

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

AMÉRICO ANDRADE PINHO

**A pretensão a uma mera providência jurisdicional baseada em cognição
sumária: a relevante utilidade da tutela antecipada antecedente**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2020

AMÉRICO ANDRADE PINHO

**A pretensão a uma mera providência jurisdicional baseada em
cognição sumária: a relevante utilidade da tutela antecipada
antecedente**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Anselmo Prieto Alvarez.

São Paulo

2020

AMÉRICO ANDRADE PINHO

A pretensão a uma mera providência jurisdicional baseada em
cognição sumária: a relevante utilidade da tutela antecipada
antecedente

Tese apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Doutor
em Direito, na subárea Direito
Processual Civil, sob a orientação do
Prof. Dr. Anselmo Prieto Alvarez.

Banca Examinadora

Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez.

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico este trabalho à memória dos Professores José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Araújo Baptista da Silva, que só conheci pelos livros, mas cuja alma, neles contida, tanto me ensina.

AGRADECIMENTOS

Um lugar-comum conhecido é a afirmação de que “escrever é um ato solitário”. Ela não é falsa, mas sim apenas em parte verdadeira, a depender do que se entende por “escrever”.

Se pensamos no ato específico de traduzir ideias em palavras, então de fato escrever corresponde à atitude típica de um ermitão. Se amplificarmos, contudo, o “escrever”, para nele englobar a parte talvez mais valiosa de todo o processo – que é a jornada em si – aí não se pode considerar solitário o ato, já que nenhuma estrada se trilha sozinho.

Por isso é preciso agradecer, ainda que receoso do risco de injustas omissões. Não há, senão pela (óbvia) prevalência das pessoas mencionadas no parágrafo final, ordem de importância nos agradecimentos: todos são sinceros e retributivos.

Agradeço ao Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez, orientador desta pesquisa, por ter aceitado o tema e me auxiliado ao longo do tempo necessário ao seu desenvolvimento. A rigor, ele é responsável pela minha aproximação com a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ainda em 2005, como aluno-ouvinte pretendente a uma vaga no mestrado, o que só faz reforçar o agradecimento.

Aos professores William Santos Ferreira e Cassio Scarpinella Bueno agradeço pelas sugestões e críticas apontadas na banca de qualificação, como também, a este último, pelas aulas ministradas no Doutorado, o que estendo aos Professores Sérgio Seiji Shimura, Nelson Nery Junior, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Teresa Arruda Alvim e Georges Abboud.

À Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, instituição a que orgulhosamente pertenço desde 2004, agradeço por ter auxiliado a viabilizar, sob o aspecto financeiro, a realização desta pesquisa.

Aos amigos professores da Universidade Católica de Santos agradeço pela convivência respeitosa e fraterna, estimulante da busca pelo progresso acadêmico.

Um especial agradecimento é endereçado a todos os bibliotecários e respectivos assistentes das bibliotecas em que buscados subsídios para a pesquisa,

pertencentes à Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à “Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”.

Por essa parte *portenha* da *estrada* agradeço aos Professores Daniel Mitidiero, Eduardo Oteiza, Francisco Verbic e Leonardo Giannini, os três últimos pela recepção em La Plata e o primeiro por ter intermediado o planejamento do encontro.

Nesses meus círculos de convivência aproximei-me de algumas pessoas que, conscientemente ou inconscientemente, me auxiliaram na elaboração do trabalho e que talvez nem saibam dimensionar a importância da ajuda que proporcionaram. São elas: Alexandre Rodrigues Calixto, Érika Domingues Gama, Fábio Victor da Fonte Monnerat, Felipe Augusto Miranda, Felipe Pires Pereira, Geraldo Fonseca de Barros Neto, Igor Origuela da Graça, João César Barbieri Bedran de Castro, Júlia Alberto Fernandes Simões, Luciano Vianna Araújo, Maria Paula Branco Brazão Farinha Carvalhaes, Nasta Catarina Galatro Curi, Ricardo Amin Abrahão Nacle, Rodrigo Farah Reis. A vocês meu muito obrigado.

Por fim, os mais importantes agradecimentos, ao meu quarteto fantástico de mulheres que tanto fizeram e fazem por mim e, mais do que isso, porque acabam forjando muito da minha personalidade. São elas: Hermínia de Jesus Amado, amada avó (*in memoriam*), Angelina Prazeres de Andrade (mãe e professora de sempre), Ivanir Vargas Origuela (esposa e incentivadora constante, mesmo achando chata a matéria) e Marina Origuela Andrade Pinho, a “menina dos olhos cor de xuxu”, minha “Vidinha”, meu orgulho. Amo vocês.

RESUMO

O processo de conhecimento fundado em cognição plena e exauriente não pode ser entendido, exclusivamente, como aquele tendente à prolação de sentença de mérito acobertável pela coisa julgada, uma vez que a evolução da ciência processual permite cogitar de outros modelos de processo. O interesse do cidadão, ao exercer seu direito fundamental à tutela jurídica prestada pelo Estado, pode ser o de conseguir a certificação da existência de seu direito, mas também pode voltar-se unicamente para o plano fático, a fim de obter não declaração judicial sobre o direito controvertido, mas sim beneficiar-se de uma “mera” providência jurisdicional, assim entendida como a pronta intervenção do juiz no mundo dos fatos, precipitando efeitos que adviriam de uma sentença definitiva. Investiga-se nesta pesquisa se, à semelhança do que se tem nos sistemas processuais de outros países, a estabilização da tutela antecipada antecedente (introduzida pelo Código de Processo Civil 2015) pode cumprir esse papel, baseando-se em cognição sumarizada, mas sem descuidar da necessária consideração do princípio constitucional do contraditório. Verificam-se os principais contornos de toda a sistemática das tutelas provisórias e a aproximação da estabilização com a tutela monitoria. Tratando-se, o direito processual civil de uma ciência essencialmente instrumental, conectada com a prática, abordam-se questões controvertidas, ligadas à aplicação do instituto, que cumpre serem equacionadas a fim de não comprometer a aceitação da estabilização da tutela antecipada pela comunidade jurídica, com seu potencial de bem servir ao incremento do sistema de justiça civil do Brasil.

Palavras-chave: Tutela antecipada – Estabilização – Providência jurisdicional – Cognição sumária

ABSTRACT

The judicial adjudication process based on full and exhaustive cognition cannot be understood, exclusively, as the one that tends to deliver a merit decision that can be covered by *res judicata*, since the evolution of procedural science allows to consider other models of process. The citizen's interest, in exercising his fundamental right to legal protection provided by the State, may be to obtain the certification of the existence of his right, but he can also turn only to the factual plan, in order not to obtain a judicial declaration on the contested right, but rather to benefit from a “mere” jurisdictional measure, thus understood as the prompt intervention of the judge in the factual world, precipitating effects that would result from a final sentence. It is investigated in this research if, as in the procedural systems of other countries, the stabilization of the antecedent preliminary injunction (introduced by the Brazilian Civil Procedure Code 2015) can fulfill this role, based on summarized cognition but without neglecting the necessary consideration of the constitutional principle of the adversary. There are the main contours of the entire system of provisional tutelage and the approximation of stabilization with monitoring tutelage. When dealing with the civil procedural law of an essentially instrumental science, connected with practice, controversial issues are addressed, linked to the application of the institute, which must be addressed in order not to compromise the acceptance of the stabilization of preliminary injunction by the legal community, with its potential to serve the development of Brazil's civil justice system.

Keywords: Preliminary injunction – Stabilization - Jurisdictional measure - Summarized cognition

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. PREMISSAS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PROCESSO CIVIL	17
1.1. Jurisdição, ação, defesa e processo: breves considerações.....	17
1.2. A tutela jurisdicional como eixo metodológico do direito processual civil contemporâneo.....	42
1.3. Objeto do processo e cognição judicial.....	61
1.4. História e cultura no direito processual	75
1.5. Conclusões parciais	88
2. TUTELA JURISDICIONAL E PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS	91
2.1. A Constituição Federal e o processo civil.....	91
2.2. A relevância e a aplicabilidade dos princípios jurídicos.....	99
2.3. Elementos essenciais da tutela jurisdicional	104
2.3.1. O princípio da efetividade	104
2.3.2. O princípio do contraditório	108
2.4. Conclusões parciais.....	119
3. COGNIÇÃO E TUTELA DE DIREITOS	121
3.1. A cognição plena e exauriente como padrão de atuação jurisdicional ...	121
3.2. Cognição, procedimento e tutela diferenciada	137
3.3. Cognição exauriente e conseqüente coisa julgada: único modelo de tutela jurisdicional possível?.....	155
3.4. O anseio por provimentos judiciais baseados em cognição sumária como alternativa para a obtenção de tutela jurisdicional ao longo da história do direito processual brasileiro.....	167
3.4.1. A ação sumária da Lei 221 de 1894	169
3.4.2. A doutrina brasileira do habeas corpus.....	171
3.4.3. A doutrina da posse dos direitos pessoais.....	176
3.4.4. A liminar em mandado de segurança	179
3.4.5. Tomás Para Filho e o mandado de segurança contra ato de particular	186
3.4.6. As liminares nas ações possessórias.....	190
3.4.7. A ação decendiária.....	196

3.4.8. A ação monitória	200
3.4.9. A ação cominatória.....	207
3.4.10. As ações cautelares	213
3.4.11. A revolução trazida pela tutela antecipada.....	229
3.5. Conclusões parciais.....	240
4. A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	243
4.1. Aspectos gerais	243
4.2. Regras procedimentais comuns à tutela de urgência e da evidência	251
4.3. A tutela de urgência.....	264
4.3.1. A tutela cautelar	278
4.3.2. A tutela antecipada	284
4.4. A tutela da evidência	285
4.5. Dinâmica de aplicação da tutela provisória	294
4.5.1. A tutela de urgência deduzida de forma incidental	294
4.5.2. A tutela de urgência deduzida de forma antecedente.....	297
4.6. Conclusões parciais.....	306
5. A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SATISFATIVA: O DIREITO A UMA MERA PROVIDÊNCIA JURISDICIONAL	309
5.1. A necessária busca por alternativas ao modelo comum.....	309
5.2. A tutela antecipada antecedente e a possibilidade de sua estabilização como modelo processual destinado à consagração do direito à uma simples providência jurisdicional.....	325
5.3. A adequação desse modelo processual ao sistema processual vigente	341
5.3.1. Argumento histórico: a tentativa de introdução da tutela de urgência autônoma pelo Projeto de Lei do Senado n. 186/2005	341
5.3.2. A coisa julgada é essencial à ideia de processo?.....	345
5.3.3. O atendimento do princípio do contraditório	350
5.3.4. A utilidade desse modelo de processo de acordo com a medida do interesse do autor	358
5.4. O direito a uma mera providência jurisdicional no quadro geral da tutela jurisdicional.....	363
5.4.1. O microssistema da tutela monitória.....	363

5.4.2. A generalização do direito a uma mera providência jurisdicional e outros processos sem sentença	372
5.5. Institutos análogos do direito processual estrangeiro	380
5.5.1. As medidas autosatisfactivas do direito argentino	381
5.5.2. A inversão do contencioso do direito português	393
5.5.3. Os référés do direito francês	404
5.5.4. As medidas antecipatórias do direito italiano	409
5.5.5. O kort geding do direito holandês	415
5.6. Conclusões parciais.....	418
6. O MODO DE SER DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E DE SUA ESTABILIZAÇÃO	421
6.1. Pressupostos essenciais da estabilização.....	422
6.2. Outras formas de tutela provisória e a estabilização	422
6.3. A tutela antecipada antecedente e as diferentes eficácias decisórias ...	429
6.4. Coordenação dos prazos e ônus das partes e estabilização.....	433
6.5. Posturas do réu e estabilização.....	437
6.6. Tutela antecipada antecedente e Fazenda Pública	445
6.7. Estabilização, sentença e coisa julgada	450
6.8. Honorários sucumbenciais	458
6.9. A ação de impugnação da tutela antecipada estabilizada.....	460
6.10. Conclusões parciais.....	464
7. CONCLUSÕES	467
BIBLIOGRAFIA.....	4672

INTRODUÇÃO

Ao sistema processual é reservada missão de elevada relevância, já que sua função primordial é solucionar conflitos entre os sujeitos e tutelar os direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica.

Por isso, vale-se ele de uma série de normas, conceitos, princípios estruturantes, construções teóricas e de técnicas processuais variadas, já que a concretização de sua missão exige, dentre outros, dois elementos inafastáveis: tempo e observação das garantias processuais reservadas às partes.

A interferência do Poder Judiciário na esfera de interesses do indivíduo pressupõe um método que assegure a possibilidade de ele manifestar-se sobre a controvérsia, opondo-se a pretensão deduzida e, também, que todos os atos processuais praticados sejam realizados sob o signo do devido processo legal, sendo certo que para tanto, como é intuitivo, é necessário tempo.

Sob certas circunstâncias, ditadas pela urgência, o fator tempo acaba tendo que ser manejado, o que conduz à inevitável modulação das garantias processuais, ideia que jamais pode equivaler à sua eliminação.

Nesse campo, papel de relevo exerce a *tutela provisória*, designação de que se valeu o Código de Processo Civil em vigor (CPC) para reunir, como espécies desse gênero, a tutela de urgência e a tutela da evidência, sendo certo que a primeira se subdivide em *tutela cautelar* e *tutela antecipada*.

O advento, em 2015, do novo diploma processual brasileiro fez com que pela primeira vez tais formas de tutela fossem tratadas em conjunto e de forma harmoniosa. Com efeito, se é verdade que a tutela cautelar já era prevista sob tal nomenclatura, com sua feição contemporânea e perfil assecuratório razoavelmente bem definido desde o advento do Código de Processo Civil revogado (de 1973), a tutela antecipada, com abrangência genérica e de cariz satisfativo, só foi introduzida no sistema processual brasileiro em 1994, por lei integrante da primeira etapa de reformas daquele diploma.

Esse tratamento conjunto das tutelas provisórias pelos artigos 294 a 311 do CPC revela que a tutela cautelar e a tutela antecipada podem ser prestadas de forma incidental ou antecedente, que correspondem, portanto, a categorias ligadas a

aspectos marcadamente estruturais, conectados com a forma de requerer, prestar ou efetivar a tutela cautelar ou a tutela antecipada.

A incidentalidade, à luz dos já conhecidos caracteres de ambas, pode ser vislumbrada mais facilmente, e é marcada pelo fato de que o requerimento de concessão de qualquer dessas espécies de tutela de urgência pode ser realizado concomitantemente ou após a formulação do pedido propriamente dito, ou seja, da providência jurisdicional buscada ao final do processo, após cognição plena e exauriente. No sistema anterior essa era a forma observada, desde sua introdução, para a tutela antecipada, sendo certo que já havia previsão legal do uso de medidas cautelares incidentais, então por meio de *processo incidente* a outra demanda, tida como principal, de natureza cognitiva ou executiva.

Também a possibilidade de formulação de requerimento de tutela cautelar antecedente, por inspirar-se na sistemática observada na vigência do CPC de 1973, não desperta maior estranhamento, sendo conhecidas e de uso bem difundido as então chamadas *cautelares preparatórias*. Apenas posteriormente, na antes referida “ação principal”, é que se formulava o pedido de tutela definitiva.

Já em relação à tutela antecipada, a previsão de sua concessão de forma antecedente desperta dúvidas mais significativas, pois é da tradição do direito processual brasileiro encará-la como uma antecipação de alguns (ou mesmo de todos, conforme o caso) dos efeitos da tutela jurisdicional buscada ao final do processo.

É assim que sempre se modulou, com a tutela antecipada, o fator “tempo” no processo: este seguiria, em todas as suas fases e com a plena observância (ao menos em tese) de todas as garantias processuais, até que possa ser proferida sentença que julgue a pretensão deduzida, uma vez que os efeitos necessários à tutela (provisória) dos interesses da parte, diante de demonstrada ou presumida urgência, já terão sido antecipados.

Mas, nesse contexto, como compreender uma tutela antecipada formulada de forma *antecedente*, ou seja, de maneira isolada, autônoma, sem a dedução do pedido de tutela definitiva, que pela dicção da lei somente será formulado depois, com o aditamento da petição inicial (art. 303, § 1º, I CPC)? Antecipa-se o que?

A presente pesquisa propõe-se a analisar a tutela antecipada antecedente e

a possibilidade, prevista pelo artigo 304 do CPC, de sua estabilização, figura sem precedente no sistema processual brasileiro positivado.

Para tanto, mostrou-se necessária a fixação de algumas premissas nos capítulos 1 a 3, ligadas, em apertada síntese, à importância da tutela jurisdicional e dos pressupostos constitucionais que lhe são essenciais, à relevância da influência da cultura para o direito processual, e aos contornos dogmáticos da cognição do juiz e de sua relação com a coisa julgada. Também tentou-se demonstrar como o anseio por provimentos jurisdicionais urgentes e/ou diferenciados pauta aspecto relevante da história do processo civil brasileiro, tanto por meio de previsões legais como por inspiradas construções doutrinárias.

No capítulo 4 é abordada a tutela provisória propriamente dita, buscando-se revelar o papel de cada uma de suas espécies (e subespécies), elemento essencial ao isolamento, por assim dizer, da tutela de urgência antecipada antecedente, tema central da tese.

A ela dedicam-se os capítulos 5 e 6. O primeiro, em que busco desenvolver a tese central da pesquisa, tem por objeto a investigação sobre a função que é reservada, pela lei processual, à tutela antecipada antecedente, averiguando-se também se ela deve ser tida como mera técnica processual ou se porventura reúne características próprias suficientes à sua aceitação como uma nova modalidade de processo, que dispensar a apreciação da lide por sentença, a formação de coisa julgada, e contenta-se com uma intervenção jurisdicional no plano dos fatos. Investiga-se, ainda, a melhor forma de inseri-la no quadro geral de opções reservadas àquele que pede tutela jurisdicional, como também sua aproximação com figuras semelhantes do direito estrangeiro.

No capítulo 6, a partir das premissas estabelecidas na pesquisa, são abordadas questões práticas que, em razão de omissões ou imperfeições do texto legal, ensejam dúvidas na aplicação do instituto. No plano da prática processual, tais entraves são potencialmente perniciosos porque podem conduzir a significativo esvaziamento na utilização de tal figura, razão pela qual é imperioso propor soluções para algumas questões.

Guiado pelas diretrizes aqui sinteticamente enunciadas, este estudo propõe que a tutela antecipada antecedente passível de estabilização seja compreendida

como uma forma diferenciada e alternativa de requerer e de prestar a tutela jurisdicional, que tem o foco alterado em relação ao modelo já conhecido, pautado pela ordinariedade procedimental (e que, claro, segue utilíssimo, senão essencial, para inúmeros casos), na medida em que se dispensa a imutabilidade decorrente da coisa julgada para privilegiar a possibilidade de pronta intervenção judicial no plano dos fatos, viabilizando unicamente uma *providência jurisdicional*, que bem pode atender ao interesse das partes do litígio e, portanto, figurar como o desfecho ideal para este ou aquele caso concreto.

1. PREMISSAS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PROCESSO CIVIL

1.1. Jurisdição, ação, defesa e processo: breves considerações

É correntia a percepção de que a *ciência processual*, a tal categoria alçada a partir de meados do século XIX,¹ apoia-se dogmaticamente em quatro elementos que lhe são essenciais: jurisdição, ação, defesa e processo.

Tais elementos, embora ostentem, cada qual, autonomia conceitual – e suscitem reflexões diversas – acabam harmonizando-se na formação (ou percepção) do *sistema processual*.²

É nesse contexto que aqui serão abordados, com a declarada intenção de estabelecer premissas que justificarão posições tomadas no transcorrer da tese e sem, no entanto, esgotá-los em todas as suas nuances.

¹ Aponta Leonardo Grecco que a percepção da abstração inerente ao direito de ação pode ser tida como o primeiro passo evolutivo no sentido da autonomia científica do direito processual, remontando à conhecida polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, iniciada em 1857, fortalecido com a edição do livro de Oskar Bülow (*A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*), em 1868, no qual “o autor demonstra que, se a ação é outro direito, o processo é também outra relação jurídica. O processo é uma relação jurídica própria, que cria seus próprios direitos subjetivos, seus próprios deveres, ônus, poderes, enfim, com conteúdo totalmente diverso do conteúdo da relação jurídica de direito material” (*Instituições de processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. Livro eletrônico).

