumprimento da norma substantiva. No entanto, é o processo materialmente inapto a eliminar o fato, em si, da própria existência da violação inspiradora da insatisfação do sujeito titular do interesse juridicamente protegido. A violação ao direito subjetivo, após sua consumação, pode ser reparada pelo processo, mas jamais apagada sua ocorrência na história dos fatos do jurisdicionado.¹³⁶

A ocorrência material da violação a um direito subjetivo traz reflexos diretos na competência e eficiência do processo para a realização de seu ideal de efetividade, representado pela identidade entre as garantias conferidas pelo direito material e aquelas passíveis de obtenção pelo processo.

¹³³ Com vistas a atingir o repisado postulado chiovendiano de propiciar “tudo aquilo e exatamente aquilo” assegurado pelo direito material. Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil* cit., p. 46.

¹³⁴ Cf. Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti— Studi* cit., p. 458. Nesse sentido, Italo Andolina ensina que “il processo civile, come ogni altra attività umana, è necessariamente immerso nel tempo; esso, anzi, richiede un lungo periodo di tempo per evolversi dall’episodio iniziale della proposizione della domanda giudiziale sino dell’evento conclusivo della formazione della cosa giudicata.” Cf. ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 13.

¹³⁵ Mais adiante se dará enfoque à tutela preventiva, assegurada, inclusive, em patamar constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³⁶ Italo Andolina parece minimizar essa incapacidade do processo, afirmando que “il danno che l’attore abbia eventualmente già sofferto anteriormente alla proposizione dell’atto introduttivo del giudizio lascia assolutamente indifferente l’ordinamento processuale: esso, infatti, viene in essere fuori dell’orbita di competenza del processo (a parte il fatto che generalmente deriva dalla scarsa sollecitudine dell’attore nel proporre la domanda giudiziale).” Cf. Op. cit., p. 21.

A mais intensa e notável interferência da violação à norma de direito material na capacidade de atuação jurisdicional pelo processo ocorre naquelas situações em que o próprio direito material é consolidado no instante do descumprimento de preceito legal disposto abstratamente no ordenamento jurídico. Tomem-se, por exemplo, as hipóteses de responsabilidade civil por atos ilícitos, nas quais a obrigação de ressarcimento de danos existente entre as partes somente se faz presente após a efetiva violação de direito pela parte transgressora. Nesses casos, a proteção jurisdicional do Estado, por meio do processo civil, somente ocorrerá em momento posterior aos fatos, em atividade ressarcitória e derivada da obrigação original de não causar danos.

Do mesmo modo, há casos, como a violação da posse de bem móvel ou imóvel, nos quais o processo é apto a atuar na obrigação *derivada* de reintegração ou devolução do bem ao seu legítimo possuidor, deixando de lado a obrigação *originária* assegurada pelo direito substantivo, consistente na proibição da turbação ou do esbulho possessório. Ou seja, consumada a crise de direito material, o processo se mostra inapto a entregar a primária vontade concreta da lei, qual seja, a garantia de que a posse seja exercida de forma plena e sem obstáculos — dever de abstenção *erga omnes* —, atuando primordialmente no sentido de conferir ao demandante o retorno ao estado anterior à violação.¹³⁷

Assim, tendo em vista que a natural incapacidade de eliminação do próprio fato consistente na ausência de cooperação espontânea do sujeito obrigado na relação jurídica de direito material pode ter relevância em determinados interesses juridicamente tutelados, identifica-se no processo de conhecimento um potencial e indesejável descompasso¹³⁸ entre a garantia conferida pelo ordenamento jurídico e aquela possível de ser assegurada por meio da tutela jurisdicional do Estado, em maioria das vezes de natureza derivada e reparatória. E esse descompasso, a despeito de derivar de questões alheias à duração fisiológica do processo, resta hipertrofiado na medida em que os atos procedimentais vão

¹³⁷ Nesse sentido, esclarece Andrea Proto Pisani que “solo ponendoci dall’angolo visuale dell’obbligo *derivato* (e non *originario*) di restituzione è possibile dire che attraverso il processo il titolare ottiene “tutto quello e proprio quello” che aveva diritto di conseguire attraverso la cooperazione doverosa dell’obligato; ma è, questo, un angolo visuale che ai nostri fini falsa la realtà in quanto pone in primo piano l’obbligo (*derivato*) di restituzione ed in secondo piano l’obbligo (*originario*) di astensione la cui violazione há reso necessario il processo.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti— Studi cit.*, p. 10.

¹³⁸ Que aumenta gradativamente na medida em que o processo não atinge seu fim com a tutela jurisdicional eficaz e definitiva.

se desenrolando ao longo do tempo, sem que haja uma resposta jurisdicional efetiva para solução da controvérsia existente entre as partes. Aqui, a demora do processo reflete obliquamente na perpetuação da agressão ao direito e no estado de insatisfação dela decorrente, destoando assim do escopo social pacificador da prestação jurisdicional pelo Estado.

Dessa forma, o *tempo* fisiológico inerente ao percurso de todo o procedimento cognitivo do processo ganha relevância, eis que o estado de insatisfação do titular do direito está presente não só diante da crise de cooperação inerente ao caso concreto, mas persiste também, quiçá em maior intensidade, ao longo de toda tramitação do processo,¹³⁹ encerrando-se somente diante da efetivação do comando contido na decisão judicial apta a atuar no universo jurídico e dos fatos das partes litigantes.¹⁴⁰

E essa dinâmica de descompasso entre a utilidade assegurada pelo direito material e aquela possível de se obter por meio do processo,¹⁴¹ cuja relação ótima aponta para o menor índice de desconformidade, ao menos cronológica, entre esses dois elementos, deságua na sua interligação imediata com o conceito de tutela jurisdicional adequada à ordem jurídica justa e dotada de utilidade prática, corolários da aclamada efetividade da jurisdição. No ordenamento jurídico brasileiro, a duração razoável do processo encontra-se assegurada por norma expressa disposta no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal,¹⁴² cujo significado representa verdadeira redundância em face do amplo princípio da efetividade da tutela jurisdicional decorrente da garantia disposta no inciso XXXV do

¹³⁹ “La proposizione della domanda giudiziale non riesce ad arrestare il fluire della vita, che continua indisturbato come se nulla fosse stato, proprio come se non si fosse verificato il fatto (nuovo ed impotente!) del ricorso del cittadino alla giustizia dello Stato.” Cf. Italo Andolina cit., p. 16. Sobre o tema, Joan Picó i Junoy faz alusão a um famoso refrão florentino que “recuerda que *giustizia ritardata, giustizia denegata*.” Cf. JUNOY, Joan Picó. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 1997. p.118.

¹⁴⁰ “Esta percepção, até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva.” Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 16.

¹⁴¹ O *scarto*, conforme ensinamento de Andrea Proto Pisani (vide nota 17 supra).

¹⁴² Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Sob o argumento de não relegá-lo aos planos das simples normas programáticas, José Carlos Barbosa Moreira atribui ao dispositivo constitucional duas consequências primaciais: “1ª) será incompatível com a Carta da República, e portanto inválida, qualquer lei cuja aplicação haja de decorrer claro detrimento da garantia instituída no texto; 2ª) a violação da norma, por parte do Poder Público, acarretará a responsabilidade deste pelos danos patrimoniais e morais ocorridos.” Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25 (nona série).

mesmo artigo constitucional.¹⁴³ Imperiosa, portanto, a busca de técnicas processuais aptas a, senão impedir, limitar o descompasso entre direito material e processo.

Na medida em que se assegura o cumprimento de todas as garantias inerentes ao devido processo legal – com toda carga temporal a elas inerente –, com vistas à obtenção da verdade e certeza de plena participação dos sujeitos processuais e à segurança jurídica que se almeja do escopo jurídico do processo, inversamente, e com a mesma intensidade, se extraí a aptidão do método estatal de solução de controvérsias de atender aos ditames de seu escopo social – realizar a paz social mediante tutela jurisdicional efetiva e célere –, nutrindo-se o indesejável descompasso entre o benefício assegurado pelo direito material e aquele passível de ser entregue por meio do processo jurisdicional. As garantias constitucionais que tutelam o processo civil brasileiro podem, muitas vezes, representar pesado ônus ao jurisdicionado.¹⁴⁴

Está-se agora a falar de situações nas quais o descompasso entre as garantias conferidas pelo direito material e aquelas asseguradas pelo processo judicial é informado, primordialmente, pela duração fisiológica do procedimento realizador da cognição *plena e exauriente* que antecede o provimento de efetivação da vontade concreta da lei. É a *segunda espécie* de obstáculos existente contra a efetividade do processo, que se diferencia do modelo anterior – hiato cronológico entre direito, violação e recurso à tutela jurisdicional – por derivar da própria e inexorável necessidade de utilização do processo como consequência da proibição da justiça privada entre os membros da sociedade.

A duração fisiológica do procedimento realizador de cognição completa, diante de suas especificidades e, até mesmo, da sofisticação técnica, pode impor ao jurisdicionado

¹⁴³ Nesse sentido, Marcos Destefenni aponta que “o princípio da efetividade exige que a prestação jurisdicional seja tempestiva e adequada, pois não basta, para o cidadão, dizer que ele tem direito à prestação jurisdicional. O direito a essa atividade prestada pelo Estado deve significar, antes de tudo, direito à prestação jurisdicional eficiente, sem demoras indevidas.” Cf. DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 271. Com mesmo entendimento, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que “a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus.” Cf. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo* cit., p. 87.

¹⁴⁴ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo* cit., p. 286.

um prejuízo grave e muitas vezes irreparável.¹⁴⁵ Até a obtenção do provimento judicial que lhe abrirá as vias da atividade jurisdicional executiva – apta a atuar na realidade fática do demandante –, poderão ocorrer mudanças que coloquem em risco a própria certificação do direito ou a sua futura realização, a ensejar provimentos de natureza conservativa amparados em cognição sumária, com vistas a evitar que toda atividade processual se torne infrutífera, com danos à efetivação futura do direito. De outro lado, o tempo demandado para a realização de todas as etapas procedimentais da cognição completa também priva o titular do direito material da fruição do quanto lhe é assegurado pelo sistema jurídico, a implicar dano pela perenização da ilegalidade, em evidente antagonismo entre direito e processo. Na doutrina clássica, é o chamado *dano marginal*¹⁴⁶ advindo da duração do processo.¹⁴⁷

Para ilustração de tais fenômenos, toma-se de exemplo a obrigação de pagamento de valor pecuniário. Nesse caso, a existência em si da crise de inadimplemento não implica contraste entre a garantia assegurada pelo direito material e aquela que se pode alcançar pelo processo, eis que a tutela jurisdicional atuará diretamente na obrigação *originária* de pagamento de soma em dinheiro, inclusive com as proteções inerentes aos juros e correção

¹⁴⁵ “Pense-se nos alimentos provisórios, no sequestro, em determinadas cautelares inominadas e liminares. Se tais medidas não forem determinadas, provavelmente de nada adiantará o reconhecimento final do direito do autor.” Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 180. No direito italiano, como observa Andrea Proto Pisani, tem relevância a reparabilidade, ou não, do dano decorrente da demora do processo. Nesse sentido, informa que a medida de urgência (tratada genericamente sob o designo de cautelar) tem amparo constitucional sempre que o dano não é passível de reparação do prejuízo pelo provimento judicial posterior (garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional), ao passo que “si sia alla presenza di *pericula in mora*, anche gravi, ma che non assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, la tutela cautelare non è costituzionalmente doverosa, e la sua previsione rientra in tipiche valutazioni di discrezionalità politica del legislatore ordinario.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 472. No sistema processual brasileiro essa distinção é de menor relevância, uma vez que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal acolhe proteção também à ameaça de lesão, não importando a intensidade da gravidade.

¹⁴⁶ Terminologia introduzida por Finzi (FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. II, p. 50, 1926) e amplamente utilizada e difundida por Piero Calamandrei. Italo Andolina identifica o problema como “una conseguenza diretta ed immediata della semplice permanenza, durante il tempo corrispondente allo svolgimento del processo, dello stato di insoddisfazione del diritto, o cosa che è lo stesso, di quella concreta situazione lesiva che si è visto stare all’origine del processo.”, concluindo que “questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale in senso stretto’, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale’, appunto in quanto esso é specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo.’ Cf. Op. cit., p. 20.

¹⁴⁷ Piero Calamandrei distingue as duas situações sob o enfoque de sua eficácia prática do provimento principal: no primeiro caso “questa efficacia pratica è considerata sotto un aspetto oggettivo e diretto (conservazione dei beni che devono sussistere per rendere fruttuosa l’esecuzione forzata)”, e na segunda hipótese “è valutata da un punto di vista *soggettivo e indiretto*, mettendo in relazione gli effetti del provvedimento principale colla situazione personale di bisogno del richiedente, in vista della quale una esecuzione forzata, fruttuosa ma differita, potrebbe riuscire soggettivamente inutile al pari di una esecuzione forzata che fosse resa infruttuosa dalla mancanza di beni da colpire.” Cf. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Napoli: Morano Editore, 1983. vol. XI, p.58 (opere giuridiche).

monetária. Não é difícil imaginar, no entanto, derivações no caso concreto deflagradores da ocorrência de danoso descompasso entre a norma substancial e a tutela jurisdicional viabilizada pelo processo: um fato fundamental à demonstração da constituição do direito do autor pode perecer antes da realização da prova em contraditório; o demandado pode dissipar todos os seus bens antes do provimento judicial autorizador da execução forçada, impossibilitando a satisfação do crédito declarado em sentença. Em ambas as situações, sofreria o demandante danos decorrentes de atividade jurisdicional infrutífera, por decorrência de defeituosa formação ou da impossibilidade de execução do provimento principal de mérito.

No mesmo exemplo da obrigação pecuniária, pode-se ainda constatar a ocorrência do *dano marginal* decorrente da duração do processo e manutenção do estado de violação ao direito.¹⁴⁸ Basta pensar na situação de a crise de adimplemento objeto da demanda ter desencadeado verdadeiro estado de penúria e insolvência do titular do direito ao crédito submetido à cognição judicial.¹⁴⁹ Não obstante a natureza patrimonial do direito controvertido, sofreria o demandante severo e muitas vezes irreparável prejuízo decorrente de todas as privações pessoais ocasionadas por sua injusta miséria.¹⁵⁰ Dessa forma, evidencia-se que a demora fisiológica para se chegar ao provimento precedido de cognição

¹⁴⁸ Trata-se, como magistralmente afirmado por Piero Calamandrei, do “pericolo da tardività”, no qual “il *periculum in mora* è costituito non da un mutamento della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza a cognizione piena, ma proprio dal protarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel giudizio di merito a cognizione piena.”. Pontificou ainda o mestre de Florença a diferença em comparação à hipótese tratada no parágrafo precedente, por ele classificada de “pericolo da infruttuosità”, na qual o respectivo remédio judicial “*non mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo i mezzi atti a far sì che l’esecuzione forzata di quel diritto (al pagamento di una somma, alla consegna) quando sarà possibile avvenga in modo fruttuoso, praticamente utile.*” Cf. *Ibidem*, p. 55.

¹⁴⁹ Edoardo Ricci resalta interessante problemática ao tema: “una cosa è poter disporre del proprio denaro quando si ha il diritto di averlo, un’altra il disporne ad una epoca successiva; e l’idea che il problema possa essere risolto interamente mediante la corresponsione di interessi o accessori altro non è, se non una forma di legalizzazione *a posteriori* di un mutuo forzoso, che il creditore aveva il diritto di non compiere.”; Cf. Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell’ordinario processo civile cit., p. 1035.

¹⁵⁰ O exemplo foi utilizado por Piero Calamandrei, nos seguintes termos: “se il creditore, per sue particolari ragioni di bisogno (perché, poniamo, si è ridotto in miseria ed ha nella riscossione del suo credito l’unica speranza di sostentamento) teme il danno forse irreparabile che gli deriverebbe dal dover attendere a lungo la soddisfazione del suo diritto, non gli gioverebbero contro questo pericolo le misure cautelari che unicamente fossero rivolte a tenere in riserva per il giorno della esecuzione forzata i beni del debitore, ma gli occorrono, in quanto il diritto positivo le preveda, misure cautelari atte ad accelerare l’esecuzione forzata.” Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* cit., vol. IX, p.56. José Rogério Cruz e Tucci, também atento a esse fenômeno, destaca que “além do alvitado prejuízo de natureza material, que tem como fonte a decisão ou satisfação serôdia, presume-se, sempre, a amargura da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo também o inafastável mal de índole psicológica advindo da exacerbada duração do processo.” Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 113.

completa pode castigar o processo de indesejada falta de efetividade,¹⁵¹ distanciando a atividade jurisdicional de seu escopo de pacificação social e, por consequência, fragilizando o papel político do Estado de organizador da vida em sociedade.

De fácil percepção o fato de que o equilíbrio entre esses dois valores¹⁵² – segurança e celeridade –¹⁵³ configura o grande desafio do processualista moderno. A eliminação de um deles implicaria em desarmonia do sistema processual, seja por amparar decisões desgarradas da realidade fática pretérita à propositura da demanda,¹⁵⁴ seja por propiciar provimentos emitidos após insuportável persistência do estado de insatisfação social, decorrente da entrega intempestiva do bem da vida almejado pelo jurisdicionado.¹⁵⁵

Corolário dessa necessidade de equilíbrio entre os valores ligados a escopos distintos do processo – jurídico e social – é a transigência e o abrandamento¹⁵⁶ das técnicas destinadas ao conhecimento em favor do encontro da verdade e da certeza – e consequente aderência à vontade concreta da lei –, que cedem lugar a métodos pré-ordenados de trabalho que se destinam a eliminar, ou ao menos diminuir, o repisado descompasso entre a

¹⁵¹ A exigência de evitar que a duração fisiológica do processo provoque danos ao demandante “non è altro che una *species* del più vasto *genus* costituito dalla esigenza di effettività della tutela giurisdizionale”; Cf. Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 462.

¹⁵² Não se pode, no entanto, olvidar do escopo político do processo, indissociável dos demais valores (social e jurídico) ora analisados, eis que a autoridade do ordenamento jurídico estatal decorre do resultado geral da atuação jurisdicional do Estado em determinada sociedade. Não é suficiente que o processo seja analisado como uma luta das partes, sob os olhos distantes do tribunal, no sentido de realização da vontade concreta da lei (escopo unicamente jurídico), impondo-se também a completa interação entre os sujeitos processuais, para que, conjuntamente, se preserve os interesses maiores da sociedade. “Sem dúvida, a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos.” Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo cit.*, p. 206.

¹⁵³ “A boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora.” Cf. *Ibidem*, p. 283.

¹⁵⁴ Italo Andolina analisa a questão sob o ponto de vista do confronto entre o interesse de urgência do autor e o interesse à cognição completa do réu. Cf. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁵ É de Mauro Cappelletti a lição de que “o processo não é pura forma. É ponto de choque de conflitos, de ideais, de filosofias. É o ‘Cabo das Tempestades’, onde a rapidez e a eficiência devem confluir e entrelaçar-se com a justiça; é, também, o ‘Cabo da Boa Esperança’ onde a liberdade individual deve enlaçar-se com a igualdade. O processo é, na verdade, o espelho fiel de todas as maiores exigências, problemas e missões de nossa época.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. e notas Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, vol. I, p. 371.

¹⁵⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira adverte que “nos dias atuais vários fatores vêm determinado uma maior prevalência do valor efetividade sobre o valor segurança. Por um lado, verificou-se uma mudança qualitativa no perfil dos litígios, em decorrência da massificação das relações sociais, atingindo amplo espectro de pessoas de classe média e pobre, a determinar que o fator tempo passasse a representar elemento essencial do processo, mormente porque uma decisão ou providência de caráter satisfativo tardio pode equivaler à denegação de justiça.” Cf. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo cit.*, p. 92.

garantia conferida pelo direito material e aquela assegurada pelo processo judicial, pondo fim, mediante a aclamada efetividade,¹⁵⁷ ao estado de insatisfação que obstrui a pacificação social com justiça.¹⁵⁸

E nesse contexto de contraste de valores, o processo de conhecimento – cuja cognição é hoje apenas uma fase de um processo sincrético cognitivo-executivo –, desenvolvido sob os rigores do procedimento comum ordinário de cognição plena e exauriente¹⁵⁹ idealizado pelo legislador infraconstitucional de 1973 e teleologicamente voltado à descoberta da verdade e ao juízo da certeza, representa o baluarte da segurança jurídica da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz, sendo alvo de severas críticas¹⁶⁰ e profundas modificações ao longo dos anos¹⁶¹ por desprender-se do necessário equilíbrio de valores¹⁶² que se espera do atual modelo estatal de solução de controvérsias.

¹⁵⁷ Luigi Paolo Comoglio destaca que “il *devido processo* e le molteplici condizioni della sua *effettività garatitistica* impongono – soprattutto, Nei processi com elevata carica *sociale* – di assicurare, sul piano tecnico-pratico, un’*effettività* adeguata alle *forme di tutela*, chi si possono offerire dal giudice, in funzione della variabile natura dei rapporti giuridici controversi.” Cf. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto) cit., p. 146.

¹⁵⁸ José Rogério Cruz e Tucci afirma que “fácil fica concluir que essa tendência atual, com a finalidade de acelerar a marcha procedimental, deve ser individuada na intolerância da excessiva lentidão da estrutura do processo tradicional, visto resultar pacífico que a rápida prestação jurisdicional é elemento indispensável para a efetiva atuação das garantias constitucionais da ação e defesa.” Cf. *Tempo e processo* cit., p.129. Sobre o tema, ensina José Roberto dos Santos Bedaque que “a tutela jurisdicional precisa ser efetiva. Para tanto, muitas vezes é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela.” Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 87.

¹⁵⁹ As considerações aqui tecidas valem também para o procedimento comum sumário previsto no art. 275 e seguintes do Código de Processo Civil, no qual, como destacado alhures, ocorre o fenômeno da concentração de atos procedimentais, sem prejuízo ao contraditório pleno e exauriente.

¹⁶⁰ Na doutrina pátria, Ovídio A. Baptista da Silva talvez tenha se revelado o crítico mais feroz ao procedimento ordinário. São suas as palavras: “O processualista deveria comportar-se como se comporta qualquer fabricante de instrumentos. Ele poderá oferecer o *procedimento ordinário* e até elogiar-lhe as virtudes, assim como terá em estoque outros instrumentos diversos, que os ‘consumidores’ adquirirão segundo suas preferências e necessidades, todavia com uma advertência indispensável. Aqueles que hajam ‘adquirido’ o *procedimento ordinário* não terão, depois, o direito de lamentar-se de seus defeitos, particularmente de sua morosidade e ineficiência.” Cf. *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 284.

¹⁶¹ No modelo original do processo de conhecimento elaborado pelo legislador de 1973, não havia como se cogitar, no procedimento comum ordinário, qualquer forma de realização de direitos a partir de cognição sumária, preservando-se integralmente a ligação entre execução e título judicial fundado em cognição precedente completa. Como consequência, até a implementação da antecipação de tutela de conhecimento implementada pela Lei 8.952/1994, percebeu-se a difusão das chamadas “cautelares satisfativas” no cotidiano forense brasileiro, que supria, em verdade, a necessidade dos operadores do direito de se valerem da técnica da cognição sumária para o fim de preservação da efetividade da tutela jurisdicional. À época da reforma processual de 1994, observou Luiz Guilherme Marinoni que “a tutela cautelar, até poucos anos, era um instrumento excepcional e suficiente para evitar que a demora do processo conduzisse à inefetividade da tutela jurisdicional. Atualmente, porém, constata-se a proliferação das medidas cautelares e mesmo a distorção de seu uso. Trata-se de fenômeno oriundo das exigências de uma sociedade urbana de massa, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela. Na verdade, a prática forense, sob o rótulo de ‘tutela cautelar’, passou a conceber as tutelas antecipatórias, próprias à tutela efetiva

Por ser extremamente garantidor, o processo de conhecimento desenvolvido sob os auspícios do procedimento ordinário demanda alto custo¹⁶³ e tempo para o desencadeamento completo de seu quadrinômio estrutural *demanda, defesa, cognição e sentença*.¹⁶⁴ É a demora fisiológica decorrente de sua bipolaridade alternativa de julgamento, eis que seu resultado pode ser favorável tanto ao demandante quanto ao demandado.¹⁶⁵ Ademais, arrasta consigo todo o ônus de perversa demora patológica e das dilações indevidas do processo¹⁶⁶ – que encontram nas minúcias de seus atos procedimentais palco perfeito para se alastrarem –, em prejuízo direto à efetividade e tempestividade que se espera da tutela jurisdicional do Estado.

Dúvidas não restam acerca do fato de que os desvios de presteza na prestação jurisdicional no Brasil decorrem muito mais de questões alheias ao sistema jurídico processual – incluindo-se o procedimento ordinário e respectiva cognição completa –, tais como a estrutura deficitária dos Tribunais, a carência de pessoal humano, em termos qualitativos e quantitativos,¹⁶⁷ e a conveniência eventual da demora do processo a um dos

dos direitos que precisam ser *realizados* de forma urgente.” Cf. *Efetividade do processo e tutela de urgência* cit., p. 37. Esse fenômeno, também percebido no direito italiano, foi denominado por Federico Carpi de “força expansiva da tutela cautelar” Cf. CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 47.

¹⁶² Como escreve Luiz Guilherme Marinoni, “a doutrina clássica, no momento em que construiu o procedimento ordinário – compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente – e banuiu do sistema processual os procedimentos sumários especiais, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade.” Cf. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 13.

¹⁶³ Não só às partes, mas também à própria administração da justiça.

¹⁶⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 3, p. 30.

¹⁶⁵ Nesse sentido, destaca Cândido Rangel Dinamarco que “da alternatividade da tutela jurisdicional a ser outorgada no processo de conhecimento decorre em primeiro lugar a sua *bipolaridade alternativa*, que se resolve no direito de ambas as partes a ele (direito ao processo) e à emissão da sentença de mérito que ele prepara.” Cf. *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁶ Destaca Joan Picó i Junoy que a doutrina criada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos delimitou os seguintes critérios objetivos para aferição da existência de uma “dilação indevida” em cada caso concreto, a saber: “el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material, de los Tribunales; el comportamiento del la autoridad judicial; la conducta procesal de la parte; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo.” Cf. *Op. cit.*, p. 121-122. José Rogério Cruz e Tucci conceitua que as “dilações indevidas são considerados os atrasos que se produzem no processo por inobservância injustificada dos prazos e termos procedimentais, desde que tais delongas não sejam ocasionadas pela vontade das partes, do acusado ou de seus mandatários.” Cf. *Tempo e processo* cit., p. 145.

¹⁶⁷ “O de que o Poder Judiciário carece urgentemente é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços.” Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1, p. 262. No mesmo sentido e com olhos à crise do processo na Itália, Sergio Chiarloni apontou que “sarebbe illusorio pensare che l’unica causa di una crisi così profonda risieda nella inadeguatezza delle discipline processuali. Esistono altri fattori, di certo più importanti: dal quase-monopolio finora esercitato sulla giurisdizione dai giudici-funzionari, contrariamente a

integrantes do processo.¹⁶⁸ Chega-se ao absurdo de o processo, ou melhor, sua ineficiência, integrar o contexto negocial e de conduta na relação de direito material entre as partes.¹⁶⁹

Mas a realidade é essa. O processo de conhecimento, em seu desdobramento sob o procedimento comum ordinário de cognição plena e exauriente, é muitas vezes fisiologicamente inapto a entregar a tutela jurisdicional de maneira adequada e útil.¹⁷⁰ Sofre, ademais, de demora patológica decorrente das dilações indevidas em seu desenvolvimento, culminando em intolerável descompasso entre a garantia conferida pelo direito material – vontade abstrata da lei – e aquela possível de se obter por meio do processo judicial.

Nesse cenário de tensão de valores e garantias constitucionais, sobressai o provimento amparado em cognição sumária sob seu aspecto *funcional*, qual seja, representar alternativa aos vetustos provimentos precedidos de cognição plena e exauriente e, assim, ao menos no plano dos fatos, possibilitar a eficácia prática da vontade concreta da lei em consonância com a almejada efetividade do processo. Em outras palavras, a função

quanto avviene nella stragande maggioranza degli altri ordinamenti, Allá crônica insufficienza delle strutture, dei servizi ausiliari, dei modelli organizzativi.” Cf. CHIARLONI, Sergio. Prime riflessioni sui valori dottese alla novella del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 658, luglio-settembre 1991.

¹⁶⁸ Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “a demora no processo não é vista com olhos iguais por todas as pessoas que dele participam. Eu diria até que, não raro, em muitos casos pelo menos uma das partes, ou o seu advogado (ou ambos), fica feliz quando o processo se arrasta por algum tempo.” Cf. A efetividade do processo de conhecimento cit., p. 130. De forma mais específica, ressalta Luiz Guilherme Marinoni que “é preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão.” Cf. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 17.

¹⁶⁹ Tome-se como exemplo o demandante que tem absoluta razão em sua pretensão, mas prefere fazer um mau acordo a esperar indefinidamente pela realização da vontade concreta da lei via tutela jurisdicional do Estado. Esse fenômeno já foi objeto de interessantes considerações de José Ignacio Botelho de Mesquita, que pontificou que “a preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala a confiança no império da lei. Torna desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo a que põe fim, estimula o nascimento de outros tantos. Abala os alicerces da coesão estatal.” Cf. Op. cit., p. 290. Sergio Chiarloni também já observou que o “formalismo da garantia” encoraja o “abuso do processo”, “in quanto consente alla parte di resistere (ma spesso anche di agire) in giudizio non già allo scopo di ottenere la tutela dei propri diritti, bensì allo scopo di contrastare l’attuazione dei diritti dell’avversario, perpetuando il proprio torto.” Cf. Prime riflessioni sui valori dottese alla novella del processo civile cit., p. 659. Também Edoardo Ricci já destacou o poder encorajador do processo ineficiente, que torna mais vantajoso ao demandado esperar pela futura (e demorada) decisão desfavorável do que adimplir com pontualidade. Cf. Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 631, luglio-settembre 1987.

¹⁷⁰ Conclui José Rogério Cruz e Tucci que “o procedimento ordinário do processo civil, como técnica universal de solução de litígios, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado.” Cf. *Tempo e processo* cit., p. 120.

da cognição sumária não é outra senão a de servir como via alternativa àquelas situações – urgência, peculiaridade do direito material, conduta do demandado etc – nas quais a cognição completa se mostra inadequada aos fins maiores da prestação jurisdicional, limitando ou impedindo o descompasso entre direito material e processo.¹⁷¹

Por força de sua duração fisiológica reduzida e menor suscetibilidade aos desvios desencadeadores de dilações indevidas do processo – ante a diminuição dos espaços para manobras procrastinatórias –, mais rapidamente se inicia a execução¹⁷² forçada, direta ou indireta, do comando judicial aparelhado em cognição sumária, garantindo-se a realização efetiva da vontade concreta da lei – seja em decisão definitiva, seja em provimento que antecipe os efeitos práticos da pretensão¹⁷³ ou mesmo assegure conserve a possibilidade de sua realização futura. Aumenta-se, assim, o grau de importância da execução no contexto da prestação jurisdicional pelo Estado, em detrimento da tradicional importância dada à declaração judicial do direito e à coisa julgada material.¹⁷⁴

Na utilização da técnica da tutela sumária como fator de equilíbrio do sistema entre os valores segurança e efetividade,¹⁷⁵ dois elementos satélites devem orientar o operador do direito na análise da adequação da correspondente prestação jurisdicional. Assim, o sistema processual manter-se-á harmônico com a presença de um provimento amparado

¹⁷¹ Andrea Proto Pisani aponta a técnica da cognição sumária para a eliminação ou redução do *scarto* entre a utilidade garantida pelo direito material e aquela possível de se obter pelo processo, destacando que “attraverso l’adozione di procedimenti a cognizione sommaria (siano essi sommari in senso stretto o cautelari in questo momento poco importa) si possono ridurre al minimo i tempi della cognizione preliminare all’esecuzione forzata dell’obbligo *derivato* di restituzione: in tal modo lo scarto dianzi rilevato, se non può essere mai eliminato (poiché, per quanto rapido, l’intervento giurisdizionale continua a presupporre la violazione già consumata dell’obbligo originario di non fare, può essere *limitato* di molto.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*– Studi cit., p. 10.

¹⁷² Relativizando, assim, a associação íntima existente entre descoberta da verdade, contraditório, declaração, coisa julgada e título executivo judicial. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 23.

¹⁷³ Ao analisar as medidas antecipatórias, Teori Albino Zavascki afirma que “não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva ou condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.” Cf. Op. cit., p. 63.

¹⁷⁴ “Assim, é certo, a tutela jurisdicional passa a ser muito mais execução do que declaração e coisa julgada material.” Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 25.

¹⁷⁵ José Rogério Cruz e Tucci destaca que “não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (“tempo fisiológico”), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (“tempo patológico”). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.” Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: _____ (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 237.

cognição sumária desde que, em sua atividade intelectual, realize o magistrado um *juízo do mal maior*, sopesando os males que incidem sobre o demandante interessado na célere decisão judicial e aqueles que recairão à parte que se sujeitará aos seus efeitos diretos, caso concedida.¹⁷⁶ Ademais, e de forma associativa, a concessão da tutela sumária deve ser luminada por ponderação concernete ao *juízo do direito mais forte*, com vistas a preservar interesses e valores de relevante repercussão social, econômica, política ou humana. No confronto de direitos, deve prevalecer aquele de maior vigor no contexto organizacional da sociedade, devendo o provimento sumário ser concedido ou não, respectivamente, em conformidade com a maior força do direito do demandante ou do demandado.¹⁷⁷

Outro aspecto inerente à *função* da cognição sumária está relacionado à capacitação da atuação preventiva da atividade jurisdicional, conferindo ao processo a condição de prevenir direitos ameaçados – cumprindo, assim, o comando constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV –, e tornando-o apto a aderir integralmente à regra de direito material disposta abstratamente no ordenamento jurídico. Ao impedir uma futura violação de direito, o provimento judicial possibilita a identidade entre as garantias conferidas pelo direito subjetivo e pelo processo, impondo aos jurisdicionados o mesmo comportamento que assumiriam caso se dispusessem a atender espontaneamente o direito existente na relação intersubjetiva. Dúvidas não restam acerca do fato de que a tutela preventiva¹⁷⁸ – inibitória –, para que seja efetiva, depende essencialmente¹⁷⁹ da utilização da técnica da cognição sumária – tutela antecipatória inibitória –, tendo em vista a incompatibilidade

¹⁷⁶ Observa Cândido Rangel Dinamarco que “quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz”. Cf. *Nova era do processo civil* cit., p. 74.

¹⁷⁷ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *ibidem*, p. 75. Nesses termos, Ferruccio Tommaseo destaca que “la tutela d’urgenza è costruita sulla logica della probabilità e sulla prevalenza data al diritto probabile su quello improbabile: questa prevalenza consente di evitare un pregiudizio irreparabile al diritto la cui esistenza appare probabile, anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appare invece improbabile.” Cf. TOMMASEO, Ferruccio. *Riflessioni sulla tutela cautelare d’urgenza*. In: *STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE IN ONORE DI GIUSEPPE TARZIA*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 1493.

¹⁷⁸ Dessa forma, Andrea Proto Pisani destaca que “ove si consenta che il processo (l’intervento giurisdizionale) possa essere messo in moto prima che la violazione sia perpetrata ma sin dal momento in cui essa è semplicemente *minacciata* (a causa ad esempio della contestazione del diritto), la tutela giurisdizionale – specie se realizzata nelle forme di processi a cognizione sommaria e non del processo ordinario di cognizione – potrebbe *prevenire* la violazione stessa impedendone la effettuazione.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – *Studi* cit., p. 10.

¹⁷⁹ Ao lado, em atividade executiva, dos *meios coercitivos* necessários à atuação da vontade concreta da lei no elemento volitivo do sujeito destinatário da ordem judicial. Sobre os *meios coercitivos* como técnica de aprimoramento da efetividade do processo, vide nosso trabalho *Técnicas de efetivação da tutela jurisdicional nas obrigações de pagamento de pecúnia*, Dissertação de Mestrado, USP, 2008.

natural entre a atividade cognitiva plena e exauriente, com sua repisada demora fisiológica e patológica, e a urgência decorrente da ameaça a direito subjetivo.¹⁸⁰

Mesmo com diferentes componentes estruturais identificados nos diversos modelos procedimentais autorizadores da cognição sumária, constata-se *identidade funcional*¹⁸¹ em todas as suas manifestações no ordenamento jurídico processual, consistente na neutralização dos danos – em todas as suas variações acima apontadas – advindos da duração do processo cognitivo completo. A tutela sumária, como destacado por autorizada doutrina, representa um histórico componente de destaque nos ordenamentos jurídicos asseguradora da plenitude da prestação jurisdicional pelo Estado.¹⁸² Macroscopicamente, observa-se que a tutela sustentada por cognição sumária tem a função de aliviar a tensão existente entre direitos fundamentais de idêntica essência constitucional, sendo fio condutor de harmonização do sistema e adequação do processo à ordem jurídica justa, propiciando ao processo a devida efetividade que dele se espera.

Floresce naquelas hipóteses em que, por alguma razão derivada do direito material objeto do litígio, não há como se aguardar, ou não se justifica, a finalização da cognição *plena e exauriente*, sendo imperiosa rápida atuação prática da tutela jurisdicional no campo da realidade dos fatos. A tutela sumária representa atalho ao jurisdicionado lesado em seu direito às vias executivas¹⁸³ disponibilizadas pelo Estado-Juiz, abrindo a porta à execução

¹⁸⁰ Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, ao cotejarem os conteúdos da tutela cautelar e da tutela preventiva, destacam que “la tutela preventiva ha perciò contenuto diverso a seconda che sia diretta a: a) prevenire una lite, anzichè reprimerla; b) porre in condizione una parte di non nuocere all'altra, in modo che questa possa esercitare il suo diritto; c) prevenire i danni che possano derivare dal ritardo del giudizio ordinario.” Cf. DINI, Enrico A, e MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*. Sesta edizione. Milano: Giuffrè, 1993. p. 16.

¹⁸¹ Para Lucio Lanfranchi, “se si considera la tutela decisoria sommaria alla luce della durata fisiologica o patologica del processo a cognizione piena, dei possibili inconvenienti derivanti da tale durata (danni da ritardo o da successiva infruttuosità pratica, diseconomia dei giudizi nel caso di mancanza di contestazione o nel caso opposto di abuso del diritto di difesa, ecc.), della conseguente opportunità di tentare di evitare o ridurre la durata anche fisiologica per le appena indicate ragioni di effettività della tutela giurisdizionale (pericolo di ritardo, ecc.), si comprende – riflettendo sui vari mezzi di diversa natura *ad hoc* previsti dal diritto positivo – come il *proprium* funzionale della tutela decisoria sommaria medesima stia per l'appunto, non tanto nell'anticipazione *lato sensu* esecutiva a fini d'effettività (anticipazione *lato sensu* esecutiva garantita dalla rapidità della sommarietà e rintracciabile anche altrove), quanto nella tendenziale stabilità di questa anticipazione (giucato formale e sostanziale) a fini d'economia dei giudizi ed in particolare a fini d'economia dei giudizi a cognizione ordinaria o comunque non sommaria.” Cf. Op. cit., p. 94.

¹⁸² “Dal lato storico emerge con assoluta sicurezza che la tutela sommaria ha costituito sempre una componente ineliminabile del sistema di tutela giurisdizionale civile complessivamente inteso.” Cf. Andrea Proto Pisani, *I diritti e le tutele* cit., p. 182.