² Vale referir, com apoio em Cândido Rangel Dinamarco, que a aceitação desses quatro pilares da ciência processual, embora prevalente, não é unânime na doutrina: “Desfruta de bastante prestígio na doutrina brasileira a trilogia estrutural de conceitos básicos, proposta por Ramiro Podetti e amiúde referida por José Frederico Marques - estrutura integrada apenas pela jurisdição, ação e processo, sem dar igual realce ao *jus exceptionis* (nessa linha, também Hélio Tornaghi). Em ensaio dedicado especificamente ao tema e ligado à trilogia estrutural do processo, desta fala Marcos Afonso Borges logo à abertura e chega a dizer, como dissera Jose Frederico Marques, que “jurisdição, ação e processo constituem o tripé em que está assentada toda a processualística moderna, ou a trilogia estrutural do direito processual, no dizer do argentino Ramiro Podetti. Disse Vicente Greco Filho que “o direito processual se assenta em três conceitos ou categorias essenciais a jurisdição, a ação e o processo”. Em escritos mais recente Humberto Theodoro Jr. subscreve esse entendimento ao falar da jurisdição, processo e ação como “as instituições básicas do sistema processual civil. E assim também Leonardo Greco: “o processo é o terceiro pilar da Teoria Geral do Processo” e “os dois primeiros são a jurisdição e a ação”. Adiante arremata: “A inclusão da defesa entre os institutos fundamentais do processo, com superação de tal trilogia, veio da obra de Eduardo Couture – parecendo que no Brasil a primeira aceitação desse quadrinômio apareceu no livro didático *Teoria geral do processo*, de autoria de Antonio Carlos De Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (primeira edição em 1974). Assim também está em meu ensaio “Os institutos fundamentais do direito processual”, publicado pela primeira vez nos anos setenta, e assim também se posicionam minhas “Instituições de direito processual civil” e *Teoria geral no novo processo civil*, de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I. p. 154 e 155).

Até porque se trata de instituto sujeito a concepções diversas,³ a jurisdição parece melhor compreendida a partir da indicação das *funções* para que idealizada.

A primordial tarefa da jurisdição é a solução de conflitos intersubjetivos,⁴ ainda que não se descuide, por certo, do papel que a ela vem sendo reservado modernamente, tanto no campo dos processos objetivos como na tutela coletiva de direitos:

Por fim, a atividade jurisdicional deixou de ser simples forma de solução de litígios individuais. Em muitos casos – seja nas ações de controle direto de constitucionalidade, seja nas ações coletivas, seja ainda nos mecanismos de solução de casos e questões repetitivas – têm-se uma atividade que produz resultados aplicáveis a toda uma generalidade de pessoas, quando não a todos os jurisdicionados. Assim, o papel do Judiciário de órgão pacificador de conflitos também é potencializado e assume novas características nesse contexto. Os órgãos jurisdicionais passam a equacionar não apenas litígios privados, intersubjetivos – mas verdadeiros conflitos institucionais, que põem em choque a sociedade como um todo (basta tomar como exemplos importantes questões enfrentadas pelo Judiciário brasileiro nos últimos anos: interrupção de gestação de feto anencéfalo; pesquisas com células-tronco de embriões; efeitos jurídicos da união homoafetiva; responsabilidade por possíveis perdas em planos econômicos etc.).⁵

O fato é que se dois ou mais sujeitos, unidos por uma relação jurídica preexistente ao processo, não conseguem, por si só, equacionar a disputa sobre um determinado direito dela decorrente, mostra-se necessária a intervenção de um terceiro imparcial que faça a mediação do conflito visando à conciliação das partes, ou que o resolva imperativamente, decidindo quem tem razão.⁶

³ “A jurisdição pode ser considerada, como poder, no plano da soberania estatal; como função, nos lindes das atribuições que caracterizam o sistema orgânico do Estado; como atividade no âmbito do processo” (NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 28).

⁴ “Dessa maneira, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, tem como preocupação crucial a busca da resolução da lide, pacificando-a, reparando ou fazendo cessar a ameaça ou lesão a direito” (SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 48). No mesmo sentido: “Conflito, assim entendido, é a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo - seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial (supra, n. 2). Essa situação recebe tal denominação porque significa sempre o choque entre dois ou mais sujeitos como causa da necessidade do uso do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 209).

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. p. 125.

⁶ “O Estado moderno tem, entre os seus vários objetivos, a manutenção da segurança contra o exterior, a conservação da paz no interior pela distribuição da justiça, bem como, suprimindo ou completando a ação das forças individuais, a realização de aspirações coletivas, de cultura, de progresso, de bem-estar econômico. O objetivo da paz interna, mais do que qualquer outro, está sujeito a frustrar-se, pela dificuldade de se manterem imparciais, perante o choque dos interesses individuais, os detentores do poder. Diante dessa consideração, o encargo da distribuição da justiça, no Estado moderno do acidente, é confiado ao Poder Judiciário, corpo selecionado de cidadãos, ordinariamente composto,

Costuma-se divergir, nesse ponto, a respeito do efetivo fim almejado pela jurisdição, ou seja, se ela se destina a realizar o direito subjetivo ou, antes, concretizar o direito objetivo, com o quê apenas mediatamente alcançaria aquele.⁷

A rigor, parece-me que tais elementos são indissociáveis e confundem-se, até pela irrecusável interpenetração recíproca que existe.⁸

Ainda que possa ressoar individualista o foco da questão no direito subjetivo, o fato é que a ânsia pela defesa deste é que leva o indivíduo a romper a inércia da jurisdição,⁹ aspecto relevantíssimo e, por vezes, minimizado por parcela da doutrina, tal como aponta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Em primeiro lugar, além de outras finalidades atingidas com o exercício da jurisdição (realização do direito objetivo, pacificação social), satisfaz-se com o processo também o direito subjetivo, aspecto geralmente minimizado na doutrina brasileira, a evidenciar nítida conexão entre a atividade judicial e o direito material. Declara-se a existência de uma concreta relação jurídica ou a autenticidade ou falsidade da carta escrita por alguém, condena-se a pagar determinada dívida, constitui-se (ou desconstitui-se) uma relação ou situação jurídica concreta, manda-se realizar a prática de determinado ato material etc. Há intervenção (jurídica) na vida social, porque o direito é um valor real objetivo uma realidade que o homem encontra na sua vida e define na sua linguagem e na sua cultura, com base em valores positivamente válidos para além de toda vontade arbitrária e toda mera subjetividade.¹⁰

Análise mais aprofundada, contudo, afasta essa cogitação de individualismo

segundo normas constitucionais rígidas, com a preocupação de segurar-lhes a máxima independência. Os demais objetivos Estado se perseguem, e logram atingir-se, através de órgãos jurisdicionais (VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Escopo do Processo Civil. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1960. p. 14-15).

⁷ “Visa o processo a assegurar a soberania da lei na regulação e composição dos conflitos, de maneira a conservar ou restabelecer a paz social ameaçada” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o Processo Autoritário. Revista de Direito Processual Civil*, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1960. p. 41).

⁸ Conforme lição de Calamandrei: “Combinando los dos conceptos, la función jurisdiccional queda en cambio circunscrita con absoluta exactitud: es la función mediante la cual un órgano del Estado substituye la propia actividad a la actividad ajena (carácter *sub a*) al actuar concretas voluntades de ley ya nacidas antes del proceso (carácter *sub b*), las cuales no se dirigen a ese órgano sino a los sujetos de la relación jurídica sometida a decisión (carácter *sub b*)” (Límites entre jurisdicción y administración. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 22). Enrico Redenti alude à garantia do “vigor pratico del diritto” como a função essencial da jurisdição, ideia que me parece abrangente e significativa (*Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1957. v. I. p. 6).

⁹ A jurisdição sai de sua inércia pelo exercício da ação. Estabelece-se uma relação jurídica entre autor e juiz que, depois de chamado o réu para se defender, tende a se desenvolver, segundo um procedimento estabelecido em lei, até a decisão final, cujo conteúdo é a tutela jurisdicional. O processo é a síntese do procedimento animado pela relação jurídica e realizado em contraditório: porque os sujeitos têm poderes, deveres, ônus e faculdades (relação jurídica), praticam atos que se sucedem (contraditório) e vão dando vida ao procedimento (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 15).

¹⁰ *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

na concepção que elege a realização do direito subjetivo como função precípua da jurisdição, até porque esta, ao fim e ao cabo, é prestada de modo concomitante com o papel *sinizador*, para a sociedade, da jurisdição na definição do alcance e interpretação do direito positivado, pelos sucessivos julgamentos sobre mesma questão, aspecto ressaltado por Daniel Mitidiero, para quem o “processo civil no Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral”.¹¹

Há um componente histórico que parece justificar a tendência de parte da doutrina em mais realçar a realização do direito objetivo como função precípua da jurisdição, elegendo-o, na ânsia de bem estabelecer a autonomia do direito processual, como marca registrada da libertação deste das sendas do direito material em que antes confinado.¹²

Nesse sentido, apontam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao

¹¹ A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 229, mar/2014, p. 54. Adiante esmiuçou o raciocínio: “A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma dimensão puramente particular – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos). Tratar os casos com justiça (“to deal with cases justly” – como emblematicamente observa o legislador inglês ao enunciar o “overriding objective” das Civil Procedure Rules, rule 1.1) e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional. Esse duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a prolação de uma decisão justa para as partes no processo e a formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social” (p. 64).

¹² Eloquente, na ligação entre os aspectos funcionais do processo (e, via reflexa, da jurisdição) e a efetivação de direitos constitucionais, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não apenas são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Desta maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e aperfeiçoamento da obra normativa do legislador. O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição” (Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan-jun/2010. p. 65).

direito material a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. Desse modo a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição deveria dar tutela aos direitos. Com isso, se de um lado o processo civil forjava sua autonomia conceitual e científica de outro dava um perigoso passo rumo ao esquecimento de sua umbilical ligação com o direito material. Daí que o discurso preocupado em evidenciar a ligação entre técnica processual e tutela dos direitos é antes de qualquer coisa um discurso engajado na retomada dos esquecidos laços entre direito e processo.¹³

Parece-me correto estabelecer, portanto, que a efetiva tutela do direito subjetivo é a vocação primordial da jurisdição,¹⁴ ainda que para alcançar esse resultado ela realize o direito objetivo.¹⁵

Por sua vez, se o direito objetivo é, de fato, um dado relevante no universo jurídico, não se pode esquecer que o próprio artigo 5^o, XXXV, da Constituição Federal sinaliza, de modo eloquente, que a função da jurisdição é atuar em hipóteses de “lesão ou ameaça a direito”.

Em sentido contrário, abordando o tema à luz da conhecida disputa, de origem

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 67. O primeiro desses autores, em obra individual, ressalva: “O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às várias situações de direito substancial. Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença. Ao contrário, a consciência da autonomia pode eliminar o medo escondido atrás de uma falsa neutralidade ou de uma indiferença que, na verdade, é muito mais meio de defesa do que alheamento em relação ao que acontecerá à “distância das fronteiras”” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 49).

¹⁴ Conclusão que, longe de ser meramente teórica, possui reflexos práticos, a serem abordados no contexto de capítulo próprio, como também legitima a implementação de outras figuras, como os negócios processuais: “Se se parte da premissa, que deriva precisamente de uma opção ideológica específica, que a função do processo civil seja exclusivamente a de resolver controvérsias colocando fim aos conflitos individuais privados, daí se pode retirar várias consequências. Uma consequência é que parece razoável diante disso deixar exclusivamente às partes a tarefa de questionar como queiram a competição processual e, em particular, a produção das provas: portanto, o juiz encontra-se na posição de um árbitro passivo que deverá julgar, ao final de um processo conduzido monopolisticamente pelas partes, exclusivamente com base nos elementos de convencimento que as partes lhe forneceram. Uma outra consequência está em que inexistente preocupação com a qualidade se pretende é que essa seja o fruto direto do embate individual das partes que coloque de qualquer modo, fim à controvérsia, não interessa o conteúdo da decisão, assim como não interessam os critérios segundo os quais essa é formulada” (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Org. e Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 73).

¹⁵ Vale a advertência de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A aplicação ou a realização do direito objetivo não é uma atividade privativa ou específica da jurisdição. Também os particulares, quando cumprem a lei, quer observando seus preceitos imperativos, quer exercendo, em toda a sua extensão e plenitude, atos e negócios jurídicos desenvolvem atividade realizadora do ordenamento jurídico. Assim como os particulares, também os demais poderes estatais desenvolvem atividades que realizam o ordenamento jurídico. Se, realmente, a função do Poder Judiciário fosse a de realizar o ordenamento jurídico, não se compreenderia que sua atividade necessitasse do impulso inicial dos particulares, pois não seria compreensível que o Estado organizasse um poder especial incumbido de tomar efetivo o direito objetivo por ele próprio editado, e confiasse aos particulares a faculdade de fazê-lo atuar, segundo suas vontades e interesses” (*Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. t. I. p. 17).

italiana, entre as teorias unitárias e dualista do ordenamento jurídico, tem-se o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Sem radicalismos e com a consciência de que soluções como essas jamais poderiam ser ditadas *sub specie aeternitatis*, diante do direito vigente mostra-se frágil e inaceitável a teoria unitária. Seus sustentadores jamais conseguiram demonstrar o acerto da premissa fundamental da tese proposta, que seria a suposta inaptidão do sistema jurídico-substancial a gerar concretos direitos, obrigações e relações jurídicas. A realidade da vida mostra que direitos e obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, na grande maioria dos casos sem qualquer interferência judicial e sem a intercessão de qualquer outro meio de pacificação ou composição. (...) Tem-se por correta, portanto a teoria dualista do ordenamento jurídico. Confirma-se que a sentença não cria direitos mas revela-os; e a execução forçada, que também tem caráter jurisdicional, confere-lhes efetividade quando falta o adimplemento voluntário pelo obrigado. Mesmo quando por sentença fica instituída uma situação jurídica nova (sentenças constitutivas) o direito a nova situação preexiste à sentença que a cria (p.ex., o direito a obter o divórcio ou a anulação do contrato). O escopo jurídico do processo civil não é a composição da lide, ou seja, a criação ou complementação da regra a prevalecer no caso concreto - mas a atuação da vontade concreta do direito.¹⁶

Abstraído o risco de menoscabo, pela corrente que privilegia a realização do direito material como papel da jurisdição, da permanente necessidade de buscarem-se técnicas processuais adequada à tutela dos direitos, o fato é que por qualquer desses enfoques chega-se à constatação de que a eliminação do conflito entre dois ou mais sujeitos – seja mirando o atendimento do direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, ou mesmo visando a realização do direito objetivo – dinamiza a relevantíssima *função pacificadora* da jurisdição.¹⁷

Ademais, aponta Arlete Inês Aurelli que o “juiz deve adotar uma postura crítica, como intérprete, aliando lei e Direito, procurando obter a pacificação social

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 226 e 228.

¹⁷ Alude Flávio Luiz Yarshell, nesse quadrante, no escopo social da jurisdição: “De fato, a doutrina passou também a considerar a existência de um escopo social da jurisdição que pode ser traduzido na ideia de pacificação pela eliminação das controvérsias - ideia válida tanto para o campo civil, quanto para o penal. Ainda que a busca desse escopo social possa ser associada historicamente a uma perspectiva autoritária (porque presente na doutrina alemã contemporânea ao Estado nacionalista da primeira metade do século XX), ela é válida se corrigidos os seus termos: ao exercer a jurisdição, o Estado não atua a vontade do direito objetivo como um fim em si mesmo mas o faz como forma de superar os conflitos e de restabelecer a paz social. Isso ajuda a explicar por que, dentre outros fatores, a jurisdição é inerte. Embora o Estado busque atuar em concreto o direito que editou de forma geral e abstraía, deseja fazê-lo como forma de superar os conflitos; e não para exacerbá-los” (*Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1. p. 158-9). De maneira eloquente manifesta-se Benedito Hespanha: “O litígio é anormalidade jurídica, pois está em jogo o ato de fazer justiça. Como toda a anormalidade jurídica deve ser extirpada, estabelece-se a presunção de que só o retorno ao estado de normalidade significa o restabelecimento da justiça objetiva da ordem jurídica” (*Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I. p. 43).

através da redução das desigualdades sociais”.¹⁸

Aspecto ligado aos escopos pacificadores do processo diz respeito à imparcialidade do juiz como um dos elementos mais marcantes da jurisdição na busca da concretização de suas finalidades institucionais. Sobre isso:

O Estado moderno tem, entre os seus vários objetivos, a manutenção da segurança contra o exterior, a conservação da paz no interior pela distribuição da justiça, bem como, suprimindo ou completando a ação das forças individuais, a realização de aspirações coletivas, de cultura, de progresso, de bem-estar econômico. O objetivo da paz interna, mais do que qualquer outro, está sujeito a frustrar-se, pela dificuldade de se manterem imparciais, perante o choque dos interesses individuais, os detentores do poder. Diante dessa consideração, o encargo da distribuição da justiça, no Estado moderno do acidente, é confiado ao Poder Judiciário, corpo selecionado de cidadãos, ordinariamente composto, segundo normas constitucionais rígidas, com a preocupação de segurar-lhes a máxima independência. Os demais objetivos Estado se perseguem, e logram atingir-se, através de órgãos jurisdicionais.¹⁹

Há, ainda, a função criadora da jurisdição, a qual, sem recusar a autonomia dos poderes idealizada por Montesquieu²⁰ – mas, antes, afirmando a *harmonia* entre eles – é uma realidade inegável, ainda que não ilimitada:

O que é necessário destacar é que o paradigma de produção do ordenamento jurídico na atualidade, desde sua gênese, é diverso daquele sob o qual todos os grandes temas do direito processual civil “científico” foram concebidos e se devolveram. Assim, a necessidade de *abertura interpretativa* é uma *necessidade* para todo o sistema jurídico. Ela precisa ser “generalizada”, não se limitando apenas à temática dos “direitos fundamentais” ou das questões que têm assento expresso na Constituição Federal. A necessidade de abertura não repousa somente na interpretação de um texto jurídico constante da Constituição. Também os textos jurídicos constantes das variadas normas infraconstitucionais caracterizam-se, cada vez mais, pela mesma abertura. É constatar o próprio CPC de 2015, com seus princípios, suas cláusulas gerais e seus conceitos vagos e indeterminados, permitindo que o magistrado, em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente -, *crie* o direito a ser aplicado a partir da análise, em

¹⁸ Função social da jurisdição e do processo. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (coords.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 128. Para Cândido Rangel Dinamarco, a função pacificadora da jurisdição “é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 221).

¹⁹ VIDIGAL, L. E. de Bueno. Escopo do Processo Civil. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, 1960. V. 1, p. 14-15.

²⁰ Vem a calhar a lúcida advertência de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Como teoria prescritiva, as ideais de Montesquieu constituem um *programa político*, isto é, uma *bandeira ideológica* fundada em um *mito* – o mito oriundo da crença de que o juiz poderia ao interpretar limitar-se a declarar uma norma preexistente e unívoca, cifrando-se apenas ao texto preciso da lei. Desse modo, *imaginando-se que os juízes poderiam ser entendidos como seres inanimados, que seriam simples bocas da lei e que por essa razão exerceriam um poder inexistente, Montesquieu fez uma ligação direta entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto*” (*Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 21).

concreto, dos valores que devem, ou não, prevalecer.²¹

Não por acaso vem a doutrina intensificando a abordagem, desde o final do século passado, da necessidade de incremento dos instrumentos de atuação da jurisdição:

O aumento dos poderes do juiz se detecta depois também com referência às escolhas e às adaptações do procedimento e das técnicas de resolução das controvérsias. A título de exemplo, basta recordar como na justiça civil o recurso aos pronunciamentos de urgência se tornou agora muito frequente, e as medidas cautelares ou antecipatórias tendem a definir a controvérsia. Em outros termos a tutela cautelar e a antecipatória, ou, como se queixa, as tutelas de cognição sumária, perfilham-se como uma forma de substituição da tutela de cognição plena e exauriente.²²

É recusável, por fim, a ideia de que a jurisdição tenha como *finalidade* a produção de coisa julgada material.²³

Embora tal instituto seja relevante *técnica* de estabilização de pronunciamentos jurisdicionais, ele não integra a *essência* da noção de jurisdição, aspecto bem ressaltado por Daniel Mitidiero:

Em ensaio bastante conhecido, Enrico Allorio procurou caracterizar a jurisdição como a função apta a produzir coisa julgada, afirmando existir um vínculo indestrutível entre essa e a jurisdição no que retomou uma antiga ideia de Piero Calamandrei, para quem ante o comportamento à coisa julgada é que se poderia distinguir se um ato revela ou não conteúdo genuinamente jurisdicional. Autores contemporâneos de monta, como Elio Fazzalari, continuam a defender a jurisdição como atividade vocacionada à produção de coisa julgada. Ora, a coisa julgada sequer é um elemento essencial à

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 113. Em sentido similar o pensamento de Nicola Picardi: “Com efeito, hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também, seja embora sob diversos matizes, tenha considerado a sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica” (*Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2). Não se trata, vale o registro, de aspecto novo na doutrina: “O processo é, sem dúvida, um meio de aferição de juízos de valor. Podemos afirmar que através dele se cria também o direito, no sentido, próprio de nossa contingência, de descoberta da norma adequada aos fatos controvertidos. Da análise valorativa da prova, a inteligência induz, por abstração, a norma jurídica, descobre o dever-ser imposto pelos valores em conflito” (LACERDA, Galeno. Remédios processuais da administração e contra a administração. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2. Saraiva: São Paulo, 1960. p. 21).

²² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4

²³ Colhe-se de antiga doutrina italiana tal conclusão: “*La ragione e il fondamento di questa autorità si confondo con la ragione e il fondamento del potere giudiziario. Poichè questo è assolutamente indispensabile a mantenere l'impero della legge e la coesistenza sociale, è necessario ugualmente che le decisioni, che esso emette in definitivo, abbiano forza esecutiva, ed efficacia d'impedire che si riproponga una medesima questione già risolta, altrimenti un tal potere si convertirebbe in corpo consultivo, e non avrebbe strettamente ragione di essere*” (Pasquale Tuozi, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1900. p. 07). Anota referido autor que esse entendimento é “*antichissimo*”, remontando a Platão que, em Critone, apontava a Sócrates que um Estado não pode existir sem a lei, e que esta é destruída quando o *giudicati* não ostenta força alguma e mostra-se suscetível de violação (idem, p. 08).

jurisdição, atendendo antes a conveniências de política processual do que a uma hipotética imposição natural das coisas. A propósito, o debate que se instaurou na doutrina acerca da desconsideração da coisa julgada bem o revela. De resto, se aceitássemos a coisa julgada como uma característica da jurisdição, teríamos de repudiar por igual a jurisdicionalidade da atividade judicial levada a efeito no Processo de Execução (do Livro II do CPC processo de execução obrigacional) e no Processo Cautelar, cujas decisões finais são incapazes, pela ínfima dose de declaratividade, de propiciar a formação da coisa julgada, assunto que hoje ninguém mais se atreve colocar em discussão.²⁴

A existência de pronunciamentos judiciais que, mesmo sem aptidão para ensejar a formação de coisa julgada, produzem efeitos no plano fático é penhor dessa afirmação, sendo questionável, pela mesma razão, a recorrente afirmação de que a *imutabilidade* é um *atributo* da jurisdição.

Sem dúvida, a percepção da realidade do cotidiano forense e do processo civil pátrio atual mostra que a maioria dos casos segue a fórmula, por assim dizer, tradicional de procedimento de cognição plena com sucessiva formação de coisa julgada, mas igualmente há, como visto, atuação da jurisdição sem imutabilidade.²⁵

Da ideia de jurisdição e sua inerente inércia decorre o direito de ação:

Devemos, porém, considerar que o monopólio estatal da jurisdição gerou o correspondente direito público subjetivo a que o Estado tutele todo aquele que compareça em juízo dizendo-se titular de algum direito, assim como o réu que se defende tem igual direito a que suas alegações sejam julgadas por um tribunal estatal; essa tutela é devida a quem se diga titular de um direito meramente aparente, ou de uma mera probabilidade de direito, bem como é igualmente devida ao demandado, independentemente de ter ele ou não razão. O Estado aprecia as alegações dos litigantes, formula a regra jurídica incidente na espécie que lhe é submetida a julgamento e toma as providências para a efetiva proteção do direito reconhecido na sentença.²⁶

²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 78-79. O texto de Enrico Allorio referido é este: “Ensayo Polémico sobre la ‘Jurisdicción’ Voluntaria” (In: *Problemas de Derecho*. Buenos Aires: Ejea, 1963 p. 15, tomo II).

²⁵ Aponta Cassio Scarpinella Bueno que, de fato, “há temperamentos na afirmação” de que a imutabilidade é uma tendência da prestação da atividade jurisdicional, na medida em que “haverá, não há como negar, exercício da função jurisdicional independentemente dessa característica” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 265). Apenas divirjo do culto processualista no tocante à afirmação de que “na perspectiva daquele que rompe a inércia jurisdicional o intuito é que a decisão reconhecidora do merecedor da tutela jurisdicional se revista daquele selo de imutabilidade, a coisa julgada” (idem, ibidem). Em alguns casos, sob o pálio da urgência, ao interessado pode bastar uma mera *intervenção jurisdicional* determinando alguma prestação ou removendo determinada ilicitude, sem que ao autor *interesse*, justamente por eventualmente lhe parecer dispensável, provimento jurisdicional tendente à imutabilidade.

²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 18. De modo mais singelo, mas inegavelmente significativo, assim se manifesta o mexicano José Ovalle Favela: “De acuerdo con estas ideas, podemos definir a la acción como el derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un proceso ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de este sobre una pretensión litigiosa y lograr, en su caso, la

De maneira sintética, a antiga doutrina de Francisco de Paula Baptista já estabelecia que “‘ação’ (do verbo *agere*, obrar) é o direito de invocar a autoridade pública (juiz) e de obrar regularmente perante ela para obter justiça”,²⁷ vislumbrando, de modo então precursor no País, que o direito de ação não se resume ao acesso meramente formal à Justiça, mas sim engloba a possibilidade de atos processuais tendentes à obtenção de provimento jurisdicional favorável.

A relevância do estudo da ação está na fixação dogmática de algumas premissas necessárias à solução de questões práticas intrincadas, tendo sido tema que serviu de alavanca para o alvorecer da consciência da autonomia do direito processual em relação ao direito material.²⁸

Como adverte Araken de Assis:

Em torno da ação centraliza-se, sem dúvida, a investigação sobre o poder que gera a relação processual. Não se revela coincidência o fato de se fixar, no caráter público do processo, o ponto de partida do rebuliço doutrinário ocorrido na segunda metade do século XIX. Eis o mérito de Bulow e, antes dele, a preocupação de Múther na polêmica travada com Windscheid. Daí surgiu a inevitável cisão entre direito subjetivo, enquadrado no campo do direito material, geralmente privado, e “ação”, reservada à esfera do direito público”.²⁹

A autonomia e o caráter público do processo, a que alude Araken de Assis, decorrem da superação da antiga noção de que a ação era reflexo do próprio direito material, com ele confundindo-se (teoria imanentista).³⁰

ejecución coactiva de la sentencia” (*Teoría general del proceso*. 7. ed. Cidade do México: Oxford, 2016. p. 174).

²⁷ BAPTISTA, Francisco de Paula, *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 19. A primeira edição da obra é de 1872.

²⁸ Detalhado apanhado histórico-evolutivo do direito de ação é encontrado em: BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara; *História do processo – Romanismo e Pandectismo nas teorizações da ação*. Belo Horizonte: Líder, 2009. *passim*.

²⁹ *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 64. Interessante é também a observação de Daniel Mitidiero: “Os processualistas cuidaram da ação por um motivo específico: através desse conceito buscavam explorar as relações entre o direito material e o processo civil. Contemporaneamente, porém, sabemos que todo o processo reage ao plano do direito material, não se cingindo o imbricamento entre o direito e o processo à categoria da ação” (*Elementos para uma Teoria Contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91).

³⁰ Como advertem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “A polemica entre os romanistas alemães Windscheid e Múther é apontada como decisiva para o início da alteração dessa orientação. Não foi apenas e propriamente a tese de um dos debatedores que contribuiu para a teoria da ação, mas as conclusões extraídas do debate entre ambos, mesmo porque o cerne da polêmica centrava-se na concepção romana de ação – e não tanto na concepção moderna. Quanto à ação no direito moderno, ambos acabaram por concordar ser ela um direito diferente do direito material discutido em juízo (ainda que não autônomo). Vale dizer, reconheciam a independência da ação em face do direito material. Do debate entre eles firmou-se o entendimento de que a ação modernamente consiste em um direito contra o Estado. Desse modo, além de independente do direito material reconhecia-se sua natureza pública” (*Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo:

A doutrina brasileira do início do século passado ainda apresentava claros resquícios dessa visão.

Assim discorre Gabriel Rezende Filho, para quem conceber a ação como um “direito autônomo, *per se*, sem referência ao direito subjetivo que ela tende a fazer valer em juízo, é imaginar que possa existir ação sem direito, ou direito sem ação, o que não se pode admitir”.³¹

No mesmo sentido está Manoel Aureliano de Gusmão, ao apontar que “a *acção*, pois, não é, nem pode ser uma força existente por si mesma, uma força autônoma e independentemente da existência do direito”.³²

Referido autor, todavia, já vislumbrava a autonomia do direito de ação, ao que parece de modo quase intuitivo, tanto que desdobrou a natureza jurídica do instituto em três acepções conceituais complementares, embora “diferentes: acepção subjectiva, acepção objectiva e acepção formal”.³³

Oportuna a exposição mais detalhada de seu pensamento:

Na acepção subjectiva, acção é a faculdade de fazer valer, por meio da força social, o direito violado ou ameaçado de violação; é um attributo inherente a todo direito de, mediante intervenção da autoridade judiciaria, se realizar coactivamente, quando violado, contestado ou ameaçado; e póde-se, em breves termos, definir: - o poder jurídico de requerer em juízo aquillo que nos é devido. (...) Na acepção objectiva, a acção é a manifestação positiva da virtude propria a todo direito de se realizar ou de se fazer effectivo; é um meio de defesa judicial do direito; é um remedio de direito, segundo a concepção de Bohemero, Heineccio, Glück e Córrea Teles, retro citados; é o exercicio do próprio de acção, ou da acção considerada em seu subjectivismo. (...) Na acepção formal, a acção faz parte do rito processual; é o modo prático de se applicar o *remedium juris* adaptável á relação de direito controvertida; é o ritual a que deve obedecer o exercicio do *jus perseguendi*, e podemos-la definir: - o conjuncto coordenado de actos e de fórmulas legais, em cuja conformidade deve ser processado, em juizo, o litigio ou controversia acerca

Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. p. 197).

³¹ *Modificações objetivas e subjetivas da ação*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 19. Para Benedicto Barros, a ação “é o mesmo direito primitivo, revestido, porém, de uma nova atitude, de uma atitude de maior energia” (*Princípios de Direito Processual Civil – Da ação judicial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 8).

³² GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I. p. 286. Adiante o mesmo autor complementa o raciocínio com eloquente assertiva; “O direito que, de méra força abstracta que é, não se pudesse transmudar em força concreta, o direito que não pudesse passar do estado de pura idealidade para o de positividade, o direito que não pudesse ser afirmado, mantido ou reintegrado, quando contestado, ameaçado ou ofendido, deixaria de ser a força especifica, mantenedora do equilíbrio social, a força assecuratoria da existencia da propria sociedade” (p. 287).

³³ Op. cit., p. 281. No mesmo sentido a lição de João Monteiro (*Teoria do Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. I. p. 70), para quem a “ação (Actio juris) é a reação que força do direito opõe à ação contrária (violatio juris) de terceiro; é um momento de reequilíbrio; é um remédio (p. 67).

de uma relação de direito, até sua final desisção e respectiva execução”.³⁴

Vê-se que o autor desdobra a noção de *ação* em ideias que se aproximam, respectivamente, das correspondentes contemporaneamente à ação de direito material (*acepção subjetiva*), ao direito de ação (*acepção objetiva*) e à ação judicial propriamente dita, individualizada na demanda (*acepção formal*).³⁵

Daí decorre a inevitável abordagem da doutrina de Ovídio de Araújo Baptista da Silva, que embora não tenha concebido tais conceitos, ainda hoje de marcante valor dogmático, de modo original,³⁶ foi o autor que melhor desenvolveu-os entre nós.

Partindo da noção usual de direito subjetivo como uma posição de vantagem conferida pelo direito objetivo ao sujeito de uma dada relação jurídica,³⁷ referido autor chega ao conceito de *pretensão* (ainda no plano do direito material, convém ressaltar, como se extraí do artigo 189 do Código Civil), assim entendida como nova *potência* que se agrega àquele, que surge a partir do momento em que o direito subjetivo passa a ser exigível.³⁸

³⁴ GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I. p. 284.

³⁵ “Embora básica, a distinção entre ação e demanda é um bom ponto de partida para o exame proposto: a primeira como cedição, designa o direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e de invocar um provimento jurisdicional seja ele de qualquer natureza de mérito ou favorável ao autor; já a segunda corresponde ao ato que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder, isto é o ato inaugural do processo e do procedimento que nele se contém” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 56).

³⁶ Tais conceitos têm raízes romanísticas, mas já eram abordados, no Brasil, por João Bonumá, um dos mais sérios processualistas da primeira metade do século XX: “Sob a denominação comum de ação se compreendem, portanto, duas coisas essencialmente diversas e inconfundíveis: a ação de direito privado e a ação processual. A primeira, tendo por conteúdo uma relação jurídica substancial, dirige-se contra o adversário e tende ao conseguimento de uma prestação insatisfeita; ao passo que a segunda é endereçada ao órgão jurisdicional, para a consecução da prática dos atos em que se resolve a tutela judiciária. Quase sempre as duas ações coexistem no mesmo processo, guardando entre si uma relação de dependência, sabido como é que a ação de direito privado somente por meio da ação processual pode ser exercitada” (*Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 1. p. 51).

³⁷ Sem descuidar das polêmicas históricas havidas a respeito da natureza jurídica do direito subjetivo, ora visto como ato de vontade (*Windscheid*), ora como interesse juridicamente relevante (*Ihering*), tema que pode ser visualizado, com proveito, em obra de Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 149).

³⁸ “Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o status que corresponde a tal categoria do direito das obrigações, porém ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja, o poder exigir que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo - que já existia, embora se mantivesse em estado de latência - adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de pretensão” (*Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. I. p. 57). Para Alexandre Freitas Câmara, a noção de pretensão tem íntima ligação com elemento volitivo daquele que invoca a tutela jurisdicional,

Para Araken de Assis, a noção de *pretensão* empresta ao direito subjetivo atributo do dinamismo, na medida em que é o primeiro passo para que o interessado possa buscar o reconhecimento desse direito:

Mediante o preenchimento de um suporte fático, surge, para alguém, uma peculiar situação de vantagem, já designada de direito subjetivo, conferindo ao respectivo titular uma posição vantajosa, mas estática. Quando, porém, o direito, correlacionado ao dever respectivo, estatuído na regra jurídica, torna-se exigível, afirma-se que ao direito corresponde uma pretensão, ou seja, "o poder de exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa". Em vez de permanecer estático, o direito passa a uma posição dinâmica, pois "toda pretensão tem por fito satisfação", e, portanto, representa um meio tendente a um fim determinado.³⁹

Ainda encarada como mera potencialidade, a pretensão passa a novo patamar ao ser exercida, ou seja, ao se exigir do titular do dever jurídico o seu cumprimento, o que, por si só, não realiza o direito subjetivo,

uma vez que sua satisfação ficará na dependência da ação do obrigado, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação. O exigir, que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir voluntário do obrigado, ao passo que a ação de direito material - novo conceito de que ainda não tratamos - é um agir do titular do direito para sua realização independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado.⁴⁰

Ressalta Ovídio Araújo Baptista da Silva que se o "exigir" ínsito à pretensão não atinge seu desiderato, "nasce ao titular da pretensão a ação de direito material", que então já passa a corresponder ao efetivo "agir", "por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado",⁴¹ com o quê chega-se à noção de *ação de direito material*.

Para melhor ressaltar tais pontos:

A distinção entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão - enquanto exigência - pressupõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir espontâneo do próprio obrigado prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, dispensando o ato voluntário de cumprimento. A partir do

que parece-me ter ligação com o interesse processual: "Note-se, aqui, que pretensão não é pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido é o meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo, ou, em outros termos, manifestação processual da pretensão" (*Lições de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012. v. I, p. 260).

³⁹ *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 67.

⁴⁰ *Idem*, p. 59.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*.

momento em que o devedor, premido por minha acenda, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar más com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação. A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.⁴²

Verifica-se, assim, que a pretensão pode ser encarada como o antecedente lógico imprescindível à ação de direito material: porque se podia *exigir*, e isso não foi suficiente à satisfação espontânea do direito subjetivo, pode-se *agir*.⁴³

A supressão da regra segundo a qual “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”, prevista no artigo 75 do Código Civil de 1916, teria sido justificada pelo fato de que ela retrataria resquício da noção imanentista de ação – a qual, como antes demonstrado, de fato, ainda prevalecia em parte da doutrina nacional do início do século XX – mas ela parece contida, ao menos no tocante à previsão da ação de direito material, no artigo 189 do atual Código Civil, o qual alude à pretensão como *momento lógico* imediatamente posterior à violação do direito, a que se seguirá, como exposto no parágrafo anterior, a ação de direito material.

Sem que se negue a existência da ação de direito material, sabe-se que em um Estado Constitucional, esse “agir” não pode, como regra geral, tocar exclusivamente ao próprio interessado, à força da vedação à autotutela,⁴⁴ com o que parece ter maior relevância, ao menos sob o aspecto pragmático, a “ação processual”.⁴⁵

⁴² *Idem*, p. 60.

⁴³ “De ordinário, ao direito toca, em sequência à pretensão, a ação, que o estágio da exigência, indo além: “agir” inclui a atividade para satisfação. Nasce a ação, em benefício do titular do direito, quando o sujeito passivo não satisfaz seu dever jurídico ou, tratando-se de pretensões que se satisfazem mediante atos positivos ou negativos, ocorre uma interrupção dessa conduta” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 69). Isso se que se ignore a ressalva de Eduardo José da Fonseca Costa: “Da mesma maneira, pode ser que haja a pretensão sem a ação, a) seja porque não podem ser forçadamente executadas, embora exequíveis por outros meios que sejam admitidos em direito; b) seja porque a ação ainda não existe, c) seja porque a ação, após existir, prescreveu” (Razões estruturais da fungibilidade procedimental das tutelas de urgência. CIANCI, Mirna *et. al.* (coords.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas – estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 187).

⁴⁴ “La autodefensa es el medio primario de tutela jurídica, históricamente el más antiguo y el único en los tiempos primitivos. Pero es muy imperfecto, porque no siempre el derecho habiente es el más fuerte. Con frecuencia permite que se imponga la fuerza al derecho, y fracasa cuando debe alcanzarse algo más que la simple realización de pretensiones de prestación. Por eso todos los Estados, tan pronto como han fortalecido su autoridad en cierta medida y han logrado una cultura determinada, han debido limitar necesariamente la autodefensa para el mantenimiento de la paz interior, llegado hasta prohibirla, con pocas excepciones; y la violación de esta prohibición es sancionada con la pérdida del derecho, el deber de reparación y una pena” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. p. 3).

⁴⁵ “A partir daí, nota-se o equívoco dos processualistas ao afirmarem ter havido uma supressão da ação pela “ação”. Em verdade, assistiu-se a uma mera duplicação de ações: a) uma sendo dirigida contra o

Embora indiscutível esse dado objetivo – encarado como fruto da evolução da organização da sociedade – não há porque recusar validade à existência da ação de direito material (“agir”), ainda que esta seja entendida como elemento muito próximo ao de pretensão (“exigir”), com ele quase se confundindo se encarados como dados demonstrativos de uma postura ativa por parte do titular do direito subjetivo, mas ainda, por assim dizer, na esfera pré-processual.

Nem por isso, vale o registo, a abordagem de tais temas representa qualquer espécie de questionamento da indiscutível autonomia do direito de ação (processual),⁴⁶ tampouco mostra-se desnecessária para a análise do processo,⁴⁷ como bem ressalta Kazuo Watanabe:

Mas, igualmente para o processualista que procura a instrumentalidade do processo a partir da perspectiva inversa, vale dizer, da exigência que deflui do próprio direito material (sem com isso incidir no imanentismo, pois são nitidamente diferenciados os planos do direito material e processual) (cf. Capítulo 1, n. 2), essa coordenação é necessária. E o elo entre os dois planos, o material (no qual existem direito subjetivo, pretensão de direito material, ação de direito material e pretensão à tutela jurídica) e o processual (em que se tem a exigência da pretensão à tutela jurídica, que se dá pelo exercício da “ação” processual, isto é, pela demanda), estabelece-se por meio da pretensão processual, que nasce com o pedido (*petitum*).⁴⁸

A contraface da vedação à autotutela é o direito de acesso à justiça, que Ovídio Araújo Batista da Silva difere da ação processual propriamente dita, isto é, da demanda efetivamente ajuizada.⁴⁹

obrigado = “ação” = ação em sentido material), b) outra contra o Estado (“ação” = ação em sentido processual), a fim de que ele, certificando a existência da pretensão resistida ou insatisfeita, a satisfaça coercitivamente, realizando a mesma atividade privada de que fora impedido seu titular” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Razões estruturais da fungibilidade procedimental das tutelas de urgência. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 189).

⁴⁶ “Diante da necessidade de “criar” ou “identificar” uma disciplina autônoma, desvinculada dos demais ramos do direito, o estudioso do direito processual civil perdeu, durante considerável espaço de tempo, a necessária compreensão do todo. O isolamento e a neutralidade, típicos do estudo do direito processual civil nesta fase, causaram e causam até hoje sérias distorções com relação à sua compreensão” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 41). Adiante, arremata: “Os elementos externos ao processo, direta ou indiretamente, relacionam-se intimamente com as suas finalidades, com a sua própria razão de ser e, por isso, não podem ser simplesmente deixados de lado. Eles passam, por isso mesmo, a integrar a pauta do processualista desde meados da década de 1950 e, de forma muito mais aguda, com os olhos voltados para a doutrina brasileira, de meados da década de 1980 para cá” (idem, p. 80).