¹⁸³ Italo Andolina, parafraseando Calamandrei, afirma que “in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui l'accertamento definitivo potesse sempre essere istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui

direta ou indireta de forma célere, em situações nas quais o procedimento e a cognição ordinária carecem de efetividade ou, até mesmo, se mostram desinteressantes ou desnecessárias aos sujeitos parciais do processo.¹⁸⁴ Dessa maneira, constata-se que pela técnica da tutela sumária é possível a distribuição do tempo do processo entre os litigantes, o qual deixa de ser ônus exclusivo do autor.¹⁸⁵ Mas em decorrência de sua função harmonizadora, deve conformar ambos os direitos colidentes, jamais podendo suprimir definitivamente a cognição completa.¹⁸⁶

Uma vez definida, em sua essência, a função do provimento sumário dentro do sistema processual, qual seja, a de conceder acesso célere do jurisdicionado às vias executivas do processo em situações nas quais o procedimento com cognição completa se mostra inadequado,¹⁸⁷ de rigor agora a análise específica de suas atribuições reparadoras de falhas e inaptidões do procedimento desenrolado com vistas à cognição completa.

2.2 Aplicação da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária no sistema processual. Funções estritas

Identificados, nos itens precedentes, os elementos estruturais informadores da cognição sumária nas diversas hipóteses de admissão dessa técnica pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como delimitada a *função* institucional do respectivo provimento

l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno ed adeguato, non vi sarebbe più bisogno del titolo esecutivo (sia giudiziale che stragiudiziale)". Cf. Op. cit., p. 14.

¹⁸⁴ Está-se a falar, aqui, das hipóteses em que a formação e finalização de um procedimento com cognição plena e exauriente somente ocorre por imposição do sistema (caráter provisório e instrumental da tutela sumária), eis que ambas as partes já se contentaram com a resposta judicial advinda do provimento emanado a partir da cognição sumária, não se interessando pela declaração definitiva do direito e sua respectiva eficácia jurídica e formal, questão analisada em item específico do trabalho.

¹⁸⁵ Assim, Luiz Guilherme Marinoni afirma que "para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre os litigantes." Cf. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 27.

¹⁸⁶ Assim a advertência de Giuseppe Tarzia, ao destacar que "La critica delle applicazioni giurisprudenziali e il richiamo ai valori della giustizia ordinaria non possono tuttavia nascondere il conflitto, che definirei brutale, del nostro tempo tra l'esigenza di efficienza e quella di garanzia; un conflitto che è stato posto in luce piena in varie relazioni, e che non si può comporre, evidentemente, con l'eliminazione della giustizia ordinaria o della giustizia sommaria, ma com il temperamento di quelle due esigenze, all'interno del sistema stesso della giurisdizione provvisoria." Cf. TARZIA, Giuseppe. Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, p. 251-252, 1985.

¹⁸⁷ Com esse entendimento, Luigi Montesano ressalta que "tutte le cognizioni sommarie sono strumenti di quella che si può definire la lotta del diritto processuale civile contro il tempo, servono cioè a evitare che la durata della cognizione normale renda inefficienti le tutele cui essa è preordinata." Cf. *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare* cit., p. 309.

judicial dela decorrente, ingressa-se agora nas minúcias *do modo de ser* de sua funcionalidade, justificando, assim, sua positivação no ambiente jurídico da sociedade, segregando as razões e justificativas específicas para as diferentes situações em que seu papel harmonizador se faz necessário em decorrência da inadequação do procedimento conduzido nos ditames da cognição plena e exauriente.

A complexidade fisiológica do procedimento comum ordinário, desencadeadora de sua inaptidão em determinadas situações e circunstâncias fáticas e jurídicas do jurisdicionado, à realização da promessa constitucional de entrega da prestação jurisdicional a um custo adequado e de forma eficaz e tempestiva, reverbera, como visto acima, na adoção da técnica da tutela sumária.

De forma sistemática, pode-se agrupar as hipóteses de aplicação – sempre sob a ótica de sua função – dos provimentos sumários no sistema processual em três frentes distintas, a saber: *i)* afastar o dano genérico, ou marginal, do processo e diminuir os custos do procedimento de cognição completa, diante da inviabilidade substancial de uma contestação efetiva do demandado, da inexistência de fatos controvertidos ou da natureza do direito material; *ii)* impedir o abuso do direito de defesa pelo réu, com adequada distribuição do *tempo* do processo entre os jurisdicionados; e *iii)* promover a efetividade da tutela jurisdicional em situações em que a espera pela realização de todos os atos do procedimento cognitivo completo implique graves danos e prejuízos ao titular de situação urgente e juridicamente protegida pelo direito material.¹⁸⁸

2.3 O dano marginal do processo civil e os custos do procedimento cognitivo pleno e exauriente

Em decorrência de sua condição de espelho dos princípios constitucionais, relacionados à segurança do jurisdicionado, que tutelam o processo em nosso sistema jurídico, o procedimento ordinário em *cognição plena e exauriente* precedente ao provimento judicial de mérito é explicitamente complexo e sofisticado no detalhamento de seus atos etapas de desenvolvimento da relação jurídica processual existente entre as partes, a implicar, além de dano marginal derivado da demora decorrente de sua natural

¹⁸⁸ Essa sistematização é apresentada em inúmeros trabalhos de Andrea Proto Pisani, dentre eles, *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – Studi cit., p. 362.

duração fisiológica – muitas vezes incompatível com o interesse juridicamente protegido –, altos *custos* às partes e ao Estado administrador da justiça,¹⁸⁹ cujo dispêndio se mostra injustificado em determinados casos relacionados a direito disponíveis dos jurisdicionados.¹⁹⁰

São controvérsias de direitos disponíveis levadas à apreciação judicial nas quais a pretensão do demandante flagrantemente desautoriza uma séria e efetiva contestação do réu.¹⁹¹ Certo é que, valendo-se de sua indispensável experiência e saber jurídico,¹⁹² tem o juiz condições de certificar-se, a partir dos próprios elementos fáticos e jurídicos trazidos aos autos pelo autor no sentido de demonstrar a constituição de seu direito, que a pretensão jurisdicional apresentada está pouco, ou nada, suscetível à impugnação direta ou a alterações decorrentes de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito material que lhe dá suporte.¹⁹³ E essa relativa imunidade do direito constitutivo da pretensão do

¹⁸⁹ “Um processo que se alonga no tempo além do necessário representa – justamente a partir do momento em que passa a ser desnecessário (a não ser para o réu que abusa do seu direito de defesa) – um custo altíssimo para a administração da justiça.” Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença* cit., p. 28.

¹⁹⁰ Adrian A. S. Zuckerman, em estudo comparativo das causas da crise da justiça e do processo civil em variados países, destaca que “it will have become clear that considerations of cost are involved in the assessment of procedural justice in a number of ways. The amount of public resources devoted to procedure influences the global level of rectitude of decision. Court fees and other costs affect individual access to justice. Lastly, high and unpredictable litigation costs could give unfair procedural advantage to the richer litigant over the poorer litigant.” Cf. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil justice in crisis. comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 2003. p.10.

¹⁹¹ A existência de uma obrigação não seriamente contestável está à base do instituto francês do *référé provision*, modelo de tutela sumária por excelência. Sobre a conceituação de “contestação séria” pela doutrina e jurisprudência francesas, destaca Alessandro Jommi que “si afferma così che innanzitutto la contestazione deve (così come risulta dall’art. 809 n.c.p.c.) riguardare l’esistenza dell’obbligazione, essere cioè tale, se fondata, da estinguere o ridurre l’obbligazione fatta valere e che poi tale contestazione è ‘seria tutte le volte che uno dei mezzi di difesa opposti alla pretensa dell’attore non è manifestamente vanto, tutte le volte che – detto altrimenti – esiste una incertezza, per quanto esigua questa possa essere, sul modo in cui risolverebbe la questione (di fatto o di diritto) il giudice di merito’, se investito della controversia.” Cf. JOMMI, Alessandro. Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, p. 129, gennaio-febbraio 1997.

¹⁹² “Per dare fondamento razionale al ragionamento probatorio del giudice senza ricorrere ai criteri della probabilità quantitativa (per diverse ragioni – como abbiamo visto – non condivisibili), non si può fare meno del ricorso alle massime di esperienza o ‘nozioni di comune esperienza’, cioè a quell’insieme di nozioni, informazioni, regole, massime, valutazioni, che rappresentano il patrimonio di cultura media che di solito si designa come ‘senso comune’.” Cf. CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 94 gennaio-marzo 2001.

¹⁹³ No direito inglês, com os mesmos objetivos, idêntica-se o instituto da *summary injunction*. “Esse procedimento permite, ao autor ou ao réu (emenda incluída na CPR em 1998), obter ganho de causa definitivo se puder provar que a pretensão ou a defesa de seus opositores não tem ‘chances reais’ de sucesso. Trata-se de procedimento ágil. Permite que o autor evite atrasos, despesas e o inconveniente de levar o caso à audiência de instrução e julgamento.” Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 115.

demandante, por sua vez, pode também derivar do próprio comportamento do demandado após a formação integral da relação jurídica processual, bem como de determinados direitos para os quais o legislador dispensa especial proteção e atenção, como, por exemplo, o direito à posse ou à desapropriação de bens imóveis pelo Estado.¹⁹⁴

Uma vez obrigatória a trilha procedimental da cognição completa, defeso ao demandante a prática de atos executivos, diretos ou indiretos, direcionados à realização prática de seu direito evidente,¹⁹⁵ estando fadado a promover e custear todo o procedimento em contraditório para, somente ao final, obter o título executivo judicial autorizador da consumação da vontade concreta da lei declarada em sentença.¹⁹⁶ Nesse caso, a garantia da segurança jurídica advinda do contraditório e da ampla defesa encerraria injusto e pesado ônus ao sujeito protegido pelo direito material, eis que relegado às formalidades do procedimento cuja observância estaria eivada de estrito caráter protocolar. A atividade cognitiva plena e exauriente pelas vias típicas do procedimento ordinário e de forma antecipada ao provimento judicial contemplador do direito – evidente, incontroverso ou objeto de especial tratamento do legislador – do sujeito ativo da relação jurídica processual se traduz em desperdício de tempo, força e dinheiro pelas partes e pelo Estado organizador da atividade judiciária.

Não bastasse, a rigidez e a invariabilidade procedimental derivada da cognição completa, pode ainda fomentar indesejado comportamento procrastinatório do demandado,¹⁹⁷ estimulando no processo judicial a formulação de contestações ou

¹⁹⁴ José Roberto dos Santos Bedaque enfatiza que “a tutela sumária, definitiva ou provisória, destinada a evitar o dano marginal, sem qualquer nexos com algum perigo concreto, é absolutamente excepcional e só pode ser admitida se expressamente prevista.” E conclui: “Essa modalidade de tutela é normalmente informada pela natureza do direito material (liminar possessória) ou pelo comportamento do réu (julgamento antecipado).” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 277.

¹⁹⁵ Ensina Luiz Fux que “quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado através das provas. Esse caráter é um misto de atributo material e processual. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.” Cf. Op. cit., p. 311.

¹⁹⁶ Relação que, conforme observado por Giovanni Verde, está relacionada ao máximo de certeza representada no título executivo: “una certezza sufficiente perché l’organo esecutivo si adoperi per attuare la conseguente modificazione della realtà materiale, nella quale si proietta il momento ultimo della domanda di giustizia e, quindi, la stabilità dell’assetto.” Cf. VERDE, Giovanni. La tutela d’urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986. p. 82.

¹⁹⁷ Remo Caponi identifica a abrangência do fator “economia processual” a outros elementos justificadores da aceleração do processo, destacando que “l’economia processuale, che rappresenta tradizionalmente solo una delle esigenze a cui risponde l’accelerazione della tutela giurisdizionale, tende a assorbire in sé anche le

resistências absolutamente desprovidas de conteúdo consistente de defesa, com objetivo único de prorrogar ao máximo a realização do direito do caso concreto, que ficaria relegado ao final do procedimento, mediante início da etapa de execução do comando judicial amparado em cognição total.¹⁹⁸ Conforme já destacado anteriormente, nessa situação, passa o sujeito causador da crise de direito material a inserir em seu modo de agir o fator tempo e custo do processo, que recaem integralmente nos ombros do demandante ao longo da fase cognitiva do procedimento, muitas vezes inviabilizando a proteção da norma substantiva pela tutela jurisdicional do Estado.¹⁹⁹

Outro elemento desencadeado pelos custos do procedimento em cognição completa, certamente o de maior carga de prejuízos ao sistema judicial, está relacionado ao acúmulo de processos nos quais o exaurimento procedimental se mostra totalmente desnecessário, sobrecarregando todo o aparato judiciário com trabalho inútil, custoso e obstrutor de outras tarefas efetivamente pertinentes ao bom desenvolvimento da justiça, com prejuízos diretos aos casos em que o contraditório pleno e profundo se mostra efetivamente relevante.²⁰⁰

Identifica-se, assim, a aplicação funcional da tutela amparada em cognição sumária, que desempenha papel de técnica alternativa autorizadora de atos efetivos de atividade jurisdicional executiva – antes mesmo da finalização da eventual complementação da cognição em decorrência das garantias ao contraditório e à ampla defesa –, sempre, como

altre. In altri termini, l'esigenza di evitare l'abuso del processo, nonché l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale inclinano a perdere autonomia, non sono contemplate isolatamente, ma sono prese in considerazione più frequentemente in coppia con l'economia processuale.” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1376.

¹⁹⁸ “Sabe-se que o demandado, em certas ocasiões, pode não ter efetivo interesse em comprovar que a pretensão do autor é improcedente, mas, simplesmente, desejar manter o bem perseguido em seu poder, mesmo que consciente de não ter razão, pelo maior tempo possível, sem que, contra essa situação, possa o processo investir.” Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo* cit., p. 112.

¹⁹⁹ Ao comentar a previsão de técnica de cognição sumária prevista no “projeto Ragoni”, destinado a reformar o Código de Processo Civil italiano, Edoardo Ricci (que compôs a comissão elaboradora ao lado dos professores Nicola Picardi e Vittorio Denti) destacou que “la innovazione, così introdotta, vuole affidare al giudice un efficace rimedio contro le resistenze dilatorie, che sono tanto più incoraggiate (e purtroppo frequentissime), quanto più il processo – grazie alla sua durata – si presta a premiare la resistenza come fonte di vantaggi economici, facendo apparire più conveniente attendere la decisione sfavorevole che adempiere con puntualità. Cf. Il progetto Ragoni di riforma urgente del processo civile cit., p. 627.

²⁰⁰ Nesse sentido, destacaram Rafael Bielsa e Eduardo Graña que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América já assinalou que “la demora sólo perjudica al afectado, sino que también dificulta la administración de justicia em sí misma, ya que no se posterga únicamente la rectificación del daño o la reivindicación de la persona injustamente acusada, sino que – además – se colman de causas los tribunales, se aumentan los costos para todos los litigantes, se obliga a los jueces a simplificar, y se interfiere con la pronta decisión de aquellos litigios em los que todas las partes muestran la debida diligencia y preparación para el juicio, viéndose todo el proceso recargado por la falta de organización y de solución a los problemas.” Cf. BIELSA, Rafael e GRAÑA, Eduardo. El tiempo y el proceso. *Revista de Colegio de abogados de La Plata*, La Plata, v. 55, p. 200, 1994.

destacado, naquelas situações em que a completude procedimental ordinária se mostra inútil ou desnecessária em decorrência da peculiaridade do direito debatido nos autos.²⁰¹ Mais que isso, confere-se a partir da cognição sumária, ao menos, a eficácia prática que a futura decisão de cognição completa produzirá no ambiente intersubjetivo das partes, muitas vezes alterando o regime de distribuição dos ônus de custeamento do processo em contraditório abrangente.²⁰²

A ação de execução de título extrajudicialmente constituído é exemplo clássico de atuação da tutela sumária com efeito depressor nos custos do procedimento ordinário e – de seu dano marginal – ao demandante credor. Nesse contexto, tendo em vista a carga de evidência concedida pelo legislador ao título que ampara a atuação executiva do Estado-Juiz, certo é que ao demandante serão abertas as portas para a expropriação de bens do devedor – se o caso de obrigação pecuniária –, sem a necessidade prévia de debate acerca da causa subjacente do documento. A cognição plena e exauriente, cuja possibilidade de realização é inexorável em nosso sistema processual, somente ocorrerá a partir de provocação expressa do devedor nesse sentido, ao qual carrearão todos os ônus probatórios²⁰³ necessários à demonstração da impertinência da pretensão inicial do credor demandante, desestimulando, em alguma medida, a utilização da ineficiência do processo como elemento informador da relação obrigacional entre as partes.

O mesmo ocorre nas hipóteses de revelia do demandado – arts. 319, II e 330, CPC – e de ausência de impugnação específica dos fatos carreados na petição inicial – art. 302, CPC –, nas quais, salvo situações patentemente desgarradas do crivo da realidade, estará o

²⁰¹ Bruno Capponi afirma que “il procedimento sommario di cognizione nasce dall’esigenza di consentire la rapida formazione di un titolo esecutivo (è da sottolineare che la delega parlava di ‘*giudizio... improntato a particolare celerità*’) destinato ad introdurre l’esecuzione per espropriazione o per consegna forzate, nei casi in cui le ragioni dell’attore siano manifestamente evidenti, a fronte di contestazioni del convenuto (o del tutto inesistenti, ovvero) manifestamente infondate, l’una e le altre tali da giustificare una cognizione sommaria e semplificata perchè superficiale e/o incompleta.” Cf. CAPPONI, Bruno. Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie. In: STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE IN ONERE DI GIUSEPPE TARZIA, Milano: Giuffrè, 2005. t. II, p. 1647.

²⁰² Ao analisar os provimentos provisórios no contexto dos ordenamentos processuais europeus, identificou Remo Caponi uma categoria voltada a satisfazer imediatamente, de modo parcial ou total, o interesse protegido pelo direito material, cuja justificativa está relacionada à “esigenza di emanare un provvedimento esecutivo, conseguendo economia processuale ed evitando l’abuso del diritto di difesa da parte del convenuto nei casi in cui manchi una contestazione effettiva, prescindendo dall’urgenza di provvedere.” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1383.

²⁰³ Consequência da premissa de que “o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda)”. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., 6. ed., vol. 3, p. 72.

juiz autorizado a dispensar – ante a inexistência de fatos controvertidos –, dali em diante, a realização de todos os atos de participação das partes predispostos em lei pelo legislador, aliviando a estrutura judiciária e o demandante de desnecessários custos que decorreriam da completude procedimental derivada da cognição plena e exauriente. A tutela antecipada genérica de direitos disponíveis evidentes disposta no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil, também reflete movimento de mediação judiciária dos interesses colidentes das partes, propiciando ao juiz a fixação de regra de conduta provisória desde o momento em que afasta a possibilidade de uma séria contestação de fato e de direito pelo demandado²⁰⁴ sem, no entanto, dispensar os atos do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente.

Mas o processo civil não é apenas método de solução de controvérsias voltado à proteção do demandante. O direito evidente também pode estar ao lado do demandado, revelando-se também contraproducente o cumprimento de todas as etapas do procedimento ordinário quando a pretensão do autor da demanda contraria frontalmente regra de direito material reguladora do caso concreto. Ao analisar a petição inicial, pode o juiz, a partir de cognição sumária nos sentidos vertical e horizontal, e liminarmente, julgar a demanda improcedente²⁰⁵ dispensando a formação plena da relação jurídica processual que se daria mediante a citação do réu. No sistema processual brasileiro, essa regra vem disposta, de forma genérica,²⁰⁶ no art. 285-A do Código de Processo Civil, cuja positivação representa a admissão da tutela sumária da qual os efeitos substanciais são suscetíveis à imunização decorrente da coisa julgada material, com ousada dispensa da participação do demandado na formação do convencimento do órgão julgador.²⁰⁷

²⁰⁴ Assim analisando a incidência da tutela sumária provisória no contexto de direitos evidentes, vide BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei 'référés': tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 577, giugno 2006.

²⁰⁵ Mediante sentença (CPC, art. 162, parágrafo 1º).

²⁰⁶ Fernando da Fonseca Gajardoni destaca que “a grande novidade do dispositivo não está propriamente no seu conteúdo, mas sim na sua generalização. Antes da Lei 11.277/2006, já havia no sistema dois dispositivos que permitiam (e ainda permitem) ao juiz o liminar julgamento de improcedência da ação, pese em situações bastante específicas.” Assim, o Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, elenca o indeferimento da petição inicial por preciação ou decadência (CPC, art. 269, IV e art. 295, IV) e o julgamento liminar de improcedência em ação de improbidade administrativa (juízo sumário da inexistência do ato de improbidade – art. 17 da Lei 8.429/92), como regras processuais específicas voltadas à rápida solução do litígio em benefício do demandado. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 169.

²⁰⁷ Como ensina Remo Caponi, “in questo modo il procedimento sommario di cognizione sarebbe stato diretto ad impedire l'abuso del processo (da parte dell'attore o del convenuto) e non già unicamente ad impedire l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto.” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1379. Essa técnica está presente no *summary judgment* do processo civil inglês. Como destacado anteriormente, pelo modelo previsto no *Rules of civil procedure* de 1998, está o juiz

Pode o legislador, ainda, eleger determinados direitos substantivos e a eles conceder tratamento especial quando submetidos à atuação jurisdicional do Estado-Juiz. Deflagram o conteúdo ideológico de determinados procedimentos, nos quais se destacam os valores certeza e celeridade, ainda que esse privilégio repercuta negativamente no caráter “justiça material” do provimento judicial oferecido.²⁰⁸ No sistema processual brasileiro, percebe-se a ocorrência desse fenômeno nos procedimentos inerentes às ações cambiárias, possessórias, de desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941) e de busca e apreensão (Dec.-lei 911/1969).

Os exemplos acima citados têm caráter ilustrativo e foram apresentados sem a intenção de exaurimento das hipóteses em que o caráter funcional da tutela derivada de cognição sumária atua como técnica repressora do dano genérico da demora fisiológica do processo e inibidora da propagação indevida dos custos do procedimento ordinário de cognição completa,²⁰⁹ com evidentes benefícios ao Estado gestor da atividade judiciária, bem como aos próprios consumidores da atividade jurisdicional dali decorrente, vantagem que não se limita, como antes destacado, somente ao demandante no caso concreto, mas se alastra a toda sociedade. Acolhe-se, assim, a função de combater os males do tempo

autorizado a proferir uma decisão sumária definitiva sempre que uma das partes se mostrar desamparada de uma real perspectiva de êxito na demanda. Nesse sentido, informa Paul Michalik que “where the plaintiff believes that the defendant has no reasonable or arguable defence, he may make an application for summary judgment.” Cf. MICHALIK, Paul. Justice in Crisis: England and Wales. In: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 2003. p.125.

²⁰⁸ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 29.

²⁰⁹ Merece menção o fato de, nos ordenamentos alemão, francês e italiano, ter os procedimentos instrutórios preventivos assumido, além de sua função principal de reconstrução imediata da verdade dos fatos no processo, o papel de elemento de deflação de litígios e aceleração do processo ordinário de cognição. Esse movimento foi muito bem relatado por Chiara Besso, nos seguintes termos: “l’aumento del numero delle controversie civili e l’allungarsi dei tempi necessari per lo svolgimento del processo ordinario di cognizione hanno portato i legislatori europei a individuare nei procedimenti di assunzione preventiva della prova strumenti di soluzione delle controversie che consentono di evitare, in relazione a un certo numero di controversie, il ricorso al processo ordinario. L’idea è che spesso la soluzione della lite dipenda non dalla soluzione di questioni di diritto, ma dalla ricostruzione dei fatti, così che, una volta sentito il testimone o esperita la consulenza tecnica, il futuro attore possa convincersi dell’infondatezza totale o parziale della propria pretesa e rinunciare a instaurare il processo e magari accettare una soluzione transattiva della lite.” Cf. BESSO, Chiara. *Le recenti riforme del processo civile*. Bologna: Zanichelli Editore, 2010. Tomo secondo, p. 1318 Na doutrina nacional, Flávio Luiz Yarshell destacou a pertinência da prova produzida antecipadamente ao processo principal como elemento de busca da resolução consensual de litígios, ponderando que “embora as partes possam mesmo alcançar uma solução de autocomposição sem dispor de elementos de instrução preliminares, parece inegável que a existência desses últimos é fator decisivo na avaliação das chances e consequente tomada de decisão (pelo processo ou pela autocomposição).” Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 339.

inimigo do processo, dotando-o de eficiência,²¹⁰ sempre com vistas a, senão eliminar, diminuir ao máximo o descompasso entre as garantias asseguradas pelo direito material e aquelas possíveis de se extrair da atividade jurisdicional emanada do processo.

Assim, ante a relatada identidade funcional da tutela sumária, pode-se afirmar que a virtude ora destacada também poderá ser identificada, em maior ou menor intensidade, nas diversas formas de apresentação de procedimentos contempladores dessa modalidade de atuação jurisdicional.²¹¹

2.4 O abuso do direito de defesa pelo réu. Adequada distribuição do tempo do processo entre os jurisdicionados

O procedimento parametrizado pela cognição completa, diante de suas peculiaridades direcionadas ao cumprimento das garantias da ampla defesa e do contraditório, pode representar fonte de evidente desequilíbrio na tutela jurisdicional dos interesses dos sujeitos parciais do processo, na medida em que carrega unicamente aos ombros do demandante o ônus decorrente do tempo fisiológico e patológico do processo. A realização do direito do demandante somente ao final do procedimento ordinário pode implicar, não raras vezes, indevida abstração do decantado princípio da igualdade que também deve ser assegurado no método estatal de solução de controvérsias.²¹²

Assim, a tutela sumária pode desempenhar relevante papel de técnica processual de distribuição equitativa do ônus do tempo do processo civil. Diferentemente da hipótese ventilada no item anterior, em que se analisou indesejado comportamento procrastinatório do demandado – a partir do incentivo derivado da demora na prestação jurisdicional –, o debate agora se encerra na intensidade que se deve conferir ao direito de defesa do

²¹⁰ Para contemplar a eficácia do processo, defende Edoardo Ricci, inclusive, “il superamento del requisito della irreparabilità e della eminenza del pregiudizio..., in vista di una necessaria generalizzazione della tutela urgente, la quale dovrebbe essere applicabile ad ogni tipo di processo, con funzione anticipatoria della tutela rappresentata dalla decisione finale.” Cf. RICCI, Edoardo. La tutela d’urgenza. Intervento. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986. p. 171.

²¹¹ A tutela antecipada do processo de conhecimento, sob a forma prevista no § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil compreende nítida intenção do legislador de evitar o percurso inútil das vias ordinárias na hipótese de incontroversa parcial do pedido, autorizando, desde logo, a promoção de atos de execução em benefício do demandante.

²¹² Adverte Luiz Guilherme Marinoni que “um sistema que consagra, quase de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para a realização dos direitos, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de recorrer.” Cf. *A antecipação da tutela* cit. p. 138.

demandado. Da mesma forma que a atividade probatória é isonomicamente atribuída à parte que trouxe a contraditório o fato controvertido (ao autor cabe o ônus de provar fato constitutivo de seu direito; ao réu, fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – CPC, art. 333), mostra-se razoável que o peso da demora na instrução probatória também seja suportado por aquele que desencadeou sua realização no processo,²¹³ sob pena de o direito à ampla defesa assegurado ao demandado se mostrar abusivo no contexto dos interesses juridicamente tutelados do demandante.

De fácil percepção o fato de que o procedimento ordinário, realizador da cognição plena, exauriente e anterior ao provimento judicial de efetivação do direito reclamado pelo demandante, ao contemplar de forma intensa e consistente o direito de defesa do demandado, fragiliza e relega a plano secundário a garantia de paridade de armas e condições no exercício do contraditório, princípio constitucional que deve informar toda e qualquer relação jurídica processual.

Note-se que o comportamento defensivo do demandado pode contemplar a suficiência probatória em relação aos fatos constitutivos do direito do autor da demanda: ao irresignar-se contra a pretensão jurisdicional contra si ajuizada, mediante a oposição de exceção substancial indireta (fato ensejador da extinção, modificação ou impedimento do direito a ser tutelado), assume lógica e tacitamente comportamento referendador da existência inequívoca do fato constitutivo que instrui a pretensão jurisdicional do demandante,²¹⁴ sendo de todo razoável que, daquele momento em diante, o tempo do processo necessário à investigação aprofundada acerca da matéria de defesa seja suportado pelo sujeito processual que provocou o debate em contraditório sobre o tema. Entra em cena, assim, a tutela fundada em cognição sumária, refletindo instrumento de redistribuição equitativa da demora fisiológica do processo entre os sujeitos parciais da relação jurídica

²¹³ Assim indaga Luiz Guilherme Marinoni: “Se cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, porque incumbe ao autor suportar o tempo necessário à produção da prova tendente à demonstração de um fato que não o beneficia?” Cf. *Ibidem*, p. 140.

²¹⁴ Nesse sentido, destaca Giuliano Scarselli que “l’eccezione di merito, infatti, avendo ad oggetto un fatto estintivo, impeditivo o modificativo, pressupone normalmente l’esistenza del fatto costitutivo, che è il suo naturale presupposto logico imprescindibile, proprio perché, in tanto un fatto può modificarsi o estinguersi, in quanto sia torto, e in tanto ha un senso postulare uno o più fatti impeditivi in quanto si faccia riferimento all’esistenza di un fatto costitutivo al quale il fatto impeditivo si ricollega. Ed è in questi termini che sollecitiamo, di nuovo, a tener presente che, di regola, la proposizione di un’eccezione di merito pressupone la non contestazione dei fatti costitutivi.” Cf. SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989. p. 437.

processual.²¹⁵ Tira-se o peso da demora do processo das costas daquele que já se desencumbiu de seu ônus probatório no procedimento em contraditório, transferindo-o àquele que efetivamente tenha interesse na realização detalhada dos atos instrutórios necessários à demonstração de suas alegações.

No sistema processual brasileiro, a antecipação da tutela cognitiva no procedimento ordinário, da forma como disposta no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, e quando aplicada aos casos de abuso do direito de defesa pelo réu, quando bem aplicada pelos operadores do direito, corporifica a função moderadora do tempo do processo entre os litigantes por meio da tutela de cognição sumária.²¹⁶ Uma vez que os fatos constitutivos do direito do demandante estão amparados em consistentes e plenas provas produzidas no processo, e o pronunciamento judicial definitivo de mérito é obstado exclusivamente pelo direito do demandado de produzir as provas necessárias à demonstração de suas alegações (que se comprovadas, alterarão o rumo da prestação jurisdicional reclamada), autoriza o legislador a concessão, pelo juiz, de um provimento judicial desencadador de atividade jurisdicional de execução, com objetivo de realização prática do direito reclamado pelo demandante, sem prejuízo da continuidade do impulso processual com vistas à demonstração dos fatos de exceção indireta alegados pelo demandado em sua defesa.²¹⁷

Dessa forma, confere-se ao sistema processual mecanismo que o torna capaz de atuar a vontade concreta da lei em prazo inferior ao oferecido pelo procedimento ordinário de cognição completa e sua natural duração fisiológica (além de sua suscetibilidade à duração patológica decorrente de sua sofisticação e detalhamento procedimental), adequando-o a responder também aos escopos sociais e políticos da jurisdição e do processo, em necessário equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, possibilitando,

²¹⁵ Observa Andrea Proto Pisani que “poiché i tempi di svolgimento del processo possono derivare dalle necessità probatorie sia in ordine ai fatti costitutivi sia in ordine ai fatti allegati dal convenuto, può emergire l’esigenza di addossare i tempi immediati del processo di cognizione alla parte che há bisogno della cognizione stessa.” Cf. *I diritti e le tutele* cit., p. 184.

²¹⁶ Com esse entendimento, Daniel Mitidiero afirma que a tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC “tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não.” Cf. MITIDIERO, Daniel. *Tutela antecipatória e defesa inconstante*. In: ARMELIM, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 337.

²¹⁷ Destaca Remo Caponi que o provimento antecipatório, além da função de atuar a tutela jurisdicional em casos de urgência, também responder “l’esigenza di emanare un provvedimento esecutivo, conseguendo economia processuale ed evitando l’abuso del diritto di difesa da parte del convenuto nei casi in cui manchi una contestazione effettiva, prescindendo dall’urgenza di provvedere.” Cf. *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea* cit., p. 1383.

assim, a atuação jurisdicional do Estado efetiva e eficiente, corolário da almejada ordem jurídica justa. Mais que isso, alinha-se o processo ao seu objetivo maior de representar instrumento capaz de assegurar ao cidadão, dentro das limitações que lhe são inerentes, maior proximidade entre as garantias conferidas pelo direito substancial e aquelas possíveis de se obter a partir da atuação jurisdicional do Estado organizador da vida em sociedade.

2.5 Preservação da utilidade da tutela jurisdicional em situações de urgência

A aplicação da tutela sumária como ingrediente de equilíbrio entre os valores segurança e efetividade da tutela jurisdicional pode também, diferentemente das hipóteses versadas nos dois itens precedentes, em que é direcionada a afastar riscos advindos da não fruição imediata a direito evidente e da oposição indevida de empecilhos à prestação jurisdicional tempestiva²¹⁸ –, ou seja, aplacar, mediante eficiência e racionalidade, o dano marginal decorrente da demora fisiológica e patológica do procedimento ordinário de cognição informada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório –, se destinar contemplar a urgência ou a combater o perigo de dano relacionado a fato concreto e específico relacionado ao direito controvertido, que podem comprometer a utilidade da tutela jurisdicional almejada pelo demandante. Está-se diante, agora, do decantado *periculum in mora* da tutela jurisdicional.²¹⁹

Nesse contexto, e em sua função estrita, não visa a tutela sumária à eficiência do provimento jurisdicional, mas sim, de forma deliberada, à efetividade do processo e da tutela jurisdicional a partir dele contemplada ao cidadão. Como destacado alhures ao se identificar a função genérica da técnica da cognição sumária, por diversas vezes as

²¹⁸ Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “a concessão de medidas antecipatórias não se liga sempre a uma situação de urgência, ou *periculum in mora*. Essa é apenas uma das hipóteses básicas em que elas devem ser concedidas (art. 273, inc. I). Mas têm cabimento também, idenpendentemente de qualquer situação de perigo, (a) como sanção à malícia processual do demandado que procura retardar o fim do processo (art. 273, inc. II) ou (b) como modo de prestigiar um direito que a ordem jurídica reputa mais forte e digno de maiores atenções, como a posse turnbada ou esbulhada (interditos possessórios).” Cf. *Nova era do processo civil* cit., p. 69.

²¹⁹ O *periculum in mora* deve consistir em “fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto questo rimanga insoddisfatto. Perciò non si tratta del solito pericolo generico di danno giuridico, ma del pericolo – variamente individuato dalla dottrina – dell’ulteriore danno marginale derivante dal ritardo.” Cf. Enrico A. Dini e Giovanni Mammonne, op. cit., p. 23. No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque ressalta que a simples ameaça ao direito subjetivo não é suficiente para a configuração do perigo, o qual “está vinculado à duração do processo e à impossibilidade de a providência jurisdicional, cuja eficácia esteja em risco, ser emitida imediatamente.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 172.

vicissitudes do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente simplesmente corrói toda a utilidade que se almeja extrair da atividade jurisdicional devida pelo Estado juiz, de modo que o interesse juridicamente protegido pelo direito e a respectiva fruição do bem da vida que seria exercido pelo demandante na hipótese de cooperação espontânea do demandado, simplesmente se tornam materialmente intagáveis ao final do trâmite procedimental convencional.

Uma vez mais – repetição que decorre da própria uniformidade funcional *lato sensu* da técnica da cognição restrita –, o vetor desencadeador da discrepância entre a garantia assegurada pela norma de direito material e aquela que se pode alcançar pelo processo é a repisada demora fisiológica do procedimento ordinário, incrementada, não raras vezes, por dilações indevidas que exsurtem nos pormenores de seus atos, que ao incidir sobre a crise concreta, pode ocasionar a completa inutilidade do provimento jurisdicional destinado à realização da vontade concreta da lei, afastando-o, assim, do modelo ideal de efetividade consagrado na Constituição Federal.

A tutela jurisdicional, para atingir seus escopos, muitas vezes deve ser oferecida em caráter *urgente*, sob pena de sucumbir à realidade fática do caso concreto e não suportar os danos graves advindos da demora na defesa do interesse juridicamente protegido. De fácil e simples visualização a natural inaptidão do garantidor procedimento ordinário na elaboração de provimento capaz de responder adequadamente à urgência decorrente das mais variadas crises de direito material nas relações intersubjetivas. A gravidade do dano, cujo grau máximo é representado pela impossibilidade material de reparação, pode atingir tanto o processo, com prejuízos ao correto exercício da jurisdição e consequente desvirtuamente de seus escopos jurídicos e políticos (danos oblíquos ao demandante), quanto diretamente o titular do direito submetido à atuação judicial, desalinhando o processo de seu escopo social de pacificar²²⁰ com justiça.²²¹

²²⁰ Ao elencar os remédios processuais destinados a evitar os danos decorrentes de uma situação urgente na relação jurídica material ou processual dos sujeitos participantes do processo, aponta Cândido Rangel Dinamarco a existência de medidas de apoio “ao processo” e “às pessoas”. Cf. *Nova era do processo civil* cit., p. 68.

²²¹ Michele Taruffo individualiza três condições essenciais para se apurar a justiça de uma decisão judicial: “a) l’essere la decisione il risultato finale di un procedimento nel quale siano state rispettate le garanzie processuali; b) l’essere la decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti controversi; c) l’essere da decisione il risultato di una corretta interpretazione applicativa delle norme rilevanti nel caso concreto.” Cf. TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 20, marzo 2001.

Valendo-se, uma vez mais, da terminologia empregada por Piero Calamandrei,²²² apura-se que o procedimento que promove a atuação jurisdicional abastecido por cognição sumária em face de uma situação de urgência tem o desígnio de neutralizar os perigos da *infruttuosità* ou da *tardività* do procedimento ordinário de cognição completa.

São danos decorrentes da *infruttuosità* do provimento judicial aqueles graves prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação causados pela impossibilidade de tutela ao interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico, por força da intercorrência de fatos ou situações jurídicas ao longo do trâmite procedimental cognitivo completo que inviabilizam, total ou parcialmente, a atuação do provimento judicial final declaratório da vontade concreta da lei. A lentidão fisiológica do processo desenvolvido sob o vaticínio do procedimento ordinário pode comprometer a possibilidade material de efetivação do comando judicial contido na sentença, fazendo letra morta o compromisso constitucional de acesso a justiça e relegar toda a atividade processual realizada a mais absoluta inocuidade e inutilidade.

A demora na prestação jurisdicional pode possibilitar, por exemplo, a dissipação de bens do patrimônio do devedor, com completa frustração de futuro provimento judicial condenatório emanado de procedimento cognitivo pleno; a complexidade da instrução do procedimento ordinário²²³ também pode ser incompatível com provas passíveis de perecimento iminente (a título ilustrativo, a testemunha acometida de grave enfermidade e com efetivo risco de morte). São situações que subtraem do processo a competência e seu atributo institucional de garantir a realização efetiva da vontade concreta da lei. Contra esse *periculum in mora* deve o ordenamento processual dispor de mecanismos aptos a conservar situações de fato ou de direito necessárias à adequada formação do provimento

²²² Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* cit., p. 55. Essa tipologia encontra grande difusão na doutrina italiana. Vide, dentre outros: TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983; Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit.; COMOGLIO, Luigi Paolo e FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 975, outubro-dicembre 1990; FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 377, 1986.

²²³ Decorrente, dentre outros fatores, da “l'obbligo per il giudice di esaminare le eccezioni del convenuto, di assumere le prove richieste con tutte le formalità poste a garanzia di una retta decisione”. Cf. Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, op. cit., p. 29.

judicial ou à garantia de sua exequibilidade futura,²²⁴ sem, contudo, representar a satisfação²²⁵ ao bem da vida pretendido pelo demandante.²²⁶ Está-se a falar, assim, dos provimentos judiciais conservativos,²²⁷ que no direito processual brasileiro são representados pelas medidas cautelares,²²⁸ espécie do gênero das medidas de urgência.²²⁹

Há situações, por seu turno, que a atuação jurisdicional deve se desenrolar de forma urgente, de modo a satisfazer, ainda que provisoriamente, a pretensão ao bem da vida almejado pelo demandante. A tutela amparada em cognição sumária tem aqui a função de neutralizar o perigo da *tardività*²³⁰ do procedimento ordinário de cognição completa, conferindo a inafastável efetividade que se espera do processo como método de realização

²²⁴ Assim, aponta Pasquale Frisina que “ciò che è urgente, in altre parole, non è la soddisfazione del diritto, ma la assicurazione preventiva dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sia praticamente efficace.” Cf. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali cit., p. 378.

²²⁵ Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri apontam que “il provvedimento sommario cautelare, che è preordinato e strumentale ad un ulteriore provvedimento definitivo di cui tende, in via provvisoria, ad assicurare la futura utilità o fruttuosità, non è dunque idoneo a disciplinare la materia controversa, mantenendo la sua efficacia solo se il processo sul merito sia instaurato o comunque giunga ad una sua conclusione.” Cf. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi cit., p. 974.

²²⁶ Isso porque, conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco, a partir dos mesmos exemplos ora utilizados, “(a) a testemunha poderá até depor de modo contrário ao interesse de quem pediu a antecipação e, de todo modo, seu depoimento somente servirá para instruir o juiz, cuja decisão virá depois e (b) o arresto não põe o bem à disposição do credor, mas do juízo, ficando em regime de depósito judicial, em princípio com pessoa diferente do possível credor.” Cf. *Nova era do processo civil* cit., p. 68.

²²⁷ Andrea Proto Pisani não inclui as medidas de instrução preventiva (p. ex., medida cautelar de produção antecipada de provas) no rol dos provimentos conservativos voltados à neutralização do perigo de inutilidade do provimento jurisdicional, Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 471. No entanto, entendemos possível esse enquadramento, levando-se em consideração que a adequada produção das provas (e, conseqüente, o correto conhecimento dos fatos que serão subsumidos ao direito pelo juiz) é essencial para capacitar o processo a ser instrumento de entrega ao jurisdicionado das mesmas garantias conferidas pelo cumprimento espontâneo do direito material pelo obrigado. Assim, não sendo possível a realização da prova, possivelmente ocorrerá um *scarto* entre a garantia conferida pela norma processual e aquela possível de ser obtida pelo processo, ensejando evidente *infruttuosità* do processo. Esse o entendimento de Chiara Besso, ao afirmar que “i tempi necessari per l’instaurazione e lo svolgimento del processo ordinario di cognizione possono infatti compromettere la possibilità di ricostruire la verità dei fatti del processo: la garanzia dell’azione e del giudizio, per non essere compressa e addirittura vanificata comporta pertanto che, quando vi è il rischio di dispersione degli elementi necessari per la formazione della prova, sia resa possibile la raccolta di tali elementi, mediante procedure e provvedimenti d’urgenza.” Cf. *Le recenti riforme del processo civile* cit., p. 1317. Com o mesmo entendimento, RECCHIONI, Stefano. I procedimenti sommari e speciali, II. In: CHIARLONI, Sergio e CONCOLO, Claudio (a cura di). *Procedimenti cautelari*. Torino: Utet, 2005. p. 33.

²²⁸ “Tratando-se das cautelares típicas, normalmente já se encontra previamente determinado o *periculum in mora*, pois o legislador prevê as situações de risco em razão das quais a cautelar é admissível.” Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 183.

²²⁹ “Sobre o agrupamento sob o gênero das medidas de urgência, Cândido Rangel Dinamarco destaca que à moderna ciência processual, avessa a conceitualismos e prioritariamente preocupada com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam, do que a metafísica busca dos fatores que a diferenciam.” Cf. *Nova era do Processo Civil* cit., p. 69.

²³⁰ Ensina Andrea Proto Pisani que “per *pericolo da tardività* si intende il pericolo che sia la mera durata del processo, col protrarre nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto, ad essere causa di pregiudizio.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*, op. cit., p. 470.

do poder jurisdicional estatal.²³¹ Nessas hipóteses, a demora fisiológica do procedimento ordinário pode se mostrar absolutamente incompatível com o interesse jurídico que se pretende tutelar por meio do processo judicial.

Nesse ponto, a urgência do provimento sumário pode vir amparada em dois elementos distintos. O primeiro, talvez de mais fácil visualização pelo operador do direito, está relacionado ao dano grave, irreparável ou de difícil reparação decorrente da perpetuação da crise de direito material ao longo de todo o tempo necessário para a realização da atividade cognitiva completa. O provimento jurisdicional final emando do procedimento ordinário, em decorrência de seu caráter ressarcitório, pode se revelar inapto a reparar dano incidente sobre direito de conteúdo ou função não apenas patrimonial, insuscetível, pois, à tutela pelo equivalente monetário. Interesses jurídicos protegidos por norma substancial e ligados à saúde, ao meio ambiente e à personalidade²³² são exemplos de direitos de conteúdo prevalentemente não patrimonial, cuja demora na realização da vontade concreta da lei pode implicar dano insuportável à parte lesada,²³³ relegando o processo e a tutela jurisdicional nele veiculada simplesmente à inutilidade.²³⁴

Já o segundo elemento ensejador do *periculum in mora* da prestação jurisdicional via procedimento ordinário se manifesta, diversamente da situação analisada nos parágrafos precedentes, de forma descolada do elemento *dano*²³⁵ (à parte ou ao processo,

²³¹ Responde, assim, à exigência de “evitare che la sola durata del processo, che si protrae nel tempo, sia causa di pregiudizio.” Cf. Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi cit.*, p. 975.

²³² Que sob o ponto de vista estrutural, segundo ensina Andrea Proto Pisani, “si caratterizzano per il fatto che il loro godimento è assicurato quasi sempre da obblighi di fare infungibile o difficilmente eseguibili nelle forme dell’esecuzione forzata.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*, op. cit., p. 675.

²³³ Pense-se, por exemplo, no direito do demandante a alimentos. A condenação do obrigado ao pagamento de pensão alimentícia somente ao final do processo de cognição completa pode vir, simplesmente, tarde demais ao jurisdicionado que dela dependa para seu sustento diário. Por isso, a liminar de antecipação da tutela final do procedimento especial da ação de alimentos, que fixa a obrigação provisória ao demandado, consiste em provimento sumário destinado a neutralizar os efeitos nocivos do *periculum in mora* da cognição exauriente.

²³⁴ Federico Carpi ressalva que “la prospettiva non è nuova; quel che è nuovo della nostra epoca è la consapevolezza negli ordinamenti moderni che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi non è effettiva se non è ottenibile rapidamente. In altre parole il fattore tempo è diventato un elemento determinante per garantire e realizzare l’accesso alla giustizia. L’osservazione vale per i diritti a contenuto patrimoniale, ma soprattutto per i diritti a contenuto non patrimoniale e, per quanto ormai priva di originalità, va ripetuta tenendo presente che nuove realtà dell’economia fanno pensare alla tutela d’urgenza como all’unica tutela possibile o realmente efficace.” Cf. CARPI, Federico. *La tutela d’urgenza*. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggioli Editore, 1986. p. 39.

²³⁵ O descolamento do requisito dano não implica sua inexistência. Pelo contrário, é muito provável que o ilícito traga consigo um dano à vítima do descumprimento da norma legal. Como observa José Carlos Barbosa Moreira, a despeito de poder refletir fenômeno “em que não já propriamente ‘lesão’ a ser ‘apreciada’... ainda se poderia falar de lesão potencial, que se receia.” Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 209 (terceira série),.

em qualquer intensidade) decorrente da demora fisiológica da realização da atividade cognitiva plena e exauriente. O interesse juridicamente protegido pelo processo pode ser a obstrução da prática, continuação ou repetição de ato contrário ao regramento disposto pelo direito material, razão porque deve o sistema processual recepcionar provimentos com predicado de atuar preventivamente ao ato ilícito que se aproxima. É a tutela inibitória,²³⁶ que em razão de suas peculiaridades – preventiva e específica²³⁷ –, propicia atividade jurisdicional de excelência, porquanto confere ao processo capacidade plena de assegurar ao jurisdicionado a exata garantia que lhe confere o direito material, ou seja, na mesma medida propiciada pelo cumprimento espontâneo da norma substantiva.²³⁸

A urgência da atuação jurisdicional está ligada à premente ocorrência do ilícito, consistente no desalinhamento da conduta do demandado à regra de conduta imposta pelo direito material. Na medida em que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, abriga proteção à “ameaça a direito”, deve o sistema processual atuar não apenas sob a forma ressarcitória de um ilícito já consumado, mas também no sentido de evitar que o direito que regulamenta a relação intersubjetiva seja desrespeitado,²³⁹ sempre sob a condição inafastável do perigo efetivo²⁴⁰ da conduta e, concomitantemente, sua condição de ilícito.

²³⁶ Luiz Guilherme Marinoni esclarece que “a ação inibitória, justamente porque visa apenas a impedir a prática, continuação ou a repetição do ilícito, não tem o dano entre os seus pressupostos. O que a ação inibitória requer é o perigo da prática de ato contrário ao direito, ou o perigo de continuação ou repetição de ato contrário ao direito.” Cf. *A antecipação da tutela* cit., p. 62.

²³⁷ “Preventiva porque voltada para o futuro; específica porque destinada a garantir o exercício integral do direito, segundo as modalidades originariamente fixadas pelo direito material.” Cf. *Ibidem*, p. 62.

²³⁸ Essa assertiva é reflexo da adoção da teoria dualista do ordenamento jurídico, que, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “significa que as atividades legislativa e jurisdicional, mediante as quais desempenha o Estado a sua função jurídica, distinguem-se nitidamente uma da outra. No plano legislativo, são produzidos preceitos gerais e abstratos, que se tornam concretos e específicos (i.e., que se *aplicam*) automaticamente, diante do ocorrer de um fato juridicamente relevante; e a função jurisdicional não consiste senão em declarar essa vontade concreta do ordenamento jurídico (i.e., reconhecê-la) e atuá-la praticamente.” Cf. *Fundamentos do processo civil* cit., p. 70. Essa teoria foi adotada, dentre outros, por Chiovenda, Liebman, Fazzalari e Couture (além do próprio professor Dinamarco), e por muito tempo antogalizou, em acirrada disputa, à teoria unitária do ordenamento jurídico, defensora da premissa de que o direito subjetivo somente nasceria com o processo e sua sentença. Essa tese foi prestigiada por notáveis autores, como Capograssi, Kelsen, Pekelis, Allorio, Ascarelli, Calamandrei, Carnelutti e Satta, tendo esse último, inclusive, desiludido com as revistas existentes na Itália, fundou em 1969 os *Quaderni del diritto e del processo civile*, cuja produção acadêmica esteve voltada aos ditames da teoria unitária do ordenamento jurídico. Cf. *Ibidem*.

²³⁹ Nesse sentido, oportunas as considerações de Luiz Guilherme Marinoni, “ninguém prefere o ilícito à prevenção. Negar o direito à prevenção do ilícito é admitir que o cidadão é obrigado a suportar o ilícito, tendo apenas direito à indenização, ou, ainda, é dizer que todos têm direito a praticar um ilícito desde que se proponham a reparar o dano.” Cf. *A antecipação da tutela* cit., p. 75

²⁴⁰ Dever decorrente da indispensável presença do interesse processual do demandante – necessidade da tutela jurisdicional. Andrea Proto Pisani, parafraseando Luigi Montesano, pontua que “il requisito della imminenza comporta che l’evento dannoso paventato da chi domanda il provvedimento d’urgenza debba non essere di remota possibilità, ma incombere con vicina probabilità, che l’*iter*, il quale conduce a detto evento,

Para coibir a ameaça ao direito e desempenhar seu papel preventivo, deve a tutela inibitória ser rapidamente concedida em cognição sumária,²⁴¹ até que o direito seja plenamente conhecido em juízo final de mérito.²⁴²

Essa garantia constitucional ecoa a própria função do Estado na organização da convivência social, que deve, antes de tudo, zelar pelo cumprimento estrito da norma legal (evitar o ilícito), preocupando-se, em momento posterior, com eventual reparação do direito lesado em atividade jurisdicional repressiva (remediar o ilícito).²⁴³ Em caráter originário, impõe o ordenamento jurídico determinada conduta aos membros da sociedade; apenas em caráter derivado e subsidiário, prevê também providências de reversão e reparação para casos de indevida e indesejada inobservância da lei.²⁴⁴⁻²⁴⁵

Em ambos os elementos de urgência delimitados (lesão efetiva ou ameaça a direito), atua a técnica da tutela sumária no sentido de neutralizar a demora fisiológica do procedimento ordinário, seu perigo de *tardività*, impulsionando provimento judicial *antecipatório* da satisfação ao bem da vida pretendido pelo demandante.²⁴⁶ No sistema processual brasileiro, a tutela jurisdicional antecipada atrelada ao requisito *urgência* está

appaia già, se non proprio iniziato, almeno direttamente ed univocamente preparato.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 522.

²⁴¹ Como adverte Cristina Rapisarda, “come l’inibitoria finale, anche l’inibitoria concessa in via cautelare deve, infatti, considerarsi esperibile non già soltanto in caso di pericolo di continuazione o di ripetizione di un comportamento illecito già in atto, ma anche antecedentemente alla commissione della condotta illecita, quando essa risulti, cioè, semplicemente minacciata.” Cf. REPISARDA, Cristina. La tutela d’urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986. p. 109.

²⁴² “E rimane anche una funzione preventiva, perché tende, come già si è veduto, a bloccare l’illecito, non permettendone almeno la continuazione, in attesa del giudizio di merito.” Cf. Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, op. cit., p. 342.

²⁴³ Nesse sentido, Sergio Chiarloni afirma que apremissa é “la priorità logico-juridica dell’esatto adempimento, rispetto al risarcimento dei danni, qualunque sia la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio.” Cf. CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 23.

²⁴⁴ “Come si sa, la costruzione del rapporto obbligatorio che fa perno sul contenuto della prestazione, anziché sull’obbligo derivato di risarcire i danni in caso di inadempimento, si è affermata, *sul piano del diritto sostanziale*, in base ad una interpretazione sistematica della disciplina delle obbligazioni che dimostra l’anti-giuridicità del rifiuto di adempiere, anche se accompagnato dall’offerta del risarcimento.” Cf. Ibidem, p. 23.

²⁴⁵ O apontamento de um título de dívida inexistente a protesto é um bom exemplo desse conceito. Ao ter contra si apontado o título a protesto, tem o suposto devedor o direito de evitar a ocorrência do ilícito, qual seja, a efetivação do protesto, com observância plena de seu direito material (não ter seu nome lançado no banco de dados oficial de inadimplentes por dívida inexistente). Por outro lado, se a provocação da atividade jurisdicional, por algum motivo, seja realizada somente após a concretização do protesto, a tutela jurisdicional será destinada ao desfazimento do ilícito (baixa do protesto) e à reparação pecuniária pelos danos que lhe foram causados. No primeiro caso, tem-se atuação jurisdicional na norma originária (não ocorrência do ilícito); no segundo na obrigação derivada de desfazimento do ilícito e ressarcimento do prejuízo dele decorrente.

²⁴⁶ Cândido Rangel Dinamarco, ao analisar as hipóteses de antecipações da tutela jurisdicional, é preciso ao afirmar que “todas elas visam a proporcionar *à parte* uma situação da vida, que será a mesma que ela pretende obter mediante julgamento final da causa”. Cf. *Nova era do processo civil cit.*, p.64.

positivada, de forma genérica, no art. 273, inciso I, do código de Processo Civil, sendo também empregada especificamente a determinados direitos controvertidos, em procedimentos diferenciados.²⁴⁷

A exposição até agora realizada neste item do trabalho permite a equalização funcional estrita da técnica da cognição sumária como método de controle da indesejável e antijurídica inutilidade da tutela jurisdicional promovida a partir do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, que com relevante frequência pode se mostrar incompatível com a necessária efetividade da intervenção estatal como fator de garantia do cumprimento estrito da vontade concreta da lei.²⁴⁸ Para aquelas situações em que o perigo da demora se relaciona à capacidade do processo de garantir o comando abstrato contido na norma substancial (*infruttuosità*), a tutela sumária atuará na conservação de fatos ou de direitos sobre os quais incidirão a futura sentença, sob o designo de *tutela cautelare*. De outro lado, derivando a *urgência* da própria natureza do interesse juridicamente protegido, sujeito a perecimento ao longo da tramitação ordinária do procedimento integral e relegando à inutilidade o provimento emanado somente ao final do processo (*tardività*), a tutela sumária será aplicada para fins de *antecipazione* da satisfação do direito pelo demandante. É a *tutela jurisdizionale anticipata*.

A cognição sumária relacionada à urgência, ao *periculum in mora* da prestação jurisdizional,²⁴⁹ adquire caráter dúplice: além de sua usual relação com o direito controvertido sobre o qual incidirá a solução judicial da controvérsia (*fumus boni iuris*, probabilidade de existência do direito e verossimilhança das alegações), atua também na

²⁴⁷ Dispostos no próprio Código de Processo Civil (por exemplo, arts. 461, 899, 928, 937) e em legislações processuais extravagantes, como a aquelas referentes a mandado de segurança, ação civil pública e ação popular.

²⁴⁸ A essa conclusão chegou Andrea Proto Pisani: “la predisposizione di forme di tutela sommaria urgente, seguita solo in una seconda fase dello svolgimento (eventuale o necessario) della cognizione piena, rappresenta, pertanto, una necessità ineliminabile ove si voglia assicurarne una tutela giurisdizionale dotata di effettività a situazioni sostanziali che subirebbero altrimenti un pregiudizio irreparabile (non suscettibili cioè di essere tutelate in modo adeguato attraverso la sola tutela risarcitoria *ex post*) ove dovessero rimanere in stato di insoddisfazione durante tutto il tempo occorrente allo svolgimento del processo a cognizione piena.” *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 680.

²⁴⁹ Apontam Enrico A. Dini e Giovanni Mammone que “nel concetto di *periculum in mora* confluiscono due elementi fra loro legati: 1) l’urgenza di ottenere il provvedimento; 2) la prova di tale urgenza, ossia la prova in via presuntiva che il ritardo arrecherebbe danno alla realizzazione del diritto da parte dell’attore.” Cf. Op. cit., p. 28.

própria constatação da afirmada *urgência* e valoração da respectiva prova informadora da atuação judicial imediata.²⁵⁰

Assim, uma vez delimitada a função da tutela amparada em cognição sumária, que em seu aspecto geral representa ingrediente de salutar importância na formulação de um método adequado de realização da tutela jurisdicional pelo Estado juiz, com necessário equilíbrio entre os valores de segurança – preservados pelo procedimento ordinário de cognição completa²⁵¹ – e efetividade do processo, e que em aplicação específica pelo operador do direito tem amparo em exigências de eficácia, economia, racionalidade e utilidade da tutela jurisdicional, impõe-se agora investigação da estrutura da tutela sumária, que conforme adiante se demonstrará, tem influência direta no caráter obrigatório ou eventual do desenvolvimento da subsequente cognição plena, bem como na estabilidade do provimento dela decorrente.

2.6 Estrutura da tutela jurisdicional amparada em cognição sumária

A investigação tipológica da ocorrência da tutela amparada em cognição sumária no ordenamento processual brasileiro, com desdobramento na identificação de seu trato com a sucessiva atividade processual cognitiva plena e exauriente, que como visto, pode atender à índole *obrigatória* ou *eventual* que o sistema lhe impõe, demonstra a dicotomia inerente a essa técnica processual, que pode ter ou não idoneidade para dar uma disciplina definitiva à relação controvertida objeto do processo judicial. Em outros termos, há casos em que, inexistindo oposição do destinatário passivo da atuação jurisdicional, o provimento sumário, a despeito de seu descolamento dos preceitos de segurança do processo, é plenamente capaz de responder à pretensão jurisdicional do demandante em consonância com a vontade concreta da lei.

²⁵⁰ Nesse sentido, Enrico A. Dini e Giovanni Mammone informam que “La *summaria cognitio*, che costituisce il mezzo per poter ottenere il provvedimento cautelare, consiste perciò nell’ascertare: 1) se il diritto, a fondamento del quale si chiede il provvedimento, possa esistere o meno; 2) se esista il pericolo, che renderebbe insoddisfatto il diritto stesso.” Cf. *Ibidem*, p. 56.

²⁵¹ “La cognizione piena, cioè, è di certo un valore; ma, come tutti i valori strumentali, è un valore che deve pur sempre fare i conti com le esigenze di effettività di tutela giurisdizionale; e quindi è un valore che è destinato necessariamente, almeno in una prima fase, ad essere compresso ove la sua immediata realizzazione dovesse essere essa stessa fonte di un danno marginale che integrerebbe gli estremi del pregiudizio irreparabile.” Cf. Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 680.

Essa duplicidade de competência, por sua vez, eflui de diferenças estruturais inerentes às tutelas jurisdicionais sumárias, o que permite o agrupamento a partir da verificação dos componentes *provisoriamente* e *instrumentalidade*²⁵² em suas diversas manifestações previstas no sistema processual pátrio. A tutela amparada em cognição sumária, quando provisória e instrumental,²⁵³ exige a posterior realização dos atos predeterminados pelo legislador para cumprimento efetivo do contraditório e da ampla defesa no processo, sob pena de revogação. Quando desprovida desses elementos estruturais, deflagra a decantada eventualidade da cognição plena e exauriente na proteção do interesse juridicamente protegido.

A diversidade estrutural da tutela sumária, vista sob outro enfoque, permite outras considerações de relevância. Conquanto tenha função uniforme de evitar a corrosão de direitos pelo tempo do processo, resultam eficácias distintas perante o sistema processual. O provimento sumário provisório e instrumental é ontologicamente incapaz de solucionar a crise de direito material, eis que destinado apenas a conservar situações ou antecipar efeitos práticos relacionados ao bem da vida controvertido. É desprovido de autonomia, preservando sempre dependência em relação a outra tutela, essa sim destinada a colocar fim ao litígio, pacificando com justiça.²⁵⁴

Quando não sujeita a esses componentes estruturais (ao menos sob a forma regular que se apresentam), a tutela sumária está habilitada a satisfazer definitivamente a pretensão do titular do direito material, com a mesma eficácia presente na tutela convencional. Ao assim se manifestar, demonstra autonomia em relação a outro provimento de cognição

²⁵² Que para Piero Calamandrei, são as características distintivas da tutela cautelar em comparação com todas as outras modalidades de tutela oferecidas pelo ordenamento jurídico. Em decorrência da instrumentalidade, os provimentos cautelares “non sono mai fine a se stesse, ma sono immancabilmente preordinate alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui esse provvisoriamente assicurano la fruttuosità pratica”. Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* cit., p. 21.

²⁵³ Pasquale Frisina destaca que, na Itália, “il provvedimento cautelare è inoltre caratterizzato: aa) dalla provvisoriété, cioè dalla sua intrínseca inidoneità ad assicurare una disciplina immutabile del diritto controverso; bb) dalla *strumentalità* rispetto ao provvedimento definitivo, emesso all’esito del giudizio a cognizione piena, di cui mira ad assicurare e garantire l’utilità.” Cf. FRISINA, Pasquale. *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali* cit., p. 373, 1986.

²⁵⁴ Nesses termos, Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri asseveram que “la caratteristica di struttura della stessa tutela cautelar è data dalla provvisoriété, nel senso che gli effetti del provvedimento sono destinati a durare solo entro determinati limiti temporali, mentre il provvedimento non è idoneo, dunque, a disciplinare in via definitiva il rapporto controverso. L’ulteriore caratteristica, del resto, complementare a quella della provvisoriété è data dalla *strumentalità*, da intendersi nell’evidente significato che la misura cautelar non è autônoma, ma è subordinata al procedimento di cognizione piena sul merito della causa.” Cf. *La tutela cautelar in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi* cit., p. 974.

plena, suportando representar a resposta definitiva do Estado juiz à contenda que lhe foi submetida à solução.

O critério estrutural para dividir em duas espécies o gênero da tutela sumária é de consistente utilização pela doutrina italiana²⁵⁵ e, em certa medida, também pela brasileira.²⁵⁶ Nesse padrão analítico, o gênero tutela sumária se desdobra em duas espécies, quais sejam, a tutela sumária cautelar e a tutela sumária não cautelar.²⁵⁷ Apenas para preservação da coerência terminológica, mas sem qualquer repercussão na substância do tema, utilizaremos para a primeira individualização da espécie a locução *tutela sumária dependente* e, para a segunda, a expressão *tutela sumária autônoma*.²⁵⁸

²⁵⁵ Vide, dentre outros, Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*; Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri, La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi cit.; Pasquale Frisina, La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali cit.; Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, aprile-giugno, 1999; Ferruccio Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria cit.*; e Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, op. cit. No trabalho dos dois últimos autores (p. 45), é apontada a superação da distinção entre provimento cautelar e provimento inteirinal ou antecipatório, sustentada por Crisanto Mandrioli, Federico Carpi e Levoni.

²⁵⁶ Com esse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque pontifica que “o escopo de evitar o risco de lesão ao direito, o dano marginal do processo, causado pela demora na entrega da tutela jurisdicional, em especial aquela precedida de cognição plena, pode ser obtido de duas formas, à escolha do legislador: tutela cautelar e sumária não cautelar. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 252. Também adota essa terminologia Kazuo Watanabe, op. cit., p. 153 e ss.

²⁵⁷ Assim, Andrea Proto Pisani explica que a “stessa funzione di neutralizzare i danni derivanti all’attore che há ragione dalla durata (o anche a causa della durata) del processo a cognizione piena e di garantire quindi la effettività della tutela giurisdizionale possa essere assicurata attraverso due tecniche procedimentali strutturalmente diverse: la tecnica della tutela sommaria cautelare caratterizzata dallo sfociare in un provvedimento sommario inidoneo per definizione a dare una disciplina definitiva al rapporto controverso, e la tecnica della tutela sommaria non cautelare destinata a sfociare in un provvedimento sommario dotato invece di tale idoneità.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 465. No mesmo sentido, Stefano Recchioni, op. cit., p. 148.

²⁵⁸ A divergência terminológica se justifica em razão de que para a doutrina brasileira, ao contrário italiana (que insere o provimento antecipatório na técnica cautelar), a tutela cautelar figura com espécie, e não gênero, de tutela sumária justificada pela urgência. Assim, como o escopo maior do trabalho é investigar a estabilização da tutela antecipada (também espécie do gênero das medidas de urgência), impõe-se a diferenciação, no plano vocabulário, dessas espécies de tutelas sumárias, a contribuir com a exata manipulação do tema, evitando-se, assim, confusões indesejadas que decorreriam da adoção da tutela antecipatória como modalidade de cautelar. José Roberto dos Santos Bedaque, em trabalho cujos escopos eram compatíveis com o tratamento uniforme das medidas conservativas e antecipatórias, adotou expressamente a tutela cautelar como gênero de tutela sumária e de urgência, destacando a “reduzida relevância, entretanto, da terminologia utilizada para a identificação dos fenômenos representados por tutelas provisoriamente antecipatórias.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 449. Ademais, cumpre destacar que sob ponto de vista obrigatoriedade, ou não, da cognição plena e exauriente, a classificação ora apresentada vai ao encontro daquela proposta por Remo Caponi, nos seguintes termos: “la distinzione tra provvedimenti sommari provvisori e provvedimenti sommari idonei al giudicato potrebbe sostituire quella tra provvedimenti sommari cautelari e provvedimenti sommari non cautelare, poiché si rivela più corretta e più comprensibile ad un asservatore straniero”. Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1390.

Enquadram-se no modelo de *tutela sumária dependente* as tutelas cautelares típicas e atípicas (Livro III do CPC), a tutela antecipada genérica do processo de conhecimento (CPC, art. 273), e os provimentos antecipatórios específicos pontualmente dispostos na legislação ordinária e extravagante que regulamentam o processo civil brasileiro. Emanam de procedimentos antecedentes e preparatórios do processo principal ou incidentalmente no próprio curso do procedimento de cognição completa, com subordinação integral ao juízo cognitivo completo. Resultado dessa dependência é a imediata perda de eficácia do provimento sumário na eventualidade de *i*) o juízo principal não ser instaurado em prazo peremptório estabelecido pelo legislador; *ii*) o processo principal ser extinto antes da análise do mérito da controvérsia; e *iii*) o resultado da decisão de mérito se mostrar antagônico aos seus termos.

Por sua vez, os provimentos que exprimem a *tutela sumária autônoma* são caracterizados principalmente pelo viés autosatisfativo que lhes é inerente. Essa virtude deriva de seu peculiar alinhamento às garantias constitucionais de segurança que tutelam o processo civil, que podem não se concretizar apenas com o efetivo desenvolvimento procedimental da cognição completa, mas também mediante um arcabouço procedimental que assegure ao interessado a *possibilidade* de exercício pleno da ampla defesa em cabal contraditório entre os litigantes.²⁵⁹ Têm vida própria e são capazes de atuar a vontade concreta da lei, mostrando-se imunes à não instauração de um juízo cognitivo completo ou à extinção intercorrente do procedimento ordinário sem a definição dele pretendida.²⁶⁰

Dos exemplos trazidos ao trabalho em item dedicado especificamente às formas de manifestação da tutela sumária no direito processual civil brasileiro, grande parte merece enquadramento no grupo caracterizado pela autonomia do provimento desgarrado da cognição completa, ou seja, com vocação a se tornar a solução final em relação ao bem da vida disputado pelas partes. O julgamento antecipado do mérito em favor do autor por

²⁵⁹ Nesses termos, Lea Querzola afirma que para “la garanzia della cognizione piena sia rispettata, non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena, essendo invece sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti, specie a quella risultata soccombente nella prima eventuale fase sommaria, la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena.” Cf. Op. cit., p. 178.

²⁶⁰ Remo Caponi, ao analisar os *provvedimenti sommari semplificati esecutivi* do direito italiano, modelo muito próximo ao ora analisado, destaca que “essi sono dotati cioè di una efficacia meramente esecutiva, che non viene meno se il processo a cognizione piena non viene instaurato o si estingue e può protrarsi indefinidamente nel tempo, fino all’esaurimento del conflitto di interessi o fino alla sentenza che si pronuncia in via di cognizione piena sul diritto.” Cf. CAPONI, Remo. La nuova disciplina dei procedimenti cautelare in generale (L. n. 80 del 2005). *Foro Italiano*, vol. V, p. 70, 2006.

ausência de contestação (CPC, art. 330, II) ou por não controvérsia sobre os fatos constitutivos de seu direito (CPC, art. 302), assim como a mais recente técnica de solução sintética do litígio em benefício do réu (CPC, art. 285-A), são exemplares típicos de manifestação da tutela sumária autônoma (não cautelar). A ausência de iniciativa expressa do interessado²⁶¹ para o exercício de seu direito à cognição plena e exauriente confere sustentação à decisão sumária final de mérito suscetível à coisa julgada material, a despeito da limitação cognitiva nos planos horizontal e vertical.

No mesmo grupo se enquadram as tutelas sumárias provenientes das ações monitória e de execução de título extrajudicial, nas quais o comportamento do demandado terá papel de destaque na instauração e realização do procedimento de cognição plena e exauriente. Não opostos os respectivos embargos ao mandado monitório ou do devedor, abertas²⁶² estarão as portas ao credor para a expropriação de bens do demandado e consequente satisfação de sua pretensão jurisdicional, com rarefeito contato do juiz com o contexto fático e jurídico da relação intersubjetiva das partes antecedente à propositura da demanda.

A tutela sumária autônoma também está presente nos modelos procedimentais em que a atividade cognitiva é limitada por exclusão legal de matérias de defesa. Como já mencionado em item específico do trabalho, nessas hipóteses a cognição é sumária por restrição em seu plano horizontal, sendo que a garantia constitucional de conhecimento pleno do tema controvertido pelo poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) somente é satisfeita a partir da adição de matérias tratadas em duas lides parciais.

O método em questão se manifesta nas ações cambiais, possessórias, de desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941) e de busca e apreensão (Dec.-lei 911/1969), nas quais as respectivas crises de direito material somente são plenamente recepcionadas pelo

²⁶¹ Com distinção, entretanto, do momento da inércia do interessado. No caso de revelia ou incontrovérsia de fatos (inércia do réu), o provimento sumário será posterior e decorrente dessa atitude omissiva. Já a não provocação do contraditório pleno por interesse do autor poderá ocorrer quando já proferido o provimento sumário denegatório de sua pretensão (decisão anterior e decorrente da qualidade do direito apresentado pelo autor em petição inicial).

²⁶² Quanto à tutela monitória, importante a observação feita por José Roberto dos Santos Bedaque com vistas à manutenção da efetividade dessa técnica, no sentido de que “o provimento injuntivo integra o procedimento especial previsto para essa modalidade de tutela diferenciada, dispensando processo de execução autônomo e impossibilitando a apresentação de novos embargos.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 260.

processo e pela jurisdição estatal – a almejada realização da vontade concreta da lei –, quando a matéria preterida em defesa por imposição legal se tornar, a depender da iniciativa daquele que se sujeitou à tutela jurisdicional sumária, a causa de pedir de nova demanda *plenária*, na qual a cognição *plena e exauriente* poderá se desenvolver integralmente. De todo modo, aqui também a efetivação da cognição completa está vinculada à iniciativa da parte interessada, de quem a inércia resultará na definição do litígio pelo provimento sumário final.

O mandado de segurança, modelo de limitação cognitiva por imposição legal em que a sumariedade decorre da vedação a determinadas modalidades de prova, segue o mesmo padrão da tutela sumária autônoma destacada no parágrafo antecedente. Como já afirmado em sede apropriada, a sumariedade da cognição decorre da não conformidade de seu procedimento ao ordinário modelo predeterminado pelo legislador para cumprimento do *valor* inerente à cognição plena e exauriente. Insurgindo-se o impetrado contra a higidez da prova documental que sustenta o direito líquido e certo reclamado pelo autor da demanda, impõe-se a apuração precisa do tema em atividade cognitiva completa, sob pena de indevida inobservância de seu direito à ampla defesa e ao contraditório efetivo. A atividade cognitiva do juiz está limitada, assim, à constatação da existência de direito líquido e certo, o que induz seu provimento ao modelo sumário de tutela atrelado à cognição plena eventual dependente da iniciativa da parte interessada.

Feitas essas considerações destinadas ao agrupamento da tutela sumária em suas diversas manifestações no ordenamento processual brasileiro, pode-se agora delimitar o segundo ponto de fundamental importância aos objetivos propostos no trabalho. Ao lado da constatação feita quando do exame das condições de realização da técnica da cognição sumária, em que se pontificou que a generalização da tutela sumária (tutela antecipada) com estabilidade do provimento dela advindo passa pela recepção, no procedimento ordinário, da *não obrigatoriedade* e da *eventualidade* do contraditório pleno e exauriente, deve-se cravar agora outro aspecto de salutar importância ao correto entendimento da matéria sob investigação: para se conferir autonomia e capacidade de satisfação ao provimento judicial que antecipa a tutela jurisdicional pretendida pelo demandante a partir de atividade judicial cognitiva restrita, tornando apenas eventual a instauração de juízo de cognição plena e exauriente, há necessariamente que se alterar a estrutura que hoje confere sustentação ao instituto da tutela antecipada no vigente ordenamento processual brasileiro.

Em termos mais claros, ao se falar em posituação da estabilização da tutela antecipada, deve-se logo ter em mente que a implementação dessa técnica no ordenamento processual pátrio passa compulsoriamente pela *alteração estrutural*²⁶³ desse instituto, que deverá caminhar, ainda que relativamente, de forma desprendida dos elementos *instrumentalidade* e *provisoriedade*.²⁶⁴ A tutela antecipada nacional (genérica ou específica), para ser dotada do predicado estável, deve sair do grupo das *tutelas sumárias dependentes* e se realocar no modelo das *tutelas sumárias autônomas*.²⁶⁵ Assim, não estará limitada a antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo demandante, mas propriamente a eficácia jurídica²⁶⁶ incidente sobre a crise de direito material levada à solução do Poder Judiciário, que se estabilizará mediante a não instauração do juízo cognitivo completo pela parte interessada.²⁶⁷

Mas a mudança proposta não é tão simples. Para se preservar o grau de acuidade científica que se espera do processualista, imperiosa se faz a análise detalhada da efetiva possibilidade da alteração estrutural ventilada. Em outros termos, deve a indagação esmiuçar o vínculo existente entre os elementos *instrumentalidade* e *provisoriedade* e a tutela antecipada que desde logo satisfaz a pretensão jurisdicional do demandante, inclusive para avaliar eventual ligação ontológica entre si, o que afastaria a possibilidade de implementação da almejada estabilidade por incompatível desnaturação do instituto.

²⁶³ Sobre o sistema processual italiano, no qual o legislador consolidou essa mudança estrutural a partir do Dec.-lei 35/2005 (convertido em Lei 80/2005), informa Lea Querzola que “all’apparire delle nuove disposizioni, la doutrina che si è accupata del tema há evidenziato immediatamente come l’aspetto più rilevante sia consistito nell’alterare il nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare e sua necessaria correlazione com un provvedimento principale.” Cf. Op. cit., p. 6.

²⁶⁴ Fenômeno que, no vernáculo italiano, foi identificado pelos termos “allentamento” (Andrea Proto Pisani. La nuova disciplina del processo societário. *Foro Italiano*, vol. V, 14, 2003; Remo Caponi, La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1370), “attenuazione” (CECCHIELLA, Claudio. Il référé italiano nella riforma delle società. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 1140, 2003; DITTRICH, Lotario. Il provvedimento d’urgenza. In: TARZIA, Giuseppe (a cura di). *Il nuovo processo cautelare*. Padova: Cedam, 1993), “autonomizzazione” (CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo processo societario*. Bologna: Zanichelli, 2004. p. 5) e “eliminazione” (Lea Querzola, op. cit., p. 13)

²⁶⁵ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “essa solução implica alteração substancial da natureza do instituto da tutela antecipada, que perderia a provisoriedade, assumindo a condição de tutela sumária não cautelar.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 333.

²⁶⁶ “Que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações constantes no preceito normativo.” Cf. Teori Albino Zavascki, op. cit., p. 64.

²⁶⁷ Nesse sentido, Giovanni Arieta ressalta que “la distinzione fra anticipazione in senso stretto e assicurazione provvisoria degli effetti finisce dunque, com il risolversi nella individuazione delle caratteristiche funzionali e strutturali chi normalmente si rinvencono rispettivamente nella tutela sommaria *tout court* e nella tutela cautelare.” Cf. ARIETA, Giovanni. La tutela d’urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggioli Editore, 1986. p. 127.

Passa-se, assim, ao estudo desses fatores estruturais informadores da tutela sumária vinculada a atividade cognitiva completa obrigatória.

2.7 Instrumentalidade da tutela sumária

Como acima relatado, a técnica da cognição sumária, em um dos modelos que se apresenta, é estruturada no elemento *instrumentalidade*.²⁶⁸ Significado dessa proposição é a estreita relação existente entre o juízo sumário e o sucessivo desenrolar do procedimento realizador da cognição plena e exauriente, esse sim voltado a definir o litígio e estabilizar a relação de direito material existente entre as partes. A tutela sumária assim moldada tem o escopo de assegurar a frutuosidade ou utilidade do provimento definitivo,²⁶⁹ razão porque se afirma a natureza acessória do instituto.²⁷⁰

Quando informada pela instrumentalidade, a tutela sumária tem seus efeitos limitados no tempo, sendo certo que a partir do pronunciamento da decisão final do processo – que confere tratamento à pretensão do demandante –, perde sua eficácia por exaurimento de finalidade.²⁷¹ No sistema processual brasileiro, essa regra está positivada nos arts. 807 e 808, inciso III, do Código de Processo Civil. Há casos em que, para manutenção da função da tutela sumária, deve ela preservar sua eficácia até o momento em que a sentença de procedência se torne efetivamente imperativa.²⁷²

²⁶⁸ Informam Enrico A. Dini e Giovanni Mammonne que a doutrina italiana por muito tempo divergiu sobre a forma de indicação desse fenômeno: “Chi parla di *sussidiarietà*, chi di *ausiliarità protettiva*, chi di *preordinazione-anticipazione*, chi di *strumentalità cautelare*, chi di *complementarietà*, chi di *collegamento funzionale*.” Cf. Op. cit., p. 38.