⁴⁷ SICA, Heito Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

⁴⁹ “Direito de acesso aos tribunais é uma coisa; o efetivo exercício desse direito (“ação”) é outra muito diferente. Há, todavia, uma distinção entre o que acontece no plano do direito material e aquilo que ocorre no processo. O exercício da pretensão, como simples exigência, não bastaria perante o direito processual, tal como poderia bastar no campo do direito material. O exercício da pretensão de tutela

Para referido autor, a importância de manter viva a noção de ação de direito material não se sustenta numa negação do conceito abstrato de “ação” processual,⁵⁰ mas se justifica como forma de assegurar a existência, para situações de direito material específicas, de processos especiais ou sumários:

Qual o resultado de tais proposições doutrinárias? [que associam a aceitação da ação de direito material a um suposto apego às teorias concretas da ação] A resposta é fácil. Se a ação processual é invariavelmente abstrata, ou seja, sem causa, dela dispondo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não a tenha, e desprezando-se o conceito de ação de direito material não haveria por que conservarem-se as inúmeras “ações especiais”, de ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão uma “ação”, que há de ser uma ação ordinária e plenária, abolindo-se as ações especiais e sumárias.⁵¹

Compartilha do mesmo embasamento teórico, em relação ao conteúdo do conceito de ação, Celso Neves.⁵²

jurídica seria insuficiente. A quem pretenda obter tutela jurisdicional não basta exigir e esperar que o juiz sozinho aja por ele, tal como poderia ocorrer no campo do direito material com o exercício da pretensão. O direito processual exige mais: exige que o titular da pretensão de tutela jurídica formule sua exigência e, ao mesmo tempo, através do juiz, também ele efetivamente aja no sentido de obtê-la” (*idem*, p. 67).

⁵⁰ “Quaisquer que tenham sido as razões teóricas alimentadoras de toda essa controvérsia secular, uma coisa, no entanto é certa: todas as teorias que procuraram demonstrar a falsidade da denominada “teoria civilista” da ação, com maior ou menor intensidade, tentaram construir um conceito abstrato de “ação” processual e, ao mesmo tempo, ignoraram, ou recusaram, o conceito de ação de direito material a ponto de afirmarem muitos processualistas brasileiros que o art. 75 do Código Civil anterior estaria em desuso!” (*idem*, p. 85).

⁵¹ *Idem*, p. 86. Adiante explicita seu posicionamento “a verdade, a teorização sobre o conceito de “ação processual escondeu sempre a proposição ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a universalização do procedimento ordinário, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna, ao mesmo tempo em que - com um único golpe - derrotava-se outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam os processos sumários. Se a “ação” é una e abstrata, não haveria então razão para continuar a repetir os “equivocos” cometidos pelos velhos praxistas quando estes procuravam classificar as inúmeras espécies de ações” (*idem*, p. 90).

⁵² “Pode ocorrer, entretanto e comumente ocorre - que essa realização do direito objetivo não se dê, pondo em equação o interesse à tutela jurídica processual, a fim de forçar a solução do conflito. A ação de direito material não foi suficiente para reduzir o obrigado a cumprir a prestação que lhe compete. Devia pagar, e não paga; devia entregar a coisa, e não entrega; devia prestar declaração de vontade, e não o fez. Frustra-se, assim, a pretensão à prestação do próprio obrigado, tornando necessária a intervenção dos órgãos do Estado não para realizar a prestação devida, mas para assegurar ao credor o objetivo da prestação, na medida em que isso seja possível. É então que se passa ao plano da ação de direito processual, isto é, à contenção dirigida aos órgãos estatais, para o fim de deslindar o conflito de interesses, segundo a disciplina do direito objetivo que incidiu e importa realizar, em sua força coercitiva, de tal sorte que o juízo rebelde do obrigado inadimplente se submete ao juízo do órgão do Poder Judiciário se e quando deste resultar que aquele é inadmissível segundo a lei” (*Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 77).

Assim, a ação processual, como direito subjetivo abstrato, deve ser encarada como instrumento de exercício da *pretensão de tutela jurídica*,⁵³ ainda que esta, frise-se, não seja privativa do autor, tal como abordado por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

O fenômeno do monopólio da jurisdição criou ao Estado o dever de prestar jurisdição e a seus súditos o direito e a pretensão a serem ouvidos em um tribunal regular e que se lhes preste justiça. O direito a ser ouvido é o que se denomina pretensão de tutela jurídica, que muitos confundem com as inúmeras formas de tutela prestadas ao litigante que se sagre vitorioso na demanda. Pretensão de tutela jurídica têm-na tanto o autor quanto o réu independentemente de terem eles ou não, razão.⁵⁴

A modalidade de tutela jurisdicional invocada variará, não só de acordo com o pedido efetivamente formulado pelo interessado, mas principalmente pela *forma* de cognição judicial aplicável, sendo rechaçável, diante da constatação de que muitas são as espécies de direito material tuteláveis, a ideia de um único *esquema procedimental*, necessariamente conducente a um julgamento de mérito acobertável, a partir de um dado momento processual, pela coisa julgada.

A partir de tais conceitos chega-se, mormente em termos práticos, ao quadro atual, com clareza retratado por Arruda Alvim:

O que interessa primordialmente é estudar a ação e construir uma teoria tendo em vista sua finalidade, sempre em função do interesse público, e também não a focar unilateralmente, só da perspectiva do autor. Esta finalidade é a de acionar da jurisdição, para a aplicação da lei. Esta aplicação da lei, obviamente, mesmo no caso do efetivo exercício de ação improcedente, terá sido feita, pois se terá dado razão ao réu, e não ao autor. Inegavelmente, tal direito abstrato de ação existe, aliás diversas Constituições são expressas mesmo a respeito deste tipo de acesso ao Judiciário. Entre nós, o art. 5º, XXXV, da CF/1988, é expresso no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída da apreciação do Judiciário. Assim, tal texto, longe de consagrar um direito concreto, em nível constitucional, consagra, isto sim, autêntico *direito abstrato* de agir, ou, então, um *direito de petição*.⁵⁵

⁵³ Alguns autores, como Eduardo José da Fonseca Costa, aludem a *pretensão à tutela jurisdicional*, “exercida por meio de um remédio jurídico-processual denominado “ação”” (Razões estruturais da fungibilidade procedimental das tutelas de urgência. CIANCI, Mirna *et. al.* (coords.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas – estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189).

⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 17

⁵⁵ *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159. Após apontar que a tentativa de alcançar-se um conceito cientificamente relevante de ação (assim como de outras figuras próprias do direito processual) pautou o caminho então trilhado pela doutrina com vistas ao atingimento da autonomia científica do direito processual, lançou José Carlos Barbosa Moreira importância advertência: “O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contacto com a realidade quotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecer ter contrapartida menos admirável no ocasional

Percebe-se, assim, que independentemente do interesse atendido (isto é, pouco importando se procedente ou improcedente o pedido), a *ação*, ou para ser mais exato, o *direito de ação* vocaciona-se ao atendimento do dever estatal de prestar jurisdição, que não se esgota em viabilizar o mero acesso ao Poder Judiciário, mas deve ter extensão com abrangência suficiente a assegurar o acesso à tutela jurisdicional efetiva à parte que tiver razão, desdobrando-se, enfim, ao longo de todo o processo.⁵⁶

Por isso qualquer conceito que se formule do direito de ação não pode prescindir de sua percepção como garantia fundamental do cidadão no Estado Constitucional.⁵⁷

esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da “arte pela arte” – ou, se se preferir, da “ciência pela ciência”. (...) Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil” (Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 2).

⁵⁶ “Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para o patrimônio jurídico da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16). No mesmo sentido: “Não bastasse, se o direito de ação se desdobra em um conjunto de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do procedimento, cujo objetivo último é a outorga da tutela jurisdicional plena, e sendo essa a efetiva satisfação do direito matéria no plano real, de modo efetivo, adequado e tempestivo disso tudo resulta que a ação de conhecimento, a ação de execução e a ação cautelar não seriam nada mais que poderes componentes do amplo feixe que constitui um único e verdadeiro direito de ação” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e Novos Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 448).

⁵⁷ Para Ada Pellegrini Grinover, “o problema do direito de ação é um problema “metaprocessual”. E é na espécie de tutela constitucional que o Estado confere à ação que se pode encontrar seu correto enquadramento. Seria suficiente que o ordenamento jurídico excluísse as normas ou os princípios sobre a disponibilidade da tutela jurisdicional, desvinculando o juiz da iniciativa da parte e permitindo-lhe a instauração do processo independente da vontade do interessado, para por em crise o caráter de direito público subjetivo reconhecido à ação” (*As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 74). Em outra passagem da mesma obra, concebida à luz de carta constitucional não tão afinada com as liberdades individuais como a atual (de 1967, acrescida da Emenda n. 1, de 1969), ressalta a autora elemento com que parte atenta da doutrina hodierna tem se preocupado, que diz respeito à sujeição das normas processuais devem guardar em relação à Constituição Federal: “Todo o direito processo, portanto, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Todo o direito processual, que disciplina o exercício de umas das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é

A *contrapartida* do direito de ação, se é triangular a relação processual, é o direito de *defesa*, “direito igualmente fundamental”, previsto no art. 5^o, LV, da Constituição Federal, e que “outorga ao demandado a possibilidade de participar do processo, exercendo todas as posições jurídicas inerentes ao processo justo”.⁵⁸

Além de um direito do réu,⁵⁹ a defesa – ou, quando menos, sua oportunização – é pressuposto de legitimidade da atuação estatal pela via jurisdicional.⁶⁰

Como exposto no tópico 1.2, a tutela jurisdicional, entendida como resposta estatal concebida a partir de um instrumento vocacionado à pacificação social pela via da resolução dos conflitos, é prestada a ambas as partes, razão pela qual é possível afirmar que a atuação processual do réu é, para o sistema, tão relevante quanto a do autor, “pois ambos são os destinatários da tutela jurisdicional e perante ambos o Estado afirmará soberanamente o direito objetivo, pacificando o conflito com justiça, em favor de um ou de outro”.⁶¹

Não é só pelo fato de ambos institutos terem *status* de garantia constitucional

fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários” (p. 12).

⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 155. Também Eduardo Couture alude a um “paralelismo profundo” entre ação e defesa, pontuando: “A diferença fundamental que existe entre ação e exceção, entre ataque e defesa, é que o autor cria o processo porque o deseja, enquanto que o demandado enfrenta o litígio, mesmo que não o queria. Essa observação trivial está cheia de consequências que não são triviais. (...) O direito de defesa em juízo aparece-nos, então, como um direito paralelo à ação judicial, ou, se se quiser, como a ação do réu. O autor pede justiça reclamando algo contra o réu e este pede justiça solicitando a rejeição da demanda” (*Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, [s.d.]. p. 42). Tal abordagem é antiga na doutrina italiana: “Dalla concezione dell’azione, intesa come attività diretta ad ottenere un determinato provvedimento giurisdizionale, consegue il principio della cosiddetta bilateralità della azione, in quanto anche l’attività del convenuto, espressa nella contestazione della domanda attrice, tende normalmente da attuare un provvedimento a lui favorevole (sentenza di accertamento negativo o di rigetto della domanda)” (PALERMO, Antonio. *Il proceso di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 65).

⁵⁹ Afirmação que não se descuida de que a defesa é, igualmente, um *ônus*: “Apresentar respostas do réu não é um dever jurídico, mas um ônus, atuação a que está vinculada à noção de poder, faculdade, porque no caso a parte a liberdade de realizar ou não o ato, que irá beneficiá-lo se realizá-lo ou sofrerá as consequências pela sua inércia, no caso os efeitos da revelia” (SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 191).

⁶⁰ “A audiência do réu não é algo que se lhe deferido por generosidade ou liberalidade. Ela é uma exigência do interesse público na efetiva aplicação do direito legislado. Apresenta-se, portanto, sua audiência como interesse do próprio Estado enquanto legislador e enquanto juiz, no desempenho da função de tornar efetivo o direito por ele criado, quando desatendido pelos seus destinatários”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III. p. 273).

⁶¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02.

que se vislumbra uma raiz comum entre ação e defesa,⁶² mas principalmente porque eles acabam aproximando-se por serem acobertados, igualmente, pela garantia constitucional do contraditório,⁶³ aspecto exposto por Nelson Nery Junior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.⁶⁴

Convém, desde logo, frisar que as garantias constitucionais até aqui destacadas (da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do contraditório) são as que melhor exprimem o conteúdo da amplíssima cláusula do *due process* e, assim, serão abordadas com maior profundidade capítulo subsequente.

Todas essas atividades dos três *personagens* principais de um conflito de interesses levado à solução do Poder Judiciário desenvolvem-se no ambiente comum que se caracteriza como o *processo*.

Nesse sentido, abstraindo-se as disputas doutrinárias travadas acerca da natureza jurídica do processo⁶⁵ – de irrecusável valor dogmático, cada qual em sua

⁶² “Mas isso [a diferença entre a iniciativa de escolher o momento de exercer o direito de ação, reservada ao autor, e o ônus do réu em apresentar defesa mesmo contra sua vontade] não basta para infirmar a semelhança da natureza e da abrangência entre ação e defesa. Essa situação, própria da natureza das coisas, implica apenas que o nascimento do direito de defesa depende do exercício do direito de ação. Mas, depois de ambos haverem nascido, devem desenvolver-se de modo praticamente igual, reduzindo-se as diferenças àquilo que constituir um mínimo inerente às posições assumidas na relação processual por autor e réu. Essa equiparação é impositiva a lume do princípio da igualdade, de tal modo que não se poderia reconhecer que os direitos exercidos pelos litigantes no âmbito processual fossem diferentes apenas porque um deles adiantou-se em instaurar o processo, promovendo a citação do outro” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48).

⁶³ Como ressalta Elio Fazzalari: “L’essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un “interessato” e un “controinteressato”: sull’uno dei quali l’atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull’altro effetti pregiudizievoli” (*Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 86).

⁶⁴ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 243.

⁶⁵ Até porque, como adverte João Bonumá: “Tudo isso, mais profundamente pensado e meditado, demonstra que a doutrina não proferiu ainda a última palavra sobre o tema da natureza jurídica do processo e sobre a peculiar situação em que nele se encontram as partes e o juiz, respectivamente, mas, o que até agora fez, é o bastante para dar ao fenômeno processual um relevo até então desconhecido e para lhe assegurar uma posição autônoma no sistema jurídico contemporâneo” (*Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 1. p. 26-27). Tal constatação, embora conte com mais de setenta anos, permanece atual no tocante à percepção de que ainda hoje verifica-se certo dissenso doutrinário a respeito da natureza jurídica do processo. Para um apanhado geral das diferentes teorias concebidas a esse respeito ao longo do tempo consultar, com proveito: ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 66/67; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I, p. 373/387; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23/42. COUTURE, Eduardo

época, e todas úteis ao desenvolvimento de caracteres caros à ciência processual – o fato é que a percepção contemporânea do processo não pode ficar restrita à figura da relação jurídica triangular,⁶⁶ ainda que esta tenha o mérito de ter colaborado na percepção de sua autonomia perante a relação de direito material.⁶⁷

O processo, mais do que isso, é instrumento de consecução de uma das funções do Estado⁶⁸ – democrático ou não, dado objetivo que influenciará o modo de atuar da jurisdição⁶⁹ – e, assim, “deve ser entendido como *técnica* que busca garantir

J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, (s.d.) p. 60/64.

⁶⁶ “Não há por que tratar o processo como se se tratasse de figura que existe independentemente das opções políticas de cada Estado e de cada ordenamento jurídico. Falar em processo em um Estado Constitucional, nos moldes do brasileiro, é, sem dúvida alguma, bem diverso do que falar em processo em um Estado que não o seja. Neste, talvez seja suficiente identificá-lo como relação jurídica trilateral entre partes e magistrado, como se ainda hoje houvesse necessidade de demonstrar e insistir na distinção entre o plano processual e o plano material” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 312).

⁶⁷ “A relação jurídica processual exsurge, de ordinário, com a apresentação da demanda; portanto, no momento mesmo em que o juiz toma conhecimento da petição e não a repele. A citação completa a angularidade. O despacho, na petição, estabeleceu a relação jurídica processual “autor Juiz”, a citação, a relação jurídica processual “Juiz réu”. As duas linhas do ângulo soldam-se como se soldam a relação jurídica “oferente ofertado ou destinatário da oferta” e a relação jurídica “destinatário da oferta ou aceitante oferente”. Apenas, na oferta e na aceitação, a soldagem é entre duas pessoas resultando relação jurídica em linha reta; ao passo que na relação jurídica processual a soldagem é do tipo A B, B C, em ângulo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I. p. XXII).

⁶⁸ “O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 27). Para Sérgio Gilberto Porto, o processo “aparece no Estado contemporâneo como instrumento integrante do Estado de Direito, na qualidade de garantia oferecida pelo Estado ao cidadão, e, portanto, como elemento essencial à democracia, já que forma legitimada constitucionalmente pela sociedade para o exercício da jurisdição” (A crise de eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179).

⁶⁹ Em regimes de reduzido cariz democrático, o papel da jurisdição invariavelmente aparta-se de sua finalidade precípua de solução de conflitos e passa a prestar-se a instrumento de reafirmação da *onipresença* exagerada (e, como tal, perniciosa) do Estado e até mesmo de solidificação, sob o pretexto da “educação” dos cidadãos, de aspectos ideológicos que sustentam o regime, como se via na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas: “Las tareas de la justicia y su significación rebasan el marco del pleito judicial. Los tribunales, al conocer de los litigios y descubrir cualesquiera fallas en el trabajo de determinadas instituciones y funcionarios, las tergiversaciones burocráticas, la negligencia y la mala administración, adoptarán las medidas necesarias para corregirlas, señalándolas oportunamente a aquellos organismos y personas, dentro de cuya competencia se hallen las respectivas empresas e instituciones que hubieren cometido las infracciones. (...) Asimismo, los tribunales llevan a cabo la educación jurídica, y desempeñan la tarea de propagandistas del Derecho Soviético y de la legalidad soviética, mediante la rendición de cuentas ante los electores. V. I. Lenin ha apuntado en repetidas ocasiones el enorme papel educativo de los tribunales soviéticos. Este papel crece extraordinariamente en el periodo avanzado de la construcción de la sociedad comunista. Una de las tareas principales en la actualidad, propuesta por el XXII Congreso del Partido Comunista, consiste en la intensificación ulterior del trabajo educador, en la afirmación de la concepción comunista de la vida, ante todo entre la joven generación, en su educación en el espíritu de la actitud comunista respecto del trabajo, de los principios de la moral comunista, del patriotismo soviético y del internacionalismo, así como del cabal

que o equilíbrio entre "fins" (os "escopos do processo") e "meios" (o modelo constitucional do direito processual civil) seja adequadamente alcançado".⁷⁰

Destarte, a Constituição Federal, enquanto diploma fundante do Estado de Direito, é elemento a que o processo deve intensa devoção, como aliás expressamente prevê o oportuno artigo 1º do Código de Processo Civil.⁷¹

Ainda que, por óbvio, pressupondo-se o pleno respeito às garantias constitucionais, de matiz processual, do cidadão,⁷² o fato é que a finalidade precípua do processo, mais do que realizar o direito objetivo, é solucionar o conflito de interesses, o que faz por meio de reconhecer e satisfazer o direito da parte que tem razão.⁷³

desarrollo cultural del hombre" (GURVICH, M. A. *et al. Derecho procesal civil soviético*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. p. 09/10).

⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 316. Igualmente significativa é a lição de José Frederico Marques: "De tudo conclui-se que a norma constitucional do art. 141, § 4º, traz em si forma completa de garantia jurisdicional dos direitos individuais. Nela se cristaliza, por isso mesmo, o princípio básico de todo o nosso Direito Processual e contidos estão conseqüências lógicas que se distendem pelos domínios fundamentais da ciência processual, atingindo o direito de ação, a tutela jurisdicional e o processo propriamente dito. (...) Influxo desses princípios e respetivos corolários tem de ser moldada a legislação de processo, e construída a doutrina processual do Direito brasileiro" (O Artigo 141, § 4, da Constituição Federal. *Revista de Direito Processual Civil*. v. 2. Saraiva: São Paulo, 1960. p.19). A alusão é à Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946), sendo certo que o dispositivo é equivalente ao atual inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁷¹ As ligações entre a Constituição Federal e o processo civil já haviam sido apreendidas, há quase um século, por Aureliano de Gusmão: "Relaciona-se estreitamente o Direito Judiciário com o Direito Constitucional, sendo tão íntima a conexão entre um e outro, como o vínculo que liga a função ao órgão, ou o efeito à causa. É no estatuto constitucional do Estado que assenta a instituição dos poderes políticos, órgãos da soberania nacional. Entre esses poderes se inclui o Poder Judiciário, ao qual incumbe a administração e distribuição da justiça. As leis processuais concernentes à organização judiciária têm o seu fundamento nos princípios constitucionais relativos à instituição do Poder Judiciário; são, por assim dizer, um desdobramento desses mesmos princípios; logo, não podem deixar de ter a mais íntima conexão com o Direito Constitucional" (*Processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I. p.13).

⁷² "Assim, ao definir postular certo direito em juízo, a parte faz opção pelo processo como meio constitucionalmente adequado à resolução do conflito, adequando este a necessidade de definir, realizar ou assegurar sua pretensão. Esta opção, no Estado Constitucional Democrático, deve amoldar-se a um rito pré-determinado e, por decorrência, podendo ser definido como o devido procedimento legal que é aquele previsto por lei para a hipótese posta à apreciação do Poder Judiciário e que, por vezes, aqui ou ali, é confundido com o chamado devido processo legal insculpido na Constituição Federal como garantia matriz, sob o pálio da qual se inserem todas as demais garantias constitucional-processuais" (PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 93).