²⁶⁹ A depender do caráter conservativo ou antecipatório da tutela sumária.

²⁷⁰ Dino Buoncristiani aponta que a instrumentalidade “indica il rapporto intercorrente tra il provvedimento cautelare e il provvedimento principale o definitivo e sanziona la caducità del provvedimento cautelare, che nasce in funzione e in attesa del provvedimento principale ed è, pertanto immancabilmente destinato a perdere efficacia nel caso in cui il provvedimento principale non possa essere emanato o sia stato emanato.” Cf. Dino Buoncristiani, op. cit., p. 579.

²⁷¹ José Roberto dos Santos Bedaque fala em extinção “pelo provimento da cognição exauriente.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 147.

²⁷² Nesse caso, como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “quando ocorre o trânsito em julgado da sentença antes da plena realização do direito, a sentença de cognição exauriente empresta carga declaratória à tutela sumária, transformando-a em tutela de cognição definitiva.” Cf. *A Antecipação da tutela* cit., p. 162.

O exame mais aproximado do tema, no entanto, permite análise da *instrumentalidade* sob o enfoque de dois planos distintos, quais sejam o *funcional* e o *estrutural*.

No plano *funcional*, verifica-se que a índole instrumental da tutela sumária é proveniente da própria relação de dependência existente entre a tutela de cognição efêmera e aquela cognitiva completa. São formas de proteção jurisdicional em que o provimento sumário tem a missão de dar suporte e servir o provimento definidor da crise de direito material. Nesse cenário, a razão de ser da tutela sumária é dar condições de existência e eficácia ao provimento final realizador da vontade concreta da lei. Deve estar a serviço da tutela definitiva, ou seja, representar o “instrumento do instrumento”.²⁷³

Sob esse enfoque, a instrumentalidade como elemento constitutivo da espécie da *tutela sumária dependente* está relacionada ao emparelhamento (e necessária capacitação) do método estatal de solução de controvérsias, o qual, em seu desenrolar ordinário e vinculado essencialmente à realização da vontade concreta da lei, é naturalmente incompatível com determinadas situações jurídicas e fáticas nas quais a atuação jurisdicional deve ser imediata. Os efeitos produzidos pela tutela sumária têm conotação preliminar, eis que voltados exclusivamente a preservar a capacidade de atuação do processo em seus moldes ordinários de tramitação, sendo notadamente incapazes de atuar diretamente na crise de direito material ensejadora da demanda. Sem o juízo de cognição completa – ao qual está umbilicalmente ligado²⁷⁴ –, não há como se sustentar a necessidade da tutela sumária.²⁷⁵ Assim, a instrumentalidade da tutela sumária, quando amparada em seu plano funcional, atua na essência desse provimento jurisdicional diferenciado, configurando seu componente ontológico. Esse fenômeno se manifesta, de forma geral, nas tutelas sumárias dependentes de finalidade *conservativa*,²⁷⁶ mediante a constatação da

²⁷³ Cf. Stefano Recchioni, op. cit., p. 36.

²⁷⁴ O que justifica, inclusive, a necessidade de indicação da ação principal (CPC, art. 801, III).

²⁷⁵ O arresto de bens do demandado somente tem justificativa a partir da existência de processo cognitivo cuja pretensão é o reconhecimento de sua condição de devedor. Da mesma forma, a produção antecipada de provas é estimulada, necessariamente, pela futura utilização dessa prova na formação do convencimento do juiz acerca dos fatos sobre os quais incidiram a norma de direito material.

²⁷⁶ Paolo Biavati ressalta a instrumentalidade como característica essencial da tutela cautelar conservativa: “secondo la lezione comune, le misure cautelari si possono distinguere in conservative ed anticipatorie. Sono conservativi quei provvedimenti cautelari che non consegnano, a chi li abbia ottenuti, l'utilità finale della domanda giudiziale, ma solo un'utilità strettamente strumentale, che non può avere, neppure volendo, vita autonoma rispetto ad un successivo accertamento di merito.” Cf. Op. cit., p. 565.

urgência da atuação jurisdicional do Estado juiz, em estrito cumprimento do dever de preservação da efetividade do comando judicial.

Pela perspectiva do plano *estrutural*,²⁷⁷ a instrumentalidade da tutela sumária resulta da imposição legal inflexível da realização sucessiva do procedimento em cognição plena e exauriente, sob pena de revogação da medida e consequente perda da eficácia para a qual foi concebida. Esse fenômeno se manifesta naquelas situações em que a tutela sumária desempenha papel *antecipatório*, cuja pertinência está relacionada à proteção da utilidade da tutela jurisdicional final. Uma vez que, pelas peculiaridades de sua formação, vem amparado em juízo de verossimilhança, impõe o legislador que o prognóstico carregado no provimento sumário seja validado em atividade cognitiva regulada pelos valores de segurança que tutelam o processo civil nacional, apta à promoção do indispensável juízo da verdade que assegura a certeza jurídica inerente às decisões declaratórias da vontade concreta da lei. O destacado caráter dependente do provimento antecipatório previsto no ordenamento brasileiro (genérico e específico), como reflexo de sua instrumentalidade estrutural em relação ao provimento de cognição ordinária, decorre essencialmente de sua incapacidade de também agasalhar juízo da verdade²⁷⁸ sobre os fatos constitutivos do direito do demandante (não só o de verossimilhança), virtude que, pelo direito posto e como regra geral,²⁷⁹ é inerente apenas às decisões proferidas ao final do procedimento realizador da cognição plena e exauriente.

Dessa forma e com os olhos voltados ao ordenamento jurídico pátrio, a *tutela sumária dependente*, quando concedida em caráter antecedente ao juízo de cognição completa, está fadada à ineficácia quando o sujeito ativo da relação jurídica processual deixa de provocar a instauração do juízo cognitivo completo dentro do prazo peremptório

²⁷⁷ Para Balbi, “in sostanza, la strumentalità rispetto al merito si esprime già sufficientemente con la possibilità di pendenza di un processo di merito e non con la sua necessità.” Cf. BALBI, Raffaele. Provvedimenti d’urgenza. *Digesto*. IV edizione, vol. XVI, Torino, p. 126, 1997.

²⁷⁸ Ovídio A. Baptista da Silva aponta que dessa premissa decorre a seguinte consequência: “cabendo ao julgador apenas declarar a ‘vontade da lei’, e como a lei só poderá ter uma única vontade, é natural que todos os juízos baseados em ‘verossimilhança’ – posto que admitem outras soluções igualmente possíveis e legítimas – sejam desde logo excluídos, como forma de verdadeiro julgamento, enquanto proclamação da vontade (única) da lei.” Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 251.

²⁷⁹ Exceções analisadas no item específico do trabalho que verifica o significado da proposta de ruptura do nexo necessário de instrumentalidade estrutural da tutela antecipada brasileira.

de trinta dias disposto no art. 806 do Código de Processo Civil.²⁸⁰ Semelhante fenômeno é verificado na hipótese de o procedimento de cognição completa não atingir seu objetivo final (sentença definidora da crise de direito material), com extinção do processo sem julgamento de mérito.

No plano em análise, a instrumentalidade da tutela sumária tem natureza teleológica,²⁸¹ e representa do legislador ordinário à admissão da interferência estatal na relação intersubjetiva das partes, com satisfatividade,²⁸² sem a integral observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, as quais somente serão usufruídas pelo demandado no momento de tramitação do juízo cognitivo completo. Diferentemente do que ocorre no provimento sumário conservativo (naturalmente inidôneo a ditar uma disciplina definitiva ao conflito), a tutela sumária provida de conteúdo antecipatório atinge a realização prática dos efeitos do provimento final de mérito, revelando-se inapta a dar solução com eficácia jurídica à crise de direito material sobre a qual recai a atividade jurisdicional. A instrumentalidade definida por sua estrutura, portanto, resulta apenas da vontade política do legislador²⁸³ (e não de necessidade lógica²⁸⁴), que retira da *tutela sumária dependente* (tutela sumária cautelar) sua competência para definir juridicamente o litígio entre as partes.

²⁸⁰ Remo Caponi identifica nessa regra de perda de eficácia do provimento cautelar por ausência de instauração do processo de cognição plena a “notevole intensità di questo rapporto di strumentalità”. Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1371. Já Stefano Recchioni visualiza nessa relação um nexo de natureza adicional à instrumentalidade, consistente na *condizionalidade* de efeitos jurídicos. Assim, conclui que “la caducazione della misura cautelare avviene per il venir meno non già del nesso di strumentalità, ma appunto di quello di condizionalità perché, come visto, la misura cautelare è condizionata risolutivamente quanto alla sua efficacia ad una serie di eventi, e non anche ad una pretesa inefficacia sopravvenuta del nesso di strumentalità.” Cf. Op. cit., p. 41.

²⁸¹ Por isso, não se pode concordar com a afirmação de José Roberto dos Santos Bedaque no sentido de que a tutela jurisdicional antecipada representa “medida ontológica e estruturalmente provisória e instrumental”, eis que tais elementos decorrem, na verdade, da opção do legislador e não da essência do instituto. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 317. O próprio professor Titular das Arcadas acaba por corroborar com esse entendimento, ao analisar a instrumentalidade da tutela cautelar, informa que “a adoção de uma ou de outra solução, pois ambas acabam por produzir efeitos diretos na relação material, depende exclusivamente da vontade política do legislador.” Cf. Ibidem, p. 147.

²⁸² “Satisfatividade fática não se confunde com satisfatividade jurídica, visto que somente essa, por se tornar definitiva, tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto.” Cf. Ibidem, p. 318.

²⁸³ “Naturalmente l’opzione a favore dell’una o dell’altra tecnica è rimessa all’esclusiva valutazione del legislatore, le cui considerazioni non sempre sembrano improntate a criteri di logicità processuale.” Cf. Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, op. cit., p. 47.

²⁸⁴ Assim, Paolo Biavati afirma que “sono invece anticipatori quei provvedimenti che attribuiscono a chi li abbia ottenuti un’utilità finale, che, tuttavia, si presenta come provvisoria e che suppone (ma non per necessità logica) una conferma di merito.” Cf. Op. cit., p. 564.

No sistema processual brasileiro, a tutela antecipada do procedimento ordinário, disposta no art. 273 do Código de Processo Civil, está alojada no compo das *tutelas sumárias dependentes*, uma vez que de fácil constatação o elemento instrumentalidade em sua composição fundamental. Sua vocação instrumental, por sua vez, é ditada pelas atribuições institucionais a ela conferidas intencionalmente pelo legislador, condição essa identificada fora dos limites de sua formatação essencial. Em termos mais precisos, a tutela sumária sob análise é subordinada a outra tutela cognitiva completa por expressa disposição legal, aqui identificada por instrumentalidade estrutural, de onde se extrai a constatação de que a obrigatoriedade ou eventualidade do contraditório completo subsequente (e da autonomia ou instrumentalidade do provimento) está relacionada a critérios de conveniência e oportunidade legislativa. Sem a intenção deliberada de antecipar conclusões do trabalho, constata-se que a capacidade de definição material e jurídica do conflito pela tutela antecipada da pretensão jurisdicional está ao alcance do legislador, que pode retirar sua característica instrumental e dotá-la de autonomia e estabilidade para realização da vontade concreta da lei.

2.8 Provisoriedade da tutela sumária

De forma contígua ao elemento instrumentalidade, é a *tutela sumária dependente* caracterizada por seu componente *provisoriedade*,²⁸⁵ que define a limitação temporal da eficácia e dos efeitos de seu provimento, bem como sua incapacidade de solucionar definitivamente a relação controvertida,²⁸⁶ em estrita relação de dependência e submissão a futuro juízo de mérito proferido em sede de procedimento em cognição plena e exauriente.²⁸⁷

Assim, a provisoriedade que orienta o provimento sumário tem destacado papel na correta identificação dessa técnica processual, refletindo a presença de fator de sucessão

²⁸⁵ Remo Caponi entende existir, também, uma relação de dependência entre a instrumentalidade e a provisoriedade da tutela sumária cautelar: “i provvedimenti cautelari, in quanto al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori. La strumentalità costituisce quindi la ragione d’essere della provvisorieta dei provvedimenti cautelari, tanto che si potrebbe parlare anche di una loro provvisorieta strumentale.” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1371.

²⁸⁶ Cf. Andrea Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 466.

²⁸⁷ “La provvisorieta, poi, in un’ottica più tecnico-giuridica, sta ad indicare una particolare situazione in cui versano un atto, o i suoi effetti, in rapporto ad un altro atto che avrà natura definitiva.” Cf. Stefano Recchioni, op. cit., p. 33

entre dois provimentos relacionados a uma crise de direito material. O primeiro, necessariamente em caráter precedente, decorre de atividade cognitiva incipiente, voltado aos fins de efetividade ou utilidade da atividade jurisdicional pretendida no processo; já o segundo, amparado em cognição completa, tem aptidão de declarar o direito do caso concreto e ditar definitivamente a disciplina do bem da vida controvertido.

A relação de sucessão, em caráter subordinatório, que configura o elemento *provisoriedade* da tutela sumária não se encerra apenas na limitação temporal decorrente de sua natureza instrumental.²⁸⁸ Mais do que isso, representa a incapacidade do provimento sumário de declarar a vontade concreta da lei e produzir a eficácia jurídica característica da tutela jurisdicional definitiva. Mesmo naquelas hipóteses em que a instrumentalidade da tutela sumária é apenas estrutural (ou seja, por previsão legal impositiva) e cujos efeitos práticos têm identidade plena com as consequências fáticas da outorga da tutela jurisdicional definitiva pretendida pelo demandante, não se pode admitir presentes a eficácia e os efeitos jurídicos da tutela de cognição completa. A provisoriedade da tutela sumária compreende, assim, implacável substituição²⁸⁹ pela decisão definitiva,²⁹⁰ cuja função, importa ressaltar, é tornar definitivo especificamente o direito antecipado, jamais o próprio provimento sumário.²⁹¹ A relação entre os dois provimentos é de sentido único, não se vislumbrando que a instrumentalidade esteja também presente em benefício, e para fins de confirmação, do provimento provisório.²⁹²

Essa incapacidade de declarar o direito em conformidade com o contexto fático do caso concreto, a exemplo do fator *instrumentalidade*, é orientada por dois vetores circunstanciais distintos. De um lado, quando o provimento sumário tem por escopo assegurar a capacidade do processo de realizar seus objetivos institucionais de forma

²⁸⁸ Já Piero Calamandrei advertida a distinção conceitual entre os elementos provisoriedade e temporariedade quando analisados no contexto da tutela cautelar. Cf. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* cit., p. 10.

²⁸⁹ Assim, Remo Caponi delimita o significado da provisoriedade do provimento cautelar: “esso dura finché non sopravviene la sentenza definitiva nel processo a cognizione piena, dopodiché è sostituito dalla sentenza che accerta l’esistenza del diritto cautelato, o viene semplicemente meno, se viceversa il diritto è dichiarato inesistente.” Cf. *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea* cit., p. 1370.

²⁹⁰ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 154.

²⁹¹ Destacam Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, que “se il diritto è stato anticipato a mezzo del provvedimento cautelare, tale situazione provvisoria potrà essere resa definitiva dal provvedimento principale, ma non sarà reso definitivo il provvedimento cautelare, che è provvisorio. Definitivo è il provvedimento di merito, non il provvedimento cautelare.” Cf. *Op. cit.*, p. 52.

²⁹² “Infatti, è il provvedimento sommario ad essere strumentale a quello definitivo e non viceversa.” Cf. Stefano Recchioni, *op. cit.*, p. 42.

efetiva, traduzindo-se em tutela de segurança voltada unicamente à conservação de fatos ou de situações jurídicas fundamentais à realização da vontade concreta da lei,²⁹³ nota-se que a *provisoriedade* é condição natural dessa técnica processual, ligada, pois, à essência do instituto. Nesse caso, a atividade judicial é voltada à análise e constatação da presença dos pressupostos relacionados à tutela conservativa (perigo da demora da tramitação do procedimento ordinário e probabilidade do direito exposto pelo demandante), deixando à tutela definitiva a tarefa de subsumir os fatos apurados em instrução processual detalhada ao direito abstrato previsto em lei para a tutela final de mérito com função declaratória do direito (tutelas declaratória, constitutiva ou condenatória).²⁹⁴ Assim, a *provisoriedade* decorre do próprio exaurimento de sua função de segurança da atividade jurisdicional do Estado.

Como visto, e por outro lado, há situações em que a tutela sumária tem conotação satisfativa, a compreender a exata antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional final pretendida pelo demandante, com a finalidade de preservar a utilidade do processo de cognição plena e exauriente. Nesses casos, a limitação temporal imposta ao provimento judicial sumário decorre de sua incapacidade, *ope legis*, de acertar o direito que deve reger a relação intersubjetiva dos sujeitos parciais do processo. O legislador, no exercício de suas funções institucionais, retira da tutela concedida a partir de juízos de probabilidade e verossimilhança a capacidade produtiva de eficácia e efeitos²⁹⁵ jurídicos necessários à tutela definitiva de interesses juridicamente protegidos, ainda que os efeitos práticos da tutela jurisdicional pretendida sejam desde logo desfrutados pelo demandante beneficiário da tutela sumária.²⁹⁶ Uma vez mais, portanto, a subordinação da satisfação de um direito a

²⁹³ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na tutela conservativa (cautelar), uma vez que o objeto da cognição não é o mesmo do processo cautelar, “a eficácia e o efeito exsurtem, por consequência, não da lei substancial, mas da própria lei processual” Cf. Perfil dogmático da tutela de urgência cit., p. 15. Ademais, para o professor gaúcho, a eficácia e o efeito da tutela antecipatória, por sua vez, decorrem da lei substancial.

²⁹⁴ O art. 810 do CPC brasileiro traz regra de exceção a essa proposição, possibilitando que o litígio seja definitivamente resolvido já em sede cautelar, a partir do acolhimento de alegação de prescrição ou decadência do direito afirmado pelo demandante. Nesse caso, o provimento proferido em cognição sumária tem sua estrutura modificada de forma intercorrente no processo, desprendendo-se dos elementos instrumentalidade e *provisoriedade* inerentes à tutela cautelar, definindo autonomamente o litígio entre as partes.

²⁹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define, com precisão, os conceitos de eficácia e efeitos do provimento judicial: “A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem, os efeitos à produção de alterações no mundo sensível, como consequência da eficácia.” Cf. Perfil dogmático da tutela de urgência cit., p. 10.

²⁹⁶ “Si può affermare che la tutela d’urgenza può assicurare, anche con la tecnica dell’anticipazione, soltanto gli effetti principali della sentenza e non anche quelli secondari.” Cf. Ferruccio Tommaseo, Riflessioni sulla tutela cautelare d’urgenza cit., p. 1495.

uma tutela de cognição sumária ou de cognição plena e exauriente está alojada nos campos da conveniência e da oportunidade ligados à política legislativa.

Ademais, a provisoriedade, quando presente na configuração da tutela sumária, impõe ao provimento dela decorrente duas condições elementares ao seu harmônico enquadramento no sistema processual no qual está inserida, sob risco de desvirtuamento de suas funções regimentais. De um lado, controla a delimitação temporal dos efeitos do provimento sumário, o qual deve ser extinto caso desprovido de posterior procedimento cognitivo ordinário – não instauração ou extinção anômala do juízo de mérito –, ou deve ser absorvido pela tutela ordinária definitiva provedora da eficácia jurídica almejada por uma das partes.²⁹⁷ Adicionalmente, se extrai da própria lógica do conteúdo provisório da medida que os efeitos do provimento sumário jamais poderão implicar prejuízos ao processo principal – que visa dotar de efetividade – ou ao provimento final definidor da crise de direito material – ao qual pretende conferir utilidade.²⁹⁸

Corolário desse dever de convívio harmônico no sistema processual no qual está inserido é, de forma notória, a taxativa proibição legal de o provimento sumário arrastar efeitos fáticos ou jurídicos irreversíveis, o que sacaria do processo cognitivo ordinário a capacidade de atuar, no futuro e após a exaustão de seus atos procedimentais, a vontade concreta da lei. No processo civil brasileiro, essa regra vem expressa no § 2º do art. 273 de seu diploma processual, de aplicação específica àquelas tutelas sumárias de conteúdo antecipatório.²⁹⁹ Esse dever de harmonia e sua consequente proteção ao provimento definitivo produzido em cognição completa sustenta, ademais, a previsão de revogabilidade da tutela sumária caso se revele, no trâmite do processo, descabida e desprendida de seus fundamentos essenciais. Tanto o provimento sumário antecipatório

²⁹⁷ Nunca se olvidando do efeito declaratório negativo da sentença de improcedência da demanda.

²⁹⁸ Cf. Stefano Recchioni, op. cit., p. 48.

²⁹⁹ Essa regra, vale destacar, pode ser relativizada em razão das peculiaridades do direito controvertido, no qual se percebe a colisão de direitos fundamentais dos litigantes. Nessas hipóteses, deve o juiz se valer de prudente sopesamento dos valores em conflito, ponderando e decidindo, a partir do princípio da proporcionalidade, em juízo do direito mais forte e juízo do mal maior. Esse o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que afirma que “essa realidade determina a validade relativa da regra mencionada, pois sempre que se verificar o conflito o juiz haverá de se inclinar pelo provável titular do direito em discussão, sob pena de dificultar o acesso à jurisdição, com violação da garantia contida no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República.” Cf. Perfil dogmático da tutela de urgência cit., p. 37. Por sua vez, Andrea Proto Pisani entende que “il giudice deve valutare comparativamente il danno che subirebbe l’istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare ed il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione: e conseguentemente concedere il provvedimento solo quando il pregiudizio dell’istante sia qualitativamente o quantitativamente maggiore del danno subito dalla controparte.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – Studi cit., p. 483.

dos efeitos da tutela jurisdicional quanto aquele que, sob o designo de tutela cautelar, visa a conservar situações imprescindíveis aos objetivos finais do processo de conhecimento ou executivo, ao se revelarem prejudiciais e antagônicos à decisão final que acertará o direito do caso concreto, devem ser, já que provisórios, imediatamente revogados pelo juiz.³⁰⁰ Essa regra, em nosso sistema processual, está positivada no parágrafo 4º do art. 273 (tutela antecipada) e também no *caput* do art. 807 (tutela cautelar), ambos do Código de Processo Civil.³⁰¹

A *provisoriedade* do provimento sumário, enquanto fator de obstrução de sua aptidão ao reconhecimento e realização definitiva da vontade concreta da lei (eficácia jurídica), merece ainda consideração pontual necessária a sua exata identificação no contexto da prestação jurisdicional pelo processo. Como já enfatizado por abalizada doutrina, a provisoriedade é inerente ao próprio provimento, e não aos efeitos fáticos e jurídicos dele decorrentes.³⁰² Veja-se, por exemplo, a tutela sumária manifestada em caráter conservativo sob a forma do arresto cautelar de bens de devedor³⁰³ (CPC, art. 813). Seu efeito prático é a preservação de bens expropriáveis no patrimônio do executado; seu efeito jurídico é a incidência de constrição judicial sobre determinado bem ou conjunto de bens do devedor. Um e outro continuam presentes, em caráter de continuidade, no esgotamento do provimento sumário decorrente da eficácia da decisão proferida em juízo cognitivo completo: a conversão do arresto cautelar em penhora (CPC, art. 818), mantém tanto o efeito preservador da solvabilidade do demandado quanto o efeito constritivo judicial sobre o bem que será objeto de expropriação. O mesmo fenômeno ocorre, agora de forma inexorável, quando se lança mão da técnica da cognição sumária com função antecipatória

³⁰⁰ “Il rapporto di strumentalità si coglie nel fatto che il provvedimenti cautelari possono essere revocati e modificati da parte del giudice istruttore della causa di merito, se si verificano mutamenti nelle circostanze.”; Cf. Remo Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit.*, p. 1371.

³⁰¹ A revogabilidade do provimento sumário, quando justificada na proibição de prejuízos à decisão definitiva de mérito, parece deixar em evidência a possibilidade de retratação do juiz, sem a ocorrência do fenômeno da preclusão ao sujeito imparcial do processo. Isso porque, caso o julgador se convença ao longo da tramitação procedimental ordinária que a decisão tomada em cognição sumária está, na verdade, indo de encontro aos seus escopos funcionais e ao futuro êxito da tutela definitiva, deve rever sua decisão e adequar a atuação jurisdicional aos fins da utilidade e efetividade que a informa.

³⁰² Nesse sentido são as lições de Andrea Proto Pisani: “Le cose cambiano notevolmente ove provvedimento cautelare si passi a considerare i suoi effetti. Mentre il provvedimento cautelare – come si è visto – è *sempre* provvisorio, gli effetti del provvedimenti *non* lo sono *sempre*.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi cit.*, p. 466.

³⁰³ Ou potencial devedor, já que a sentença condenatória, líquida ou ilíquida, pendente de recurso e por isso passível de revisão, pode amparar essa modalidade de tutela de urgência, conforme parágrafo único do art. 814 do CPC.

dos efeitos do provimento definitivo de mérito. Os efeitos pretendidos pelo demandante, que são antecipados com base em decisão provisória, se procedente a pretensão do demandante, são integralmente mantidos e referendados por decisão final dotada da eficácia jurídica decorrente da atuação jurisdicional do Estado-Juiz.

O conjunto de argumentos expostos no presente item evidencia, em conclusão, que no contexto da técnica da antecipação de tutela jurisdicional acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja ela genérica ou específica, a *provisoriedade* compõe sua estrutura em decorrência da própria finalidade a ela atribuída pelo legislador, tendo, assim, conotação nitidamente teleológica. Dessa forma, ainda que seja precedida de cognição completa – como, por exemplo, a tutela antecipada concedida em sentença do processo de conhecimento –, jamais assumirá a condição de decisão definitiva da demanda, sendo naturalmente substituída no momento em que o provimento final de mérito desfrutar de condição imperativa – trânsito em julgado ou interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo.

CAPÍTULO 3

A TUTELA ANTECIPADA ESTÁVEL: PROVIMENTO SUMÁRIO POTENCIALMENTE DEFINITIVO

3.1 Fundamentos para alteração estrutural da tutela sumária antecipada do processo civil brasileiro

A tutela de urgência do sistema processual brasileiro, entendida como gênero das espécies de tutelas jurisdicionais cautelares e antecipadas – inclusive de evidência –, foi construída sobre rígidos e consistentes alicerces doutrinários e dogmáticos – com evidente influência da septuagenária obra de Piero Calamandrei,³⁰⁴ com paredes estruturais formadas pelos atributos *instrumentalidade* e *provisoriedade* de seu provimento. Assim, ao se cogitar a positivação de norma legal receptora da técnica da tutela antecipada estável, deve o processualista ter muito claro em mente que, na verdade, estará diante de efetiva mudança de paradigma da tutela sumária que hoje se manifesta em nosso ordenamento processual.

E a mudança estrutural do modelo existente deve ser justificada por virtudes consistentes identificadas na nova técnica processual, sempre com a expectativa de entender a função jurisdicional em termos de *tutela de direitos*.³⁰⁵ Como toda alteração legislativa, deve responder aos anseios atuais da sociedade, cujo resultado esperado deve não só superar o natural poder intimidatório do novo, mas também suplantiar todas as virtudes decorrentes da consolidação legislativa no tempo, que confere segurança e previsibilidade aos operadores do direito e aos jurisdicionados em relação ao padrão atual de prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz.³⁰⁶

³⁰⁴ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* cit. José Rogério Cruz e Tucci, em obra de homenagem ao mestre italiano, revela que “além da precisão dos conceitos, o ponto alto deste trabalho, que podemos considerar “moderníssimo” – centra-se na classificação da tutela cautelar. É exatamente no cap. 2 que se encontra a importante distinção entre provimentos cautelares de natureza conservativa e provimentos cautelares de natureza antecipatória.” Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Piero Calamandrei – Vida e obra. Contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 80.

³⁰⁵ Cf. Vittorio Denti, que pondera: “Forse la propensione, accentuata negli ultimi anni, a ripensare la funzioni giurisdizionale in termini di ‘tutela dei diritti’, piuttosto che in un quadro meramente processuale, può arricchire di nuove prospettive le nostre ricerche e dare una collocazione adeguata alle esigenze di tutela che emergono nell’evolversi della società contemporanea.” DENTI, Vittorio. *La tutela d’urgenza*. Intervento. In: *ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE*, Rimini: Maggiolo Editore, 1986. p. 171.

³⁰⁶ Veja-se, por exemplo, a posição conservadora de José Roberto dos Santos Bedaque (cuja obra doutrinária é marcada por posições de vanguarda) acerca da mudança do padrão genérico da tutela antecipada brasileira:

Antes de se analisar a forma e as implicações relacionadas à introdução da técnica processual em estudo no sistema processual brasileiro, de rigor a confirmação de que o movimento proposto esteja efetivamente respaldado pelos anseios e necessidades da sociedade e pela dinâmica dos escopos do processo civil moderno, orientado pela segurança, eficácia, efetividade e utilidade da tutela jurisdicional a partir dele realizada, com vistas à consecução da ordem jurídica justa. Em outras palavras, se mostra salutar a reflexão prognóstica sobre os efetivos benefícios ao sistema processual a partir de um provimento judicial, com força satisfativa, precedido de cognição sumária e desprovido de nexó obrigatório de instrumentalidade e provisoriedade em relação a outro juízo de cognição plena – dotado, assim, de estabilidade.

A resposta passa pela constatação de que, na prática forense, em muitos casos o desenvolvimento do juízo de mérito se revela supérfluo,³⁰⁷ derivando apenas da necessidade legal imposta pelo ordenamento – hipótese de desídia do demandante responsável pela provocação dos atos do procedimento de cognição ordinária, com a superveniente perda da eficácia do provimento sumário responsável pelos efeitos práticos almejados da atuação jurisdicional do Estado. Caso o ônus do impulso processual recaia sobre o demandado que se mostre inerte, ficará sujeito ao acolhimento integral da pretensão de seu adversário, por incontrovérsia dos fatos constitutivos do direito ou não comprovação da matéria de defesa indireta eventualmente apresentada – fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

A tutela antecipada pode, exemplificativamente, proporcionar ao demandante efeitos práticos inferiores – em qualidade ou quantidade – à pretensão jurisdicional manifestada em seu pedido, por limitações decorrentes da deficiência da prova inicial dos fatos constitutivos de seu direito e da cognição sumária inerente à etapa do procedimento. No entanto, nada impede que a satisfação parcial da pretensão desde logo concedida seja

“pode-se afirmar que a antecipação provisória de efeitos da tutela final é suficiente para assegurar ao titular do suposto direito situação faticamente favorável à satisfação definitiva de sua pretensão se, a final, após cognição adequada, apresentar-se ela digna de proteção judicial.” E conclui: “portanto, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, em princípio, é suficiente o provimento antecipatório de natureza provisória.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 281.

³⁰⁷ Andrea Proto Pisani identificou a prescindibilidade do juízo de mérito nos casos em que, “una volta emanato il provvedimento sommario anticipatorio, il processo a cognizione piena continui a trascinarsi stancamente al solo scopo di evitare il rischio della caducazione del provvedimento sommario.” Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – Studi cit., p. 269-270.

suficiente às aspirações de resultado e de solução da crise de direito material de ambas as partes. A célere satisfação oferecida no processo em tutela sumária antecipada, muito embora não reflita integralmente a garantia do direito material afirmado pelo demandante, pode lhe tornar desinteressante o custoso e demorado percurso procedimental do processo ordinário de cognição. Sob a ótica do demandado, a resistência à pretensão pode estar relacionada exatamente ao conteúdo não recepcionado pelo provimento sumário concedido – o que implicaria, pela lógica, a aceitação da decisão judicial –, insurgência que inclusive poderia ter provocado a inobservância espontânea do direito material incidente no caso concreto.³⁰⁸ Ademais, pelo conteúdo da motivação do provimento sumário, pode se sentir desestimulado a empreender um sucessivo juízo que provavelmente confirmaria sua sucumbência no litígio.³⁰⁹

No modelo processual em vigor, tendo em vista a rigidez das características do provimento antecipatório disposto pelo legislador – tutela sumária dependente –, de invariável natureza instrumental e provisória, estarão os litigantes fadados à manutenção da relação jurídica processual pelo prazo necessário para a superação das etapas ordinárias do procedimento de cognição completa e dos eventos recursais a ele relacionados – com a já

³⁰⁸ No direito de família, esse evento não é incomum. Pense-se na ação de alimentos de filhos menores, cujos pais enfrentam acirrado litígio no campo da dissolução do matrimônio. Nessa situação, o genitor guardião dos incapazes irá representá-los na demanda de regulamentação da pensão alimentícia, formulando, na quase totalidade dos casos, pretensão que explore ao máximo a capacidade econômica do demandado, e que também inflacione as necessidades pecuniárias dos demandantes. O juiz, ao fixar os alimentos provisórios em provimento sumário, fixa a pensão alimentícia em valores inferiores aos pretendidos na petição inicial, em adequação à atividade cognitiva possibilitada na etapa inicial do processo. Nada impede que os valores provisórios se mostrem adequados às necessidades dos menores e à condição econômica e financeira do demandado. Ainda assim, tendo em vista a impossibilidade de diálogo necessário ao reconhecimento bilateral da adequação dos valores em acordo amigável – o que se dá por questões subjetivas das partes estranhas ao processo e à relação jurídica processual –, terão as partes que promover a atividade procedimental de cognição ordinária completa, suportando todos os custos, desgastes e prejuízos psicológicos decorrentes do litígio entre indivíduos com ligação parental. A inércia dos demandantes implicaria a revogação do provimento sumário que lhes satisfaz as necessidades mensais para subsistência; já a inércia do demandado poderá significar o acolhimento da demanda (fatos não controvertidos por ausência de contestação ou impugnação específica, bem como por inobservância de ônus probatório) e a consequente fixação dos alimentos em patamar superior à sua capacidade de pagamento. Situações semelhantes podem ser extraídas das mais variadas modalidades de relações jurídicas, como, por exemplo, a societária (suspensão de deliberação assemblear), em que a continuidade procedimental ordinária perde sentido prático e jurídico efetivo e se distancia dos interesses almejados pelas partes.

³⁰⁹ Com esse entendimento, Eugenio Dalmotto observa que “ottenuto il provvedimento cautelare, il ricorrente vittorioso ha infatti spesso soddisfatto la propria pretesa e non ha interesse a coltivare la causa nel merito. Né l’interesse a instaurare il giudizio a cognizione piena sorge inevitabilmente in capo alla parte soccomente, per la quale può risultare non conveniente intraprendere un successivo processo dove la propria soccombenza verrebbe probabilmente confermata ed a cui può comunque non importare di rovesciare la situazione imposta dal giudice della cautela, se prevede che la sentenza di merito sarà pronunciata a distanza di anni.” Cf. DALMOTTO, Eugenio. *Le recenti riforme del processo civile*. Torino: Zanichelli Editore, 2007. tomo secondo, p. 1241, nota 2 (commentario diretto da Sergio Chiarloni).

repisada demora fisiológica e patológica do procedimento ordinário –, sob pena de perda da eficácia do provimento sumário por inércia do demandante ou, em grau semelhante de prejuízo, de indesejado acolhimento da pretensão jurisdicional de forma destoadada do direito que se deveria aplicar ao caso concreto, por inércia do réu no cumprimento do seu dever de impugnação ou produção das provas a ele confiadas – fatos não controvertidos por revelia ou ausência de impugnação específica, bem como inobservância de ônus probatório.

O exemplo genérico trazido a exame revela importante *fenômeno*, também social e não apenas jurídico, que há algum tempo vem chamando a atenção dos processualistas, principalmente aqueles italianos,³¹⁰ cujo ordenamento, até pouco tempo, igualmente era moldado no sentido inflexível da instrumentalidade e provisoriedade das medidas de urgência:³¹¹ o cidadão, ao solicitar a atuação interventiva do Estado-Juiz, pode ter por objetivo muito mais a utilidade prática da tutela jurisdicional proporcionada pela formação do título judicial e, por conseguinte, a abertura das portas da fase de execução do processo, do que propriamente a declaração do direito conduzida pelo ordinário procedimento de cognição plena e exauriente.³¹² E essa mudança de panorama reverbera, de forma direta, na estrutura de sucessão entre tutela sumária e juízo de mérito, que se apoia justamente no objetivo de obtenção do accertamento pleno do direito controvertido, evento, como visto, de importância relativizada no contexto jurídico e social moderno.³¹³

³¹⁰ Cf. TARZIA, Giuseppe. Per la revisione del codice di procedura civile. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 964, 1996.

³¹¹ Instrumentalidade e provisoriedade da tutela cautelar foram relativizadas no ordenamento processual italiano, por manifesta influência do modelo das *référé*s francês, em duas etapas: a primeira, de incidência apenas no âmbito do processo societário (d. lgs. n. 5 de 2003); posteriormente, essa regra foi estendida a todos os provimentos cautelares com função antecipatória (l. n. 80 de 2005). Ao analisar o movimento reformista de seu país, Edoardo F. Ricci destacou a perspectiva de nascimento “di una nuova forma di tutela giurisdizionale di tipo cognitorio: la giurisdizione contenziosa mirante alla costituzione di un titolo esecutivo senza giudicato, svincolato dal requisito dell’urgenza. Si conclude così nel diritto italiano la lunga marcia, il cui protagonista è stato (non solo in Europa ma nel mondo) il diritto francese, mediante il procedimento di *référé*.” *Verso un nuovo processo civile?* cit., p. 214.

³¹² Sobre as reformas legislativas ocorridas no sistema italiano e relacionadas à reestruturação da tutela cautelar, destaca Maria Francesca Guirga que “esse si collocano, com’è noto, in quella direzione che va ridimensionando il valore del pieno accertamento e si muove verso la sommarizzazione dei procedimenti, laddove quello che resta un principio cardinale del nostro ordinamento non viene messo in discussione, ma cede il passo alla constatazione che vi sono esigenze di tutela che possono considerarsi soddisfatte, nel caso di specie, anche nella sola sede cautelare.” Cf. GUIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, p. 787, luglio-settembre 2005.

³¹³ Com esse entendimento, Edoardo F. Ricci afirma que “è probabilmente venuto il momento di prendere atto anche a livello legislativo che – quando l’oggetto della contesa sono i diritti di credito – l’utilità pratica della tutela giurisdizionale sta nella formazione del titolo esecutivo più che nell’accertamento.” Cf. *Verso un nuovo processo civile?* cit., p. 215. No mesmo sentido, ressalta Paolo Biavati “l’importanza culturale di una scelta che orienta l’obiettivo dell’attività giudiziaria molto più sulla realizzazione di un risultato immediato di

Constatado o fenômeno, cabe ao processualista a busca por mecanismos de tutela jurisdicional diferenciada que dêem suporte às aspirações sociais de efetividade, economia e racionalidade do processo civil, sendo inequívoco que a ruptura³¹⁴ estrutural dos componentes informadores do atual modelo da tutela antecipada brasileira – instrumentalidade e provisoriedade – certamente contribuirá para a melhoria do método estatal de solução de controvérsias em vigor. Não sendo a declaração do direito o objetivo principal do jurisdicionado – mas sim sua realização prática e a fruição de seus efeitos³¹⁵ –, cai por terra a necessidade de tramitação de todo o processo sob a forma rígida do procedimento ordinário, que em função da declaração e do acerto do direito foi moldado pelo legislador.³¹⁶

As consequências processuais dessa ruptura são, em termos práticos, de fácil constatação. As tutelas sumárias antecipadas concedidas em caráter preparatório e precedente à instauração do processo de mérito, enquadradas no ordenamento processual brasileiro sob o rótulo de cautelares,³¹⁷ seriam apenas sucedidas pela demanda principal de cognição completa em caráter facultativo, deixando assim o provimento sumário de perder a eficácia na hipótese de não ajuizamento do processo ordinário de mérito no termo peremptório disposto em lei ou até mesmo diante de sua extinção por decisão terminativa sem resolução de mérito.

tutela dei diritti, che non sul raggiungimento di un giurato stabile.” Cf. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare cit., p. 564. Sobre o tema, observa José Roberto dos Santos Bedaque ser “inegável o crescimento da adesão a essa orientação”, completando que “segundo o pensamento defendido por boa parte da doutrina moderna, a atividade jurisdicional não está necessariamente relacionada à ideia de decisão imutável.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 281. Vide, ainda, Remo Caponi, La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1360 e, especialmente, p. 1388.