⁷³ "Ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao direito material a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. Desse modo a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição deveria dar tutela aos direitos. Com isso, se de um lado o processo civil forjava sua autonomia conceitual e científica de outro dava um perigoso passo rumo ao esquecimento de sua umbilical ligação com o direito material. Daí que o discurso preocupado em evidenciar a ligação entre

As ligações entre direito material e processo são íntimas e significativas a ponto de determinarem o *modo de ser* do processo:

O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta. Se o objetivo for evitar a violação de direito, concede-se tutela preventiva. Caso a atuação jurisdicional diga respeito a fato passado, a direito já lesado, a tutela será reparatória, com os respectivos meios aptos a torná-la efetiva.⁷⁴

Se é correto admitir que este, tal como a ação, é algo autônomo em contraste com a relação de direito material subjacente à demanda, o fato é que os dois planos acabam exercendo influência sobre o outro, bastando, para demonstrar tal assertiva, apontar a existência de procedimentos especiais.⁷⁵

técnica processual e tutela dos direitos é antes de qualquer coisa um discurso engajado na retomada dos esquecidos laços entre direito e processo” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 67). Em sentido semelhante, ainda sob a vigência do CPC de 1939 (em geral mais apegado às noções antigas de ação como extensão do direito material), o posicionamento de Cândido Naves: “É que não se pode falar em boa administração da justiça, quando a proteção dos direitos individuais se mostra insegura ou periclitante. E a recíproca se impõe com a mesma evidência” (Páginas processuais. Belo Horizonte: [s.n.], 1950. p. 126).

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 80. Interessante a percepção de Hermes Zaneti Júnior: “Por tudo isso, o conceito que segue se revela essencial para o presente ensaio: o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado. Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo “accertamento” como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer neste sentido que entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167). Em similar sentido, anota Ovídio Araújo Baptista da Silva que é o direito material que define a natureza da tutela jurisdicional a ser prestada: “As ações são executivas, declaratórias, mandamentais, constitutivas ou condenatórias segundo as respectivas pretensões de direito material que elas realizam; e a lei de processo que tentasse interferir em suas eficácias, para modificá-las, automaticamente deixaria de ser lei processual para transformar-se em norma de direito material. O máximo que uma lei de processo poderá fazer, sem invadir o domínio do direito material, neste campo, será atribuir a determinados documentos configuradores de negócios jurídicos, a eficácia de títulos executivos, equiparando-os às sentenças condenatórias, para efeito de execução. Jamais transformar uma demanda declaratória em constitutiva, ou uma executiva e condenatória, ou uma condenatória e declaratória, ou em qualquer outra” (*Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 276-277).

⁷⁵ “Nessa linha procedimento especial seria aquele construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material; é, por isso, especial, porque criado para atender a uma situação específica. O procedimento especial, portanto, possui pressupostos de cabimento específicos, que fazem com que a incidência norma que prevê o procedimento especial se dê pelo critério da especialidade” (JUNIOR, Fredie Didier. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 21). Adiante arrematam: “A partir do final da década de 1970, sobretudo pelos estudos de

Por meio da realização dessa função essencial de proteger o direito material carente de tutela é que o processo atinge seus diferentes escopos, sendo conhecida a tese de Cândido Rangel Dinamarco a esse respeito.⁷⁶

O escopo *jurídico*, que guarda relação com a realização concreta do direito material, “na medida em que nas disposições jurídico-substanciais reside a projeção das escolhas políticas e sociais da nação, resumidas com vistas à solução geral dos casos concretos”,⁷⁷ harmoniza-se, na lição do referido processualista, ao escopo *social*, ligado à resolução (= eliminação) do conflito intersubjetivo mediante critérios justos como elemento de pacificação por meio de técnicas adequadas. Soma-se a ambos o escopo *político* do processo, que atua na preservação das instituições políticas, realça o valor da cidadania e a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais.⁷⁸

Concepção digna de nota é a de Benedito Hespanha, que aponta três “qualificações fundamentais” do processo: (1) o processo como instrumento político, “porque integra o plano da função estatal de fazer justiça”; (2) como instrumento democrático, “porque é o único veículo público de que o povo dispõe para defender os seus direitos lesados, em face do litígio jurídico”; (3) como instrumento prático, para “pedir publicamente a justiça objetiva, porque o processo obedece à técnica formal do Direito Processual”.⁷⁹

Andrea Proto Pisani, os procedimentos especiais passaram a ser justificados na ideia de tutela jurisdicional diferenciada. Foi um movimento de permitir maior adaptação das formas de tutela para ramos do direito em que as especificidades do direito material não coubessem nas estruturas do procedimento ordinário. Trata-se do reconhecimento de um direito ao procedimento adequado. O legislador deveria nesse contexto, criar procedimentos específicos atentando para que fossem idôneos à prestação jurisdicional quando em disputa os “novos” direitos, para os quais deveria haver novas formas de tutela. Era, enfim a busca por uma diversificação legislativa dos procedimentos” (Idem, p. 27-28).

⁷⁶ *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. *passim*. Embora conte com o reconhecimento da doutrina pátria majoritária, as teses lançadas na obra não ficaram imunes à crítica de alguns, destacando-se, por todos, o ensaio de Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira (O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-70, dez/2008), por seu turno contrastado, em salutar “diálogo”, ainda que vigoroso, por José Roberto dos Santos Bedaque (Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1-39).

⁷⁷ *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 211

⁷⁸ Como sintetizado pelo autor em sua obra mais recente, em coautoria com Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria Geral do Novo Processo Civil*. Malheiros: São Paulo, 2016. p. 20).

⁷⁹ *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I. p. 100 e 101.

Qualquer que seja a finalidade do *processo*, é importante ter em mente a relevância de seu aspecto *dinâmico*, valendo colacionar excerto de Piero Calamandrei:

Quien se ponga a observar el modo em que se desarrolla un proceso judicial, civil o penal, ve, en efecto, que el mismo consiste em una serie de actividades realizadas por hombres, que colaboran para la consecución del objeto común que consiste em el pronunciamiento de una sentencia o o en poner em práctica una medida ejecutiva; esta colaboración no es simultánea, sino sucesiva, de modo que las varias actividades que deben ser realizadas por las diversas personas que toman parte em el proceso, se distribuyen em el tempo y em el espacio siguiendo un cierto orden lógico, casi como em un drama teatral las intervenciones de los actores se suceden no por casualidad, sino siguiendo el hilo de la acción, de modo que la frase sucesiva está justificada por la precedente y, a su vez, da ocasión a la que viene después; el orden em que se desarrolla el discurso de los interlocutores no podría alterarse sin destruir el sentido.⁸⁰

Tira-se de tal passagem a ideia de *procedimento*, assim entendido como a *forma* de se desenrolar o processo, consistente na série de atos interdependentes, unidos na busca dos fins almejados pela jurisdição.⁸¹

No que concerne à distinção entre as duas figuras, aponta Teresa Arruda Alvim que a definição de ambas “é problema tormentoso, visto que, em última análise, ambos podem ser visualizados na mesma realidade fática”.⁸²

Mesmo não se confundindo o *procedimento* com o *processo*, tem o primeiro inegável papel na consecução dos objetivos deste – aí residindo o maior (e imprescindível) ponto de contato entre ambas as figuras – sendo certo que de tal relação extrai-se a necessidade de existência de formas de tutela jurisdicional diferenciadas ou mesmo de procedimentos especiais delineados pela lei processual.⁸³

⁸⁰ *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. v. III. p. 318.

⁸¹ “O procedimento é assim a sucessão ordenada e metódica de atos com os quais caminha o processo” (ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo: Lael, 1975. p. 13).

⁸² O conceito de sentença no CPC reformado. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). In: FURTADO, Adroaldo Fabrício *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 529. Estabelece, de modo lúcido, que “para a noção de processo, interessam fundamentalmente as idéias de relação jurídica – que é a que se estabelece entre os sujeitos do processo: autor, juiz e réu – e a de finalidade – no sentido de vocação do fluxo dos atos consecutivos e interligados, que porão em movimento a relação já referida, vocação esta que consiste, concretamente, na obtenção de um pronunciamento judicial de caráter definitivo. À concepção da noção de procedimento dizem respeito às noções de movimento dessa relação jurídica no tempo e, mais especificamente, o aspecto exterior dessa movimentação, ou seja, de que atos se trata, como se entrelaçam etc. Assim, os dois conceitos se afastam, não por se referirem a objetos diversos, mas por dizerem respeito a aspectos diversos do mesmo objeto e, pois, observáveis na mesma realidade fática” (*idem, ibidem*).

⁸³ “Não acreditamos que possa ser desprezada a noção de relação jurídica processual ao se estabelecer o conceito de processo, como o fazem Picardi e Fazzalari. Não podemos negar, todavia, a

Sobressai, portanto, a ideia de procedimento como *facilitador* do acesso à prestação jurisdicional,⁸⁴ premissa importante ao desenvolvimento deste estudo.

Quaisquer que sejam os escopos ou funções do processo,⁸⁵ este chega àqueles por meio da *tutela jurisdicional*,⁸⁶ tema abordado no tópico subsequente.

1.2. A tutela jurisdicional como eixo metodológico do direito processual civil contemporâneo

A função jurisdicional, embora passível de análises diversas a partir de variados enfoques (políticos, democráticos, econômicos, etc.), tem seu valor na efetiva proteção que pode oferecer aos direitos subjetivos, a tal mister vinculada em razão da contrapartida devida pelo Estado por força do direito de ação.

Tal proteção consubstancia-se no *resultado* das atividades desenvolvidas no processo, tendentes a amparar o direito carente de reconhecimento ou satisfação, que equivale à uma das noções de tutela jurisdicional,⁸⁷ especialmente no que pertine

importância da retomada do estudo e redimensionamento do conceito de procedimento, que fizeram esses e outros processualistas, para a melhor compreensão do processo” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129).

⁸⁴ “Nessa linha, cumpre destacar que dentre seus vários compromissos ideológicos marcadamente, além de organizar, está o de facilitar o acesso à prestação jurisdicional. O procedimento, por conseguinte, deve ser compreendido como método facilitador de acesso à jurisdição e não servir de razão capaz de impedir que o processo cumpra seu compromisso constitucional de resolução da lide. O procedimento, pois, não pode abolhar dificuldades, criar caminhos espinhosos, ser contaminado por preciosismos formulistas ser pródigo em obstáculos e complexo de tal modo que se torne ferramenta de domínio de poucos e, por decorrência, modo de violar a garantia constitucional da solução do conflito, inserida no primado do acesso à justiça judicial” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 158).

⁸⁵ Sem embargo da rigorosa, por assim dizer, crítica formulada por Luis Eulálio de Bueno Vidigal: “Entendamo-nos. Escopo é propósito, fim, intuito. Uma entidade abstrata não pode ter escopo. Quando se indaga a respeito de qual seja o escopo do processo, emprega-se expressão elíptica, em lugar da seguinte: ‘qual o escopo visado pelas pessoas que desenvolvem a atividade em que consiste o processo?’” (Escopo do Processo Civil. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1960. p. 11).

⁸⁶ “Tutela jurisdicional relaciona-se, pois, com o direito material; distingue-se de prestação jurisdicional (serviço jurisdicional) ou do dever de resposta ao poder de ação. Importante estabelecer o exato significado de tutela jurisdicional. É análise do fenômeno processual realizada pelo ângulo de quem tem razão. O escopo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu. Somente com ela obtém-se a pacificação definitiva. Está consubstancia no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 36).

⁸⁷ “Tutela jurisdicional é o amparo proporcionado mediante o exercício da jurisdição a quem tem razão em um litígio posto como objeto de um processo - quer se trate de jurisdição exercida pela Justiça Estatal quer por árbitros. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação a o bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado ou pelos

aos “efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor”.⁸⁸

Indica Cândido Rangel Dinamarco que a tutela jurisdicional não é destinada “a direitos, mas a pessoas”, pois:

Como técnica destinada a proporcionar ao homem melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito”.⁸⁹

Vê-se que o culto processualista parece conceber tal assertiva como contraposição à cogitação de que a função primordial da jurisdição seja a tutela do direito objetivo, focando seu posicionamento, de nítido matiz antropocêntrico, também no direito subjetivo como destinatário primordial da tutela, conclusão que extraio da percepção de que aquele é essencialmente indissociável do indivíduo.⁹⁰

Ademais, a noção da tutela jurisdicional concebida como instrumento

árbitros mediante o exercício da jurisdição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 194). O mesmo autor, em outra obra, ressalta que a tutela jurisdicional não é destinada “a direitos, mas a pessoas. (...) Como técnica destinada a proporcionar ao homem melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito” (Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II. p. 825). Vê-se que o culto processualista parece conceber tal assertiva como contraposição à cogitação de que a função primordial da jurisdição seja a tutela do direito objetivo, focando seu posicionamento, de correta matiz antropocêntrica, também no direito subjetivo como destinatário primordial da tutela, conclusão que extraio da percepção de que aquele é essencialmente indissociável do indivíduo.

⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 24.

⁸⁹ Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II. p. 825. Em sentido semelhante interessante concepção de Cassio Scarpinella Bueno: “A tutela estatal de direitos, dessa forma, busca tutelar, sempre no sentido de proteger, todos aqueles que se relacionam, que se vinculam, que agem de acordo (ou em desacordo) com normas jurídicas. O “entregar flores”, prestação do contrato do último exemplo, é o que vincula o credor e o devedor. A satisfação do credor depende da entrega tempestiva e adequada das flores nos termos ajustadas. A satisfação do devedor depende do pagamento do preço nas condições ajustadas. O “direito processual civil” não se ocupa propriamente com as “flores”; ele se ocupa com algo muito mais relevante, que é satisfazer quem se vê frustrado ou na expectativa de se ver frustrado, diante dos comportamentos ou da ausência de comportamentos de outros, impondo o cumprimento das normas jurídicas materiais de cada caso concreto. O “direito processual civil” se preocupa, destarte, com as pessoas que ostentam situações antagônicas de direito. Por isso é que os verdadeiros protagonistas do direito processual civil são os envolvidos no conflito ou na ameaça de conflito” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 45).

⁹⁰ “Nada obstante compreenda o caráter humanista da proposta de Cândido R. Dinamarco, focando a tutela não no direito, mas nas pessoas, parece-me que a tutela jurisdicional não pode ficar alheia ao fenômeno jurídico. Afinal, não se cuida de qualquer tutela (como por exemplo o amparo beneficente à velhice ou de cuidados médicos com doentes e outras inúmeras formas de amparo do ser humano) mas de algo que está intrinsecamente vinculado ao mundo jurídico” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 107-108).

destinado à proteção do direito parece mais consentânea com a função primordial da jurisdição e, mais do que isso, facilita a percepção de que o direito processual – tanto o *legislado* (em abstrato) como o *aplicado* (em concreto) – deve ocupar-se da disponibilização de *técnicas processuais* capazes de outorgar efetividade concreta aos direitos subjetivos.

Convém desde logo assentar a premissa de que a noção de *resultado* ínsita à tutela jurisdicional revela que não só o autor, a despeito de ser ele o titular do direito de ação, é que pode vir a ser seu destinatário, pois também o réu, mesmo que venha a limitar sua atuação processual a uma postura passiva em relação à demanda apresentada, pode ser dela merecedor.⁹¹

Daí porque não vacila a doutrina em apontar que por *tutela jurisdicional* há de ser entendido “não apenas o resultado proporcionado pelo processo, mas também os meios ordenados à sua obtenção”.⁹²

A previsão legal e a adoção caso a caso de técnicas processuais *adequadas*,⁹³ portanto, deve ser encarada como verdadeiro corolário da tutela jurisdicional, que deve ser *eficaz*, como decorrência da extensão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁹⁴

⁹¹ “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” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional. Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II. p. 828). No mesmo sentido: “A tutela jurisdicional pode ou não conduzir à tutela do direito do demandante, o que só ocorre com a prolação da decisão de procedência e seu eventual cumprimento. A tutela do direito é o resultado material da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional é viabilizada tanto com uma decisão de procedência como com uma decisão de improcedência do pedido inicial: a decisão de improcedência viabiliza igualmente tutela jurisdicional, mas há aí tutela jurisdicional declaratória negativa. É equivocado imaginar que só tem direito à tutela jurisdicional quem tem razão” (MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 130-131).

⁹² CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43. No mesmo sentido: “Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução - tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então pode também ser divisada no próprio instrumento nos atos que o compõem, e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 27).

⁹³ “A tutela é mais do que isso, é o valor que daí decorre e as consequências desse valor no plano social com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela a forma da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética uma influenciando a outra” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.73).

⁹⁴ “Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela

Nem poderia ser diferente, na medida em que embora o processo seja instrumento estatal que, como tal, além de pautado na impessoalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), deve velar pela previsibilidade dos atos a serem praticados, nem por isso a tutela jurisdicional deve ser tida como elemento imune à influência do *direito material* e das situações por ele protegidas.⁹⁵

Qualquer das duas concepções – que longe de se contraporem, complementam-se – evidencia que a tutela jurisdicional é tema umbilicalmente ligado ao *processo* e à *jurisdição*, ainda que também haja no âmbito social (extraprocessual), felizmente na maioria dos casos, a tutela dos direitos subjetivos, quando estes, protegidos pelo direito material, são observados de maneira espontânea.⁹⁶

Ainda assim, é certo que a tutela jurisdicional é influenciada pelo direito, bastando, para confirmar tal assertiva, recordar que os elementos objetivos da demanda, com destaque para o pedido, é que estabelecem, a partir das soluções dadas pelo direito material, a natureza da tutela jurisdicional buscada, juntamente com o grau de reconhecimento, prévio ao processo, da existência do direito.

Daí advém a primeira grande classificação, por assim dizer, da tutela jurisdicional, na tradicional concepção entre *conhecimento* e *execução*, na medida em que há “atividades que consistem na submissão do direito afirmado a um exame

jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210).

⁹⁵ “Daí a conclusão, já externada em outra oportunidade, a respeito do caráter ético da ciência processual. Na medida em que a tutela deve ser adequada às especificidades do direito material, não se pode pensar na construção de um instrumento absolutamente neutro, puramente técnico. Inexiste a suposta indiferença do instrumento em relação ao objeto. A variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial” (DESTEFENNI, Marcos. *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 152). Como sublinha Cândido Rangel Dinamarco: “Daí a moderna preferência pelas considerações em tomo da tutela jurisdicional que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que ao processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão. Falar em processo civil de resultados é, portanto, lançar o foco sobre a garantia constitucional da efetividade do processo (Const., art. 5º, inc. XXXV, em sua leitura atual)” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 199).

⁹⁶ “O tema relativo à tutela material de direitos não é objeto do direito processual civil. O direito material existe para ser cumprido e observado independentemente da atuação jurisdicional. O que importa ao processualista é a situação em que aquela tutela, na perspectiva do plano material, é lesionada ou ameaçada, justificando que se rompa a inércia da jurisdição com vistas à tutela jurisdicional daquele direito” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 372).

destinado a certificar (ou não) sua existência; e há atividades desenvolvidas no sentido de tornar efetivo o direito certificado ou presumidamente existente”.⁹⁷

Parece-me preferível essa separação no *tronco* da tutela jurisdicional, e não no do processo, porque o sistema processual pátrio, a partir das reformas de 1994,⁹⁸ passou a não mais tratar, com a pureza dogmática verificada na redação originária do CPC/73, os processos de conhecimento e de execução como fenômenos isolados, mas o contrário, amalgamando-se num mesmo processo as atividades jurisdicionais cognitivas e executivas,⁹⁹ em prol da consagração de *técnicas* que conduzam aos resultados esperados da jurisdição.¹⁰⁰

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

⁹⁸ “O modelo de tutela dos direitos desenhado pelo Código Buzaid - fundado no binómio cognição-execução forçada e no processo cautelar como válvula de escape para toda e qualquer providência provisória urgente, preocupado tão somente na viabilização de uma tutela repressiva contra o dano-sofreu o seu mais duro golpe com a Reforma de 1994, em que se inseriu no bojo do processo de conhecimento ao mesmo tempo o instituto da antecipação da tutela e o da ação unitária para tutela das imposições de fazer e não fazer. Essa Reforma minou estrutura do Código Buzaid e abriu espaço para a teorização um novo modelo para tutela dos direitos” (MITIDIERO, Daniel. TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 444). Para Cassio Scarpinella Bueno: “À luz de todas estas ponderações, a conclusão a ser alcançada é no sentido de que não faz mais sentido - e já não fazia, ao menos a partir de meados dos anos 1990, no direito processual civil brasileiro - a referência a tipos e classes de processo: conhecimento, execução e cautelar. Também não há, contudo, razão para empregar a expressão "processo sincrético". É suficiente processo, sem nenhuma adjetivação. Sequer há espaço para o uso da expressão "processo de conhecimento e de cumprimento de sentença", como quer o Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil. Só processo. O que é de conhecimento e de cumprimento de sentença são etapas do processo em que a finalidade é reconhecer quem é o merecedor da tutela jurisdicional mediante o exercício de atividades cognitivas e concretizá-la com o emprego de atividades materiais. Sequer é correto, no sistema processual civil em vigor, acentuar que primeiro se deve reconhecer o direito para depois concretizá-lo, porque pode ocorrer de o autor pedir e lhe ser deferida tutela provisória para concretizar o direito tal qual suficientemente reconhecido de pronto” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 322).

⁹⁹ “Tanto o processo de conhecimento como o processo de execução, como esboçados no Novo Código, são processos sincréticos: o processo de conhecimento admite fase de cumprimento de sentença, em que se desenvolve atividade executiva; o processo de execução admite cognição ao, por exemplo, permitir a declaração de ineficácia da arrematação nos seus próprios autos. Rigorosamente, o processo de conhecimento não é de conhecimento tão somente, nem o processo de execução de pura execução” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1. p. 573).

¹⁰⁰ “O que se passa, na realidade, é que, independentemente da situação jurídica substancial, pode o legislador autorizar, e o juiz empregar, técnicas de tutela diferenciadas (declaração, constituição, condenação, mandamento e execução) e, portanto, estas não têm a sua definição o seu conceito, ou sua natureza explicados pelo direito material ou mesmo pela situação jurídica substancial. Têm, sim, a sua escolha determinada por essa situação de direito material, assim como pela ponderação entre os valores efetividade e segurança, através do método aqui proposto. Frise-se: afirmar que o direito material ou a situação jurídica substancial não servem para a conceituação do que venha a ser condenação, execução, mandamento, declaração e constituição não significa negar o papel importante que aqueles elementos exercem na escolha das diferentes técnicas de tutela. Aqui o método proposto no presente trabalho, para a solução do conflito dos princípios da efetividade e da segurança, nos indicará a resposta sobre qual a técnica de tutela mais adequada (diríamos, até adequada, necessária e proporcional em sentido estrito) para o caso concreto, dentre aquelas que se encontram dentro dos

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, parte da doutrina criticava, com razão, a previsão do processo cautelar como um *tertium genus*,¹⁰¹ mas apenas por critérios, por assim dizer, organizacionais ínsito às classificações em geral,¹⁰² sem recusar a ideia de que só se pode compreender a tutela jurisdicional como efetiva, tal como deve ser, se aceita a ideia que em algumas situações o papel da jurisdição não é outro senão assecuratório.¹⁰³

Continua a haver espaço, à força de suas características peculiares, para a *tutela jurisdicional cautelar*, vocacionada à assecuração do direito, ainda que o Código de Processo Civil promulgado em 2015 não mais preveja a existência de um *processo cautelar*.¹⁰⁴

Este diploma rompeu com a autonomia conceitual do que parcela majoritária da doutrina conhecia como processo cautelar (meramente acessório e instrumental), colmatando-o com o processo de conhecimento ou de execução em uma mesma relação processual, a demonstrar que, a rigor, essa autonomia não era algo que se lhe devia conceber como elemento essencial, mas sim decorria de opção de política

limites do Poder Jurisdicional Estatal” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115).

¹⁰¹ Assim, por exemplo, a opinião de José Carlos Barbosa Moreira, em estudo publicado no início da vigência daquele diploma: “Ao meu ver, aliás, talvez não seja muito contrapor-se o processo cautelar, como um terceiro gênero, a esses dois antes mencionados. Creio que ele mais verdadeiramente se contrapõe ao processo de conhecimento e ao processo de execução considerados em conjunto, já que um e outro têm natureza satisfativa, visando, portanto, à tutela jurisdicional imediata, ao passo que o processo cautelar se distingue precisamente por constituir uma tutela mediata, uma tutela de segundo grau” (O processo cautelar. In *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1974. p. 230).

¹⁰² “Isso, no entanto, não significa que se deva renunciar à classificação da tutela cautelar como tutela diferenciada. Que a tutela cautelar tem características próprias, diversas de outras espécies de tutela, não há dúvida. Porém, o critério que a distingue não é, certamente, o mesmo que distingue a cognição da execução. Inteiramente apropriada, no ponto, a advertência de Calamandrei, conhecido opositor da qualidade de *tertium genus* da atividade cautelar. No seu entender, a classificação tripartite das providências jurisdicionais, porque fundada em critérios heterogêneos, é uma classificação tão ilusória como a que indica, “por exemplo, que os seres humanos se dividem em homens, mulheres e europeus” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16).

¹⁰³ Vem a calhar a ressalva de Celso Neves: “O direito que se acautela, nesses casos não é o Direito Processual, mas o direito ínsito à lide, ou que dele possa defluir, como consequência do julgamento a ser proferido. Nem a função do processo cautelar está, apenas em assegurar ao juiz, a efetividade de sentença que proferir, em si mesma, mas garantir, à parte, as consequências próprias mediatas e imediatas do julgado em termos que propiciem a realização da justiça. Por isso a cautela estende-se até onde for a limitação objetiva do conflito de interesses ainda mesmo nos casos em que a pretensão deduzida em juízo só envolva parte dela” (*Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 145).

¹⁰⁴ “Além do processo de conhecimento e do de execução, a prestação da tutela jurisdicional poderá ocorrer através de uma terceira via, denominada *processo cautelar*. A inexistência de um livro próprio para a disciplina do processo cautelar, tal como sucedia com o Código de 1973, não a elimina do sistema processual atual” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I. p. 81).

legislativa, ligada mais à forma procedimental de prestação dessa *espécie* de tutela *jurisdicional* do que à sua natureza.¹⁰⁵

Em tópico específico (5.2), em que tratarei da possibilidade de tutela prestada a partir de cognição sumária,¹⁰⁶ será abordada com maior vagar a valiosa contribuição de Ovídio Araújo Baptista da Silva no sentido de que a tutela jurisdicional cautelar não ostenta apenas função instrumental, mas sim pode apresentar-se também como medida autônoma, como se vê deste excerto:

O problema da autonomia da tutela jurídica à segurança é, com efeito, a questão fundamental e só bem estabelecido o problema e suficientemente resolvido é que poderemos encontrar o verdadeiro caminho para a construção teórica desse tipo de tutela jurisdicional.¹⁰⁷

O Código de Processo Civil em vigor mostra-se afinado com a segunda classificação possível, baseada no momento em que a tutela jurisdicional é prestada

¹⁰⁵ O próprio Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, acaba revelando sua opção *doutrinária*, de clara influência italiana, pela criação de um processo cautelar, mas sem esconder que, ao sistema processual, bastava a previsão de uma *função cautelar*: “Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso Direito Processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil a consagrou (artigos 381 e segs.), e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa. No Direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar” (*Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, 1974. p. 14-15).

¹⁰⁶ Será evitada, ao longo do texto, a utilização da expressão “cognição superficial” pela bem lançada crítica de Daisson Flach: “É bastante comum, outrossim, encontrar na doutrina a afirmação de que, ao julgar com base em verossimilhança, o juiz realiza apenas um exame superficial do acervo probatório. A expressão “cognição superficial” aparece na prestigiada doutrina de Kazuo Watanabe como sinônimo de cognição sumária, menos aprofundada no plano vertical. E necessário, entretanto, atentar para o fato de que, ao referir-se à cognição superficial, está o autor apenas posicionando a cognição sumária no plano vertical da cognição, sem que isso tenha qualquer referência a uma atitude ou forma de aproximação do juiz ao material probatório. Não se cuida, portanto, de exame superficial, e sim de exame atento e conseqüente acerca da necessidade de tutela em face de um material probatório ainda incompleto. Embora pareça tola, a advertência é relevante, visto que a praxe toma a expressão “cognição superficial” como uma autorização para a decisão irrefletida e carente de fundamentação. A afirmação de que estaria o juiz autorizado a prover com base em exame superficial sem apreender o sentido próprio da expressão atribui perigosa frivolidade ao manejo do instituto” (*A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 82).

¹⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 22. Adiante o raciocínio é complementado: “Aí, pois, reside, a autonomia da tutela cautelar: a prestação jurisdicional visa eliminar ou evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, face a uma “situação perigosa”. Não há, assim, porque vincular-se, essa especial tutela jurisdicional, com o resultado de um outro processo que muitos consideram principal” (p. 30).

“ou, mais precisamente, em que instante seus efeitos práticos ser liberados, isto é, podem ser sentidos no plano exterior ao processo. A tutela jurisdicional, nesta perspectiva, é *antecipada* ou *ulterior*”.¹⁰⁸

Ressalta o referido autor que não existe vinculação entre a eficácia dos provimentos jurisdicionais e o seu trânsito em julgado ou preclusão, daí porque admite-se a classificação da tutela jurisdicional pelo momento de sua prestação, admitindo-se a forma antecipada, por meio da qual se adianta “o instante procedimental pré-valorado pelo legislador para que a decisão surtisse seus efeitos”.¹⁰⁹ A tutela ulterior, à evidência, é aquela prestada ao final do processo.

Dessa classificação decorre outra, a qual distingue a tutela jurisdicional *provisória* da *definitiva*, critério adotado pelo CPC/2015 ao alocar sob a rubrica “tutela provisória” (denominação do Livro V da Parte Geral – artigos 294 a 311) as hipóteses de tutela cautelar e antecipada, que em tópico próprio serão melhor abordadas.

Vê-se, assim, que a provisoriedade tem como marca principal a necessidade de posterior confirmação, sendo passível de modificação no curso do processo, o que não se tem, tirante decisões proferidas em razão de recurso, na tutela definitiva.

Outra classificação, decorrente da primeira, atinente a subdivisões da tutela jurisdicional de conhecimento, é igualmente determinada pelo direito material e pela situação substancial que o coloca como foco do conflito de interesses a ser debelado,¹¹⁰ tal como bem exposto por José Roberto dos Santos Bedaque:

A diferença entre as espécies de tutela decorre das circunstâncias inerentes

¹⁰⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1. p. 379.

¹⁰⁹ Idem, p. 380.

¹¹⁰ Ainda que não determinada *exclusivamente* pelo direito material, consoante oportuna ressalva de Guilherme Rizzo Amaral: “Quando Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que “para a classificação das formas de tutela jurisdicional [...] não se mostram decisivos elementos ligados ao direito material”, está a indicar o caminho que entendemos correto, no sentido de isolar um fenômeno tipicamente processual, que o autor chama de “forma de tutela” e nós, acolhendo a de Luiz Guilherme Marinoni, chamamos de “técnica de tutela”. Não se trata de negar a influência que o direito material exerce sobre a escolha da técnica ou forma de tutela. Pelo contrário, “não há dúvida quanto à grande influência exercida pelo direito material sobre a forma de tutela” dado que “a situação substancial também interfere na adoção da tutela jurisdicional”. O que Alvaro de Oliveira rechaça é o posicionamento de Satta, no sentido de que “a forma de tutela seja definida exclusivamente em função do conteúdo do direito a tutelar”. Há outros elementos, como o próprio conflito entre efetividade e segurança, que exercem papel importante na escolha da técnica ou forma de tutela jurisdicional a ser empregada. Como ensina Falzea, é da solução do conflito entre os valores e interesses em jogo que se define a eficácia jurídica. Cremos não contradizer essa ideia, ao afirmarmos que a escolha da técnica processual (e não a técnica em si) parte da ponderação entre valores e interesses em jogo. (*Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111)

à situação da vida que clama pela proteção jurisdicional. Na grande maioria das vezes é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela declaratória, condenatória ou constitutiva, por exemplo, em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor. As crises de certeza e de adimplemento conduzem, respectivamente, às tutelas declaratória e condenatória. Já, o direito à modificação jurídica (direito potestativo, na terminologia chiovendiana) autoriza a tutela constitutiva. Tanto a tutela declaratória quanto a constitutiva implicam reconhecimento de um direito. Distinguem-se em função da própria natureza do direito afirmado: será constitutiva a tutela se o “acertamento” acarretar a alteração de um estado jurídico preexistente. O objeto da declaração, aqui, é o direito potestativo à modificação jurídica.¹¹¹

Aí está exposta a classificação *trinária*¹¹² das tutelas jurisdicionais,¹¹³ que acabou revelando-se insuficiente¹¹⁴ em razão de novas *necessidades* reclamadas

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 39. Já para Marcelo Lima Guerra, as “diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) necessidade de alterar a situação fática entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo; c) necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo” (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 18). Vale a ressalva que, a partir de tal esquema, identifica o autor a tutela declaratória, a tutela constitutiva e, por fim, a executiva, pois entende que a condenatória seria meramente “instrumental”, “preparatória da tutela executiva desse mesmo direito” por ela reconhecido (p. 25).

¹¹² Pelo interessante enfoque das *crises* que podem atingir os direitos, chega Cândido Rangel Dinamarco ao mesmo resultado: “Examinando o sistema processual pelos resultados que é capaz de oferecer em face das diferentes situações da vida trazidas em busca de remédio, tem-se que resumidamente elas são três e três são também os possíveis resultados da jurisdição, assim dispostos: a) crise de certeza, tutela declaratória, resultado certeza; b) crise de situações jurídicas, tutela constitutiva, resultado modificação jurídica; c) crise de adimplemento tutela executiva, resultado atribuição do bem da vida” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 247). Na mesma obra detalha melhor a tutela *declaratória* como adequada a debelar a crise de *certeza* (p. 244), a *condenatória* para as crises de *adimplemento* (p. 245) e a *constitutiva* como instrumento adequado a debelar crises de *situação jurídica* (p. 246).

¹¹³ Parece-me equivocado classificarem-se as ações conforme suas eficácias, uma vez que, como visto, relevante à influência do processo sobre o direito material é a tutela jurisdicional, esta sim sujeita ao influxo de caracteres diversos, que viabilizam a sua inserção nesta ou naquela categoria. O direito de ação, isoladamente considerado, é por assim dizer neutro, ou por outra, a despeito de sua relevância, desprovido de conteúdo. Nesse sentido: “Analisado mais detidamente o problema, fácil é constatar que a ‘ação’ processual una e abstrata não pode ter conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório, sem tornar-se ‘azioni della tradizione civilistica’. A defesa de uma ação processual colorida com eficácias diversas (ação processual declaratória, condenatória etc.) conflita abertamente com o entendimento, hoje pacífico, da abstratividade da ação processual, necessariamente não concreta, que pode ser exercida tanto por quem tem como por quem não tem razão. Não é a ação (o agir em juízo) que é, por exemplo, mandamental, mas a tutela dispensada pelo órgão judicial” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Oliveira, *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73). E, ainda: “De fato, é logicamente contraditório crer que o direito de ação, não tendo substância própria senão a de garantir o amplo acesso a uma ordem jurídica justa, seja determinado segundo a espécie de sentença que se pede em seu exercício” (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 45).

¹¹⁴ “Seria absurdo dizer que a classificação trinária é errada ou falsa – uma vez que, como já demonstrado, as categorias de verdade e da falsidade não deve ser relacionada com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre essas diversas técnicas processuais para a prestação da tutela jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 90).

pelo direito material.

Disso decorre que parcela da doutrina pátria, a partir de construções de origem germânica,¹¹⁵ capitaneada por Pontes de Miranda,¹¹⁶ reformulou conceitos, desdobrando da sentença condenatória outras duas formas de tutela jurisdicional que, marcadas por especificidades, acabaram ganhando *status* próprio: a tutela executiva *lato sensu* e a mandamental.

A principal característica da primeira é bem exposta por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

A sentença de condenação é menor forte que a sentença executiva. Enquanto nesta se quer que o juiz, além de julgar – fazendo o que normalmente faria o juiz – julgue e faça como a parte deveria tê-lo feito e não fez (Pontes de Miranda – *Tratado das ações*, tomo I, p. 211) –, a sentença *condenatória* possui um *intervalo* entre o enunciado sentencial, pelo qual se reconhece a procedência da ação, condenando o demandado, e o ato de execução. Põe-se a condenação, ensejando, porém, oportunidade ao condenado para, espontaneamente, cumprir a sentença, prestando, de modo voluntário, a obrigação que lhe foi atribuída pela sentença. Se o réu não satisfaz a sentença, então está o demandante legitimado para a *actio iudicati*, em virtude da eficácia executiva que estava inclusa na decisão de condenação.¹¹⁷

¹¹⁵ “Uma outra classificação surgiu em 1912, também na Alemanha, através de Hellwig, que, apesar de manter a concepção ternária, admitiu uma espécie de subdivisão nas ações condenatórias, cuja nota distintiva seria, precisamente, que à condenação fosse acrescentada uma dupla ‘ordem’: uma dirigida ao réu e outra ao gestor da execução para que a efetivasse (*Verurteilendes Urteil* ou *Leistungsurteil*). Logo em seguida, Kuttner, também alemão, aventou uma quarta espécie de ação, a “*Anordnungsurteil*”, que se caracterizaria pela expedição de uma ordem dirigida a um órgão público estranho à relação processual, da qual Pontes hauriu inspiração para desenvolver sua teoria sobre a ação mandamental” (PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise histórica da teoria quinária e a alteração da preponderância eficaz-condenatória ante a superveniência do sincretismo processual. In COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspidivm, 2010. p. 30-31). No mesmo sentido, quanto à origem: MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 256.

¹¹⁶ Como creditado por Araken de Assis: “Talvez o mérito maior de Pontes de Miranda, no campo do direito processual, consistiu na insistência em afirmar que nenhuma ação ou sentença nasce pura. Teve a notável intuição de considerar a ação um conjunto de eficácias, e de classificá-la através da eficácia principal” (*Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 78). A teoria, malgrado melhor desenvolvida ao longo de seu *Tratado das Ações* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 7 v., obra reeditada pela mesma editora em 2016, com atualização de Nelson Nery Júnior e Georges Abboud), foi originalmente exposta nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1939], com primeira edição em 1947, sendo certo que a edição consultada foi a segunda (Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. I. p. 186-197).

¹¹⁷ A eficácia executiva da ação de imissão de posse. In *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 15. Adiante aprofunda a exposição: “A peculiaridade desse tipo de ação é conter, numa única pretensão processual, o pedido de condenação e o de execução. Enquanto com a sentença comum de condenação, o demandante persegue uma prestação jurisdicional que não contém eficácia suficiente executória – o que o obriga a exercitar uma nova pretensão à tutela jurídica, correspondente à *actio iudicati* – nas chamadas sentenças condenatórias-executivas, a força executiva fica logo abaixo da força preponderantemente condenatória, de modo que a execução se faz por simples desdobramento da pretensão processual exercida pelo autor com a demanda condenatória” (p. 17).

Exemplos práticos de tal espécie de tutela jurisdicional encontram-se nas ações tendentes à retomada de bem imóvel, em que a recalcitrância do demandado em fazê-lo é suficiente para a imediata determinação, pelo juiz e mesmo *ex officio*, de reintegração ou imissão do interessado na posse, sem que haja a necessidade de, partindo-se da tutela concedida, invocar-se novamente a jurisdição, dessa vez para a prática de atos executivos, tal como se dá na sentença condenatória clássica.¹¹⁸

Nem mesmo se diga que a estrutural modificação do processo civil brasileiro decorrente da introdução do cumprimento de sentença pela Lei 12.232/2005 (modelo mantido pelo Código de Processo Civil em vigor) – rompendo com a necessidade de sacramental instauração de um novo processo (de execução), sucessivo ao primeiro (de conhecimento) – fez desaparecer a distinção entre as duas formas de tutela jurisdicional em comento,¹¹⁹ na medida em que a eficácia da sentença condenatória só atuará, de modo forçado, se assim requerer o interessado (art. 513, § 1º), o que não se verifica, obrigatoriamente, na sentença executiva *lato sensu*.¹²⁰

¹¹⁸ “Assim, no provimento executivo *lato sensu* existe um direito material apreciado pelo ângulo do seu exercício, o que faz gerar uma pretensão legítima à consecução de um bem que para ser alcançado necessita de um agir físico, instrumentalizado mediante os meios executórios que a eficácia executiva habilita. Esse dado material integra-se ao conteúdo do provimento, justificando em última análise a eficácia técnico-processual que o ato de executar habilita” (MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 199).

¹¹⁹ Nesse sentido, dentre outros, é o posicionamento de Mirna Cianci e Rita Quartieri: “A partir dessa formulação, temos que a classificação ternária mais se ajusta ao modelo processual brasileiro. (...) Ajusta-se ao tema o sincretismo adotado pela atual reforma processual, tendente a abolir a autonomia da execução, que suscitou calorosos debates doutrinários, todos partindo da célebre doutrina de Liebman, segundo o qual, por razões históricas, mais precisamente a *actio iudicati* romada, a efetivação da sentença sempre teve como regra o destaque em relação à cognição” (Por uma reflexão sobre a teoria quinária da ação, no processo civil brasileiro reformado. In COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 411).

¹²⁰ “A sentença que, reconhecendo obrigação de pagar quantia, deve ser executada com base no art. 523 do CPC possui natureza condenatória, tendo todas as principais características presentes no velho conceito de condenação. A dispensa da execução nada mais é do que uma modificação do grau da eficácia executiva, que antes (da reforma operada no CPC/73 mediante a Lei 11.232/2005) era subordinado a uma ação e agora permite que o efeito executivo seja produzido na própria ação que hoje é instaurada para a obtenção da tutela pelo equivalente ou para a tutela do crédito e não mais apenas para o simples alcance da condenação. É preciso perceber que a sentença que reconhece obrigação de pagar ainda apenas condena, ou melhor, *impõe a sanção executiva, abrindo oportunidade para o requerimento de execução* ou de penhora de bens do devedor. Ao contrário, as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, fazer ou de entregar coisa contêm as modalidades executivas idôneas à tutela do direito material. Ou melhor, a sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia *apenas autoriza o requerimento* dos meios de execução, enquanto as sentenças que reconhecem as obrigações de não fazer, fazer ou de entregar coisa têm executividade intrínseca” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 96).