³¹⁴ Maria Francesca Guirga destaca que essa ruptura no modelo da tutela cautelar no direito italiano propiciou “notevoli risultati sul piano della effettività, dell’economia e della razionalizzazione del sistema giustizia, consentendo di rispondere ai diversi bisogni di tutela, non sempre costituiti dalla necessità di un accertamento pieno, ma molto spesso e più semplicemente da quella di una cautela o di un titolo esecutivo, com strumenti differenziati e più adeguati agli scopi perseguiti.” Cf. Op. cit., p. 788.

³¹⁵ “Questa idea è un riflesso della concezione che vede lo scopo del processo essenzialmente nell’attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto.” Cf. Remo Caponi, La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1387.

³¹⁶ Cf. Edoardo F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?* cit., p. 215.

³¹⁷ Sem a intenção de exaustão do tema, e apenas a título ilustrativo, podem ser citadas as medidas cautelares de alimentos provisionais (CPC, art. 852) e de sustação de protesto (inominada e de criação jurisprudencial, CPC, art. 798). Essas considerações são aplicáveis também à hipótese de admissão da tutela antecipada do procedimento ordinário também em caráter antecedente e preparatório da demanda principal, com base no art. 796 do CPC. Sobre o tema, vide DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil* cit., p. 83.

Da mesma forma, a tutela antecipada genericamente inserida no tecido do ordinário processo de conhecimento (CPC, art. 273), uma vez desfeito o nexo obrigatório de instrumentalidade e provisoriedade que atualmente a liga ao provimento final do processo – seja ele terminativo ou definitivo –, a extinção do processo sem a análise do mérito não implicaria sua revogação ou ineficácia – ressalvada a incompatibilidade essencial das decisões, como, por exemplo, a carência de ação³¹⁸ –, eis que dotada de autonomia e estabilidade. Dessa forma, ao analisar a pertinência da posituação da técnica da estabilização da tutela antecipada, trabalha o processualista com nova realidade do método estatal de defesa de interesses juridicamente protegidos, manuseando provimento que, até agora, desempenha a função coadjuvante de conservar ou antecipar direitos com vistas à efetividade ou utilidade de um provimento principal.

Não se pode ignorar, ademais, que a adoção dessa técnica diferenciada de prestação jurisdicional é capacitada também a produzir efeito dissuasivo na parte sucumbente em relação à instauração do juízo cognitivo completo. A parte que teve seus interesses prejudicados na decisão sumária tenderá a instaurar o procedimento ordinário quando estiver intimamente convicto de ter razão ou dispor de meios efetivamente capazes de alterar de algum modo a decisão que lhe é desfavorável.³¹⁹

A proposição do trabalho significa redimensionar o papel secundário relegado no sistema processual ao provimento sumário, dotando a tutela antecipada de capacidade de se transformar em decisão definidora e definitiva da causa, com produção dos efeitos declaratório, constitutivo ou condenatório almejados pelo jurisdicionado. Confere-se ao provimento sumário a capacidade definitiva de declarar a vontade concreta da lei. Esse é o efeito do ineditismo da técnica no cenário do processo civil brasileiro.

³¹⁸ “Se il vizio accertato nella causa di merito colpisce anche il procedimento cautelare, la misura cautelare non può rimanere in piedi: ad esempio in caso di pronuncia di difetto di giurisdizione, di incompetenza, di difetto di legittimazione ad agire, di interesse ad agire.” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1375.

³¹⁹ Esse efeito é constatado, na prática, no procedimento de *référé* francês: “tale pratica, infatti, forte delle caratteristiche evidenziate dell’ordinanza di *référé*, ha como conseguenza quello che in Francia è stato definito ‘l’effetto dissuasivo’ del *référé provision*: ossia il *référé provision*, nella misura in cui è stato concesso ‘*le plein de la demande*’ o quase, è tale da dissuadere le parti dall’instaurare un processo a cognizione piena.”; Cf.: .: Alessandro Jommi, Cf.: *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in: Rivista di diritto Civile, Cedam, Padova, Gennaio-Febrero 1997, p. 150.

As garantias constitucionais que tutelam o processo civil brasileiro asseguram a completa atuação estatal na proteção de interesses juridicamente protegidos, com a devida participação das partes em contraditório pleno, cujo procedimento desemboca em decisão que declara o direito do caso concreto, com aptidão à formação de coisa julgada. Isso não implica, todavia, que o objetivo único e final da atuação jurisdicional pelo processo seja a obtenção do julgado formado a partir desses princípios.³²⁰ Ressalta-se logo, porém, que o procedimento ordinário de cognição plena e exauriente deve continuar ao alcance da parte interessada na investigação profunda dos fatos e no seu enquadramento à norma abstrata prevista no ordenamento jurídico.³²¹ Essa é condição inegociável,³²² por estrita imposição constitucional que garante o devido processo legal ao jurisdicionado que, de alguma maneira, se expõe à interferência estatal no âmbito de seus direitos. O ônus de instauração e de impulsão do juízo cognitivo integral, no entanto, deixaria de recair exclusivamente nos ombros do demandante, com incidência do critério distributivo desse dever pelo *interesse* da parte e sua correspondente avaliação da oportunidade de sucessão pelo procedimento de cognição completa, modelo instintivamente mais próximo do ideal de isonomia de direitos entre os jurisdicionados.³²³

Quanto à estabilidade da decisão, cumpre por ora apenas desenhar algumas noções norteadoras do tema. O provimento sumário pode ser dotado apenas de estabilidade interna ao processo e sua respectiva relação de direito processual, nos limites da coisa julgada

³²⁰ Nesse sentido, Andrea Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC* cit., p. 737; Remo Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea* cit., p. 1388.

³²¹ Assim, Ada Pelegrini Grinover afirma que “mesmo na tutela diferenciada – ou sumária *lato sensu* –, as garantias constitucionais deverão ser respeitadas, adequando-se, porém, às situações supradescritas: o contraditório poerá ser diferido, o direito à prova ajustado à realidade dos fatos, os recursos e as vias de impugnação limitados.” Cf. *O processo – Estudos e pareceres* cit., p. 50.

³²² Giuseppe Tarzia, ao apontar o conflito “brutal” em relação às exigências de eficiência e de garantia do processo civil moderno, destaca que “se l’evoluzione descritta non è reversibile e se la misura provvisoria 0 che, per adempiere alla sua funzione, deve essere, come è deppertutto, immediatamente esecutiva – ci apparirà progressivamente... un pó meno provvisoria (provvisoria in diritto, ma definitiva in fatto, come nota il Prof. Perrot), l’attenzione va posta sul problema dei remedi.” Cf. *Op. cit.*, 1985.

³²³ Há mais de vinte anos, Sergio Chiarloni já afirmava que “non vedrei nulla di scandaloso in un sistema che, consentendo al giudice di provvedere in maniera provvisoria e ‘anticipata’ sulla tutela giurisdizionale, in base ad una delibazione sommaria del relativo bisogno, lasci poi al controinteressato l’iniziativa di chiedere un eventuale provvedimento definitivo di accertamento.” Cf. *Prime riflessioni sui valori sottese alla novella del processo civile* cit., p. 673. Andrea Proto Pisani enxerga, ademais, “l’innegabile vantaggio sul piano pratico, di spostare sul destinatario passivo del provvedimento sommario anticipatorio della soddisfazione del diritto l’onere di continuare a dare impulso al processo a cognizione piena”. Cf. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi* cit., p. 269.

formal.³²⁴ Pode também ir além, e gozar da imutabilidade de seus efeitos, inclusive de invocação em outros processos, nos exatos limites da coisa julgada material. Como logo se percebe, o grau de estabilidade da tutela sumária dependerá de opção do legislador, uma vez que a força do julgado não constitui elemento estrutural da decisão judicial, mas sim político.

Traçadas as características essenciais da técnica proposta, cumpre agora a perseguição aprofundada da mudança estrutural necessária à concessão do caráter autônomo à tutela sumária antecipada, para depois se analisar em que medida e com qual grau de intensidade deve ela estabilizar-se no cenário jurídico intersubjetivo das partes.

3.2 Alteração estrutural da tutela sumária antecipada

3.2.1 Incidência sobre o elemento instrumentalidade

Conforme se procurou demonstrar, a *tutela sumária dependente* – espécie do gênero de provimentos desgarrados da *cognição plena e exauriente* –, na qual está enquadrado o provimento antecipatório genérico do processo de conhecimento ordinário brasileiro, disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil – tutela de urgência e de evidência –, é constituída, em sua estrutura fundamental, pelo elemento *instrumentalidade*, consistente na primordial missão de dar suporte e preservar a efetividade e utilidade de um futuro provimento definitivo apto a produzir eficácia jurídica, declarando e promovendo a vontade concreta da lei.

Nesse contexto, afirmou-se que a aura *instrumental* da tutela sumária dependente é derivada de dois fenômenos distintos. Por um lado, quando se analisa o provimento sumário conservativo, identifica-se a natureza ontológica de sua instrumentalidade, na medida em que seus efeitos não ultrapassam os limites da preservação da capacidade de atuação do processo em seus moldes ordinários de tramitação, sendo inapto para atuar na crise de direito material ensejadora da demanda. Essa é a instrumentalidade funcional.

³²⁴ Nessa hipótese, como assevera Remo Caponi, o provimento sumário “si consolida in modo definitivo attraverso i meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale (tipicamente, la prescrizione, l’usucapione).” Cf. La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1373.

De outro lado, ao se analisar os provimentos sumários dotados de aptidão para satisfazer as necessidades práticas almejadas com a atuação jurisdicional do Estado, revelando assim seu caráter antecipatório, constata-se que sua constituição instrumental é decorrente de fatores estranhos à sua essência: aqui, a instrumentalidade é estrutural, eis que subordinada a outra tutela cognitiva completa por expressa disposição legal. Tem esse provimento a função de prover a utilidade da decisão definitiva do litígio, cuja obrigatoriedade do contraditório completo subsequente está relacionada a critérios de conveniência e oportunidade legislativa. Os efeitos produzidos pela decisão sumária, quando não idênticos, são vigorosamente semelhantes àqueles produzidos pela tutela final produzida em juízo cognitivo completo.³²⁵

Quando se afirma que a instrumentalidade é estrutural, não essencial e derivada de política legislativa, outra coisa não se quer destacar senão a sua incapacidade de produzir eficácia jurídica por imposição do legislador.³²⁶ Ao elaborar a norma processual, expõe e reafirma todo peso social conferido à solução da controvérsia a partir de uma certeza jurídica idealmente amparada na verdade³²⁷ sobre os fatos³²⁸ que são enquadrados pelo juiz nas hipóteses abstratas do direito material. A verdade e a certeza legitimam,³²⁹ assim, a capacidade da decisão de produzir eficácia jurídica e interferir faticamente, por meio de seus efeitos, na esfera privada dos sujeitos submetidos à atuação jurisdicional do Estado-Juiz. O reverso dessa moeda é a incapacidade de a decisão conformada em verossimilhança

³²⁵ Cf. Lea Querzola, op. cit., p. 21.

³²⁶ Para Ovídio A. Baptista da Silva, esse é o subterfúgio utilizado pelo legislador para autorizar o início da execução sem a antecipação de um juízo declaratório da vontade concreta da lei. Assim, afirma que “antecipar juízo de mera probabilidade sobre a existência do direito ainda não é julgar, declarando a ‘vontade da lei’, aplicável ao caso. Basicamente porque a lei só pode ter uma vontade, e todo juízo de verossimilhança pressupõe duas ou mais alternativas possíveis.” Cf. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres cit., p. 247.

³²⁷ A precisão técnica do termo “verdade” no ambiente processual aponta para a expressão “prova no processo da verdade das afirmações de existência do fato”. Cf. CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 74, gennaio-marzo 2001.

³²⁸ Sobre a incidência da atividade cognitiva sobre fatos principais e secundários, ressalta Michele Taruffo que “la cognizione del giudice verte su entrambi i tipi di fatti, e che la decisione finale dipende dal giudizio su tutti i fatti giuridicamente e logicamente rilevanti.” Cf. TARUFFO, Michele. *Elementi per un’analisi del giudizio di fatto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 789, settembre 1995.

³²⁹ Essa legitimação decorre da dificuldade de estabelecer com segurança “se la volontà d legge sia stata applicata validamente e giustamente al caso concreto quando le parti e gli altri consociati non sono in grado dicontrollare con strumenti logico-razionali la ricostruzione che della fattispecie fattuale ha compiuto il giudice nel momento in cui há ritenuto di applicare a quella determinata fattispecie la norma astratta.” Cf. Antonio Carrata, op. cit., p. 89.

e probabilidade atuar definitivamente na defesa dos interesses juridicamente protegidos,³³⁰ sublimando, dessa forma, a natureza instrumental do instituto.

No entanto, já em meados do século passado, Piero Calamandrei alertava para a artificialidade da verdade obtida no processo judicial.³³¹ Essa verdade, que não ultrapassa a fronteira da formalidade,³³² é forjada a partir de mecanismos sintéticos de construção humana, que invariavelmente esbarram, dentre outros, nos limites materiais, temporais, de linguagem e de conhecimento que não se desgarram das técnicas processuais legais de comprovação dos fatos. É verdade imposta, amparada em certeza jurídica, não necessariamente certeza substancial.³³³

Essas barreiras obstrutivas da reconstrução da verdade substancial no processo deflagram uma realidade que não pode ser ignorada ou omitida pelo processualista, qual seja, a de que no ambiente jurídico processual inexistente efetivamente uma distinção relevante e de fácil identificação entre *juízo da verdade* e *juízo da verossimilhança*. Assim, não sendo possível a diferenciação consistente desses dois indicadores da fidedignidade da reconstrução dos fatos no processo, de rigor a conclusão de que todas as decisões judiciais definidoras de litígios e geradoras de eficácias jurídicas estão, em realidade, confortadas em inequívoco fenômeno de *verossimilhança*.³³⁴ Em verdade e em termos efetivos, sequer

³³⁰ Ovídio A. Baptista da Silva vincula essa incapacidade do juízo de verossimilhança à adoção, no direito moderno, do princípio estabelecido por Descartes de que “deveríamos descartar como falso tudo o que fosse apenas verossímil”. Como consequência, destaca que “tudo o que o julgador disser sob a forma de juízos provisórios, para a doutrina nacional – que nosso Código de Processo Civil tornou, entre nós, doutrina oficial – é considerado um ‘não juízo’, e o provimento judicial tido como simples decisão sobre o processo, não sobre a lide.” Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 58.

³³¹ “Tutto il sistema probatorio civile è preordinato non solo a consentire, ma addirittura a imporre al giudice di accontentarsi, nel giugudicare sui fatti, di quel surrogato della verità che è la verossimiglianza.” Cf. CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, p. 165, 1955. Vide também, Il giudice e lo storico. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, p. 119, 1939.

³³² Nesse sentido, destaca Antonio Carrata que “il ragionamento compiuto dal giudice non può che conseguire una verità ‘formale’ o ‘legale’ o ‘giudiziale’, in ogni caso una verità ‘non pura’”. Cf. Antonio Carrata, op. cit., p. 90.

³³³ Piero Calamandrei assevera que “al giudice non è permesso, come è permesso allo storico, restare incerto sui fatti da decidere; egli deve ad ogni costo (questa è la sua funzione) risolvere la controversia in una certezza giuridica.” Cf. Verità e verossimiglianza nel processo civile cit., p. 165.

³³⁴ O conceito de verossimilhança, ainda para Piero Calamandrei, também é muito aproximado aos de possibilidade e de probabilidade. Assim, destaca o mestre italiano que “se ogni giudizio di verità è, a bem guardare, un giudizio di verossimiglianza; e se verossimiglianza non si distingue com precisione dalla possibilità e dalla probabilità, si dovrebbe concludere che quando la legge parla di verossimiglianza come situazione distinta da quella di verità, fa in realtà una distinzione priva di senso”. Cf. Ibidem, p. 171. Para Chiara Besso, “il giudizi che in tal modo potranno essere formulati non giungeranno mai a fornire la certezza in ordine alla sussistenza dei fatti oggetto dell’indagine, che potranno essere apprezzati soltanto in termini di

existe no ambiente processual cognição que não tenha, de alguma forma, as propriedades da *parcialidade* e da *superficialidade* caracterizadoras da tutela jurisdicional sumária.³³⁵

A despeito da coincidência conceitual acima destacada, ou melhor, da constatação de que o juízo da verdade, diante de sua natural intangibilidade decorrente da própria natureza humana³³⁶ e da impossibilidade de mensuração de um valor de tamanha subjetividade, não ultrapassa os limites do juízo da verossimilhança – e por isso a ele se reduz³³⁷ –, mister se abrir um breve parêntese sobre a diversidade de aplicação desses institutos na ordem jurídica processual.³³⁸ Ensina a melhor doutrina que o juízo de *verossimilhança* no processo judicial está presente no momento da *alegação*, em juízo, da ocorrência pretérita do fato pela parte interessada em obter a proteção jurídica ao interesse próprio.³³⁹ Mas para que a alegação da parte seja efetivamente dotada desse predicado, deve sua narrativa corresponder – sem ainda a investigação concreta dos fatos³⁴⁰ – às mesmas circunstâncias que, aos olhos e a partir da experiência do julgador, normalmente se observam na categoria de eventos análogos ou similares, e que sugerem a sua possível veracidade³⁴¹ – *verossimilhança de fato*. Ainda sob a perspectiva do juiz, devem os fatos se enquadrar na norma abstrata de direito material à qual serão subsumidos, a revelar a *verossimilhança de direito*³⁴² suportadora da pretensão do demandante. Essa conceituação

probabilità.”; Cf. BESSO, Chiara. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Revista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 1127, aprile-settembre 1986.

³³⁵ Cf. Lea Querzola, op. cit., p. 164.

³³⁶ “Anche per il giudice più scrupoloso ed attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana: quello che si vede è solo quello che si par di vedere. Non verità, ma verossimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche illusione) di verità.” Cf. Verità e verossimiglianza nel processo civile cit., p. 166.

³³⁷ Cândido Rangel Dinamarco bem destaca essa incapacidade do processo de propiciar a certeza e verdade sobre os fatos pretéritos à propositura da demanda, afirmando que “ainda quando se prescindisse por completo do valor *celeridade* e se exacerbasse as salvaguardas para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit, vol. I, p. 162.

³³⁸ Por entender o legislador, em determinadas situações, ser útil e relevante a diferenciação formal dos juízos da verossimilhança e da verdade. O significado dessa distinção não passou despercebido por Pieri Calamandrei: “Resta inteso che ogni giudizio sulla verità dei fatti non può esse psicologicamente altro che un giudizio di verossimiglianza; ma quando è La legge che contrappone La verossimiglianza alla verità, diventa allora importante ao giurista cogliere il significato giuridico di questa contrapposizione.” Cf. Verità e verossimiglianza nel processo civile cit., p. 168.

³³⁹ “Ora il giudizio di verossimiglianza riguarda il primo momento, quello della allegazione, prima che il procedimento probatorio si sia provato.” Cf. Ibidem, p. 172.

³⁴⁰ Sobre o tema, Lea Querzola afirma que “il giudizio di verossimiglianza non attende le rappresentazione probatorie del fatto da provare, perché esso si basa, prima dell’indagine in concreto, su una massima di esperienza che riguarda la frequenza com cui nella realtà si producono fatti tipo di quello allegato.” Cf. Op. cit., p. 163.

³⁴¹ Para o fato ser considerado verossímil ou inverossímil, deve, ainda, atender ao critério da normalidade do evento. Cf. Piero Calamandrei, Verità e verossimiglianza nel processo civile cit., p. 172.

³⁴² Cf. Ibidem, p. 171.

de *verossimilhança*, intrínseca ao ambiente processual civil, deve ser utilizada em situações em que o legislador entende pertinente e útil dar relevância ao instituto de forma separada ao conceito de juízo da *verdade*. Esse último, por sua vez, é juízo de caráter final, que verte do resultado da atividade processual probatória ao final do procedimento de cognição completa.

Das considerações até agora tecidas em relação à reconstrução dos fatos no processo, a partir dos quais o juiz exerce com legitimidade a função de pacificador social subrogada, com exclusividade, pelo Estado administrador da justiça, chega-se à constatação de primeira importância no desenvolvimento do trabalho: a certeza jurídica que se obtém no processo e que confere legalidade e estabilidade à decisão que põe fim à crise de direito material lavada à solução pelo poder judiciário, é invariavelmente vinculada a manifesto juízo de *verossimilhança*, o qual, por meio de técnicas processuais, é usinado no transcurso do procedimento cognitivo completo e fictamente alçado à condição ou *status* de juízo da verdade.³⁴³ E essa artificial transformação da verossimilhança em verdade jurídica é materializada, de forma geral, com a realização efetiva das garantias constitucionais que tutelam o processo civil brasileiro, especialmente a ampla defesa e o contraditório.

Grosso modo, essas garantias maiores de segurança que amoldam o método estatal de consecução da função jurisdicional são expressas, para fins de transformação do juízo de verossimilhança em juízo da verdade jurídica, por meio de duas técnicas processuais de corrente utilização e que se traduzem instrumentos lógico-rationais de reconstrução de fatos no processo a partir do princípio dispositivo, a saber: *i*) a instrução probatória desenvolvida por métodos legalmente aceitos pelo ordenamento – provas lícitas –,³⁴⁴ e *ii*) as regras de repartição automática do ônus da prova entre os sujeitos parciais do processo.

³⁴³ Como destaca Michele Taruffo, “la veridicità del convincimento è una funzione di diversi fattori, tra cui principalmente la quantità e la natura degli *inputs* probatori acquisiti, nonché la correttezza e l’attendibilità delle valutazioni e delle inferenze formulate dal giudice del fatto.”; Cf. *Elementi per un’analisi del giudizio di fatto*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, Settembre 1995, p. 816.

³⁴⁴ Michele Taruffo afirma que a atividade cognitiva do juiz não é voltada à descoberta da verdade absoluta dos fatos, mas simplesmente para proporcionar um grau avaliação suficiente para fundamentar a decisão nesses fatos. Cf. TARUFFO, Michele. Le recenti riforme del processo civile. *Foro Italiano*, vol. V, p. 96, 1974.

Essa duas técnicas processuais são as portas geralmente utilizadas no processo e destinadas a conduzir os sujeitos processuais, por artifício legal e desde que suficientes à função demonstrativa que desempenham, à verdade jurídica e consequente certeza sobre a vontade concreta da lei incidente na controvérsia, assim declarada pelo juiz em sua decisão definitiva.

Mas há uma *terceira porta*, da qual lança mão o legislador em situações específicas, e até agora excepcionais, quando urge, no processo, uma solução rápida e definitiva dotada de efetividade, utilidade e com economia de juízo.³⁴⁵ É a técnica processual de transformação da verossimilhança em juízo de verdade por meio da aplicação da regra da ausência de impulso processual de atividade de interesse da parte e sob o princípio da demanda. Orienta-se pela premissa de que as garantias da ampla defesa e do contraditório, assim como a realização do devido processo legal, são asseguradas não só pela materialização efetiva no processo dos atos procedimentais predeterminados pelo legislador, mas também, e em paridade de graduação, quando se constata que à parte que se sujeita à decisão de verossimilhança foi franqueada – mas não promovida – a instauração do processo de *cognição plena e exauriente*.³⁴⁶

Mostrando-se a parte inerte em relação ao exercício de direito lhe conferido pela norma processual,³⁴⁷ considera-se extinta a faculdade processual da parte de contrariar fato e atuar ativamente na comprovação do histórico que precedeu a propositura da demanda,³⁴⁸

³⁴⁵ Ao destacar a função da tutela sumária não cautelar, Lucio Lanfranchi afirma que “l’economia dei giudizi (ed in particolare di quelli a cognizione piena: economia di denaro, di tempo, ecc.) appare l’indubbio scopo di quest’ultima, ma meno agevolmente del pericolo da tardività o da infruttuosità è in grado di operare una scelta tra le varie fattispecie.” Cf. Op. cit., p. 164.

³⁴⁶ Com esse entendimento, observa Lucio Lanfranchi que no processo civil italiano “l’ordinamento positivo vigente prevede altresì ciò solo quando e solo perché questi procedimenti e provvedimenti cognitivi variamente speciali e sommari sono fasi endoprocedimentali di una più vasta e sostanzialmente unica vicenda di tutela cognitiva e decisoria, caratterizzata dalla accertabilità a cognizione piena – di quanto è stato deciso o poteva essere deciso (in assenza della contestazione impeditiva) nella fase sommaria: accertabilità posticipada ed eventuale lasciata alla disponibilità degli interessati” Cf. Op. cit., p. 99.

³⁴⁷ Que constitui “o meio pelo qual cada um dos litigantes pode tentar, por meios legítimos, influenciar o juiz no sentido de proferir um *judgamento favorável*.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 174.

³⁴⁸ Ou seja, deixa a parte de usufruir da “função demonstrativa da prova”, consistente na demonstração da verdade ou falsidade das afirmações factuais, possibilitada no processo “mediante il ricorso ad un procedimento di tipo razionale, i cui risultati – proprio perché fondati su un procedimento di questo tipo – sono controllabili dall’esterno, e cioè dai destinatari della decisione, dal giudice dell’impugnazione e, in generale, da tutti i consociati.” Cf. Antonio Carrata, op. cit., p. 76.

pelo transcurso do tempo informativo do impulso processual³⁴⁹ que caberia ao interessado. Dispensam-se, assim, os ordinários métodos de transformação legal da verosimilhança em juízo da verdade³⁵⁰ – via produção de provas ou regra de sua distribuição³⁵¹ – e sua correlata função demonstrativa dos fatos alegados, elevando, ainda que não substancialmente mas para os fins intrínsecos ao processo, os fatos apresentados pelo demandante da condição de verossímeis à de legalmente verdadeiros.³⁵²

No direito processual nacional, o julgamento antecipado da lide, nos moldes do artigo 330 do Código de Processo Civil, baseado na ausência de impugnação específica de fato e consequente desnecessidade de produção da prova (inciso I), e na revelia do réu (inciso II),³⁵³ é técnica cristalina de transformação, ficta e por imposição legal, de um juízo verossímil – condição ainda assim indispensável – sobre os fatos inicialmente alegados pelo demandante em juízo da verdade acerca da pertinência da alegação no ambiente intersubjetivo das partes, com imposição da vontade concreta da lei em sentença definitiva produtora de eficácia jurídica e de efeitos pretendidos pelo autor da ação.³⁵⁴

³⁴⁹ Destaca Heitor Vitor Mendonça Sica que “os momentos em que o impulso processual incumbe às partes são justamente aqueles em que materialmente se mostra impossível ao juiz dar o direito à prática de determinado ato por precluso e dar prosseguimento ao processo até o final, bem como nos casos em que o interesse particular prepondera completamente sobre o público.” Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 281.

³⁵⁰ Observa Eugenio Dalmotto que essa dispensa provoca maior indagação do juiz acerca do *fumus boni iuris*, considerando a possibilidade de ausência de acerto judicial a partir de cognição plena. Cf. Op. cit., p. 1242.

³⁵¹ Parte da doutrina italiana não enquadra a contumácia do réu na hipótese de *ficta confessio*, mas sim como comportamento neutro e ainda com manutenção da regra de distribuição do ônus da prova (ou seja, o autor continua obrigado a provar os fatos constitutivos de seu direito). Essa distinção ganha relevância no processo civil daquele país, pois a não contestação pode integrar estratégia de defesa da parte constituída no processo. Nesse sentido: Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile* cit., p. 409; Remo Caponi, La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1364; Lea Querzola, op. cit., p. 170.

³⁵² No Código de Processo Civil essa regra é expressa, nos moldes desse artigo 319: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”. Observa Lea Querzola que “quanto al punto di vista europeo, poi, si riconosce che la nozione di ‘non contestazione’ comprende l’ipotesi di mancata comparizione del debitore; nel processo comunitario in senso stretto, in modo ancora più pregnante, la non contestazione apre la strada al riconoscimento della verità delle asserzioni della controparte e costituisce in pratica una *relevatio ab onere probandi*.” Ibidem, p. 168.

³⁵³ Cândido Rangel Dinamarco identifica nessas normas processuais o fenômeno denominado *presunção legal relativa*, as quais determinam a presunção de fatos relevantes perante o direito material. Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. III, p. 120.

³⁵⁴ Giuseppe Chiovenda explica e justifica a pertinência da *ficta confessio* nos seguintes termos: “o Estado tende à definição da lide pela via mais rápida e com menor emprego possível de atividade processual. Isso não pode impedi-lo de assegurar às partes a máxima liberdade de defesa; mas quando a parte (voluntariamente, isto é, sem legítimo impedimento) não faz uso de seu direito de defesa, prefere o Estado que os fatos afirmados pela outra parte sejam, sem mais, considerados como admitidos, em vez de abalancar-se à série de atividades necessárias à sua comprovação.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 368.

De outro lado, também nos procedimentos especiais impositivos da cognição sumária por vedação expressa à análise de determinadas matérias relacionadas ao objeto do litígio – ações possessórias, cambiárias, de desapropriação (Decreto-lei 3.365/41) e de busca e apreensão (Decreto-lei 911/69) –, a ausência do impulso processual relacionado ao princípio da demanda por parte daquele que se sujeitou, ainda que de forma destoante da justiça do caso concreto, ao provimento sumário propicia a produção de eficácia e efeitos jurídicos por decisão não amparada em juízo cognitivo completo. O mesmo se dá nos procedimentos da ação monitória e da execução de título judicial, nos quais, de alguma forma, a inércia do demandado é avaliado pelo ordenamento jurídico como reconhecimento da fragilidade de suas razões de defesa.

O rompimento da estrutura sobre a qual está edificada a tutela antecipada brasileira, tanto aquela genérica do processo de conhecimento (CPC, art. 273) quanto aquelas específicas distribuídas em inúmeros procedimentos especiais distribuídos pelo ordenamento processual pátrio, visto sob a ótica do componente identificado no trabalho sob o designo de *instrumentalidade estrutural*,³⁵⁵ compreende o desfazimento desse elo de ligação existente entre o provimento sumário – juízo de verossimilhança – e o provimento final de cognição plena – juízo da verdade. Isso porque a verossimilhança e a verdade – distinção que opera apenas no ambiente processual, e não no material – poderão estar presentes, consecutivamente, na mesma decisão judicial precedida de cognição sumária, conferindo-lhe consistência e legitimidade legal para definir e finalizar o litígio entre as partes. Ao provimento antecipatório dos efeitos da tutela jurisdicional almejada pelo demandante são conferidas as condições de autonomia e autosuficiência necessárias à configuração de uma decisão definitiva do embate judicial.

Assim, ao se propugnar, de *lege ferenda*, a introdução da técnica da tutela antecipada estabilizada em nosso sistema processual, necessariamente se está também

³⁵⁵ Dino Buoncristiani entende que nesses casos, ainda que se afaste a instrumentalidade necessária do provimento sumário, permaneceria presente ao menos uma *instrumentalidade hipotética* em relação ao direito debatido, “nel senso che occorre il *fumus boni iuris* per poter accordare la tutela.” Cf. Op.cit., p. 596. Esse entendimento não vai de encontro às ideias desenvolvidas neste estudo, o qual aponta que a ruptura reside sobre a *obrigatoriedade* do nexo instrumental da tutela sumária, e não propriamente sobre eventual desempenho da função instrumental, nas hipóteses em que o juízo de mérito seja regularmente instaurado. Nesse sentido e sobre a reforma processual implementada na tutela cautelar italiana, afirma Eugenio Dalmotto que “quanto alla strumentalità, infatti, lo stretto collegamento funzionale tra il provvedimento anticipatorio e la tutela ordinaria resta tuttora assicurato, esattamente come per i provvedimenti conservativi, dalla rammentata esigenza che il diritto oggetto di tutela sia minacciato da un *periculum in mora*.” Cf. Op. cit., p. 1242.

sustentando evidente mudança do paradigma cognitivo das decisões judiciais dotadas de idoneidade à produção de eficácia jurídica definitiva no ambiente intersubjetivo dos jurisdicionados, com força de declaração da vontade da lei no caso concreto. Representa, em substância, a estabilização do juízo de verossimilhança,³⁵⁶ o qual, como fonte legitimadora da tutela sumária antecipada – somada aos requisitos de urgência ou de evidência – é transformado, por inércia processual do demandado e consequente extinção de faculdade processual por preclusão temporal, em juízo artificial da verdade dos fatos apresentados pelo autor em sua petição inicial. Essa verdade, ao menos formal, confere à decisão sumária o atributo da certeza jurídica orientadora de sua capacidade de colocar termos ao litígio em caráter definitivo e estável.

A composição estrutural de tutela diferenciada desenvolvida neste item do trabalho permite, ademais, a constatação de que esse modelo de juízo resumido já se encontra positivado em nosso sistema processual. À técnica de julgamento antecipadíssimo da demanda, na conformidade da previsão legal diposta no artigo 285-A, do Código de Processo Civil,³⁵⁷ pode-se atribuir a condição de efetiva estabilização da tutela antecipada de direito evidente do demandado.³⁵⁸ Isso porque, sob as características estruturais destacadas neste item, utiliza os fatos inicialmente alegados pelo demandante como suporte jurídico de verdade legitimadora do proferimento de imediata sentença de improcedência definitiva da demanda, com força de coisa julgada material.

3.2.2 Incidência sobre o elemento provisoriedade

³⁵⁶ Cf. FLASH, Daisson Flash. Estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

³⁵⁷ Muito criticada por significativa parcela da doutrina brasileira, por implicar prejuízos ao princípio do contraditório. Cf. WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 63, comentário ao art. 285-A. No entanto, adotamos as premissas desenvolvidas por José Roberto dos Santos Bedaque em relação às exigências da lei do processo, as quais são direcionadas sempre a resguardar o interesse do destinatário da eficácia do julgamento. Assim, sendo a decisão absolutamente favorável ao sujeito processual protegido pela norma, sua transgressão não pode repercutir a nulidade do provimento. Cf. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 204.

³⁵⁸ Sob a perspectiva do sujeito passiva da relação processual, obviamente não há como se falar em provimento antecipatório fundamentado no requisito urgência, caso em que a prerrogativa de provocação do poder judiciário é exclusiva da parte que necessita da tutela jurisdicional imediata, em aplicação direta do disposto no art. 6º do Código de Processo Civil.

Ao final do item que se ocupou da análise do significado e dos efeitos decorrentes da presença do elemento *provisoriedade* na estrutura constitutiva dos provimentos sumários dependentes – no sistema processual brasileiro, a tutela cautelar e a tutela antecipada –, comprovou-se a natureza teleológica desse atributo, cuja finalidade não é outra senão a de conferir efetividade e utilidade à futura decisão a ser proferida ao final do procedimento de cognição completa. Assim, a provisoriedade desses provimentos dependentes está relacionada ao seu insuperável caráter instrumental impostos pelo legislador, mostrando-se incapaz de atuar definitivamente no litígio, declarando a vontade concreta da lei, ainda que precedida de *cognição plena e exauriente*.³⁵⁹

Cumprida agora, na esteira da investigação conferida ao fator *instrumentalidade*, analisar os efeitos que alteração estrutural inerente ao deslocamento do provimento antecipatório para o grupo das tutelas sumárias dotadas de autonomia própria (tutelas sumárias não cautelares) – movimento necessário à implementação da tutela antecipada estável aqui proposta de *iure condendo* –, produzirá em seu componente *provisoriedade*, e em que medida essa característica continuará presente nessa técnica de aceleração da prestação jurisdicional pelo processo.

A capacitação da tutela sumária para também atuar definitivamente no ambiente litigioso dos sujeitos parciais do processo, aumentando a efetividade da atuação jurisdicional e evitando a prática de atos processuais desnecessários e os autos deles advindos, decorre primordialmente de opção do legislador em lançar mão de artifício processual de transformação do juízo inicial de verossimilhança dos fatos alegados pelo autor ao ajuizar a petição inicial em juízo formal da verdade, legitimando a solução da controvérsia mediante a aplicação da vontade concreta da lei com base na certeza jurídica formal disposta ao julgador.

A transformação jurídica da verossimilhança em verdade legal no processo, que na generalidade dos casos, decorre do exaurimento da função demonstrativa das provas acerca dos fatos apresentados pelas partes e aplicação de regra de distribuição do dever de comprovação, passa a ser implementada também mediante omissão da parte no exercício

³⁵⁹ O exemplo da tutela antecipada concedida em sentença, como destacado alhures, é emblemático em relação a essa idoneidade de decidir definitivamente a controvérsia. Ainda que proferida após a tramitação de todo procedimento ordinário e já formalmente definido o juízo da verdade e da certeza jurídica, a tutela sumária é invariavelmente substituída pela sentença judicial imperativa.

de faculdade processual que lhe é assegurada por estrito cumprimento das garantias constitucionais de segurança que tutelam o processo civil brasileiro. Em outras palavras, ante a ausência de impulso processual de iniciativa exclusiva da parte interessada na atividade demonstrativa da prova e no exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, é admitida a declaração e definição da vontade concreta da lei por provimento judicial amparado em juízo de verossimilhança e probabilidade.³⁶⁰

Também sob o aspecto sociológico, a técnica de equiparação entre a execução do juízo cognitivo completo e a livre renúncia pela parte detentora do interesse em realizá-la corresponde também ao senso comum de justiça do método da prestação jurisdicional pelo Estado. A demonstração da ciência inequívoca da parte contra a qual recaí o provimento sumário potencialmente definidor do litígio, em todos os seus termos e consequências, é suficiente se assegurar a plena fruição de todas as garantias constitucionais de segurança ao cidadão que tutelam o processo civil brasileiro e validar a relação jurídica processual triangular a partir dela instaurada. O demandado que entenda ter razão na controvérsia levada à solução judicial certamente não se calará ou se conformará com uma decisão sumária que lhe seja desfavorável,³⁶¹ não se podendo ainda ignorar o fato de que eventuais prejuízos decorrentes desse provimento à própria provisoriedade da decisão, seja ela obrigatória ou eventual.

Nota-se que a transformação se opera no elemento de sustentação da provisoriedade. Enquanto que na tutela sumária dependente a provisoriedade está atrelada ao seu escopo instrumental em relação a outro provimento definitivo, na tutela sumária autônoma está associada à cognição que precede o provimento judicial, que em caráter sumário não autoriza a decisão, desde logo, desempenhar propósito definitivo, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa.³⁶² A provisoriedade é, dessa forma, de

³⁶⁰ Cf. Luigi Montesano, que afirma que “il provvedimento sommario diveta definitivo o acquista maggiore stabilità, sia pure provvisoria, se chi lo subisce non mette in moto meccanismi processuali atti alla sua rimozione, o anche, in alcune ipotesi normative, se il giudice non lo revoca.”

³⁶¹ Como bem destacou Lea Querzola, “il senso comune sa bene che è nella natura umana replicare anche quando si ha torto; immaginiamo quando si sappia di avere (e poter dimostrare di avere) ragione.” Cf. Op. cit., p. 173.

³⁶² “Invero, nell’ambito dei provvedimenti sommari non cautelari, la provvisorietà è un effetto che se da un lato discende dalla natura sommaria della cognizione, dipende dall’altro dal verificarsi dell’eventualità che la pronuncia sia assorbita dalla successiva statuizione nelle forme ordinarie sul merito della controversia. In altri termini, la sommarietà della cognizione non è di per sé stessa in contrasto con l’aspirazione, caratteristica di tali provvedimenti, a diventare essi stessi definitive e ad assolvere quindi a finalità di tipo essenzialmente definitivo.” Cf. Pasquale Frisina, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali* cit., p. 380.

natureza eventual,³⁶³ diretamente dependente da ação ou omissão do demandado em promover medidas de impugnação do provimento sumário proferido e obter a declaração judicial do direito com base em cognição plena.³⁶⁴

Dessa forma, na medida em que o sistema jurídico assegura, sem transigências, a realização da cognição plena e exauriente, identifica-se nesse ponto o efetivo valor da eventualidade que sela o destino da tutela sumária potencialmente condutora da aplicação definitiva ou mais estável da vontade concreta da lei no litígio instaurado entre os jurisdicionados. Em outros termos, a suficiência da sumariedade da cognição anda de mãos dadas com a vontade da parte que se sujeita aos efeitos de seu respectivo provimento, vínculo que lhe assegura o exercício do devido processo legal nos moldes reservados pelo legislador constitucional.