Para definir a tutela mandamental, já com oportuna exposição de seu traço comum com a executiva *lato sensu*, valho-me da conceituação proposta por Nelson Rodrigues Netto:

A ação mandamental caracteriza-se por uma ordem expedida pelo juiz, determinando a observância de uma dada conduta, reforçada por uma medida coercitiva, a qual pode ser a imposição de uma multa ou a privação da liberdade, respeitados os permissivos constitucionais (art. 5º, LXVII, da CF), que deve vigorar até que o demandado cumpra a determinação judicial, ou, que esta não possa mais ser cumprida, por motivos a este atribuíveis ou não. Por outro lado, a ação executiva *lato sensu* define-se pela possibilidade de obtenção da prestação específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, por intermédio de medidas necessárias determinadas pelo juiz e realizadas por auxiliares da Justiça ou terceiros, independentemente de qualquer atividade do demandado. O traço que lhes é comum reside em seu procedimento híbrido ou sincrético, no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.¹²¹

A antes ressaltada origem germânica do arcabouço teórico da tutela mandamental foi objeto de estudo por José Carlos Barbosa Moreira, que destacou, no campo terminológico, que a “dicção empregada pelo processualista alemão fora “*Anordnungsurteil*”; uma das acepções de *Anordnung* é *ordem*, no sentido de determinação dirigida a alguém”, sendo certo que Pontes de Miranda, desprezando tradução mais exata (*sentença ordenatória*), disseminou o adjetivo *mandamental*, “que não era de uso corrente na linguagem jurídica brasileira”.¹²²

A doutrina alemã, a rigor, calcava sua noção de sentença mandamental não só na ordem em si – pensamento que, em essência, norteia a concepção de Pontes de Miranda – mas no destinatário da ordem, que seria sempre outro órgão estatal, restrição não constante da construção do jurista pátrio.¹²³

¹²¹ Notas sobre as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* nas Leis 10.358/2001 e 10.444/02. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 110, abr/jun, 2003, p. 198.

¹²² A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil. In *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54. Adiante complementou: “Vejam, textualmente, o conceito por ele forjado: “Por *Anordnungsurteil* entendem-se neste trabalho as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora” (p. 56).

¹²³ “Ficou dito que o jurista brasileiro, ao contrário do que sucedeu na Alemanha, não se ateu, na caracterização da sentença mandamental, à natureza do destinatário da ordem. A exposição não deixa dúvida sobre o ponto: “O mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica”. Apesar da “premonição” de Kuttner, aos processualistas alemães não lhes ocorreu dar tamanho elástico ao conceito de *Anordnungsurteil*”

Daí origina-se ponderação de Daniel Mitidiero:

Ademais, a própria conformação das características do povo influencia na construção dos institutos jurídico-processuais. Tome-se como exemplo a carga eficaz das ações (de direito material) e das sentenças preponderantemente mandamentais. Embora de pré-forma alemã, a eficácia mandamental (diria Luiz Guilherme Marinoni, a técnica processual mandamental), tal como a concebemos hoje, é produto da ciência jurídica brasileira. Com efeito nada que melhor se ajuste à mentalidade da península ibérica, de que recolhemos o legado, “memorável herança de que sempre havemos de nos envaidecer”, do que o trato com o imperativo, dado que a vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens eram mesmo peculiares aos portugueses e espanhóis. Além do mais a própria conformação da estrutura constitucional brasileira proporciona ambiente ótimo para o desenvolvimento da tese da mandamentalidade, tendo em conta o judicial review que se encontra à base de nosso constitucionalismo republicano, calcado em uma compreensão da teoria da separação dos poderes ligada ao ciclo constitucional norte-americano (separação dos poderes como doutrina de “freios e contrapesos”, diferentemente do que ocorre por exemplo com a teoria da separação de poderes ligada ao ciclo constitucional francês, de funções constitucionais estanques). Isso talvez não só explique a construção da carga eficaz mandamental mas também o excelente êxito do nosso mandado de segurança.¹²⁴

Claro que existem outros aspectos relativos ao tema que são interessantes. Um deles é a concepção de Pontes de Miranda de que as sentenças são compostas por todas as cinco eficácias simultaneamente, enfeixadas de modo ordenado e com uma preponderando sobre a outra, a partir da natureza principal da tutela jurisdicional prestada, com cargas eficaciais numeradas de um a cinco (“teoria da constante quinze”).¹²⁵ No entanto, a exposição exaustiva de todos os aspectos acabaria por exceder o propósito a que se destina esta abordagem.

Assento, seja como for, que tal construção doutrinária parece mais *produtiva*, por assim dizer, porque reflete com maior exatidão as modalidades *adequadas* de

(BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil. In *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59). No mesmo sentido, expressamente ressaltando que “o aspecto diferencial, identificado dessa categoria” é justamente a ordem dirigida ao réu, público ou particular, a lição de Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, RT, p. 190).

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15

¹²⁵ Nas palavras do próprio Pontes de Miranda: “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. I. p. 187). Aborda esse tema em específico, utilizando-o como elemento que conduz ao desacerto da teoria quinária, por força da eficácia executiva emprestada à sentença declaratória pelo artigo 475-N, I, do CPC/73 (com redação determinada pela Lei 11.232/2005), como também expõe os autores que entendem mais acertada a teoria trinária, Luciano Vianna Araújo (A teoria quinária (a teoria da constante quinze) e a Lei 11.232/2005. In COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspidivm, 2010. p. 331-342).

tutela jurisdicional existentes,¹²⁶ corolário, vale recordar, da inafastável (e salutar) *intromissão* do direito material no campo do processo, fenômeno essencial à realização dos escopos deste.¹²⁷

O debate acerca dos acertos e desacertos das teorias trinar e quinar, a bem da verdade, embora interessante sob o aspecto teórico, não ostenta tanta relevância atualmente, uma vez que já bem arraigadas, na doutrina e na jurisprudência pátria, as técnicas processuais próprias, marcadamente de execução indireta, das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa, sensivelmente reformuladas em meados dos anos 1994 e ampliadas em 2002,¹²⁸ e que estimularam a discussão.

A adequação da tutela jurisdicional pode ser medida não só sob a ótica de seu *resultado* (ou seja, pelas *espécies* de tutela), mas também, por designar igualmente os *meios* necessários à sua obtenção, pela inevitável existência de *procedimentos diferenciados*,¹²⁹ ou seja, distintos dos modelos tendentes à cognição plena, importante *valor* que deve ser perseguido tanto na produção de normas

¹²⁶ “A tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) - ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restitutória de remoção do ilícito etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.12).

¹²⁷ Ainda em relação à aceitação das cinco classes de sentenças, tem-se que Teresa Arruda Alvim deixou explícita a mudança em seu pensamento: “Apesar da resistência da doutrina tradicional em adotar a classificação quinar das sentenças, a doutrina mais recente tem incluído essas duas categorias, que, ao nosso ver, devem, sim, ser consideradas pela doutrina como categorias autônomas, principalmente pelo relevante papel que vêm assumindo nos últimos tempos, de que é sintoma a tendência de inclusão de instrumentos deste tipo nos ordenamentos jurídicos positivos. Basta que se tenha presente tratar-se de classificação feita com base em outra espécie de critério. Este outro critério seria o tipo de eficácia” (*Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85). Vale referir que na quinta edição da mesma obra a autora, de modo expresso, consignou nessa mesma passagem que mudava então seu entendimento, para acolher a teoria quinar (*Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103).

¹²⁸ Leis 8.952/94 e 10.444/02.

¹²⁹ Alinho-me, no aspecto terminológico, à ponderação de Cassio Scarpinella Bueno: “É esta a razão pela qual o n. 4.2.1 do Capítulo 4 propugna pelo não emprego da expressão “tutela jurisdicional diferenciada” para tratar dos procedimentos especiais em geral. O que há de diferenciado naqueles casos – na consignação em pagamento, por exemplo – não guarda nenhuma relação com a tutela jurisdicional em si mesma considerada, mas no procedimento a ser adotado no processo em que se pretende o reconhecimento da extinção da obrigação pela consignação (art. 334 do Código Civil) e, evidentemente, nas razões pelas quais o direito material reconhece aquela extinção. A concessão da tutela jurisdicional, se for o caso, deve ser examinada na perspectiva da classificação proposta pelo n.4, infra. Por razões não muito diversas é que a celebrada distinção entre tutela específica e tutela genérica, tão divulgada desde a introdução do art. 461 do CPC de 1973 pela Lei n. 8952/94 – e que já encontrava fundamento específico no ordenamento jurídico brasileiro desde o art. 84 do Código do Consumidor, a Lei n. 8.078/90 -, deve ser analisada na perspectiva do plano material e não do plano processual. O que aquelas expressões querem identificar repousa naquele e não neste plano” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 372).

processuais,¹³⁰ mas, claro, principalmente em sua aplicação.¹³¹

Nesse sentido leciona Mauro Cappelletti:

La necesidad de este instrumento está postulada por todos los ordenamientos de los pueblos civilizados. Significa que los pueblos han renunciado a confiar a la fuerza y a la venganza la protección o reintegración de los derechos subjetivos sustanciales para confiarla, em cambio, a un sujeto imparcial, el juez, que opera en un procedimiento dispuesto y ordenado por las normas y por las costumbres. Pero este carácter de la instrumentalidad del derecho procesal, y de la instrumentalidad, por consiguiente, de la técnica misma del proceso, implica una consecuencia importante: lo mismo que cualquiera otro instrumento, así también aquel instrumento que es el derecho procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto. En otras palabras, debe asumir aquellas técnicas y valerse de aquellos institutos que son los más idóneos para el objeto de la garantía del derecho sustancial.¹³²

Outra classificação da tutela jurisdicional foi proposta pela doutrina,¹³³ sendo aqui também referida porque marcadamente *útil* à presente pesquisa,¹³⁴

¹³⁰ “Em todos esses casos, o processo civil tem de se adequar às necessidades de tutela evidenciadas pelas especificidades do direito material afirmado em juízo. É tarefa do legislador na concepção legal do procedimento e do juiz na condução do processo responder a essa necessidade de adequação da tutela jurisdicional. Ao desempenhá-la a técnica processual deve ser evidentemente pensada na perspectiva da tutela dos direitos – do contrário, o processo civil corre o risco de se converter em um procedimento desorientado e indiferente aos seus fins, em que a sua finalidade é esfumada pela ausência de sua efetiva percepção” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 66-67).

¹³¹ “A efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso de direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado. Assim, direito à tutela jurisdicional significa mais do que direito de ação. Só o tem quem tiver razão no plano material. Adequada tutela jurisdicional significa providência judicial apta a eliminar a crise verificada na situação substancial deduzida pelo demandante” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 42).

¹³² *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. p. 17-18.

¹³³ “Entretanto, com o passar dos tempos, essa compreensão cedeu espaço às especializações de tutelas, dos mais variados matizes, como decorrência das necessidades do processo pós-moderno que atento aos fenômenos culturais tenta cumprir suas funções nos planos de sua incidência. Nessa linha, inicialmente, face à ausência de disciplina legal, houve incremento da atividade criativa do juízo, promovendo adequações do processo clássico à nova realidade, respeitado os limites constitucionais de tal iniciativa” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 88).

¹³⁴ “Nas ciências naturais, a distinção de que nos ocupamos, não provoca dificuldade. Há muito, já foi feita. Desde que Galileu, recusando-se a distinguir entre figuras matemáticas nobres e não-nobres, afirmou não ser o círculo mais nobre que a elipse, nem a esfera mais nobre que outras formas, o único problema que se coloca no estudo de corpos celestes e terrestres é o de saber o que a propósito deles se pode constatar empiricamente. Saber se uma coisa é ou não é mais nobre que outra constitui problema que escapa à ciência natural, à qual falecem razões para considerar isto mais nobre do que aquilo. Coisa diversa ocorre no campo das ciências humanas, em história, política, sociologia, economia. Nestas ciências, com efeito, não nos contentamos, como nas precedentes, em constatar o que fisicamente existe, o que é diretamente acessível aos sentidos, o que é mensurável, o que se pode interrogar através de experiências. Nas ciências humanas, temos de compreender a significação perseguida pelos seres que agem, pensam, preveem e acreditam; mas ciências humanas, não nos

consubstanciando, ademais, elemento de reafirmação da imprescindível aproximação entre direito material e processo, aspecto ressaltado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) - ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. mostra-se, contudo abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória de remoção do ilícito etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental executiva *lato sensu*).¹³⁵

Ainda que referido autor, com razão, posicione no plano do direito material algumas espécies de tutela que nomeia como *normativa* (ressarcitória, restituitória etc.), é indubitável que elas se projetam no plano processual (por meio da demanda), dele mostrando-se indissociáveis, razão pela qual parece-me igualmente correta a classificação a seguir indicada.¹³⁶

Assim, a partir da distinção entre *ato contrário ao direito* e *dano*, a doutrina (com destaque em termos de aprofundamento do estudo, em âmbito nacional, para Luiz Guilherme Marinoni)¹³⁷ alude a tutela *contra o ilícito* e tutela *ressarcitória*.

O foco da atuação jurisdicional, a partir de tais ideias, volta-se à ideia de *dano*, concebido em sentido lato (contratual ou extracontratual): se ele ainda não ocorreu, a despeito da prática do ilícito, tanto melhor, sendo cabível tutela tendente à evita-lo; por outro lado, acaso já consumado o prejuízo, só restará ao interessado a via do

contentamos com o conhecimento exterior das coisas, mas temos de apreender, no seu interior, o significado posto pelo homem" (JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 77-78).

¹³⁵ *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.12

¹³⁶ O próprio autor retro citado indica: "Realmente, as diversas teorias abstratas da ação processual - embora o mérito de terem demonstrado a autonomia do direito processual em relação ao material - em nada contribuem para a compreensão das formas e do conteúdo da tutela jurisdicional pedida e exercida com a própria ação. Essas tutelas jurisdicionais, contudo, para serem realmente efetivas, não podem ser abstratas, devem se adequar concretamente ao caso para poderem satisfazer de forma efetiva a crise sofrida pelo direito material e realizar justiça" (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.72). No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni: "Se a tutela é o que se pretende no plano do direito material, as técnicas processuais, aí incluídas as sentenças, são apenas meios para o seu alcance. A sentença condenatória, por exemplo, obviamente não constitui tutela do direito material. Aliás, caso constituísse jamais seria necessária a execução. Ou seja, tutelar, por meio do processo, não é condenar, ordenar etc., mas sim ressarcir, inibir, remover o ilícito, cumprir a obrigação contratual na forma específica etc" (*Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: RT, 2015. p. 215).

¹³⁷ *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. passim.

ressarcimento.¹³⁸

No primeiro caso tem-se a tutela contra o ilícito, de índole preventiva¹³⁹ e natureza inibitória.

Sobre a tutela inibitória assim se manifestou Joaquim Felipe Spadoni:

Pode ser definida como aquela que tem por objetivo alcançar provimento judicial apto a impedir a prática futura de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Ela procura obstar, de forma definitiva, a violação instantânea ou continuada de um direito, já iniciada ou ainda apenas ameaçada, possibilitando que ele seja usufruído *in natura* pelo seu titular, tal como permite o ordenamento jurídico. Pela ação inibitória, a parte autora pretende ver acolhida sua pretensão de impor ao réu uma obrigação de conduta positiva ou negativa que, se atendida, ou obtido judicialmente resultado prático equivalente ao adimplemento, impede uma futura violação e satisfaz, na forma específica, determinado interesse seu.¹⁴⁰

A mim parece tratar-se de modalidade de tutela jurisdicional que potencializa

¹³⁸ É o que parece também entender, com variação terminológica, José Roberto dos Santos Bedaque: “Há casos, porém, muito mais graves, em que o acesso ao método estatal é difícil, ou até mesmo impossível, as técnicas previstas pelo legislador não funcionam a contento e o tempo necessário à obtenção do resultado acaba por comprometer a eficácia prática da tutela. Por isso, prestigiada corrente doutrinária entende não ser satisfatória a modalidade tradicional de *tutela* consistente na aplicação de sanções, sendo necessários *remédios judiciais* que previnam a ocorrência de lesão. Em vez de *tutela sancionatória ou repressiva*, deveria o sistema processual dar maior atenção e regulamentar a *tutela preventiva*” (*Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 53). Adiante complementa o raciocínio: “Existem direitos, de conteúdo patrimonial ou não, cuja tutela condenatória seguida de execução forçada não é hábil para protegê-los. Deve-se, portanto, criar modalidades de tutelas preventivas, a fim de assegurar a intangibilidade desses direitos, pois eventual lesão pode tornar-se irreversível” (p. 54).

¹³⁹ “Tutela preventiva não se confunde com tutela cautelar. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem característica de instrumentalidade hipotética e é satisfativa. Opõe-se à tutela sancionatória, que visa a reparar lesão já ocorrida” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 149). Eloquentemente a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni: “A inadequação da ação cautelar para inibir ou remover o ilícito, se possui nítida relação com os fundamentos do direito liberal clássico, pode ser facilmente evidenciada diante da constatação de que a inibição ou a remoção do ilícito jamais constituirão tutelas instrumentais ou assecuratórias de qualquer outra modalidade de tutela, muito menos da ressarcitória. A ação cautelar não é adequada para a inibição do ilícito, eis que a tutela inibitória não pode ser considerada instrumento de nenhuma das tutelas que podem ser prestadas ao final do processo de conhecimento” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 66). A doutrina mais antiga, como a de Gilberto Caldas, aludia à tutela jurisdicional de prevenção para designar a cautelar (*Novo tratado das ações*. São Paulo: Praxe Jurídica, s.d. p. 35). A percepção da doutrina mais antiga também albergava, dentre as medidas de caráter preventivo, as ações meramente declaratórias: “Es interesante señalar que las acciones merodeclarativas, las de condena a una prestación futura (condena de futuro) y las cautelares, presentan un punto de coincidencia y es el de que en todas estas acciones no existe una violación actual del derecho; se puede promover la actividad jurisdiccional a pesar de no existir todavía una pretensión o de ser incierta; la demanda tiene, normalmente, como fundamento la existencia de un conflicto “actual”, una pretensión contestada o insatisfecha, pero también puede serlo un conflicto “latente” donde la declaración judicial se presenta como necesaria para asegurar la condición jurídica del actor frente al demandado” (REIMUNDÍN, Ricardo. *Los conceptos de pretension y accion en la doctrina actual*. Buenos Aires: Fidenter, 1966. p. 71).

¹⁴⁰ *Ação inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

as funções da jurisdição, além de prestigiar a plena observância da regra do artigo 5^o, XXXV, da Constituição Federal – que alude à ameaça de lesão a direito como elemento legitimador, por si só, da intervenção jurisdicional – corolário de sua aptidão para salvaguardar direitos subjetivos de inegável relevância, justamente porque, alternativamente à tutela meramente ressarcitória, que pressupõe o dano já ocorrido, permite tutelar o direito de modo preventivo, *inibindo* a ocorrência do ato ilícito.¹⁴¹

Comparada com a tutela ressarcitória, a tutela contra o ilícito prestigia de modo mais intenso a efetividade da jurisdição, posto que a primeira, por pressupor dano já consumado, é muitas vezes frustrante, atuando como mera compensação.¹⁴²

Oportuno transcrever o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem:

*a ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas: (i) para impedir a prática de ato contrário ao direito, ainda que ato semelhante não tenha sido praticado; (ii) para impedir a repetição de ato contrário ao direito; e, ainda, (iii) para impedir a continuação de atividade ilícita.*¹⁴³

Também no sentido do aqui exposto o posicionamento de Cassio Scarpinella

¹⁴¹ Sem que, como indicado em nota anterior, isole-se tal modalidade de tutela no âmbito das medidas cautelares: “A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. (...) A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com um forma de tutela jurisdicional “principal” (art. 305 do CPC), e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 174).

¹⁴² Assim a hipótese aventada por Marinoni: “O exemplo da concorrência desleal é importante para a demonstração do impacto da evolução da sociedade e do direito material sobre a dissociação entre ato contrário ao direito e dano. Diante da exposição de propaganda que configure concorrência desleal, ao empresário é mais relevante obter a retirada de circulação da propaganda do que ser indenizado pelo dano causado. A preservação de uma marca, de um invento ou mesmo da significação do trabalho de uma empresa é fundamental para sua sobrevivência no mercado. Pouco adiantaria ao empresário obter indenização após sua empresa ter sido obrigada a fechar as portas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 60).

¹⁴³ *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 108. Vale referir que na primeira edição dessa obra (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004), o autor aludia à *tutela jurisdicional* inibitória, e não a *ação* inibitória como no excerto transcrito, mudança que, intui-se, deve-se à sua sólida construção teórica no sentido de que a adoção irrestrita da abstração do direito de ação não pode significar a total *neutralidade* do processo em relação ao direito material, daí ser viável enxergar certa *concretude* do direito de ação, animada pela eleição correta da tutela jurisdicional adequada ao conflito: “Ação, garantida de forma abstrata e atípica pela Constituição, concretiza-se no momento em que se volta à tutela de uma situação concreta. Como é evidente, esta concretização nada tem a ver com a idéia de proteção concreta ou de ação que requer uma sentença favorável. A concretização, aqui reclamada, diz respeito à necessidade de a ação se adequar à tutela da situação concreta. Trata-se era outras palavras de não abrir mão da ação abstrata e atípica, mas a ela acrescentar o plus, também garantido pela Constituição, de adequação à tutela do direito material e do caso concreto” (Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 227).