Chega-se, então, a ponto nevrálgico da investigação proposta, qual seja, a identificação das necessárias mudanças estruturais na tutela antecipada brasileira com intuito de outorga de estabilidade ao seu provimento, com objetivo de implementar, no respectivo procedimento em que está inserida – tutela antecipada genérica do procedimento ordinário ou específica dos procedimentos especiais –, a *não obrigatoriedade* e a *eventualidade* do contraditório pleno e exauriente nas hipóteses de proteção de direitos materiais urgentes ou evidentes sustentados por verossimilhança dos fatos alegados pelo demandante.

A tutela antecipada prevista no ordenamento jurídico brasileiro, para ser provida de estabilidade, deve passar por reformulação em sua estrutura, mediante o rompimento do nexo obrigatório de *instrumentalidade* que hoje a coloca a serviço do juízo definitivo de mérito, bem como a associação de sua *provisoriedade* unicamente ao aspecto qualitativo

³⁶³ Afirma Michele Taruffo que “si può, tuttavia, correttamente parlare, a tal proposito, di provvedimenti cautelari che, in linea con le indicazioni comparatistiche, godono di una *provvisorietà* coerentemente ridimensionata, essendo dotati di una loro peculiare *autorità* o *stabilità*, di cui le altre misure cautelari, secondo la consolidata tradizione, non hanno mai fruito.” Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo; CORRADO, Ferri, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Quarta edizione. Bolgna: Il Mulino, 2006. vol. II, p. 45. Lea Querzola, de forma muito precisa, destaca que o provimento implementado pela reforma processual italiana de 2005 é dotado de provisoriedade eventual, “nel senso che sarà provvisorietà nel senso tradizionale del termine se ad esso seguirà cronologicamente il processo di merito, altrimenti no, così che, per usare un’espressione nota, ciò che era provvisorio in diritto diviene definitivo in fatto.” Cf. Op. cit., p. 37.

³⁶⁴ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 269.

da cognição sumária – e não mais à sua finalidade de suporte no sistema –, reduzindo a natureza desse elemento do plano essencial para o eventual.

3.3 Natureza jurídica da tutela antecipada estável

As reflexões até agora desenvolvidas permitem a demarcação de algumas premissas e conclusões parciais, atividade fundamental ao desenvolvimento do tema em relação à rigidez e estabilidade dos efeitos do provimento sumário autônomo sob a forma de tutela jurisdicional diferenciada apresentada no trabalho.

Como o estudo abrange proposta, *de iuri condendo*, de introdução de técnica diferenciada de prestação jurisdicional no universo processual brasileiro, não se ingressará nas miudezas procedimentais que necessariamente acompanhariam esse método de trabalho na hipótese de sua positivação, compreendendo, todavia, as questões conceituais relacionadas à essência do tema. Assim, e é importante que isso fique claro, as alterações estruturais destacadas nos itens precedentes e necessárias à contemplação, de forma genérica, da tutela antecipada potencialmente definidora do litígio submetido à solução estatal, passa ao largo dos requisitos legais de concessão e não vai de encontro a toda bagagem jurídica que se desenvolveu desde a implementação da tutela antecipada do processo de conhecimento em movimento reformista iniciado no ano de 1994.³⁶⁵ A técnica da tutela antecipada se encontra muito bem estabelecida em nosso sistema processual, sendo utilizada em larga escala em nosso cotidiano forense sem que contra ela se aponte – salvo casos muito isolados – qualquer suprimento de garantias maiores do jurisdicionado. E a partir dessas bases consolidadas é que a proposta de estabilização do provimento antecipatório deve caminhar.

Em termos mais objetivos, a mudança estrutural de seus elementos *instrumentalidade* e *provisoriedade* em nada altera os requisitos e o ambiente de atuação da tutela antecipada sob a forma atualmente em vigência. Continuará a depender de um

³⁶⁵ A pertinência e importância da ressalva se justifica pelo fato de que, na doutrina brasileira, os poucos trabalhos que, de alguma maneira, se preocuparam em tratar do tema “estabilidade da tutela antecipada” muito pouco, ou quase nada, se ativeram verdadeiramente ao núcleo central do tema (mudança estrutural da técnica e consequências de sua autonomia), focando suas atenções em questões atinentes à própria tutela antecipada brasileira e seus requisitos principais (*periculum in mora*, verossimilhança, lesão grave ou de difícil reparação), temas debatidos já à exaustão por nossa doutrina ao longo dos dezoito anos de vigência da norma geral prevista no art. 273 do CPC.

juízo de verossimilhança que hoje a informa (CPC, art. 273, *caput*), sempre em conjunto com uma situação de direito urgente (inciso I) ou de direito evidente (inciso II e § 6º). São matérias não afetadas e que não afetam a proposta que ora se apresenta. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial do cenário da tutela antecipada brasileira deverá ser preservada, sob pena de a alteração sugerida transmudar-se em perigosa aventura legislativa, cujos resultados poderiam relegar os jurisdicionados à perversa situação de insegurança quanto aos seus interesses juridicamente protegidos.³⁶⁶ A almejada estabilização do provimento sumário antecipatório deve ser encarada, assim, não como reforma radical do sistema processual cogente, mas como evolução³⁶⁷ e aprimoramento de um mecanismo que, ao seu modo e dentro das limitações maiores da estrutura processual, vem contribuindo na ininterrupta e necessária busca da efetividade da tutela jurisdicional.³⁶⁸

Entretanto, a despeito da premissa de homogeneidade de propósitos aqui estabelecida, certo é que a alteração estrutural necessária ao enquadramento da tutela antecipada no grupo dos provimentos sumários autônomos, sempre na perspectiva *de lege ferenda*, provocaria notável desnaturação da natureza jurídica do instituto. A tutela antecipada geral do processo ordinário, no momento em que se desprende de sua base instrumental e provisória, já não mais poderá ser identificada por sua condição de decisão judicial interlocutória – regra geral precedida de cognição sumária (exceção feita à antecipação deferida em sentença de mérito) –, e que jamais prescinde de seu escopo coadjuvante de assegurar a eficácia de futuro provimento definidor e definitivo do direito do caso concreto.³⁶⁹

³⁶⁶ Ao se cogitar a estabilização da tutela antecipada, não se pode relacionar esse fenômeno à indesejada *banalização* da tutela de urgência, o que implicaria intensa desconsideração do valor segurança do processo. Esse receio foi externado por José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 277, nota 454.

³⁶⁷ “Temos diante dos olhos o caminho evolutivo da estabilização da tutela antecipada, que alguns ordenamentos já consagram, como ocorre no *référé* da França e da Bélgica e nos projetos legislativos italianos, dois deles já convertidos em lei. E a este caminho evolutivo não pode permanecer alheio o Brasil, que já apresenta, em muitos pontos, um sistema processual civil de vanguarda.” Cf. Ada Pellegrini, *O processo – Estudos e pareceres* cit., p. 54.

³⁶⁸ Nesses termos, Edoardo F. Ricci, em data não muito distante à introdução do poder geral de tutela antecipada no sistema processual brasileiro (art. 273 do CPC), já convidava nossos processualistas à reflexão sobre os caminhos evolutivos do instituto: “Consolidar os próprios fundamentos significa todavia estabelecer as premissas para passos seguintes; e, a essa altura, não pode ser olvidado o problema de saber se não vale a pena tornar a tutela antecipatória do tipo satisfativo mais estável, prevendo que esta sobreviva em certos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito.” Cf. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano cit., p. 691).

³⁶⁹ Assim, afirma Pasquale Frisina que “il carattere della provvisorieta non si risolve in una mera delimitazione temporale del provvedimento cautelare, e tanto meno nella asserita mancanza di definitività

Na medida em que o juízo cognitivo completo subsequente ao provimento sumário autônomo passa a ser apenas eventual, ou seja, não mais necessariamente disposto a serviço de uma decisão de mérito e sem imperativa limitação temporal de vigência, deflagrando assim sua capacidade de atuar a vontade concreta da lei e produzir eficácia que transcende a esfera do direito processual,³⁷⁰ julgando definitivamente e compondo a lide, há que se identificar nesse pronunciamento judicial a figura jurídica de sentença de conteúdo decisório antecipado de cognição sumária.³⁷¹

Essa proposição encontra aderência, ademais, em fundamentos específicos de nossa legislação processual. A partir da reforma implementada pela Lei 11.232/2005, passou a sentença a ser identificada e conceituada pelo critério de seu conteúdo,³⁷² sendo a nova redação conferida ao artigo 162, inciso I, do Código de Processo Civil inequívoco em identificá-la no “ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269” daquela Lei. Dessa maneira, abandonou o legislador o então consolidado modelo originalmente adotado pelo Código de 1973, que definia a sentença e a decisão interlocutória a partir da perspectiva recursal que as orientava.³⁷³

Dessa forma, o provimento sumário que declara o direito do caso concreto, definindo o litígio e acolhendo a pretensão do demandante, deve ser enquadrado na hipótese legal prevista no inciso I, do artigo 269,³⁷⁴ do Código de Processo Civil. Por consequência, cumpre a dicção legal imposta pelo artigo 162, inciso I, e se amolda formalmente à definição legal de sentença. Além do mais, na medida em que a definição do mérito da demanda, em nosso sistema processual, é atributo exclusivo da sentença (CPC, art. 459), outra qualificação não pode ser conferida ao provimento sumário autosatisfativo que define e atua a vontade concreta da lei no litígio levado à solução jurisdicional. Não bastassem essas considerações, constata-se que o provimento sumário

delle statuizioni in esso contenute, ma inerisce al contenuto ed alla qualità degli effetti dell'adottanda misura.” Cf. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali cit., p. 381.

³⁷⁰ “Eliminato dalla legge il rigido e necessario nesso di strumentalità, il provvedimento è idôneo a rimanere fermo e a regolamentare, su quell'oggetto, i rapporti fra le parti.” Cf. Lea Querzolo, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito* cit., p. 228.

³⁷¹ Lea Querzola destaca que uma decisão judicial com essa configuração pode dizer-se “*provvedimento decisorio sommario di cognizione a contenuto anticipatorio*.” Cf. Ibidem, p. 228.

³⁷² Cf. BUENO, Cassio Scarpinela. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 12.

³⁷³ Critério inclusive relatado na Exposição de Motivos da Lei 5.869/73.

³⁷⁴ “Art. 269: Haverá resolução de mérito: I – Quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor.”

autônomo, enquanto decisão que põe termo à etapa cognitiva do processo judicial, pode ser enquadrado como expressão de sentença de mérito também com base no critério adotado por prestigiada doutrina que prefere a continuidade classificatória dos pronunciamentos judiciais sob o formato da redação original do artigo 162, § 1º do CPC,³⁷⁵ interpretando a sentença como ato que põe fim à fase do procedimento em primeiro grau de jurisdição.³⁷⁶

No entanto, em decorrência de vicissitudes do processo de formação do provimento e, mais ainda, de transformação de decisão instrumental e provisória em decisão definidora da lide, deve-se anotar a natureza jurídica *mista* do instituto. Isso porque, em seu nascedouro e até a efetiva instauração – ou o decurso de seu respectivo prazo processual peremptório – do juízo cognitivo pleno pela parte interessada, mantém integralmente seus escopos e funções de assegurar a efetividade de outra decisão futura sobre o tema controvertido. Nesse hiato do procedimento, expele apenas os efeitos do provimento final de mérito, a título antecipatório, não ultrapassando os limites de decisão interlocutória e se sujeitando a recurso de agravo de instrumento. Diante da dessa condição para efetivamente transmutar-se em juízo definitivo do embate jurídico das partes, constata-se ainda a impossibilidade de ser desafiado por recurso de apelação, na medida em que sua eficácia declaratória do direito do caso concreto somente se dá após a consumação da preclusão da faculdade de instauração do juízo cognitivo completo pela parte, com atuação da coisa julgada formal naquela relação jurídica de direito processual.

Somente após a consolidação da inércia do sujeito processual sobre o qual recaí o ônus do impulso processual de instauração do juízo de *cognição plena e exauriente*, constatando-se a preclusão máxima endoprocessual para o exercício dessa faculdade, é que a decisão sumária ganha vida própria, passando a produzir também a eficácia jurídica almejada pelo demandante que se socorreu à tutela jurisdicional do Estado, definindo o litígio e protegendo o interesse jurídico amparado pela norma de direito material. Nessa etapa evolutiva, passa a ser sentença de mérito liminar,³⁷⁷ sujeita, pois, à coisa julgada material – atributo exclusivo da sentença de mérito, conforme artigo 467 do CPC.³⁷⁸

³⁷⁵ “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

³⁷⁶ “Ao se interpretar e aplicar o art. 162, § 1º, deve-se ter em mente que o proferimento da sentença caracteriza-se, a despeito da nova *letra* do dispositivo, como o ato que encerra uma fase do procedimento e primeiro grau de jurisdição e que terá, necessariamente, um dos conteúdos dos arts. 267, *caput*, e 269, *caput*.” Cf.: Cassio Scarpinela Bueno, op. cit., p. 20.

³⁷⁷ Assim entendida, a tutela antecipada estável atenderia aos insistentes reclames de Ovídio A. Baptista da Silva, que ao longo de sua obra doutrinária não escondeu sua insatisfação com o modelo tradicional

Paralelamente a essas questões, é de se anotar outra mudança de paradigma na essência do instituto. Enquanto teleologicamente voltado a conferir efetividade e utilidade a outro provimento definitivo pelo qual se materializa a atuação jurisdicional do Estado, o provimento antecipatório abarca função de garantidor da atuação do ordenamento jurídico ameaçado ou violado, contemplando dessa maneira seu caráter essencialmente publicístico, garantindo a seriedade e eficiência da função jurisdicional assumida pelo Estado.³⁷⁹ Ao se mitigar o nexo necessário de instrumentalidade que atualmente informa a tutela antecipada brasileira, irrompe-se forte inclinação privatista nessa técnica voltada à realização do direito material abstratamente assegurado ao jurisdicionado,³⁸⁰ eis que sua finalidade é deslocada do campo da proteção ao processo para o da efetivação do direito da parte como solução definitiva do litígio.³⁸¹

Diante dessas considerações, por fim, uma importante observação se faz necessária. A decisão judicial que rejeita pedido do demandante de antecipação de tutela jurisdicional não está sujeita ao processo evolutivo acima narrado, jamais ultrapassando os limites de sua nauteza interlocutória. Assim, mantidos todos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, esse pronunciamento denegatório deve ser interpretado dentro dos limites da norma processual – constatação de ausência de verossimilhança, de direito urgente ou evidente –, não se podendo dele extrair qualquer característica decisória de caráter declaratório negativo em benefício do demandado, a exemplo do que se sucede com a sentença de improcedência do juízo cognitivo completo. A decisão denegatória de pedido de antecipação de tutela não produz eficácia de declaração do direito do caso concreto, sendo que sua preclusão não produz qualquer efeito além dos limites do processo em que foi proferida.

informado pelo “paradigma racionalista”, lamentando o fato de que “para nosso direito e para a doutrina que o consagrou em lei (CPC), não pode haver sentenças liminares; porque o juiz não pode emitir juízos jurisdicionais verdadeiros que não produzam coisa julgada; porque julgar haverá de corresponder a *judgar definitivamente*, ‘compondo a lide’”. Cf.: *Da sentença liminar à nulidade da sentença* cit., p. 218.

³⁷⁸ Proposição limitada à sistemática imprimida pelo Código de Processo Civil, sujeita a todas as considerações dogmáticas apresentadas no próximo capítulo do trabalho.

³⁷⁹ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 239.

³⁸⁰ São observações imediatas e superficiais ao provimento judicial sumário e autônomo, não se pretendendo aqui adentrar na disputa sobre o escopo publicístico ou privatístico do processo.

³⁸¹ Cf. Lea Quertzola, op. cit., p. 229.

3.4 Conteúdo da tutela antecipada estável. Reafirmação do dever de motivação das decisões judiciais

A alteração da natureza jurídica da tutela antecipada brasileira nos moldes alvitados nas páginas precedentes certamente traria a reboque a necessidade de se recolocar em destaque o papel da garantia constitucional do dever de motivação das decisões judiciais – artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Fartas são, na prática forense, as decisões antecipatórias nas quais os juízes se limitam a afirmar a “presença dos requisitos legais” para o deferimento da tutela sumária, deixando para observar essa condição essencial de legitimação de seus atos decisórios somente quando do provimento final de encerramento do litígio, por sentença terminativa ou definitiva.

Com a mudança de perspectiva de atuação da tutela sumária, que potencialmente poderá representar a resposta final do Estado-Juiz à crise de direito material que lhe foi submetida, aflora sobremaneira o dever de motivação a ser observado em todo e qualquer pronunciamento judicial que carregue alguma carga de decisão na esfera jurídica das partes – processual ou material. Sendo certo que a decisão que antecipa os efeitos da tutela final almejada pelo demandante deve ser congruente aos limites de sua pretensão definitiva, não se pode olvidar daquelas hipóteses em que o provimento sumário é concedido em menor extensão de efeitos em comparação àqueles que serão produzidos ao final do processo com o acolhimento integral da tese jurídica do autor. A verossimilhança pode se limitar a determinados fatos constitutivos da pretensão, assim como a urgência da atuação jurisdicional ou a evidência do direito debatido.

Pense-se, por exemplo, na tutela antecipada necessária à sustação dos efeitos do protesto de título que, aos olhos do demandante, não encontra amparo no direito material. Não raramente, a urgência do ajuizamento da demanda pode obstar a devida demonstração, em juízo de verossimilhança, da inexistência do débito subjacente ao documento. Nesse caso, a tutela antecipada pode se referir exclusivamente a um efeito secundário do provimento jurisdicional almejado pelo demandante – não realização do protesto –, deixando de lado qualquer análise da pertinência ou não do direito substantivo reclamado pelas partes.³⁸² Em decisão devidamente *motivada*, deve o magistrado expressamente

³⁸² Pode a medida antecipatória, por exemplo, visar apenas a evitar o grave dano ao demandante, impondo como condição o depósito judicial dos valores controvertidos, a título de caução. Neste caso, não se pode

destacar se o provimento sumário concedido abrange todos os efeitos da tutela final almejada pelo demandante, ou se está limitado a um ou alguns de seus efeitos, delimitando exatamente a área de estabilização da tutela antecipada.

Ganha força, assim, a necessidade de se conhecer exatamente, e sem exaltações, o *conteúdo* do provimento que nasce provisório, mas que pode se tornar a palavra definitiva do judiciário sobre a controvérsia apresentada à solução estatal, a fim de se evitar que a técnica apresentada se transforme em indesejável fonte de incertezas e insegurança nas relações intersubjetivas dos cidadãos. E para que o conteúdo da decisão judicial seja devidamente aclarado pelo seu prolator, outro caminho não há senão o do cumprimento estrito do dever constitucional de motivação das decisões judiciais.³⁸³

Todas as observações acerca da delimitação do conteúdo e respectivo dever de motivação das decisões judiciais não emergem da introdução da técnica da tutela antecipada estável; são regras que já deveriam ser observadas em toda e qualquer atividade jurisdicional em decorrência de normas já previstas em nosso ordenamento jurídico, as quais, lamentavelmente, são ignoradas sem maiores preocupações por nossos operadores do direito.

3.5 Questões procedimentais relevantes

Não obstante as advertências apresentadas no item antecedente, no sentido de que a proposta formulada no trabalho não contemplaria os pormenores do procedimento que dispusesse regra de tutela antecipada estável, assim como de que os requisitos hoje

cogitar que o provimento antecipatório estável seja a palavra final do poder judiciário a respeito da existência ou não do crédito materializado no título apontado a protesto. Para que isso ocorra em decisão sumária autônoma, e ainda no plano exemplificativo e hipotético, deveria a petição inicial estar acompanhada de prova documental que atestasse a quitação do débito, a ensejar a extinção do direito subjetivo do credor. Assim, a tutela antecipada estaria amparada na convicção judicial de que a dívida não mais existe, podendo assim, legitimamente, ter eficácia estável no ambiente jurídico das partes.

³⁸³ José Roberto dos Santos Bedaque, ao analisar a pertinência do modelo de provimento antecipatório estável, enfatiza “que motivar significa apresentar razões por que se chegou a determinada conclusão. Não basta, evidentemente, a repetição de fórmulas vagas e imprecisas, vazias de qualquer conteúdo, como *presentes os requisitos legais, verificada a ausência de perigo ou de prova inequívoca de verossimilhança*. Essas afirmações expressam a conclusão do juiz, não os fundamentos pelos quais ele assim entende. Tem a parte o direito de saber por que os requisitos legais estão presentes ou ausentes.”. Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) cit., p. 332.

existentes para a concessão do provimento antecipatório não seriam, em substância, alterados pela mudança estrutural necessária à contemplação da tutela sumária estável em nosso ordenamento processual, constata-se que algumas opções procedimentais se revelariam mais adequadas à realidade substancial do processo e contribuiriam para o funcionamento harmônico do sistema. Em linhas gerais, são três ordens de questões objetivas, a saber: (i) a admissão inequívoca da tutela antecipada em procedimento preparatório, nos moldes previstos às medidas cautelares pelo artigo 796 do Código de Processo Civil; (ii) a exclusão do fator *reversibilidade* dos efeitos da decisão sumária como requisito essencial à concessão da medida (art. 273, § 2º); (iii) implementação da técnica de estabilização em caráter geral e no tecido do procedimento comum. São questões marginais ao tema investigado, que certamente otimizariam os benefícios esperados da técnica processual de julgamento com base em juízo de verossimilhança.

A primeira das questões apresentadas já há muito vem sendo defendida por parte da doutrina e, de alguma maneira, admitida em nossos Tribunais por analogia legislativa de princípios gerais inicialmente destinados apenas às medidas cautelares conservativas dispostas no Livro III do Código de Processo Civil. A urgência, que muitas vezes acompanha e legitima o deferimento da medida antecipatória pleiteada pelo demandante, pode se revelar de tamanha intensidade que simplesmente inviabiliza o adequado preparo da petição inicial ou organização de todos os elementos necessários à propositura da demanda cognitiva completa.

Assim, na medida em que o artigo 273 do Código de Processo Civil limitou a introduzir, em caráter geral, a tutela antecipada em nosso sistema processual, sem a preocupação – e muito menos condição material – de dar tratamento integral ao instituto,³⁸⁴ e diante da convergência de propósitos em relação à tutela cautelar conservativa, vem sendo defendido o cabimento da instauração de procedimento prévio visando à antecipação de tutela que será posteriormente pleiteada em processo principal, por aplicação da regra contida no artigo 796 de nosso diploma processual.³⁸⁵

³⁸⁴ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil* cit., p. 81.

³⁸⁵ “Nesses casos, não vejo como impedir a antecipação em processo prévio, tal como ocorre com as cautelares conservativas (CPC, art. 796).” Cf.: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* cit., p. 336.

Uma vez que a implementação da técnica do provimento sumário autônomo tem por escopo maior a economia de juízo especificamente para aqueles casos em que a decisão liminar tem importância destacada no contexto litigioso das partes, nada mais razoável que o acesso dos jurisdicionados ao pleito da tutela de urgência seja de toda maneira facilitado pelo direito processual. Dessa forma, para que dúvidas ou debates acadêmicos não obstruam a utilização da medida em caráter preparatório, nada mais razoável que esse mecanismo seja disposto de forma expressa pelo legislador.

Não se pode cogitar, ademais, que a ainda maior fragilidade do juízo cognitivo possa prejudicar a qualidade da decisão potencialmente definidora da crise de direito material existente entre as partes. A concessão da medida antecipatória e sua condição de palavra definitiva do judiciário sobre o tema estão assentados em dois vetores de segurança indissociáveis da técnica da tutela antecipada estável, quais sejam, a *verossimilhança* das alegações do autor e a inércia processual inequívoca da parte interessada na instauração do juízo cognitivo completo. Assim, diante de uma petição inicial em procedimento preparatório que não reúna condições mínimas de verossimilhança das alegações do demandante, deve o juiz desacolher a medida sumária pretendida; uma vez concedida a medida liminar, ela somente será lei entre as partes se assim o demandado permitir, deixando de observar o ônus processual a ele atribuído. Em relação aos interesses do autor, o provimento sumário autônomo proferido em procedimento prévio somente poderá atingir seus objetivos auspiciados de deflação do contencioso judicial e de rápida solução do litígio se o resultado concreto tenha identidade com aquilo que alcançaria após instauração e trâmite ordinário do processo de cognição plena. Do contrário, é de se esperar naturalmente a propositura da demanda principal.

Também o segundo dos temas apresentados neste item para análise, a exclusão do fator *reversibilidade* dos efeitos da decisão sumária como requisito essencial à concessão da medida (art. 273, § 2º), vem, de alguma maneira, já sendo objeto de questionamentos³⁸⁶ e propostas de relativização de sua força aplicativa.³⁸⁷

³⁸⁶ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover destaca que “o limite imposto pelo § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil à concessão da tutela antecipada tem recebido interpretações nem sempre uniformes da doutrina, que ora vê nesse dispositivo um óbice intransponível para o deferimento da providência, ora atenua o rigor legal, para admiti-la mesmo diante do risco de eventual *irreversibilidade*. Além disso, controverte-se acerca deste último conceito.” Cf. *O processo – Estudos e pareceres* cit., p. 60.

³⁸⁷ Cf. Idem, p. 61. Luiz Guilherme Marinoni distingue os conceitos de “irreversibilidade do provimento” e “irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento”, afirmando que “nada impede que uma tutela que

Diante do fato de que a tutela sumária caminha ao longo do trâmite procedimental gerando os efeitos práticos da tutela jurisdicional pretendida pelo demandante, mas sempre desprovida de qualquer eficácia jurídica sobre a relação de direito material debatida entre as partes, mostra-se razoável a preocupação do legislador em evitar situações irreversíveis causadas por decisões estritamente processuais e, no rigor da lei, ainda descoladas do direito material a ser declarado pelo juiz ao final do litígio. Mas agora, a partir do momento em que se permite que a decisão sumária carregue consigo também a eficácia jurídica pretendida pelo autor da demanda – podendo ser, inclusive, a última palavra do judiciário sobre o tema, a depender da postura do réu –, nada mais razoável do que desatrelá-la de requisito incompatível com a atuação imperativa e definitiva do poder jurisdicional do Estado.

Por fim, cumpre relevar que o maior dos méritos atingidos pelo legislador processual que introduziu a norma contida no artigo 273 do Código de Processo Civil foi, certamente, a disponibilização, em caráter genérico, de técnica indispensável aos objetivos maiores de efetividade e utilidade da prestação jurisdicional do Estado. A tutela antecipada, que no direito brasileiro era até então admitida em procedimentos esparsos relacionados a específicas relações de direito material, passou a atuar universalmente no tecido do procedimento comum do processo de conhecimento, contemplado um sem-número de crises de direito material existentes no ambiente de convivência dos cidadãos em sociedade.

Dessa forma, ao se cogitar a *evolução* do instituto da tutela antecipada, nada mais razoável do que se confiar que seu aprimoramento deva ocorrer também de forma pulverizada no universo do procedimento da fase de conhecimento do processo ordinário disposto em nosso ordenamento jurídico.

produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.” Cf.: *A Antecipação da tutela* cit., p. 166. José Roberto dos Santos Bedaque entende que a relativização da exigência é solução que “leva em conta exatamente aquelas situações em que a antecipação mostra-se imprescindível, apesar de faticamente irreversível.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) cit., p. 275, nota 450.

CAPÍTULO 4

INTENSIDADE DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

4.1 Considerações gerais

A análise autômata das consequências do enquadramento da tutela antecipada estável na definição legal de sentença de mérito prevista em nosso ordenamento processual nos conduziu à conclusão de sua idoneidade à coisa julgada material, por direta aplicação da regra disposta no artigo 467 do Código de Processo Civil. No entanto, essa constatação se limita ao harmônico enquadramento sistemático da técnica processual analisada no ordenamento jurídico pátrio, o que não supera a necessidade de profunda investigação de sua adequação dogmática ao recebimento da imutabilidade máxima de seus efeitos produzidos no ambiente jurídico das partes. A definição de que, aos olhos da lei, o provimento sumário autônomo, em determinado momento de seu processo de formação, pode ser considerado sentença de mérito, não é suficiente para extrair sua idoneidade à coisa julgada material.

Ao se cogitar a alteração estrutural da tutela antecipada brasileira, de modo a capacitá-la a também dar solução jurídica ao litígio em caráter definitivo, abreviando assim o caminho processual para as vias executivas da jurisdição, logo se percebeu os reflexos da muda mudança na natureza jurídica do instituto. Como demonstrado, deixa ela o campo das tutelas dependentes – para prestigiada doutrina, do gênero tutela cautelar –, ingressando no rol dos provimentos autônomos e autossuficientes, com a relativização de seus componentes *instrumentalidade* e *provisoriedade*. Dessa forma, deve ser analisada sob a forma de tutela de cognição sumária de conteúdo e função potencialmente definidora da vontade concreta da lei no litígio sobre o qual incide.

Como se procurou demonstrar até o presente estágio de evolução do trabalho, a função abreviativa e de economia de juízo, que estão na linha de frente da alteração estrutural proposta, implica tratamento diferenciado ao juízo de verossimilhança disponível na etapa sumária da cognição do processo. Em outras palavras, apontou-se em que condições pode o legislador alterar o paradigma do processo de conhecimento, permitindo a

produção de eficácia jurídica almejada da atuação jurisdicional do Estado já mesmo a partir de um provimento eventualmente provisório.

O passo natural seguinte – também integrante da equação formada pela análise da qualidade da cognição e sua capacidade de produção de efeitos jurídicos e práticos –, é a investigação da idoneidade dessa decisão judicial que define e declara o direito do caso concreto de também ultimar a atuação jurisdicional sobre a crise de direito material em que atuou. A importância do tema decorre de singela constatação de que a decisão, não obstante *definidora* da controvérsia, não necessariamente é a *definitiva* da crise intersubjetiva dos sujeitos parciais do processo. O fato de decidir a causa não lhe confere, automaticamente, a condição de imutável,³⁸⁸ ainda que sob a perspectiva legal ditada pelo legislador, seja formalmente definida como sentença de mérito.

Ainda em caráter geral do tema proposto neste capítulo, são oportunas algumas linhas acerca da postura adotada pelo indivíduo que tem contra si exteriorizada uma pretensão jurisdicional. Por entender ter razão na crise de direito material levada ao judiciário, deve o demandado levar ao debate processual questões de fato e de direito aptas a contradizer os argumentos de seu adversário e contribuir à correta declaração da vontade concreta da lei pelo julgador. Ao quedar-se inerte em relação ao impulso processual de seu interesse – por meio de contestação ou de ação incidental autônoma, conforme o caso –, perde a oportunidade de instaurar no ambiente processual a *incerteza* sobre os fatos e consequências jurídicas apontadas pelo autor, a qual é inerente ao próprio movimento de insurgência contra a proteção do interesse almejada na ação judicial. Silogismo dessas considerações é a identificação da *certeza* (formal) a partir da resignação do demandado.

No ordenamento jurídico brasileiro, como já se apontou, essa técnica de obtenção da verdade e certeza jurídicas para legitimar o pronunciamento judicial definidor da contenda, fundada nas premissas da eficiência e efetividade do processo e economia de juízo, está presente em algumas modalidades de tutela sumária autônoma dispostas pelo legislador. Para consecução da transformação estrutural necessária à implementação da

³⁸⁸ Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, “não se confunde a eficácia própria do ato que tende à extinção da fase de conhecimento do processo com a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença que é alcançada com o trânsito em julgado.” Cf. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil* cit., p. 167. Essa proposição decorre de consolidado entendimento de Enrico Tullio Liebman, no sentido de que eficácia da decisão e sua imutabilidade são conceitos distintos. “Una cosa è l’efficacia d’accertamento, altra cosa è la sua immutabilità.” Cf. *Effetti della sentenza e cosa giudicata* cit., p. 3.

tutela antecipada estável no sistema processual brasileiro, propugnou-se neste estudo o emprego dessa mesma técnica aos provimentos sumários antecipatórios dispostos na legislação processual.

Agora, no plano da estabilidade da decisão, *o salto é duplo*. Essa afirmação, de cardinal importância à completa coesão do estudo, merece explicação detalhada.

Além da certeza jurídica decorrente da verossimilhança das alegações do demandante, impõe-se, mais uma vez, a busca técnica de utilização corrente no processo em sua configuração cognitiva completa, cuja aplicação não causa qualquer perplexidade aos operadores do direito e, menos ainda, sugere infração ou limitação à segurança do devido processo legal em benefício do jurisdicionado.

O impulso processual que cabe à parte na realização e desenvolvimento de atividade processual de seu interesse, quando relacionado à instauração do juízo de cognição plena e exauriente, tem suas raízes sedimentadas no *princípio da demanda*, ou seja, na própria busca e alcance da atividade jurisdicional.³⁸⁹ Mas esse impulso processual também se manifesta sob os auspícios do *princípio dispositivo*, que atua quando a demanda em procedimento ordinário de cognição já está em curso, podendo a parte dispor da causa instaurada, seja deixando de alegar ou provar fatos defensivos de seu eventual direito subjetivo, seja ainda demonstrando desinteresse pelo exaurimento completo das instâncias jurisdicionais previstas no organograma do judiciário ao qual está submetida.³⁹⁰

A sentença judicial de mérito, como ato culminante do processo de conhecimento sob o procedimento ordinário de cognição completa – no processo sincrético, da fase de conhecimento –, declara o preceito concreto que deve reger a relação entre os litigantes e o bem da vida sobre o qual recaiu a controvérsia, atuando imperantivamente na produção da

³⁸⁹ Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, que identifica no princípio da demanda “o pressuposto da disponibilidade não da causa posta em julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segunda a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo.” *Teoria geral do processo civil* cit., p. 49.

³⁹⁰ Cf. Ibidem, p. 48. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco falam também de princípio da disponibilidade, que em direito processual “é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir “da ação”) ou a certas situações processuais.” Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 61.

eficácia jurídica e dos efeitos decorrentes da pretensão acolhida frente às demandas contrapostas pelas partes³⁹¹ Outorga assim, ao caso concreto, a certeza jurídica necessária à autenticação da vontade concreta da lei em atividade jurisdicional, encerrando o litígio intersubjetivo e contemplando a função pacificadora de prerrogativa exclusiva do Estado-Juiz. No entanto, o sistema processual deixa ao dispor do sucumbente a possibilidade de reavivar a *incerteza* jurídica fulminada pela sentença, mediante a interposição de recurso de apelação ao órgão jurisdicional de segunda instância,³⁹² ao qual são devolvidas todas as matérias controvertidas inerentes à crise de direito subjetivo objeto do processo.³⁹³

Sob esse ângulo analítico, percebe-se que a perenidade da irresignação do sujeito processual, agora instrumentalizada na impugnação ao juízo decisório do litígio, pode ser enquadrada no conceito mais amplo de contestação à pretensão jurisdicional do adversário, sempre com vistas à correta – em seu entender – declaração da vontade concreta da lei pelo julgador. A ausência do impulso processual necessário à manutenção da incerteza jurídica no embate, identificada na inércia e renúncia da parte derrotada ao direito de impugnar a decisão de solução da controvérsia e que denota sua aquiescência com a jurídica solução formulada pelo órgão judicial, confere ao ato decisório *definidor* da demanda também a condição de figura *definitiva* da crise de cooperação existente no processo, cujos efeitos substanciais se tornam imutáveis pela formação da coisa julgada material.³⁹⁴

³⁹¹ “Ao ofertar resposta à inicial, o réu apresenta também sua demanda, que ordinariamente consiste na pretensão à rejeição da demanda do autor.” Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., vol. III, p. 193.

³⁹² “A eficácia sentencial, portanto, não se vincula à coisa julgada. Passada em julgado a sentença, adquire ela uma nota característica: a imutabilidade.” Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil* cit., p. 167. Elio Fazzalari, com o mesmo entendimento, conclui que “insomma, i due fenomeni – promanazione dell’efficacia dalla sentenza; conclusione del processo (*‘res iudicata est’*) – sono e restano ontologicamente distinti. E, sebbene ‘cosa giudicata’ comprenda la sentenza, *rectius*, la sua efficacia (*‘cosa’*), e la sua incontrovertibilità (*‘giudicata’*, *‘passata in giudicato’*), il *proprium* della nozione è costituito dall’incontrovertibilità: infatti, c’è sentenza che svolge efficacia sostanziale mentre il processo è ancora in corso; non c’è, invece, ‘cosa giudicata’ prima della conclusione del processo.” FAZZALARI, Elio. Il cammino della sentenza e della “cosa giudicata”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 591, luglio-settembre 1988.

³⁹³ Por isso, afirma Cândido Rangel Dinamarco que “quando proferida a sentença, ela própria e seus efeitos ainda são mera *proposta* de solução do litígio (sentenças de mérito), ou simplesmente proposta de extinção do processo (terminativas), uma vez que ainda é possível a substituição da sentença e a alteração do teor do julgamento, em caso de recurso interposto pela parte vencida.” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., vol. III, p. 293.

³⁹⁴ Assim, “com a formação da coisa julgada material, todas as questões que ficaram decididas *principaliter* na sentença tornam-se imutáveis e indiscutíveis (art. 467). Desse modo, depois do trânsito em julgado, os efeitos, principais e secundários da sentença, tendem a produzir-se de modo definitivo.” Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil* cit., p. 188.

E esse *conceito amplo de contestação* é projetado, dessa forma, em dois distintos momentos topológicos do procedimento ordinário de cognição completa: o primeiro, ao início do procedimento, que determina a própria instauração do juízo cognitivo completo, está relacionado a todo arsenal de argumentos da parte, com os quais intenta o convencimento do julgador acerca do legítimo interesse a ser protegido pela tutela jurisdicional encomendada. O segundo momento de incidência da atividade constestatória da parte se desenrola após a declaração, pelo juiz, do direito aplicável ao caso concreto. De frente à solução judicial elaborada pelo ente estatal, e sabedor da eficácia jurídica e dos efeitos práticos decorrentes da decisão, o impulso processual da parte sucumbente relaciona-se agora não só aos aspectos de definição da crise de direito material, mas também, e principalmente, à definitividade que se pode extrair da decisão judicial.

Se no processo ordinário em procedimento cognitivo completo, o conceito amplo de contestação se destaca em dois momentos distintos, na tutela sumária autônoma, é concentrado e amalgamado em única etapa do procedimento. Ao ser cientificado da sujeição à decisão judicial sumária que acolheu pretensão jurisdicional que lhe seja desfavorável, o seu direito à contrariedade compreende não só a instauração dialética do juízo cognitivo completo disposto na lei processual para a correta informação da verdade jurídica reveladora da vontade concreta da lei, mas também, concomitantemente, a insurgência em relação à definitividade e estabilidade da solução apresentada pelo poder judiciário. Aqui se identifica e se justifica a afirmação de que a alteração estrutural sugerida à tutela antecipada brasileira, para habilitá-la a decidir e definir o litígio sem suscetibilidade a outros juízos, encerra dupla escalada de técnicas processuais extraídas do modelo ordinário de prestação jurisdicional.³⁹⁵

Dessa maneira, a partir da nova configuração que se propõe imprimir à tutela antecipada disposta no sistema procesual brasileiro, com ruptura da obrigatoriedade de seu caráter instrumental e a consequente eventualidade de sua vigência provisória, afere-se, em abstrato, sua estrutural e ontológica capacidade de transitar em julgado com as proteções

³⁹⁵ Atenta a esse fenômeno, Lea Querzola afirma que “mi pare infatti che, in sede di procedimento ‘cautelare’ sganciato dal merito, si possa fare un duplice passo, per non dire salto, che consenta, da una parte, di considerare per veri e quindi per accertati i fatti non contestati dalla controparte, ma non attraverso una mera *fictio iuris* che, per così dire, lasci il tempo che trova, bensì attraverso un accertamento che possa essere considerato pieno fintantoché la controparte non solo non contesti genericamente ma non dia (o cerchi di dare) prova concreta delle affermazioni *ad infringendum* che solleva avverso il ricorrente attivo.” Cf. Op. cit., p. 171.

decorrente da coisa julgada formal e material.³⁹⁶ No entanto, o fato de ter condições essenciais para usufruir dessa imutabilidade máxima, não a isenta de se sujeitar à caneta do legislador, que dentro do contexto social e jurídico do qual pertence, pode limitar politicamente a intensidade de sua capacidade de consolidação do preceito concreto empregado na crise de direito material.³⁹⁷ Em outras palavras, o salto duplo proposto pode parecer exagerado ou inadequado aos olhos do legislador, que pode contentar-se em fornecer o título executivo almejado pelo demandante, sem entanto abrigá-lo nos aposentos da coisa julgada material.³⁹⁸ Cabe ao processualista, dessa maneira, explorar cientificamente os parâmetros adequados que devem ser conferidos ao instituto, de maneira a moldá-los às necessidades e prioridades do sistema jurídico e da sociedade em que está inserido.

4.2 A relação entre a tutela antecipada brasileira e a mutabilidade natural de seus efeitos

A sentença de mérito, como já afirmado, carrega ordinariamente a função de declarar o direito do caso concreto e, se necessário, de autorizar a realização de atos de execução destinados à produção dos efeitos decorrentes do julgamento do conflito de

³⁹⁶ Cf. Paolo Biavati, que destaca que “non vi sarebbe alcun ostacolo reale ad attribuire alla decisione anticipatoria, una volta esaurita la fase del reclamo e senza che le parti abbiano inteso dar evita al giudizio di merito, un’efficacia di giudicato... Si tratta, però, di un limite politico, non di un limite strutturale.” Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare cit., p. 569. No mesmo sentido, Lea Querzola, op. cit., p. 171.

³⁹⁷ Aliás, a imutabilidade da eficácia de toda decisão judicial está relacionada à opção política do legislador, eis que inexistente correlação necessária entre os dois fenômenos. Com esse entendimento, pondera José Carlos Barbosa Moreira que “se as leis em regra excluem tal possibilidade e fazem imutável a sentença a partir de certo momento, o fato explica-se por uma opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática.” Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, 28, p. 20, 1983. Essa finalidade prática que envolve a coisa julgada também foi destacada por Enrico Tullio Liebman, que assim asseverou: “Da questo pregiudizio bisogna liberarsi per dare alla cosa giudicata non più un valore logico, o psicologico, o ideologico, ma soltanto un valore pratico: l’intangibilità, l’immutabilità degli effetti della sentenza.” Cf. *Effetti della sentenza e cosa giudicata cit.*, p. 3.

³⁹⁸ Esse entendimento, do qual demonstraremos discordar, tem inclusive respaldo em respeitável doutrina. Nesses termos, afirma Andrea Proto Pisani que “il *proprium* della efficacia dei provvedimenti sommari non cautelari soprattutto nella loro efficacia esecutiva (ed, eventualmente, costitutiva) e non già tanto in un accertamento suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.*, cioè nell’immutabilità dell’accertamento in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti (o loro eredi o aventi causa) nei quali il diritto accertato sommariamente rilevi quale elemento della *causa petendi* di un diverso *petitum*.” Cf. *Le tutele giurisprudenziali dei diritti – Studi cit.*, p. 273. À base dessa construção está certamente a lição de Enrico Tullio Liebman, ao convidar o jurista do futuro a se libertar do peso representado pela ideia de que o accertamento do direito, sem o respaldo da imutabilidade, estaria carente de qualquer utilidade. Para o mestre italiano, “é vero proprio il contrario: una sentenza è efficace anche se può essere contraddetta da un’altra sentenza in un diverso processo.” Cf. *Effetti della sentenza e cosa giudicata cit.*, p. 3.

pretensões das partes. É o ato processual de encerramento da fase cognitiva do processo, precedido de todas as fases procedimentais predeterminadas pelo legislador – aquelas pertinentes ao tema controvertido – e que garantem o cumprimento das garantias constitucionais de segurança que tutelam o processo civil brasileiro – contraditório, ampla defesa, isonomia, juiz natural e devido processo legal. Assim, a decisão judicial que põe termo ao litígio tem respaldo e legitimidade no *valor* atribuído à *cognição plena e exauriente*, o que justifica, ademais, a atribuição de irretratabilidade à declaração de direito nela contida. Essa imutabilidade da sentença e de seus efeitos decorre da coisa julgada, identificada como o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais.³⁹⁹ O instituto da coisa julgada, nesses termos, é precipuamente vinculado à sentença de mérito pronunciada ao final do procedimento de cognição completa.⁴⁰⁰

Já a decisão que antecipa os efeitos do provimento final de mérito pretendido pelo demandante, genericamente disposta em nosso ordenamento no artigo 273 do Código de Processo Civil, em decorrência de sua constituição estrutural no direito cogente, é naturalmente inapta a desfrutar da estabilidade decorrente da incidência da coisa julgada, eis que não preenche quaisquer dos requisitos acima apontados e necessários à legitimação da condição de imutável de uma decisão judicial. O provimento antecipatório é, pois, precedido de cognição sumária, sem capacidade de produzir a eficácia jurídica atrelada à declaração do direito do caso concreto e dotado de instrumentalidade em relação à sentença de mérito. Não bastassem essas características, é informado ainda pelo elemento *provisoriedade*, que por definição⁴⁰¹ já afasta qualquer hipótese de consistente estabilidade.⁴⁰²

Entretanto, como já repetido à exaustão, a prestação jurisdicional por meio de seu ordinário método de trabalho nem sempre é possível e adequada, já que em inúmeras

³⁹⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Nova era do processo civil* cit., p. 221.

⁴⁰⁰ Luiz Guilherme Marinoni identifica na coisa julgada a função de garantia de existência do discurso jurídico contido na atividade do Estado de tutor dos direitos e das pessoas. Assim, destaca que “o recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser, e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 56.

⁴⁰¹ Federico Carpi indica que a própria estrutura antecipatória determina a perda de eficácia processual com a sentença de primeiro grau de jurisdição. Cf. *La tutela d’urgenza* cit., p. 75.

⁴⁰² Humberto Theodoro Júnior, ao analisar a tutela cautelar (espécie pertencente ao mesmo gênero da tutela antecipada) afirma que “como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da *lide* (conflito de interesses, que é objeto da ação principal), a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, conseqüentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico.” Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 20 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2002. p. 176.

situações do direito substantivo não atende às exigências de efetividade, utilidade e prontidão que se espera da atuação do Estado juiz enquanto monopolizador da função de pacificar os membros da sociedade com justiça. E essa constatação, que se reverbera na imutabilidade das decisões judiciais, pode levar o processualista a um perigoso e falso sofisma: somente as sentenças judiciais de mérito amparadas em cognição plena e exauriente seriam merecedoras da recepção da coisa julgada material.

A aceitação incondicional dessa premissa implica evidente desequilíbrio no sistema processual. A coisa julgada material e a imutabilidade dos efeitos do preceito concreto que deve reger a relação entre os litigantes e o bem da vida controvertido, têm destacado papel na promoção da segurança⁴⁰³ das relações jurídicas,⁴⁰⁴ cuja presença também se mostra relevante naquelas decisões não propriamente enquadráveis no conceito de sentença de mérito, mas que, de alguma maneira, atuam como a lei aplicada pelo juiz na defesa de interesses juridicamente protegidos. Apura-se dessas constatações o fato de que a segurança jurídica da atividade jurisdicional não só decorre do contraditório, mas também da própria estabilidade da decisão que a finaliza.

Paralelamente a essas considerações, deve-se levar em conta, ademais, que a imutabilidade da decisão judicial que define o litígio entre as partes está relacionada à própria confirmação do poder de império do Estado Democrático de Direito e sua capacidade de impor as decisões judiciais aos membros da sociedade. A decisão judicial que define um litígio somente é capaz de efetivamente eliminá-lo mediante o encerramento categórico das expectativas das partes em alterar o destino do bem da vida controvertido.⁴⁰⁵ Assim, quando se cogita do direito fundamental à tutela jurisdicional do Estado, não se pode limitá-lo nos perímetros da decisão judicial que assegure a proteção dos interesses juridicamente amparados pelo direito material. Mais que isso, abrange também o direito de

⁴⁰³ Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm de conferir *segurança* às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.” Cf. *Nova era do processo civil* cit., p. 218.

⁴⁰⁴ Ou seja, “sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas e grupos.” Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., vol. III, p. 294.

⁴⁰⁵ “Por isso, a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a eliminá-los, ou melhor, a solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos reconheçam seu fim.” Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional* cit., p. 56.

uma tutela jurisdicional não mais sujeita a discussões e, por isso, dotada de imutabilidade.⁴⁰⁶

A partir do momento em que se ilumina o caminho da solução do litígio pela via da tutela sumária antecipada e autônoma, razoável também que se garanta ao beneficiário da tutela jurisdicional a segurança em relação ao bem da vida que lhe foi assegurado e negado ao seu adversário. Somente assim pode-se alcançar o equilíbrio pleno do sistema processual, afeiçoando o processo ao modelo ideal de provedor de resultados céleres e estáveis, mas também garantidor da justiça e segurança àqueles que a ele se sujeitarão.⁴⁰⁷

Mas antes de se aprofundar na demonstração da pertinência em se proceder ao “salto duplo” descrito no item anterior como caminho necessário à concessão de estabilidade à tutela antecipada estruturada nos moldes propostos no estudo, de rigor uma singela e pragmática passagem de olhos em situação processual, senão idêntica, muito próxima à tutela sumária autônoma em debate, e que sem maiores perplexidades, já usufrui da condição de segurança decorrente da coisa julgada material.

Quando a fase de conhecimento do processo desenrolado sob o procedimento ordinário é antecipadamente finalizada, nos moldes do artigo 330 do Código de Processo Civil, por força da ausência de impulso processual defensivo do réu (revelia, inciso II), com imposição da vontade concreta da lei por sentença de mérito produtora de eficácia jurídica e de efeitos pretendidos pelo autor da ação, nada impede que, após a intimação⁴⁰⁸ das partes acerca do teor da decisão que venha a acolher a pretensão do demandante, permaneça o derrotado em situação inercial, deixando transcorrer *in albis* o prazo para interposição de recurso de apelação, dando ensejo ao trânsito em julgado do provimento de mérito. Nessa situação fica claro que, ainda que não se tenha materializado o contraditório

⁴⁰⁶ Aponta José Rogério Cruz e Tucci que “deriva desse fenômeno um duplo aspecto revestido de significativa conotação jurídica: de um lado, as partes não mais poderão submeter novamente a matéria decidida à apreciação do Poder Judiciário e, de outro, o Estado tem o dever de não reexaminar a controvérsia, já decidida, em sucessiva oportunidade.” Cf.: *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil cit.*, p. 168.

⁴⁰⁷ Cândido Rangel Dinamarco, com usual precisão, faz a síntese do indispensável equilíbrio entre as exigências da segurança e efetividade do processo civil, nos seguintes termos: “o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que el produzirá.” Cf. *Nova era do processo civil cit.*, p. 219.

⁴⁰⁸ Que no caso de revel sem advogado constituído nos autos, ocorre pela simples publicação da sentença no respectivo cartório do juízo, dispensando-se, para efeitos de contagem de prazo recursal do demandado, a publicação em órgão oficial ou a ciência pessoal do sucumbente por mandado judicial, conforme artigo 322, *caput*, do CPC.

efetivo e sob os moldes da cognição completa, autoriza o sistema processual a definição do litígio por decisão denominada “sentença de mérito”, cujos efeitos são blindados pela coisa julgada material. Com essa suposição, de ocorrência não rara no cotidiano forense, se atesta que, a exemplo do que ocorre no fenômeno de adequação do juízo de verossimilhança ao amparo de provimento definidor da demanda, não é a realização efetiva do contraditório em cognição plena, mas sim a provocação e oportunidade processual a fazê-lo é que se apresenta como condição indispensável para que a decisão do juiz, que aplica a lei ao caso concreto e define a crise de direito material submetida ao judiciário, adquira autoridade de coisa julgada material.⁴⁰⁹

4.3 Estabilidade e função almejada com a tutela antecipada autônoma

As considerações apresentadas nos itens anteriores permitem o ingresso, agora de forma contundente, no ambiente de comprovação da pertinência da atribuição da coisa julgada substancial ao modelo proposto de tutela jurisdicional antecipada e estável. Uma vez já afirmado que esse provimento é estruturalmente formado pelos requisitos essenciais que o habilita à recepção da imutabilidade máxima de seus efeitos, cumpre doravante analisar os elementos que devem nortear o estudo da oportunidade e conveniência legislativa na positivação da técnica da tutela antecipada dotada de estabilidade decorrente da coisa julgada material.

Como visto ao longo da exposição, o papel funcional que o gênero da tutela sumária desempenha no ambiente processual está relacionado à premente necessidade de harmonização dos antagônicos valores da segurança e da celeridade da tutela jurisdicional, que desempenham papel fundamental e inafastável na consecução dos objetivos do processo civil. Essa missão conciliatória é desempenhada pela generalidade dos provimentos precedidos de cognição sumária. Ademais, ainda nesse contexto de uniformidade funcional, foi possível a identificação de virtudes específicas em cada espécie de provimento judicial enquadrado nessa categoria, identificadas na economia de

⁴⁰⁹ Essas são considerações de Edoardo Garbagnati. Preclusione “pro iudicato” e titolo ingiuntivo. *Rivista di Diritto Processuale*, vol I, p. 3310, 1949.

juízo, no combate ao abuso do direito de defesa do demandado e na utilidade da tutela jurisdicional.

No grupo identificado sob o desígnio de tutelas sumárias autônomas, também identificadas em doutrina por *provimentos sumários não cautelares*, ao qual se pretende enquadrar a oferecida, *de lege ferenda*, tutela antecipada estável, anotou-se sua qualidade funcional de economia de juízo e diminuição do número de processos em curso, com benefícios diretos também à administração da justiça. Por outro lado, tendo em vista as características estruturais das tutelas sumárias dependentes – tutela sumária cautelar –, orientadas pelos atributos da instrumentalidade e provisoriedade, o atual modelo da tutela antecipada brasileira está alojado ao largo dessa função estrita, eis que condiciona sua eficácia à instauração obrigatória de superveniente juízo de *cognição plena e exauriente*.

Dessa maneira, sob o enfoque funcional estrito, o deslocamento da tutela antecipada ao padrão estrutural das tutelas sumárias autônomas, dotando-a assim da capacidade de veicular decisão judicial declaratória da vontade concreta da lei e definidora do litígio existente entre os sujeitos parciais do processo, alçará esse provimento de cognição não ordinária ao plano das técnicas de deflação processual com vistas à economia de recursos, tempo e energia das partes envolvidas na atividade jurisdicional.⁴¹⁰ Por esse ângulo de análise, percebe-se que a essência funcional da tutela antecipada estável não está limitada à abertura mais célere das portas da atividade judicial de execução, mas também, e quiçá principalmente, se concentra na estabilidade efetiva dos efeitos práticos e jurídicos que produz, reverberando na desejada economia de juízo de cognição completa.⁴¹¹

⁴¹⁰ Destaca Lea Querzola que autorizada doutrina italiana identifica na tutela sumária decisória “non solo la finalità di approntare alla parte una tutela anticipatoria rispetto a quella conseguibile attraverso il processo ordinario, ma avrebbe anche lo scopo di fornire alla parte, sotto il profilo della decisorietà de provvedimento, una pronuncia stabile, immodificabile ed incontrovertibile, vale a dire garantita dal giudicato formale e sostanziale.” Cf. Op. cit., p. 187. Com análogo entendimento, Crisanto Mandrioli. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 659, 1964.

⁴¹¹ Lucio Lanfranchi, em consistente trabalho dedicado aos provimentos de cognição sumária, que, pela proficuidade científica, vem sendo muitas vezes refenciado neste estudo, identifica como “il *proprium* funzionale della tutela decisoria sommaria medesima stia per l’apunto, non tanto nell’anticipazione *lato senso* esecutiva a fini d’effettività (anticipazione *lato sensu* esecutiva garantita dalla rapidità della sommarietà e rintracciabile anche altrove), quanto nella tendenziale stabilità di questa anticipazione (giudicato formale e sostanziale) a fini d’economia dei giudizi ed in particolare a fini d’economia dei giudizi a cognizione ordinaria o comunque non sommaria.” Cf. Op. cit., p. 94.

E o desempenho dessa função específica decorre da própria eficácia jurídica que se pretende conferir à tutela sumária antecipada. Sua pronúncia deixa de ter o exclusivo conteúdo processual hoje atribuída por sua disciplina normativa, passando a atuar também no campo da *fattispecie* deduzida em juízo pelo demandante. Limitar a concepção do provimento antecipatório estável aos contornos puramente processuais e autônomos em relação à tutela cognitiva completa, relegando-o à função de realização de um resultado prático externo ao tradicional modelo de prestação da tutela jurisdicional,⁴¹² implica aceitar a existência de um comando judicial dotado de eficácia material sem, no entanto, estar em conformidade e refletir uma produção jurídica que o deveria acompanhar, o que não se mostra passível de aceitação no plano dogmático.⁴¹³

Isso porque o provimento realizador de efeitos práticos de eficácia jurídica da atividade de accertamento do direito do caso concreto, ou seja, amparado apenas por eficácia processual – a exemplo da tutela antecipada atualmente disposta no sistema processual brasileiro somente pode ser admitido por decorrência de sua função instrumental e com inequívoca limitação temporal, por vinculação a juízo prospectivo de mérito que versará a produção jurídica que se espera da atividade jurisdicional do Estado.

Ademais, a inércia processual da parte na instauração ou conclusão do juízo cognitivo completo conduz à invariável ineficácia do provimento sumário e extinção da relação jurídica de direito processual. Impede-se, assim, a sobrevivência indefinida de um provimento judicial desamparado de eficácia jurídica relacionada ao direito subjetivo controvertido. Os efeitos jurídicos do provimento judicial não podem se arrastar ao longo do tempo, sem limites, desarrimados da respectiva eficácia do ato jurídico de declaração do direito no caso concreto. Na medida em que no provimento antecipatório autônomo proposto a provisoriedade seria apenas eventual, de rigor o entendimento de que seu

⁴¹² Entendimento defendido por Giovanni Tomei, para quem “senza cadere in un vieto formalismo, si ha la netta sensazione, in definitiva, che nei processi sommari, sin dal primo atto e per tutto il loro svolgimento, le forme prevalgono e prendano il sopravvento sulla sostanza, sulla effettività del rapporto causale, assicurando una tutela meramente processuale, differenziata ed autonoma rispetto alla tutela cognitiva di condanna.” Cf. TOMEI, Giovanni. Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, p. 848, 1994.

⁴¹³ Lea Querzola aponta a impertinência do entendimento que limita o provimento sumário autônomo ao plano processual, afirmando que “sarebbe alquanto pittoresco e senza dubbio da rivedere un ordinamento che consentisse il raggiungimento di un risultato pratico in difformità ed a prescindere dal *risultato giuridico* che a quello dovrebbe accompagnarsi.” Cf. Op. cit., p. 190.

conteúdo compreende também, desde logo, a eficácia jurídica pretendida pelo jurisdicionado, com aptidão de definir a controvérsia em juízo final do tema.⁴¹⁴

Com essa configuração atingiria a tutela antecipada estável a plenitude do objetivo funcional deflacionador de processos e de economia⁴¹⁵ de juízo que dela se espera.⁴¹⁶ Do contrário, permaneceria com funções muito próximas do que hoje já desempenha no cenário processual brasileiro,⁴¹⁷ reduzindo a alteração legislativa proposta à tímida alteração do termo peremptório para instauração do juízo de cognição completa – o que colocaria em dúvida a pertinência da inovação legislativa –, cuja provocação diferida do juízo de cognição exauriente poderia provocar, após muitos anos de estabilidade da decisão judicial sumária, superveniente alteração dos seus efeitos,⁴¹⁸ tornando inseguro e fragilizando o novo modelo de abertura das portas da fase de execução da decisão judicial e afastando-o da expectativa de segurança que se espera da atividade jurisdicional.⁴¹⁹

⁴¹⁴ Elio Fazzalari entende a extensão da coisa julgada também àqueles provimentos judiciais que, não obstante desprovidos do modelo estrutural de sentença, têm em seu conteúdo comandos sobre o mérito da controvérsia, cuja imutabilidade deve ser atrelada ao mesmo mecanismo ensejador do trânsito em julgado da sentença de mérito, qual seja, a consumação da possibilidade de reexame da matéria decidida. Cf. FAZZALARI, Elio. Processo civile (diritto vigente). *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, p. 193, 1987.

⁴¹⁵ Que “significa esigenza di evitare alle parti e all’amministrazione della giustizia il costo in termini di forze, tempo, denaro, del processo a cognizione piena con tutte le sue garanzie.”; Cf.: Alessandro Jommi, Cf.: *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in: *Rivista di diritto Civile*, Cedam, Padova, Gennaio-Febrero 1997, p. 148.

⁴¹⁶ Com esse entendimento, Lea Querzola, fazendo referência a Federico Carpi, afirma que “l’esigenza di ottenere rapidamente la formazione di un titolo esecutivo e la soddisfazione della pretesa, infatti, deve potersi combinare con l’esigenza di uniforme trattamento ed accertamento dei rapporti giuridici, nelle ipotesi (che pur potrebbero di fatto non essere la più parte) in cui questo fosse necessario.” Cf. Op. cit., p. 252.

⁴¹⁷ Atento a esse fato, Edoardo F. Ricci destaca que “o provimento antecipatório, exatamente porque visa a provocar a satisfação do direito, pode reduzir a aspiração das partes à pronunciada sentença de mérito, assumindo uma função deflacionária da litigiosidade. Mas, para esse fim, é necessário um mecanismo que consinta evitar a decisão acerca do mérito da lide e, simultaneamente, manter intacta a força executiva (ou mais genericamente satisfativa) do provimento.” Cf. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano cit., p. 25.

⁴¹⁸ Como observa Lea Querzola, “da un punto di vista di teoria del diritto, è bene ricordare che, quand’anche non esistano norme che impongano un onere di contestazione immediata, i principi generali di solidarietà, di correttezza e di buona fede impongono al (presunto) titolare del diritto un onere di pronta reazione, mancato il quale potrebbe insorgere nella contraparte un affidamento che potrebbe essere ritenuto meritevole di tutela.” Cf. Op. cit., p. 199.

⁴¹⁹ Cumpre destacar, ademais, conhecido entendimento de Enrico Allorio, que identifica a ideia da atividade jurisdicional à inseparável presença da coisa julgada sobre o efeito declaratório da decisão, relegando os atos judiciais desprovidos dessa condição a mera atividade administrativa. Cf. ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla ‘giurisdizione’ volontaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 487 e ss., 1948.

4.4 Coisa julgada e estrutura da tutela antecipada estável

Ao lado dos objetivos funcionais que se pretende conferir à tutela antecipada estável, tornando disponível ao sistema uma técnica processual capaz de atuar como mecanismo de economia de juízo e deflação de processos em trâmite – escopo que, como visto no item anterior, somente se aperfeiçou mediante a atribuição dos efeitos da coisa julgada material ao respectivo provimento sumário autônomo –, é também possível afirmar que a conferência da imutabilidade máxima a esse modelo de tutela jurisdicional encontra ainda amparo em elementos relacionados à nova configuração estrutural do método proposto.

Quando se procurou aprofundar a análise das características estruturais da tutela antecipada atualmente disposta no sistema processual brasileiro, identificou-se que a invariável perda da eficácia processual do provimento em decorrência da prolatação de decisão em juízo de mérito está assentada em seu elemento *instrumentalidade*, que, ademais, determina a limitação temporal tutela sumária em direta derivação de sua *provisoriedade*. Em palavras mais claras, a substituição da decisão sumária por outra definitiva e atuante na declaração do direito do caso concreto está vinculada ao próprio escopo provisório que lhe foi conferido pelo legislador, em nada se relacionando com sua instabilidade ou mutabilidade de seus efeitos.

Dessa forma, na medida em que se reorganiza a estrutura da tutela sumária, tornando não mais obrigatório o nexo de instrumentalidade e de dependência em relação a um provimento judicial principal, altera-se também o centro de gravidade de sua eficácia jurídica, emergindo daí a estabilidade da tutela sumária autônoma. O cotejo entre o provimento judicial sumário desamparado de posterior procedimento cognitivo completo por ausência de impulso processual da parte interessada e o provimento final de mérito da fase cognitiva do processo ordinário revela estreita similitude entre os dois modelos de entrega da tutela jurisdicional,⁴²⁰ constatação que se faz à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa assegurados em grau constitucional. Sobre o tema, fala a

⁴²⁰ Federico Carpi destaca que “a proposito dell’accertamento, insito anche in cognizione sommaria, il carattere soddisfattivo finale e la conclamata natura giurisdizionale inducono a ritenere che anche il provvedimento non opposto produca cosa giudicata sostanziale.” Cf. La tutela d’urgenza cit., p. 58.

doutrina em equivalência funcional entre cognição plena e renúncia espontânea ao seu exercício pela parte interessada.⁴²¹

No entanto, sabe-se que a aceitação, por nossa doutrina, da extensão da coisa julgada ao provimento sumário autônomo não é tarefa tão simples. A evolução histórica de nossa cultura jurídica processual sempre dispensou atenção especial ao instituto da coisa julgada, erigindo-a a fenômeno processual de primeira grandeza e somente identificável a partir do concurso de solenidades especiais no processo.⁴²² Alertando para essa desmedida rigidez do instituto, já Chiovenda provocava e convidava o processualista a reconduzir a coisa julgada à simplicidade de sua natureza, de modo a permitir a admissão, no sistema processual, de provimentos em deformidade do modelo tradicional de sentença que sejam capazes de definir o litígio mediante a declaração indiscutível da vontade lei no caso concreto.⁴²³

No direito processual brasileiro, após as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, ganhou força a tese da mitigação do princípio da unicidade do julgamento do mérito, eis que o critério adotado para a identificação da sentença foi deslocado para o conteúdo do pronunciamento judicial (CPC, artigo 162, § 1º). Desse modo, desde então prepondera a corrente doutrinária que identifica no provimento antecipatório de tutela com base no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil (incontrovésia parcial), verdadeiro

⁴²¹ “Il punto fondamentale della dimostrazione dell’idoneità al giudicato dei procedimenti sommari in esame rimane comunque quello dell’equivalenza tra espletamento della cognizione piena e libera rinuncia alla stessa da parte degli interessati.” Cf. Lucio Lanfranchi, op. cit., p. 129. Também Enrico Tullio Liebman já identificava, no ano de 1930, o mesmo fenômeno ora tratado, destacando que “l’ammissione di un credito senza contestazione non può avere altro significato che quello di un accertamento del diritto, fornito di tutti i requisiti dell’accertamento giurisdizionale.” Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. La contestazione dei crediti nel fallimento. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 21, I, 1930. Ainda sobre esse fenômeno, especificamente na tutela monitoria, vide: RONCO, Alberto. *Struttura e disciplina del rito monitorio*. Torino, 2000, p. 57.

⁴²² São palavras de Giuseppe Chiovenda, que, ademais, reconhece que “uma vez que, na maioria dos casos, a provisão do mérito importa em sentença, habituamo-nos a relacionar unicamente com a sentença a eficácia da coisa julgada, fenômeno, dir-se-ia, misterioso, que, para se consumir, reclama o concurso de solenidades especiais” Cf. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 384.

⁴²³ Cf. *Ibidem*, p. 384 versão italiana. Sobre as lições do mestre italiano, Lucio Lanfranchi pondera que “questo autorevole insegnamento può così essere mantenuto fermo anche per il diritto vigente, risultando ormai chiaro in quali più precisi termini anche oggi le stesse ‘garanzie quoad iustitiam’ vadano sostanzialmente rintracciate nell’attribuzione agli interessati del potere di ‘restituire la causa alle sue forme ordinarie’, prima che il provvedimento speciale divenga definitivo; e come in questo potere di trasformazione s’identifichi – in ultima analisi – il ‘contenuto minimo irriducibile’ del contraddittorio nella tutela giurisdizionale sommaria decisoria e nella tutela giurisdizionale decisoria *tout court*.” Cf. Op. cit., p. 131. E a recíproca também parece ser verdadeira. Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “a coisa julgada não seria qualidade inafastável da sentença, inexistindo nos textos legais, inclusive no plano constitucional, qualquer disposição em sentido contrário.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 281.

julgamento antecipado parcial do mérito, que pode ser coberto pela coisa julgada material.⁴²⁴ Esse entendimento, em verdade, vai ao encontro da evolução conceitual experimentada pelo instituto da coisa julgada, que deixou, há muito tempo, de ser visto por nossos operadores do direito como afirmação da verdade formal imposta pelo juiz, representando, em verdade, fenômeno estritamente processual voltando à segurança jurídica e estabilização do direito declarado às partes, que passa ser imune a novos debates pelas partes ou revisão de posição pelo Estado-Juiz.

Assim, diante da estruturação de provimento sumário apto a conduzir o litígio ao seu encerramento, com aplicação da regra de direito material ao caso concreto, e sem a dependência necessária a outro provimento de cognição completa; e na medida em que esse ato decisório não afasta a possibilidade de fruição, pela parte interessada, do contraditório pleno e da ampla defesa de seus interesses, há que se reconhecer a idoneidade do provimento sumário autônomo para representar a resposta estatal definitiva à crise de direito material debatida no processo,⁴²⁵ sendo, por tudo, pertinente a atribuição da coisa julgada material à tutela antecipada estável proposta no trabalho,⁴²⁶ que assim, consequentemente, se sujeitaria também à ação rescisória. A ausência da contestação por parte do sujeito processual interessado em fazê-la, entendida aqui em seu sentido amplo, ou seja, a partir do desinteresse na instauração do juízo cognitivo completo e da impugnação do provimento baseado em verossimilhança, deve ser recepcionada pelo sistema processual como verdadeira forma de acertamento da relação de direito material objeto da demanda.⁴²⁷

⁴²⁴ Cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil* cit., p. 206.

⁴²⁵ Mesmo Edoardo F. Ricci, que em seus trabalhos demonstra adesão ao modelo do provimento sumário desprovido de aptidão à coisa julgada material, faz a ressalva que “o futuro caminho da tutela antecipatória pode ser particularmente rico também quanto à transformação do provimento antecipado em verdadeira decisão, em hipóteses bem individualizadas e com a oportuna cautela.” Cf. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano cit., p. 30.

⁴²⁶ Mesmo porque a Constituição Federal, ao estabelecer a garantia à coisa julgada em seu art. 5º, inc. XXXVI, não impõe condições de forma ou de requisitos para que a decisão judicial goze desse atributo.

⁴²⁷ Cf. Lea Querzola, que, ademais, ressalta que: “Non aver reagito è comportamento che non può restare privo di effetti anche dal punto di vista dell’accertamento.” Op. cit., p. 206.

4.5 Tutela anticipada estável desprovida da coisa julgada material

A despeito das conclusões apresentadas nos itens precedentes, e tendo em vista que a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial sumária está submetida à critério de conveniência e de política legislativa, bem como diante do fato de, como já apontado, consistentes vozes doutrinárias identificarem nessa técnica um modelo alternativo de prestação jurisdicional diferenciada e cuja virtude esteja justamente na rápida formação de um título executivo,⁴²⁸ ainda que desamparado da imutabilidade máxima decorrente da coisa julgada,⁴²⁹ mostra-se imprescindível a análise dos contornos de uma tutela anticipada estável assim delimitada pelo legislador.⁴³⁰ A *estabilidade* da decisão sumária decorre da preservação de sua eficácia ainda que inexistente ou extinto o juízo de cognição completa no contexto litigioso das partes. É estável porque não mais necessariamente instrumental e provisório, o que, por evidência, não se relaciona a eventual suscetibilidade a outras decisões judiciais.

O provimento sumário autônomo, se desprovido da proteção de imutabilidade de seus efeitos, altera a direção de seus escopos funcionais no contexto processual em que está inserido. Passa essa modalidade de tutela jurisdicional a ser encarada, prioritariamente, por suas virtudes da celeridade e efetividade, em que a consistência sumária da cognição está voltada à rapidez na instauração do juízo executivo. Abre-se mão, dessa forma, da

⁴²⁸ Achille Saletti, adepto a esse entendimento, considera que “in molti casi, può essere superfluo un accertamento definitivo ed immutabile della situazione giuridica, quando la parte sia interessata sollo ad ottenere un titolo esecutivo: con la conseguenza di alleggerire anche il carico di lavoro del giudice, chiamato ad una verifica più rapida, attesi i litigati fini cui mira e la possibilità di rimetterla in discussione.” Cf. SALETTI, Achille. Il procedimento sommario nelle controversie societarie. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 478, aprile-giugno 2003.

⁴²⁹ Nesse sentido, Sergio Menchini afirma que “le tutele semplificate sono volte alla formazione, con forme snelle ed in tempi rapidi, di titoli esecutivi giudiziali, assimilabili, per contenuti e per efficacia, a quelli di natura stragiudiziale; la circostanza che ai provvedimenti finali non soltanto l’autorità di cosa giudicata, ma neppure alcuna efficacia preclusiva favorisce l’individuazione di un tipo di tutela realmente alternativo rispetto a quelle (a cognizione piena oppure sommaria), che, dando vita ad ‘accertamenti’, sono riconducibili all’interno della giurisdizione conteziosa dichiarativa (o di cognizione).” Cf. MENCHINI, Sergio. Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie. In: *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005. t. II, p. 1809.

⁴³⁰ A exemplo da legislação francesa dos procedimentos de *référé* ou da reforma legislativa (l. 80/2005) que alterou o art. 669 *octies* do código de processo civil italiano. Traçando um paralelo entre esses dois modelos, Achille Saletti afirma “bisogna dire che, se indubbiamente unica è l’idea di fondo di entrambi gli istituti – e cioè che, per ripondere alle esigenze dei consociati, non è sempre necessario fornire una tutela giurisdizionale finalizzata all’accertamento ‘definitivo’ della situazione controversa, ma spesso può bastare una tutela ‘provisoria’, diretta alla formazione del titolo esecutivo” Cf. Op. cit., p. 483.

segurança jurídica derivada do esgotamento das possibilidades de novas discussões do direito controvertido pelas partes litigantes.⁴³¹

Como afirmado, essa configuração não retira do provimento sumário, *a priori*, sua condição e qualidade de estável. Na medida em que se promove alteração em seus elementos estruturais, passa o contraditório completo a ser apenas eventual, e, como já repisado, a eficácia processual do provimento sumário permanece produzindo seus efeitos no universo intersubjetivo das partes, ainda que não instaurado ou extinto o juízo de cognição plena e exauriente. Dessa forma, continuam as partes submetidas a prazos peremptórios endoprocessuais, eis que a preclusão de ônus processuais representa verdadeiro princípio,⁴³² de exigência genérica e inerente a todo e qualquer processo, destinado a impedir que o impulso processual fique indefinidamente à disposição das partes e em descompasso e prejuízo ao caráter público do processo e da atividade jurisdicional.

Nesse cenário sistemático, infere-se que a estabilidade do provimento sumário potencialmente realizador do direito peticionado pelo demandante é orientado por duas ordens normativas distintas e delimitadoras da atuação estatal na declaração e efetivação de direitos subjetivos dispostos no ordenamento jurídico a que pertence.

Assim, imediatamente após o trânsito em julgado da decisão sumária dotada de autonomia – o que pode se dar, exemplificativamente e a depender de especificidades procedimentais aplicadas pelo legislador ao disponibilizar a técnica no sistema processual, pela preclusão da decisão que concedeu a tutela antecipada ou pelo decurso do prazo peremptório para ajuizamento da ação principal pelo autor ou pelo réu –, deve ser a estabilidade da decisão conduzida pela coisa julgada formal, ou seja, pela imutabilidade da decisão como ato jurídico processual⁴³³ interno ao processo e limitado aos seus sujeitos parciais. Corolário dessa afirmação é a percepção de que o provimento sumário sob análise

⁴³¹ Para Roberta Tiscini “il prezzo da pagare per conseguire nel breve la tutela domandata è da valutarsi sul piano della stabilità, drasticamente ridotta nell’ordinanza rispetto alla sentenza.” Cf. TISCINI, Roberta. Il procedimento sommario dicognizione nelle liti societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 279, giugno 2006. Ao assim se manifestar, observa Sergio Menchini que esse provimento “non consegue alcun ‘accertamento’ e, quindi, non promana alcun ‘vincolo’, per cui l’esistenza, il contenuto, la quantificazione del diritto possono essere rimessi in discussione in futuri processi.” Cf. Op. cit., p. 1807.

⁴³² Cf. Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil* cit., p. 177.

⁴³³ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil* cit., vol. III, p. 767.

teria sua eficácia preservada até futuro e eventual juízo decisório cognitivo completo (sentença de mérito) instaurado pela parte interessada na definição (e modificação) efetiva do direito do caso concreto,⁴³⁴ não podendo, ainda que diante de fatos novos ou posterior alteração legislativa ou de orientação jurisprudencial, ser revogado ou modificado⁴³⁵ dentro da mesma relação jurídica processual.⁴³⁶ Assim, da ausência da coisa julgada material emerge a constatação de que a eficácia executiva do provimento sumário não é irretratável, estando sujeito a juízo diverso sobre a crise de direito material que tentou definir.⁴³⁷

Por outro lado, na hipótese de perpetuação da inércia da parte que se sujeitou aos efeitos imperativos da decisão que beneficiou seu adversário no processo, outros limites normativos deverão prevalecer para não relegar as partes à indesejada retratabilidade infinita da decisão que deu solução ao litígio levado à apreciação judicial. Nessa situação, a estabilidade da decisão receberá amparo de outras normas de direito destinadas aplacar a carga deletéria do tempo nas relações fáticas e jurídicas interpessoais, a imprimir a segurança jurídica e a consolidação das situações jurídicas indispensáveis ao bom andamento da ordem social.

⁴³⁴ Maria Francesca Guirga, ao analisar o provimento antecipatório estável introduzido, de forma generalizada, no sistema processual italiano em 2005, destaca que “la misura cautelare conserverebbe una efficacia esclusivamente tra le parti e con riferimento alla singola pretesa riconosciuta, e questo fino a quando la stessa non sia revocata o caducata dalla sentenza con la quale si concluda l’eventuale giudizio di merito.” Cf. Op. cit., p. 796. Não se pode descartar, no entanto, a possibilidade desse provimento sumário dotado de estabilidade relativa ser afetado já em sede provisória de nova antecipação de tutela deferida ao início do juízo cognitivo completo instaurado pela parte interessada (atribuição de efeito suspensivo ao provimento). Essa possibilidade, não obstante excepcionalíssima, decorre das mesmas justificativas empregadas na defesa da antecipação de tutela no juízo rescindente, em que “a garantia da coisa julgada cede diante da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional”. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória, juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

⁴³⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, ao analisar defender a possibilidade de revogação da tutela antecipada atualmente disposta em nosso sistema processual, faz a ressalva de que, admitida a estabilização desse provimento, “a revogabilidade da decisão estará sujeita à preclusão.” Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 332.

⁴³⁶ Assim, “si può parlare di assenza di ‘giudicato’ semplicemente perché l’efficacia esecutiva dei provvedimenti non è irretrattabile

⁴³⁷ Cf. Edoardo F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?* cit., p. 215. Talvez neste ponto esteja centrado o maior problema da não definição efetiva do litígio: qual tratamento deve ser dado à situação em que o credor teve seu crédito satisfeito em procedimento expropriatório de bens lastreado nessa modalidade de título executivo “retratável”? Também chama atenção a situação do terceiro que transaciona com a parte beneficiada por provimento sumário estável, cujo negócio jurídico pode ser afetado por incerta e futura rediscussão de tema já apreciado pelo poder judiciário. São questões que em nosso sistema processual, diante da invariável provisoriedade da tutela antecipada dos efeitos da decisão de mérito, já se encontram satisfatoriamente acomodados na doutrina e nos Tribunais. Sobre o tema, vide trabalho de CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas, a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. Por essas e outras razões, reafirma-se nossa posição de que a tutela sumária estável deve ser acompanhada da coisa julgada substancial, a fim de também atender às necessidades de segurança jurídica recorrentes no sistema.

Mostrando-se o potencial titular de direito substancial desinteressado e negligente na preservação e aplicação da norma abstrata em atividade de concreção pela via jurisdicional, ou seja, quedando-se inerte em relação à propositura da demanda destinada ao juízo cognitivo completo da matéria litigiosa, nada mais razoável do que a concessão da estabilidade efetiva à decisão judicial antecipatória que até então está a informar o direito aplicado ao caso concreto. Por meio dos institutos da prescrição, decadência ou usucapião, afasta-se a possibilidade de algum outro juízo decidir contrariamente aos termos do direito declarado na tutela sumária autônoma, que dessa forma passa a não só decidir a controversa instaurada entre as partes, mas também a definir o litígio sem a possibilidade de retratação.⁴³⁸

Dessa forma, ainda que inexistente termo processual peremptório para provocação do juízo cognitivo pleno e exauriente, e com capacidade de afrontar os efeitos produzidos pela tutela sumária autônoma, deverá a parte interessada e legitimada a fazê-lo observar os prazos dispostos nas normas legais regulamentadores da prescrição, decadência e usucapião.⁴³⁹ Em termos pragmáticos, ainda que o legislador intencionalmente afaste a imutabilidade dos efeitos da decisão sumária pela formação da coisa julgada material, poderá esse provimento atuar definitivamente na esfera jurídica das partes, em caráter final e irretratável. A imutabilidade de seus efeitos decorreria, assim, de elemento estranho à coisa julgada material.

Nesse panorama jurídico, costata-se que, em verdade, a capacidade de declaração do direito do caso concreto e definição final do litígio sempre estará presente na tutela antecipada estável; para isso, basta que ela seja dotada da autonomia decorrente da mitigação de seus elementos instrumentalidade e provisoriedade. Conferir ou não a coisa julgada material a essa modalidade decisória implica, dessa forma, a atribuição da imutabilidade dos efeitos do provimento em curto lapso temporal e por regra emanada do processo, ao passo que a recepção dessa técnica sem a idoneidade ao julgado substancial apenas prolongará o lapso temporal em que a tutela jurisdicional sumária ficará sujeita a

⁴³⁸ Cf. Remo Caponi, destacando que “in mancanza dell’instaurazione della causa di merito, il risultato prodottosi con l’attuazione del provvedimento cautelare si consolida in modo definitivo attraverso i meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale (tipicamente, la prescrizione, l’usucapione).” La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea cit., p. 1373.

⁴³⁹ No mesmo sentido, Maria Francesca Guirga aponta que “i termini per promuovere il giudizio di merito sono quelli imposti dal rispetto delle norme in materia di prescrizione e di decadenza.” Cf. Op. cit., p. 794. Vide também

revisão e inobservância por outro juízo instaurado sobre o mesmo litígio, até que prazos derivados da lei material sobrepujam a deficiência definidora derivada da norma processual.⁴⁴⁰

Se por ambos os caminhos a inércia processual da parte conduz à definição peremptória do direito do caso concreto pelo provimento formulado a partir de cognição sumária, fator que relativiza o argumento principal sustentador da tese da estabilidade sem a força da coisa julgada material – provimento não merecedor da imutabilidade máxima em decorrência de sua cognição rarefeita –, mostra-se, também por essa razão, de todo razoável que a ausência de impulso processual da parte interessada promova, já ao início da imperatividade da eficácia da decisão, a segurança decorrente de sua irretratabilidade no cenário jurídico das partes.

4.6 Opção adotada em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Realizada a análise panorâmica do desdobramento que se pode esperar da estabilidade de uma decisão judicial formada no berço da provisoriedade e da instrumentalidade em relação a outro provimento de cognição completa, mas que recebe recursos do sistema para ir além, e definir o direito que deve ser aplicado à crise de direito material levada à solução jurisdicional, mediante a demonstração de sua capacidade estrutural para acolher a imutabilidade máxima de seus efeitos por aplicação da coisa julgada material, cumpre agora identificar as opções eleitas por alguns legisladores estrangeiros que já introduziram em seus respectivos sistemas processuais a técnica analisada no presente estudo, com intuito de se extrair dessas experiências alguns elementos de relevância quanto à correta utilização da tutela jurisdicional sumária e autossatisfativa.⁴⁴¹

Assim, serão pinçadas e trazidas à análise algumas técnicas positivadas em sistemas processuais estrangeiros e que, de alguma maneira, guardam semelhanças estruturais com a

⁴⁴⁰ “Il quale, fatte queste ultime considerazioni, è divenuto ineluttabilmente definitivo, così come il *dictum* in essi contenuto.” Cf. Lea Querzola, op. cit., p. 39.

⁴⁴¹ É de Michele Taruffo a lição de que o conhecimento de outros sistemas jurídicos não tem relevância adstrita ao perfil cultural da matéria analisada, mas também representa método de melhor conhecer, em atividade de reflexão, o próprio sistema e projetar reformas pelas quais pretendemos trazer melhorias ao sistema interno. Cf. *L'insegnamento accademico del diritto processual civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 555.

tutela antecipada estável tratada ao longo deste estudo, ou seja, provimentos amparados em cognição sumária e de perfil inicial provisório, mas com potencial efetivo de definição do litígio caso assim inequivocamente permitirem os sujeitos parciais do processo.

4.6.1 França

O primeiro exemplar a ser analisado, e certamente o paradigma inspirador do conceito essencial de um provimento provisório mas com recursos a se tornar definidor da controvérsia, é aquele francês do procedimento em *référé*. Mostra-se o protagonista de uma longa marcha evolutiva do direito processual, voltada à criação de técnica de tutela jurisdicional diferenciada com o predicado da cognição sumária e destinado à rápida formação de um título executivo⁴⁴² sem o necessário vínculo ao requisito de urgência.⁴⁴³

Não obstante a própria doutrina francesa reconhecer a dificuldade de se definir inequivocamente a noção de “provimento provisório” em seu ordenamento jurídico,⁴⁴⁴ identifica-se no instituto do *référé* a característica pronunciamento judicial de conteúdo antecipatório do juízo de mérito, que se desenrola independentemente da instauração do processo em cognição plena e exauriente. Dessa maneira, pode ser alocado no grupo identificado no trabalho sob o designo de provimento sumário autônomo.⁴⁴⁵

Em sua manifestação ordinária, o *référé* disposto no artigo 808⁴⁴⁶ do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês exige a presença concomitante dos requisitos “urgência da tutela jurisdicional” e “inexistência de uma séria contestação ou de uma efetiva controvérsia”. Porém, em sua metamorfose aplicativa, foi paulatinamente abandonando suas condições iniciais e, na legislação atual, aderiu também à tutela dos direitos

⁴⁴² Nas palavras de Loïc Cadiet, professor da Universidade de Panthéon-Sorbonne, “traditionally the *référé* was a means of rapidly obtaining a provisional measure pending a decision on the merits of the claim.”; Cf.: *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*, in “Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure”, Oxford University Press, New York, 2003, p. 301.

⁴⁴³ Cf.: Edoardo F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Gennaio-Marzo 2003, p. 214.

⁴⁴⁴ Cf.: Roger Perrot, *Les mesures provisoires en droit français*, in “Les mesures provisoires en procédure civile”, Milano, 1985, p. 150.

⁴⁴⁵ No rigor da ciência, sequer pode ser identificado como provimento judicial, mas sim como procedimento. Nesse sentido, Alessandro Jommi informa que “il *référé* è innanzitutto una ‘procedura’, un procedimento speciale sommario estremamente semplice e rapido (è possibile ottenere una decisione in termini brevissimi, talora lo stesso giorno dopo qualche ora) che deroga notevolmente alla disciplina prevista per il processo a cognizione piena.”; Cf.: *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in: *Rivista di diritto Civile*, Cedam, Padova, Gennaio-Febbraio 1997, p. 123.

⁴⁴⁶ “Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en *référé* toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.”

unicamente evidentes,⁴⁴⁷ sob o modelo do *référé provision*⁴⁴⁸ disposto do artigo 809, § 2º do *n.c.p.c.*⁴⁴⁹

Ao se incursionar especificamente no tema da estabilidade de seus efeitos, a leitura literal do artigo 488 da legislação processual francesa parece não deixar qualquer dúvida em relação à opção política de seu legislador: “l’ordonnance de référé n’a pàs, au principal, l’autorité de la chose jugée”, prosseguindo que esse provimento judicial, no entanto, não pode ser revogado ou modificado senão na presença de “circonstances nouvelles”. A interpretação textual do tema aponta para um provimento meramente provisório e desprovido da imutabilidade inerente à coisa julgada material.⁴⁵⁰

No entanto, a estabilidade do *référé* não encontra tranquilidade interpretativa entre os estudiosos do tema. Não poucas vozes defendem o entendimento de que a norma em questão deve ser lida sob o enfoque teleológico, sob o qual a mutabilidade de sua eficácia e efeitos somente seria assegurada ao juízo principal instaurado para decidir o litígio em cognição completa. E o desdobramento dessa linha interpretativa estaria no fato de que a norma contida artigo 488 do *n.c.p.c.* francês nada diria sobre a eficácia e estabilidade do provimento de *référé* na hipótese de não instauração superveniente de um juízo principal de cognição completa.⁴⁵¹ Ou seja, não decorreria dessa norma a constatação da extensão da estabilidade do provimento de *référé*.

Deixando um pouco de lado a disputa acadêmica existente sobre a idoneidade ou não do instituto à imutabilidade de seus efeitos, importa aos fins deste estudo a

⁴⁴⁷ Loïc Cadet assim informa a evolução do instituto: “This classical *référé* is maintained by the new Code as the general type. However, new and specific types of *référés* slowly appeared. These do not necessarily share the features of the ordinary *référé*, especially the requirements of emergency and absence of serious objection on the merits.”, Cf.: *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*, in “Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure”, Oxford University Press, New York, 2003, p. 302.

⁴⁴⁸ Cujas função é a mesma aspirada com a técnica da tutela antecipada estável, ou seja, se aplica “in una prospettiva di economia processuale e di prevenzione contro l’abuso del diritto difesa da parte del convenuto che ha torto.”, Cf.: Alessandro Jommi, *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in: *Rivista di diritto Civile*, Cedam, Padova, Gennaio-Febrero 1997, p. 148.

⁴⁴⁹ “Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire.”

⁴⁵⁰ Caterina Silvestri, em monografia sobre o tema, destaca a evidência da provisoriedade do provimento de *référé* e sua inidoneidade à coisa julgada material. Cf.: *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, Giappichelli Editore, 2005, p. 72. No mesmo sentido, vide também Balbi, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 77.

⁴⁵¹ Cf.: Lea Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bononia University Press, Bologna, 2006, p. 60.

constatação, ao que tudo indica pacífica, de que de fato e não de direito, as decisões em *référé* tendem a representar a resposta final e definitiva do poder judiciário em relação ao mérito da controvérsia que lhe foi levada à solução.⁴⁵² Esse fenômeno decorreria da tendência jurisprudencial em atribuir um significado extremamente restritivo ao requisito “*circonstances nouvelles*”,⁴⁵³ a tornar a estabilidade do provimento muito assemelhada à imutabilidade da coisa julgada.

Dessa forma, e para as finalidades específicas do estudo proposto, releva-se que a técnica de tutela sumária autônoma adotada pelo sistema francês cumpre hoje a função de deflacionar o volume de processos judiciais em cognição completa e, além disso, de produzir também o efeito dissuasivo que dele se espera.⁴⁵⁴ Assim, guardadas as devidas peculiaridades de cada sociedade, é apto a servir de fonte inspiradora ao legislador brasileiro na positivação da técnica da tutela antecipada estável, sendo certo que a prática forense daquele país sugere ainda, que o provimento tenha não só a capacidade de decidir o litígio, como também de encerrá-lo de forma definitiva.

4.6.2 Itália

Em reforma processual realizada no ano de 2005,⁴⁵⁵ o legislador italiano houve por bem adotar, em caráter genérico, o modelo do provimento sumário inicialmente provisório e voltado a amparar outro pronunciamento judicial futuro e produzido em juízo cognitivo completo, mas que, a depender da atitude omissiva dos sujeitos parciais do processo, prolonga-se no tempo com estabilidade própria, produzindo efeitos definidores do litígio levado à solução judicial. A exemplo do que já havia ocorrido dois anos antes com o procedimento especial voltado aos processos de matéria societária (lgs. N. 5 de 2003), a

⁴⁵² “*Référé* orders tend, in fact if not in Law, to have the effect of a final, definitive decision on the merits of the case in hand.”; Cf.: Loïc Cadiet *Civil Justice Reformed: Access, Cost, and Delay. The French Perspective*, in “Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure”, Oxford University Press, New York, 2003, p. 303. No mesmo sentido, Henry Solus e Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, Sirey, 1991, p. 1144. No mesmo sentido Alessandro Jommi ressalta que “l’ordinanza di *référé* che ha concesso la *provision*, provvisoria in diritto, diventerà definitiva in fatto”, Cf.: *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in: Rivista di diritto Civile, Cedam, Padova, Gennaio-Febbraio 1997, p. 150.

⁴⁵³ Cf.: Caterina Silvestri, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, Giappichelli Editore, 2005, p. 73.

⁴⁵⁴ Como já destacado no trabalho, a estatística mostra que na França, 90 % dos litígios são solucionados pelo procedimento de *référé*, não se podendo ignorar o acerto político do método de trabalho adotado pelo legislador francês.

⁴⁵⁵ Lei 80/2005.

técnica introduzida pelo legislador reformista foi expressamente inspirada no modelo do procedimento em *référé* francês.⁴⁵⁶

Assim, o artigo 669 *octies* do *Codice Procedura Civile*, inserido no âmbito do processo cautelar, é expresso em determinar que os provimentos cautelares de caráter antecipatório mantém sua eficácia também na hipótese de o juízo sucessivo de cognição completa não ser instaurado pelas partes ou, então, que se extinga antes da sentença final de mérito sobre a controvérsia.⁴⁵⁷ Ao assim proceder, percebe-se que no sistema processual italiano houve evidente alteração estrutural da tutela cautelar de efeitos antecipatórios, que não mais dispõe de uma ligação essencial e invariável de instrumentalidade e provisoriedade em face de um juízo principal de cognição plena e exauriente.⁴⁵⁸ Para descrever o novo modelo normativo, falou a doutrina italiana de “*attenuazione*”, “*allentamento*” ou “*diluizione*” do nexo de instrumentalidade entre a tutela cautelar e a tutela ordinária.⁴⁵⁹

No entanto, parece ter o legislador italiano ignorado integralmente o direcionamento prático assumido pelo procedimento de *référé* francês, no sentido de faticamente representar a última palavra do judiciário na solução da crise de direito material levada à solução jurisdicional, a despeito de eventual interpretação contrária à formação de coisa julgada que se possa extrair de uma interpretação literal da lei. Assim, na continuidade redacional do artigo 669, *octies*, não se deixou margem para interpretação diversa da real intenção de afastar a idoneidade do provimento cautelar estável à coisa julgada substancial. São os dizeres da lei: “*l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo*”.

Ao assim dispor o texto legislativo, impediu o legislador a atuação do provimento sumário como elemento finalizador do litígio, o que, como já demonstrado em item

⁴⁵⁶ Vide, dentre outros, Edoardo F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Gennaio-Marzo 2003, p. 214; Remo Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, Dicembre 2004, p. 1378.

⁴⁵⁷ “L'estinzione del giudizio di merito non determina la inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.”

⁴⁵⁸ “Si è in tal modo spezzato il necessario collegamento tra fase cautelare e di merito, da tempo segnalato, in relazione a talune categorie di remedi cautelari, come uno dei maggiori difetti della disciplina introdotta con la novella del 1990.”; Cf. Eugenio Dalmotto, Cf. *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da Sergio Chiarloni, tomo secondo, Torino, Zanichelli Editore, 2007, p. 1240.

⁴⁵⁹ Vide nota 266, *supra*.

específico deste estudo, coloca em cheque a capacidade da técnica processual introduzida de atingir seus escopos de elemento voltado a aliviar a carga de processos que congestionam os Tribunais e a propiciar a segurança jurídica decorrente da finalização inequívoca e irretratável do embate entre as partes no palco judicial.

Ou seja, das reformas possíveis, pode-se afirmar que aquela italiana se deu com força moderada, com opção exclusiva pela célere abertura das vias de execução satisfação material do direito do demandante,⁴⁶⁰ sem, no entanto, assegurar que os fatos subsumidos à norma abstrata e os efeitos decorrentes desse exercício serão mantidos em futura e incerta relação jurídica processual instaurada para fins de exaurimento do tema. O provimento sumário é apto a declarar o direito do caso concreto, mas a eficácia dessa declaração deve ficar prostrada no tempo até que outro juízo a substitua ou que a estabilização se aperfeiçoe em grau máximo mediante os mecanismos da prescrição, decadência ou usucapião.

4.7 Projetos legislativos brasileiros

Procurou-se, até o presente momento, deixar de lado qualquer menção ou vinculação do estudo a trabalhos legislativos que cogitam a positivação da tutela antecipada estável em nosso sistema processual. Isso porque a intenção é trazer ao debate as bases científicas da técnica processual de prestação jurisdicional em cognição sumária e dotada de potencial definidor da controvérsia. Do contrário, a atividade acadêmica não passaria dos limites da leitura e comentários de norma proposta, passando ao largo do escopo principal de pôr em discussão o próprio processo intelectual de conhecimento do tema.

Assim, apresentados os conteúdos e fundamentação teórica do tema, pode-se partir, em segurança, para uma análise descritiva do que até agora se cogitou da matéria nas casas legislativas, destacando seus pontos de aderência e de distanciamento em relação à construção doutrinária projetada no estudo, sempre com as devidas reservas derivadas da dificuldade de se escrever sobre tema ainda não versado no ordenamento jurídico.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Escolha que, inclusive, conta com o respaldo de prestigiosa doutrina daquele país. Vide item “Tutela antecipada estável desprovida da coisa julgada material” do trabalho.

⁴⁶¹ Cf. advertência de Luiz Guilherme Marinoni, em apresentação ao seu *A antecipação da tutela* cit..

4.7.1 Projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal brasileiro

O Projeto de Lei nº 186/2005, publicado no Diário do Senado Federal em 25 de maio de 2005, foi apresentado pelo então Senador Antero Paes de Barros, e refletia o anteprojeto elaborado pelo o Instituto Brasileiro de Direito Processual, em Grupo de Trabalho liderado pela Professora Ada Pellegrini Grinover e composto pelos Professores José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, e se encontra arquivado desde 7 de março de 2007, por decisão da relatora Ideli Salvatti.⁴⁶²

Essa proposta de reforma legislativa consistiu, basicamente, em alterar a atual redação conferida ao artigo 273 do Código de Processo Civil, amoldando-o às necessidades estruturais decorrentes da positivação da tutela antecipada estável.⁴⁶³ Pela redação da exposição de motivos da comissão elaboradora do anteprojeto, ficou evidente o intuito de habilitar no sistema processual técnica que outorgue às partes a decisão sobre a conveniência ou não da instauração e do prosseguimento da demanda e sua definição em método tradicional, tornando deficitivo e suficiente a resposta jurisdicional contida no provimento antecipatório.⁴⁶⁴

⁴⁶² Que determinou seu arquivamento com amparo no art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁴⁶³ “Art. 1º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

Art. 273

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

.....(NR).

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

Art. 3º Esta lei entrará em vigor três meses após a data de sua publicação.”

⁴⁶⁴ Cf. “justificativa” ao anteprojeto de lei.

Trata-se, sem dúvidas, de projeto audacioso e inovador,⁴⁶⁵ na medida em que não só permite a definição da demanda por meio de provimento sumário autossuficiente e depreendido de necessário juízo cognitivo completo superveniente, mas também não se intimida em relação à força de sua estabilidade, dotando-o da imutabilidade representada pela coisa julgada material. Assim, não deixa aos cuidados da criação jurisprudencial a eleição do adequado método de aplicação do instituto, determinando, na letra da lei, que após a preclusão da decisão que concedeu a tutela antecipada – inclusive em procedimento preparatório –, e o decurso do prazo peremptório para a propositura da demanda destinada à decisão de mérito pela parte interessada, a incidência da coisa julgada substancial, não se sujeitando mais o direito do caso concreto a retratabilidade em outros juízos porventura instaurados sobre a matéria.

Dessa maneira, é de se concluir que a proposta legislativa analisada antenderia com grande esmero as alterações estruturais indicadas ao longo do estudo, mormente aquelas necessárias ao deslocamento da tutela antecipada geral brasileira do campo dos provimentos sumários dependentes – provimento sumários cautelares – para o dos provimentos sumários autônomos – provimento sumários cautelares –, inclusive com aptidão funcional para propiciar a almejada deflação processual de juízos de cognição completa e consequente economia de tempo e de custos, propiciando eficiência e segurança na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-Juiz.

4.7.2 Projeto de Novo Código de Processo Civil

A relevância da técnica que confere estabilidade à decisão proferida a partir de cognição sumária foi referendada pela comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que trouxe no Título IX do trabalho e trata da “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”, disposição específica que confere estabilidade à decisão baseada em cognição sumária, não afastando, como não poderia deixar de ser, a possibilidade de a parte interessada instaurar o juízo de *cognição plena e exauriente* para a solução do litígio.

⁴⁶⁵ Nesse sentido, José Roberto dos santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização) cit., p. 333.

Vários são os dispositivos legais do Anteprojeto de Lei que denotam o intuito de seus idealizadores de conferir estabilidade à decisão proferida a partir de cognição sumária do magistrado: o § 1º do art. 287 dispõe que “do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.”; o § 2º do art. 289 estabelece que “a apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar.”, cuja medida judicial conservará seus efeitos enquanto não revogada “por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes” (§ 2º do art. 290).

Ademais, extrai-se do art. 293 do Anteprojeto que a opção política adotada quanto ao grau de estabilidade da decisão seguiu a mesma orientação do legislador italiano, ao se delimitar expressamente que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.⁴⁶⁶

Dessa maneira, levando-se em consideração os argumentos apresentados ao longo do trabalho, afirma-se que a solução adotada no projeto de ampla reforma do sistema processual brasileiro ficou ao meio do caminho em relação à evolução da técnica da tutela antecipada, cujo mérito está concentrado na possibilidade de positivação de sua autonomia, mas sem os complementos necessários ao efetivo cumprimento de seus escopos de deflação processual e economia de tempo e de custos do processo – o que somente com a definição irrevogável do litígio é possível –, em benefício da segurança jurídica e da organização judiciária do Estado.

Na medida em que o Projeto de Novo Código de Processo Civil ainda está suscetível às modificações inerentes ao processo de construção legislativa, fica aqui nossa modesta sugestão para que a evolução que se deseja da tutela antecipada seja feita em passo único, provendo-a da imutabilidade de seus efeitos a partir da força da coisa julgada material, sempre nos limites da decisão proferida.

⁴⁶⁶ Em relatório apresentado pelo senador Valter Pereira (PMDB-MS), no qual é apresentado o Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010, procedeu-se à exclusão deste último dispositivo, mantendo-se, no entanto, os demais relativos à estabilização da tutela de urgência cautelar.

CONCLUSÃO

A síntese do trabalho consistiu na demonstração da possibilidade de introdução, em nosso ordenamento processual, de técnica que torna possível a utilização da tutela antecipada como a resposta jurisdiccional definidora e definitiva do litígio instaurado entre os sujeitos parciais do processo, sem que isso implique, de alguma forma, obstrução às garantias constitucionais de segurança que tutelam o processo civil brasileiro. A tutela antecipada, para fruir da condição de estável, deve passar necessariamente pelo crivo volitivo das partes, que serão detentoras da conveniência de se instaurar ou se prosseguir a demanda em termos tradicionais do procedimento de cognição plena e exauriente.

Para tanto, inicialmente identificou-se que a condição *sumariedade*, para os fins almejados no estudo, está relacionada especificamente a formas de limitação da cognição judicial que precede provimento judicial promotor de eficácia e efeitos no ambiente intersubjetivo das partes. E como não há uma régua mensuradora do nível cognitivo adequado à obtenção do conhecimento judicial pleno, concluiu-se que a *cognição plena e exauriente* deve ser analisada e identificada sempre por seu *valor*, elemento atrelado ao *estabelecimento prévio* dos atos processuais em contraditório pelo legislador.

Em perspectiva antagônica ao valor da cognição plena e exauriente, identificou-se no sistema processual brasileiro, em análise tipológica, todas as modalidades de manifestação de provimentos amparados em cognição sumária, seja pela limitação vertical – profundidade do conhecimento –, seja também pela limitação horizontal – extensão do conhecimento.

Essa análise tipológica permitiu a primeira conclusão de relevância aos escopos da pesquisa: nas diversas formas de manifestação da tutela sumária, há casos em que a cognição completa posterior é revelada em caráter obrigatório; outros, no entanto, essa obrigatoriedade inexistente, passando o contraditório futuro a ser apenas *eventual*, a depender de impulso processual de iniciativa exclusiva da parte interessada. Em ambos os casos, a cognição plena jamais pode ser afastada ou obstada por lei, sob pena de infringência às

garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

Sob o aspecto funcional, as modalidades de tutela sumária disposta no ordenamento jurídico pátrio têm o objetivo comum de responder às necessidades de harmonia do sistema e equilíbrio entre os valores segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional. O processo desenrolado nos moldes do procedimento ordinário, com *cognição plena e exauriente*, e voltado à busca da verdade jurídica e da certeza formal da declaração do direito ao caso concreto, muitas vezes se mostra inapto a atender os escopos maiores da jurisdição, produzindo assim indesejável descompasso entre a garantia conferida pelo direito material e aquela possível de ser obtida pelos caminhos do processo. Para redução desse descompasso, mostra-se pertinente a utilização da tutela produzida a partir da cognição sumária, evitando-se assim os males do tempo e os danos marginais derivados da tramitação exaustiva do método estatal de solução de controvérsias.

Aprofundando-se a análise do aspecto funcional da tutela sumária, conclui-se também que essa função geral harmonizadora do sistema se desdobra em algumas manifestações estritas, quais sejam, *i*) afastar o dano genérico, ou marginal, do processo e diminuir os custos do procedimento de cognição completa, diante da inviabilidade substancial de uma contestação efetiva do demandado, da inexistência de fatos controvertidos ou da natureza do direito material; *ii*) impedir o abuso do direito de defesa pelo réu, com adequada distribuição do *tempo* do processo entre os jurisdicionados; e *iii*) promover a efetividade da tutela jurisdicional em situações em que a espera pela realização de todos os atos do procedimento cognitivo completo implique graves danos e prejuízos ao titular de situação urgente e juridicamente protegida pelo direito material.

Sob a perspectiva da eventualidade da posterior cognição completa, em análise conjunta das funções estritas que pode desempenhar na entrega da tutela jurisdicional pelo Estado-Juiz, pode-se agrupar a tutela sumária no sistema processual brasileiro em dois modelos distintos: a tutela sumária dependente e a tutela sumária autônoma, que apenas por divergência terminológica, se referem, respectivamente, à tutela sumária cautelar e à tutela sumária não cautelar.

A análise estrutural das tutelas sumárias que informam cada um dos grupos acima identificados possibilitou o passo seguinte e a apresentação da segunda conclusão de grande relevância ao trabalho. Os provimentos alocados no grupo da tutela sumária dependente são estruturados, basicamente, a partir dos elementos *instrumentalidade* e *provisoriedade* do provimento sumário. Por outro lado, os provimentos sumários autônomos são desprovidos, em sua essência, desses componentes estruturais de limitação de eficácia jurídica e cronológica da decisão judicial. Por isso são dotados de autonomia e autossuficiência em seu conteúdo.

A tutela antecipada brasileira, nos moldes em que é positivada em nosso sistema processual, é de simples enquadramento no rol dos provimentos sumários dependentes. É marcada, assim, por evidente característica instrumental em relação a outro provimento judicial de mérito, com função exclusiva de assegurar a utilidade e efetividade da atuação jurisdicional do Estado. Ademais, e por consequência, é dotada também de provisoriedade de seus efeitos, o que impede a identificação de eficácia jurídica em sua manifestação, bem como impõe o exaurimento de sua função quando do proferimento da decisão principal de cognição completa.

Chega-se, assim, à terceira conclusão de relevância ao presente estudo. Para se positivar a tutela antecipada estável no sistema processual brasileiro, impõem-se inevitáveis alterações de seus elementos estruturais, deslocando-a do grupo dos provimentos sumários dependentes para aquele dos sumários autônomos. Para esse trabalho, imperiosa a mitigação do nexa obrigatório de instrumentalidade em relação ao provimento principal que hoje a informa, o que refletirá ainda no emergir de sua provisoriedade apenas eventual. Com esse labor sobre suas estruturas, é possível se implementar uma tutela antecipada capaz de definir o litígio existente entre os sujeitos parciais do processo.

Por seu turno, essa mudança estrutural não representa ou reclama alterações nos requisitos já utilizados para a concessão do provimento antecipatório. Este deverá continuar a depender do juízo de verossimilhança, da urgência da prestação jurisdicional ou da evidência do direito debatido. Não há que se falar, portanto, em banalização da tutela sumária, mas sim em outorgar às partes a escolha do melhor caminho para obtê-la.

A tutela antecipada estável tem natureza jurídica *mista* e é pronunciada sob a forma de decisão interlocutória provisória e instrumental, mas diante da inércia processual das partes se transmuda em decisão definidora do mérito da controvérsia, inclusive com todos os elementos idetificadores da sentença de mérito existente em nosso sistema processual.

Com essas características estruturais, é plenamente capacitada a receber a imutabilidade da oisa julgada material, atributo que está alocado no ambiente das opções políticas do legislador.

Diante desse fato, procurou-se demonstrar que em decorrência de seus escopos e para preservação da harmonia do sistema e atingimento da segurança jurídica nas relações interpessoais pela via da definição irrevogável do direito, o melhor caminho a ser trilhado pelo legislador é o da atribuição da imutabilidade máxima de seus efeitos, o que, sempre com os olhos nas garantias contitucionais do processo e somente mediante concordância inequívoca do sujeito processual atingido pela atuação jurisdicional, se mostra a opção mais adequada à capacitação do Estado a realizar sua tarefa elementar de propiciar à sociedade a pacificação de seus membros com justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefesa*. 2. ed. México: UNAM, 1970.

ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla ‘giurisdizione’ volontaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 487 e ss., 1948.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzioe forzata nel sistema della tutela Giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983.

_____; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: Cedam, 1958.

ARIETA, Giovanni. La tutela d'urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

AZEVEDO, Luiz Carlos e TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BALBI, Raffaele. Provvedimenti d'urgenza. *Digesto*. IV edizione, vol. XVI, Torino, p. 126, 1997

BAPTISTA, Ovídio A. *Processo e ideologia – O paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, 2003.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de processo* 74, São Paulo. Conferências, 1994.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, 28, p. 20, 1983.

_____. Uma novidade: O código de processo civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 99, jul.-set. 2000.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 27, jan.-fev. 2004.

_____. A revolução processual inglesa. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 31, set.-out 2004.

_____. Sentença executiva? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 27, p. 5-19, jan.-fev. 2004.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25 (nona série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2001 (sétima série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984 (segunda série).

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgard Laux. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP. ano XXVI, n. 85, maio 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*: tentativa de compatibilização. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito e processo. A influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BESSO, Chiara. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Revista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 1127, aprile-settembre 1986.

BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 564, giugno 2006.

BIELSA, Rafael e GRAÑA, Eduardo. El tiempo y el proceso. *Revista de Colegio de abogados de La Plata*, La Plata, v. 55, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2006 (coleção Theotonio Negrão).

_____. *O novo CPC – A terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUONCRISTIANI, Dino. Sistema dei ‘référés’: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 577, giugno 2006.

CALAMANDREI, Piero, Effetti della sentenza e cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: Cedam, vol. 34, p. 3, 1979.

_____. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 216.

_____. Il giudice e lo storico. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, p. 119, 1939.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Napoli: Morano Editore, 1983. vol. XI (opere giuridiche).

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Dott A. Giuffré, n. 178.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 165, 1955.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. e notas elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, vol. I

CAPPONI, Bruno. Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie. In: STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE IN ONERE DI GIUSEPPE TARZIA, Milano: Giuffrè, 2005. t. II, p. 1647.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Nova execução – Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 34, p. 19-30, mar.-abr. 2005.

CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 239, marzo 1980.

_____. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. La tutela d'urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 94 gennaio-marzo 2001.

CARREIRA ALVIM, J. E; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da sentença*. Curitiba: Juruá, 2006.

CECCHIELLA, Claudio. Il référé italiano nella riforma delle società. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 1140, 2003.

CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo processo societario*. Bologna: Zanichelli, 2004.

_____. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. Prime riflessioni sui valori dottesi alla novella del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 658, luglio-settembre 1991.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas, a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas: Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas: Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v. III.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Réus S.A, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 136, abr.-jun. 1998.

_____. I provvedimenti anticipatori. In: TARUFFO, Michelle (a cura di). *Le riforme della giustizia civile*. Torino: Utet, 1993.

_____; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 975, ottobre-dicembre 1990.

_____; _____; TARUFFO, Micheli. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2005. v. I.

COUTURE, Eduardo J. *Estúdios de derecho procesal civil*. Tercera Edición, Buenos Aires: Depalma, 2003. t. I.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2005.

DALMOTTO, Eugenio. *Le recenti riforme del processo civile*. Torino: Zanichelli Editore, 2007. tomo secondo, p. 1242, nota 2 (commentario diretto da Sergio Chiarloni).

DENTI, Vittorio. La tutela d’urgenza. Intervento. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
vol 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
vol. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
vol. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
vol. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
vol. 4.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 CPC*. In: TARZIA, Giuseppe (a cura di). *Il processo cautelare*. Padova, 2004, p. 228.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*.

FAZZALARI, Elio. Il cammino della sentenza e della “cosa giudicata”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 591, luglio-settembre 1988.

_____. Processo civile (diritto vigente). *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, p. 193, 1987.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernani. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, vol. II, p. 50, 1926

FLASH, Daisson Flash. Estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Nova execução: aonde vamos? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: AASP, n. 33, p. 43-45, jan.-fev. 2005.

_____. Questionamento em torno do artigo 475-J do CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 88 (Homenagem ao professor Celso Neves).

FREITAS, José Lebre de. 4. ed. *A acção executiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 377, ottobre-dicembre 1990.

_____. Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, aprile-giugno 1999.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Niterói: Impetus, 2006.

_____. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARBAGNATI, Edoardo. Preclusione “pro iudicato” e titolo ingiuntivo. *Rivista di Diritto Processuale*, vol I, p. 3310, 1949

GRECO, Leonardo. A defesa na execução imediata. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 21, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil – Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 65-75, 1995.

_____. *O processo – Estudos e pareceres*. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. n. 121. São Paulo: Ed. RT, mar., 2005.

_____. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, p. 787, luglio-settembre 2005.

JOMMI, Alessandro. Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, p. 129, gennaio-febbraio 1997.

JUNOY, Joan Picó. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 1997.

LANFRANCHI, Lucio. Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 100, marzo 1987.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. La contestazione dei crediti nel fallimento. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 21, I, 1930

_____. Effetti della sentenza e cosa giudicata. *Rivista Diritto Processuale*, p. 3, 1978.

_____. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, notas de Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1949.

LOMBARDO, Luigi. Natura e caratteri dell'istruzione probatória nel processo cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Bologna: Cedam, p. 484, aprile-giugno 2001.

LOPES, João Batista e CUNHA, Leonardo José Carneiro (coords). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 5. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. vol. II.

_____. *L'azione esecutiva. Contributo allá teoria unitária dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè editore, 1955.

_____. *L'esecuzione forzata in forma specifica (premesse e nozioni generali)*. Milano: Giuffrè Editore, 1953.

_____. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 659, 1964

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Tutela específica*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MENCHINI, Sergio. Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie. In: *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005. t. II,

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A nova execução da sentença civil. Mais alterações. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 81, p. 60-63, abr. 2005.

_____. A revisão do Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 75, p. 61-66, abr. 2004.

_____. A sentença mandamental. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 78, p. 34-42, set. 2004.

_____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1 e 2.

MICHALIK, Paul. Justice in Crisis: England and Wales. In: *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 2003.

MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa incosnistente: In: ARMELIM, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESANO, Luigi. Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 309, aprile-giugno 1999.

MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 58 (coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 342, abr.-jun., 1998.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

PISANI, Andrea Proto. Ancora sull'emergenza della giustizia civile, *Foro Italiano*, vol. V, c. 184, 1987.

_____. Appunti sul valore della cognizione piena. *Foro Italiano*, p. 8, Zanichelli Editore, mai. 2011. Revista eletrônica.

_____. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

_____. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 90, abr.-jun 1998.

_____. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Quinta edizione. Napoli: Jovene editore, 2006. p. 35 e ss.

_____. Usi e abusi della procedura camerale ex artt.737 ss. CPC. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, n. 3, 1990.

PIVA RODRIGUES, Walter. *Substituição tributária e a coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, ano XXVI, n. 88, nov. 2006.

QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di mérito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.

RECCHIONI, Stefano. I procedimenti sommari e speciali, II. In: CHIARLONI, Sergio e CONCOLO, Claudio (a cura di). *Procedimenti cautelari*. Torino: Utet, 2005.

RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (coords.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

REPISARDA, Cristina. La tutela d'urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

RICCI, Edoardo. Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 1033, ottobre-dicembre 1990

_____. Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 631, luglio-settembre 1987.

_____. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. TUCCI, José Rogério Cruz. *Gênesis Revista de Direito Processual*, Curitiba, vol. 6, p. 691, set.-dez. 1997.

_____. La tutela d'urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

_____. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 216, gennaio-marzo 2003.

SALETTI, Achille. Il procedimento sommario nelle controversie societarie. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 478, aprile-giugno 2003.

SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Editrice Torinese, 1954.

_____; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2005.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, p. 22-76, 2004.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2006. vol. 1

SCARSELLI, Giuliano. *La condanna com riserva*. Milano: Giuffrè, 1989.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 789, settembre 1995.

_____. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 20, marzo 2001.

_____. Le recenti riforme del processo civile. *Foro Italiano*, vol. V, p. 96, 1974.

_____. COMOGLIO, Luigi Paolo; CORRADO, Ferri. *Lezioni sul processo civile*. Quarta edizione. Bolgna: Il Mulino, 2006. vol. II.

TARZIA, Giuseppe. Considerazioni comparaive sulle misure provvisorie nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, p. 251-252, 1985.

_____. Per la revisione del codice di procedura civile. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 964, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2006.

_____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Novos rumos do direito processual civil: efetividade da jurisdição e classificação das ações – Ação executiva *lato sensu* – Tutela de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 26, p. 20-63.

_____. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TISCINI, Roberta. Il procedimento sommario dicognizione nelle liti societarie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 279, giugno 2006.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983

TOMEI, Giovanni. Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, p. 848, 1994.

TUCCI, Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. *Piero Calamandrei – Vida e obra. Contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

VERDE, Giovanni. La tutela d'urgenza. In: ATTI DEL XV CONVEGNO NAZIONALE, Rimini: Maggiolo Editore, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DJP Editora, 2005. p. 129, 139 e 145.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-51.

WENGER, Leopold. *Acio iudicati*. Trad. Roberto Goldshmidt e Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Ed. RT, 1940.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória, juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

_____. *Tutela jurisdicional específica*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Tutela mandamental nas obrigações de pagamento de quantia. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. especial: 269-279, jan.-dez 2003.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992.

_____; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil – Novos perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas Diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 61, abr.-jun. 1996.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil justice in crisis. comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 2003.