Bueno, com sutil ressalva de matiz terminológico:

É por esta razão que parcelas da doutrina, capitaneadas nas letras jurídicas nacionais por Luiz Guilherme Marinoni, vêm sustentando ser mister, para a adequada compreensão do que este *Curso* chama de “tutela jurisdicional *preventiva*”, distinguir entre “ilícito” e “dano”. Para o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, a tutela jurisdicional deve se voltar a evitar o ilícito, assim entendido qualquer ato praticado em desconformidade com o direito, independentemente da existência de dano. Quando menos, que a tutela jurisdicional tenha aptidão de remover eventuais ilícitos continuados ou repetidos, independentemente dos danos eventualmente ocorridos. Tudo para que a tutela jurisdicional evite situações, o mais amplas possíveis, contrárias ao direito, e, na hipótese de elas ocorrerem, para evitar que seus efeitos se propaguem no tempo e no espaço.¹⁴⁴

As abordagens possíveis em torno da ideia de *tutela jurisdicional*, sem embargo do arcabouço teórico que permitiu bem delimitar os contornos próprios dos quatro elementos essenciais do processo (que, ao fim e ao cabo, deram sustentação à autonomia científica da ciência processual), têm sua grande valia na aproximação entre o direito material e o processo.

Tal aproximação revela-se tanto na *origem* de uma determinada relação processual, posto que o objeto do processo e a natureza da tutela jurisdicional pedida pelo autor serão delineados a partir das possibilidades oferecidas por aquele,¹⁴⁵ como no *resultado* do processo, consubstanciado na própria tutela jurisdicional prestada em concreto e, mais do que isso, nos efeitos práticos dela extraíveis.

Correta, assim, a eleição da tutela jurisdicional como verdadeiro *eixo metodológico* do estudo do processo no atual estágio de sua evolução científica, aludindo Cassio Scarpinella Bueno, de modo instigante, a *neoconcretismo*:

O neoconcretismo entende e defende que não tem sentido estudar o direito processual civil exceto na perspectiva de viabilizar a concreta prestação da

¹⁴⁴ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 378. A própria tutela jurisdicional meramente declaratória acaba ostentando certo caráter preventivo, na medida em que independe da efetiva violação do direito. A causa de pedir de uma demanda tendente a tal espécie de tutela baseia-se, como aponta Proto Pisani, na incerteza decorrente da negação da existência da relação jurídica por terceiro: “De aquí la necesidad de admitir que ante la presencia de crisis de cooperación que sean a mero nivel de alardeo o contestación, pero no aún de violación en sentido estricto, el titular del derecho pueda recurrir al proceso con el solo fin de obtener una mera verificación de su derecho y de tal modo eliminar el daño que le deriva de la incerteza causada por el alardeo o contestación ajena” (PISANI, Andrea Proto. Derecho substancial y proceso. Trad. Chiara Marinelli. *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014. p. 53).

¹⁴⁵ “A petição inicial não só opera como instrumento para a constituição do processo como, por igual, é delimitadora da extensão em que se efetivará o poder de julgar do magistrado, visto como ao juiz não é permitido decidir aquém, além ou fora do que foi posto para sua decisão pelo demandante em sua postulação. (...) Repito: a inicial deve ser o projeto da sentença que o autor pretende obter do juiz” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 186).

tutela jurisdicional a quem faz jus a ela na perspectiva do plano material. Já não se trata, assim, de confundir ou, quando menos, sobrepor os planos material e processual, vinculando a compreensão de institutos do direito processual civil, inclusive os fundamentais, a um direito cuja existência ou inexistência não infirma o plano do processo. Bem diferentemente, trata-se de aceitar conscientemente, que o processo não cria o direito material; que ele permite que o direito material seja concretizado na medida em que seja reconhecido pelo magistrado - e há variadas técnicas para tanto - ou, ainda, quando reconhecido pelas próprias partes, como se dá nos “títulos executivos extrajudiciais”. E que, assim, todos os institutos do direito processual civil só têm sentido na dinâmica da prestação da tutela jurisdicional, justificando sua razão de ser nela. A devida (re)contextualização dos institutos fundamentais, tal qual a que prega este Curso, permite afastar qualquer crítica que se poderia fazer quanto à falta de separação suficiente e adequada dos planos material e processual, verdadeiro fantasma que assombrou gerações de processualistas civis e, é correto afirmar, a própria construção científica do direito processual civil.¹⁴⁶

1.3. Objeto do processo e cognição judicial

Ainda com atenção à proposta deste primeiro capítulo, considero haver outras premissas a serem estabelecidas, ligadas à atividade cognitiva do juiz, sem a qual não se pode cogitar, à evidência, de tutela jurisdicional, entre a evidente relação de subordinação existente entre esta e a cognição.

Acerca do objeto do processo – apontado como “tese polarizadora da processualística alemã” por Araken de Assis¹⁴⁷ – não é minha pretensão reconstruir todo o quadro evolutivo da doutrina formada acerca do tema, nem mesmo apontar, dentre todas as fórmulas utilizadas ao longo do tempo para defini-lo, a mais perfeita ou imune a maiores questionamentos, mas indicar os pontos mais sensíveis, por assim dizer, da matéria, mais precisamente em relação àquilo que se mostra

¹⁴⁶ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 369. Adiante complementa: “Para tanto, é imperioso indicar, como quer este Curso, a “tutela jurisdicional” como eixo metodológico do direito processual civil, distinta de outros temas como a “ação”, o “processo”, a “defesa” e a própria “jurisdição”. Entender as técnicas processuais como aptas à concretização do direito material suficientemente reconhecido como tal pelo Estado-juiz e, até mesmo, independentemente do exercício da função jurisdicional não significa que só tem “ação”, “processo” ou “defesa” aquele que, no plano material, é carente da tutela material de direitos” (idem, p. 370). Também Heitor Vitor Mendonça Sica destaca a importância da tutela jurisdicional: “Como resultado dessa evolução, do ponto de vista científico, a ação perdeu força como polo metodológico da ciência processual civil, emergindo em seu lugar o conceito de tutela jurisdicional, menos contaminado por resquícios de teorias já ultrapassadas e, portanto, mais propenso a exercer o papel de instituto fundamental do direito processual civil moderno, conforme adiante teremos oportunidade de demonstrar, em momento oportuno (item 4.1, infra)” (Velhos e Novos Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (coords.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 442).

¹⁴⁷ *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 93.

especialmente pertinente à temática da cognição jurisdicional.

A doutrina alemã mereceu atenção detida de José Rogério Cruz e Tucci, que analisando o vigoroso ressurgimento do debate, a partir de um ensaio de Eduard Bötticher, após a Segunda Guerra Mundial, concluiu haver três posicionamentos distintos “que, em última análise, identificam o *objeto litigioso*: a) com a *afirmação jurídica*, distinguindo-se a natureza da demanda; b) apenas com o *pedido*; e c) à *causa petendi e ao pedido*”.¹⁴⁸

Nesse contexto, a teoria do objeto litigioso como afirmação jurídica atenta para a distinção entre pretensão material e processual,¹⁴⁹ e sustenta-se na assertiva de que o objeto do processo não é o direito existente, mas o afirmado, ou, como aclarado por Alfredo Buzaid, “onde pode o autor fazer valer uma pretensão (*Anspruch*) à prestação, tal pretensão não constitui o objeto litigioso; o que o forma é a afirmação do autor. Ainda neste caso a pretensão processual não coincide com a de direito material”.¹⁵⁰

O principal mérito da teoria parece ser justamente sua inerente inclinação ao “estudo do objecto numa perspectiva fundamentalmente processual”, na medida em que apontar que o objeto do processo é a *afirmação* do direito implicar afirmar que

¹⁴⁸ A causa petendi *no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 100. No mesmo sentido: Fábio Peixinho Gomes Corrêa. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 67.

¹⁴⁹ Interessante, sob o aspecto conceitual, a resenha fornecida por Elicio de Cresci Sobrinho: “Na expressão verbal do Ordenamento Processual Civil Alemão (*Zivilprozessordnung*: abrev. ZPO) a palavra pretensão (= *Anspruch*) toma-se na acepção do objeto do processo (= *Gegenstand des Prozesses*). Os redatores da ZPO viveram no tempo em que o direito de ação (= *Klagrecht*) era visto no sentido material, numa vinculação entre fato e direito material; o “ferimento” desse direito construía objeto da ação e litígio. A ZPO usou o termo pretensão (= *Anspruch*) de maneira diversa; fala em pretensão feita valer (*geltend gemacht*) ou a pretensão é decidida, litigiosa, etc. Noutros lugares a ZPO refere-se a *Streitgegenstand* (= objeto litigioso), utiliza expressões como relação jurídica litigiosa (*ein streitiges Rechtsverhältnis*); tais variantes confundiram, nada facilitaram; esse estilo complicou exata acepção do objeto do processo (= *Gegenstand des Verfahrens*). Mas como essas variações, *Anspruch* (= pretensão), objeto litigioso (= *Streitgegenstand*), coisa litigiosa (= *Streisache*), objeto do processo (= *Prozessgegenstand*), a lei processual civil alemã quis significar a mesma coisa. Isto se observa, para ficarmos num exemplo, quando a ZPO regula reunião de vários processos (*Verbindung mehrerer Prozesse*), num único procedimento (*zu einem Verfahren*); há pretensões (= *Ansprüche*) que formam o objeto (= *Gegenstand*) e processos juridicamente reunidos; ou noutro caso, ao disciplinar a litispendência de coisa litigiosa (*Rechtshängigkeit der Streitsache*)” (*Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 09-10).

¹⁵⁰ Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102. Com apoio no principal desenvolvedor de tal teoria, ressalta José Rogério Cruz e Tucci: “Assim, os elementos componentes do *Streitgegenstand* são, para Nikisch, o conteúdo da afirmação jurídica (v.g., anulação de determinado negócio jurídico) e o fato constitutivo: ‘a afirmação jurídica é individuada apenas se o autor expuser o *Lebensvorgang* sobre o qual se funda a consequência jurídica deduzida” (*A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101).

ele “não se identifica com o direito ou a relação jurídica em debate”,¹⁵¹ ou seja, não é necessariamente equivalente à relação substancial efetivamente existente no mundo dos fatos.

Já a tese de objeto litigioso determinado exclusivamente pelo pedido teve como principal artífice Karl Heinz Schwab, para quem a teoria de anterior, tal como exposta por Lent, mostrava-se falha porque “*sus definiciones del objeto litigioso no son siempre uniformes*”.¹⁵²

Como definido pelo processualista alemão:

La resolución del tribunal recae sobre la pretensión procesal. Si sostuviéramos que el contenido de la sentencia, o sea la resolución peticionada por el actor, constituye la pretensión procesal, caeríamos en el absurdo de decir que la resolución del tribunal recae sobre la resolución peticionada por el actor. El tribunal no dicta sentencia sobre la resolución peticionada, sino sobre la solicitud del actor, mediante la cual éste peticiona una resolución determinada. La solicitud ocupa pues un lugar clave en el litigio. Las partes litigan sobre el fundamento de esa solicitud. Si las solicitudes son varias, habrá pluralidad de objetos litigiosos.¹⁵³

Não nos parece exagerado afirmar que Schwab, que ao preconizar a total exclusão da *causa petendi* do objeto litigioso, restrito, como visto, ao pedido, “leva às últimas consequências a teoria processual do objeto litigioso, criando um conceito unitário para aplicado indistintamente”.¹⁵⁴

Tal crítica, vale o registro, foi refutada por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme a nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginam seus opositores – não é o pedido que importa, mas o *pedido convenientemente interpretado* (p. 243). E para interpretá-lo, diz o egrégio processualista de Nuremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina *estado de coisas* que verdadeiramente abrange *fatos e relações jurídicas deduzidas ou*

¹⁵¹ Mariana França Gouveia. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 43.

¹⁵² *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968. p. 15. Como aponta Elicio de Cresci Sobrinho: “O cerne teórico de Schwab está na concepção do objeto litigioso enquanto conclusão a ser feita pelo autor e expressa no pedido; os fatos fundamentadores do pedido saíam fora, ficariam à margem, desobstruindo o objeto litigioso”. (*Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 109).

¹⁵³ *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968. p. 243. Vislumbrando em tal teoria “um matiz eminentemente processual”, José Rogério Cruz e Tucci a explica nestes termos: “Com efeito, expõe a tese pela qual o objeto litigioso vem demarcado apenas pela solicitação do autor (Begehren des Klägers), vale dizer, pelo pedido, sem o concurso de qualquer Klagegrund (fundamento)” (*A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103).

¹⁵⁴ CORREA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 68.

dedutíveis.¹⁵⁵

Ainda assim, mesmo que se atenua a crítica, o fato é que a doutrina de Schwab exclui do objeto do processo a causa de pedir, restrito seu conteúdo, como visto, ao pedido.¹⁵⁶

Não se ignora o teor do artigo 492 do Código de Processo Civil (norma que prevê o princípio da congruência), que elege o pedido como elemento calibrador da atividade jurisdicional a ser desenvolvida, tanto no tocante à natureza da tutela jurisdicional prestada e, conseqüentemente, do grau (ou espécie) de cognição a ser desenvolvida pelo juiz.

Ainda assim, contudo, não me parece correto restringir o objeto do processo apenas ao pedido, mormente a partir da regra do artigo 503, § 1º, do CPC, que estende a coisa julgada à resolução de questão prejudicial, independentemente de pedido, desde que presentes os requisitos exigidos em seus três incisos, elemento que representa a grande novidade a respeito do tema, dispensando-se a ação declaratória incidental prevista pelo diploma processual anterior.¹⁵⁷

Embora tal dispositivo, por si só, renda ensejo a questionamentos diversos, estes são estranhos ao presente estudo,¹⁵⁸ valendo apenas destacar que tais questões prejudiciais, por certo, são extraídas também da *causa petendi*, em cotejo com as razões apresentadas pelo demandado em defesa.

Já aqui se adianta que a terceira das teorias, a seguir exposta, parece apresentar maior grau de coerência em relação ao objeto do processo, mostrando-se majoritária, como se verá, na doutrina pátria.

Aponta Alfredo Buzaid que Walter J. Habscheid, após análise das diversas

¹⁵⁵ Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 167.

¹⁵⁶ Explícito quanto ao ponto, no direito português, é o posicionamento de José Lebre de Freitas: “Resta o pedido em si, que determina o conteúdo da decisão. Ele é o objecto do processo” (*Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 48).

¹⁵⁷ Sob a égide do CPC de 1973, manifestou-se Sidnei Amendoeira Jr. no sentido de que, recaindo a coisa julgada apenas sobre o decisório da sentença, ter-se-ia que o objeto do processo como restrito ao pedido, importando a causa de pedir apenas no tocante à função negativa da coisa julgada, até porque, se assim não fosse, ou seja, “se a causa de pedir fizesse parte do objeto do processo, não seria necessária, por exemplo, a ação declaratória incidental” (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 76-7).

¹⁵⁸ Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, *passim*; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 105-116.

teorias formuladas, propõe, em “densa obra”, definição de objeto litigioso vazada nestes termos:

Objeto litigioso no processo civil é a afirmação jurídica do autor, para que lhe seja declarado no procedimento ajuizado o efeito jurídico requerido num determinado fato da vida. O objeto litigioso será, pois, constituído pela afirmação do autor (objeto da pretensão) e pelo fato da vida (fundamento da pretensão).¹⁵⁹

Reproduz interessante aspecto de tal teoria José Rogério Cruz e Tucci:

Tendo presente que ‘o jurista deve ater-se àquilo que é imposto pelo legislador, curvando-se à lei, não como escravo, mas como obediência crítica’, assevera Habscheid que ‘a causa é um elemento necessário da demanda’. E é por isso que se impõe rejeitar a tese de Schwab, segundo a qual a causa se presta tão-somente para interpretar as conclusões do autor, o seu pedido. ‘A lei exige a causa entre os elementos da demanda não apenas porque é ela necessária à sua individuação, pelo menos em linha de princípio, mas, também, e sobretudo, para a sua substanciação’.¹⁶⁰

Tenho que esse entendimento, de acolher também a causa de pedir como parte integrante do objeto do processo representa uma melhor visualização do fenômeno, até porque considera a importância dos elementos objetivos da demanda.¹⁶¹

¹⁵⁹ Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

¹⁶⁰ *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107. Aponta, a seguir, engenhoso exemplo ministrado pelo processualista alemão, que nos parece adequado à identificação dos elementos da demanda conforme o disposto na legislação processual pátria, como se verá adiante: “Ademais – continua Habscheid –, ‘se admitíssemos uma classificação de ‘ações individuadas pelo estado de fato’ e ‘ações autoindividuidas’, chegaríamos a resultados absurdos. Eis um exemplo: A age contra B visando ao reconhecimento da propriedade sobre um relógio de ouro que afirma ter recebido de C. B se defende declarando-se proprietário do relógio. Ouvido como testemunha, C declara haver simplesmente emprestado o relógio a A. Em conseqüência, o juiz rejeita a demanda de A. Todavia, antes que a sentença seja prolatada e sem que A tome conhecimento, C morre deixando A como herdeiro universal. A sentença, a final, adquire a autoridade de coisa julgada. Ora, se admitíssemos, com Nikisch, que tal demanda não necessita de causa para ser individuada, A não mais poderia agir em juízo invocando a sua qualidade de herdeiro. Segundo nossa opinião, pelo contrário, poderá fazê-lo: trata-se de um novo estado de fato e, por via de conseqüência, de um diverso objeto do processo... Assim, uma demanda despida de causa petendi é uma demanda incompleta e, portanto, deve ser rejeitada in limine. Em outras palavras, não havendo identidade de causa petendi, tem-se um novo objeto litigioso” (idem, p. 108).

¹⁶¹ “Para tanto, os elementos objetivos da demanda devem traduzir, o mais precisamente possível, a pretensão processual à tutela jurisdicional, trazendo na causa de pedir e no pedido todos os fatos e relações jurídicas dedutíveis, para formar o objeto litigioso do processo sobre o qual o juiz deverá pronunciar-se, prestando ou não a tutela jurisdicional reclamada pelo demandante”. (Elicio de Cresci Sobrinho. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 59-60). Esse autor formulou interessante crítica ao posicionamento de Milton Paulo de Carvalho, calcado na idéia de objeto do processo representado pela pretensão deduzida por meio da demanda: “Contudo, é demasiadamente reducionista a afirmação daquele autor de que ‘o pedido é, pois, a pretensão processual’, ao mesmo tempo em que reconhece que a causa de pedir ‘é elemento imprescindível na formulação de qualquer pretensão processual, uma vez que o provimento será necessariamente emitido em razão de uma situação jurídica material’ (idem, p. 80). O posicionamento de Milton Paulo de Carvalho encontra-se na obra *Do pedido no processo civil* (Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris,

Antes de prosseguir, convém tentar estabelecer uma definição de causa de pedir, “elemento mais delicado a examinar”,¹⁶² tarefa complexa, acerca da qual “têm-se derramado rios de tinta” como argutamente observado por José Carlos Barbosa Moreira,¹⁶³ que propõe a solução da questão da seguinte forma:

Quando o autor propõe a ação, pretende que se reconheça ou se produza um efeito jurídico. Ora, todo efeito jurídico resulta da incidência de uma norma sobre determinado fato ou conjunto de fatos. A norma não precisa ser indicada pelo autor: *iura novit curia*. O que lhe cabe apresentar ao juiz é o fato, ou o conjunto de fatos, a que atribui aptidão para surtir o efeito afirmado, ou para justificar a produção do efeito por meio da sentença. Se nesse esquema, que é constante, há lugar para algo a que se chame *causa petendi*, será ela necessariamente o fato ou o conjunto de fatos invocado pelo autor. Tal, a nosso ver, o único conceito cientificamente viável e praticamente útil de causa de pedir.¹⁶⁴

Mais do que a elaboração de um conceito hermeticamente delineado, o relevante é ter em mente que a circunstância da causa de pedir – assim como os outros elementos da demanda – ter íntima ligação com o direito material é que a torna eminentemente calcada nos *fatos* que ensejaram a existência do conflito de interesses.

Tanto são os fatos o aspecto mais relevante da causa de pedir que a doutrina propõe sua classificação a partir da conjugação maior ou menor de fatos diversos em sua composição, apontando José Rogério Cruz e Tucci que ela, nesse contexto, pode apresentar-se como *simples*, *composta* ou *complexa*.¹⁶⁵

A importância dos fatos para a causa de pedir é chancelada, no direito positivo pátrio, pela regra do artigo 319, III, do CPC, pela qual deve a petição inicial indicar

1992. p. 52). A crítica, no meu sentir, procede, até porque Milton Paulo de Carvalho, noutra passagem de sua relevante obra, aponta que como ato inicial do processo, “a demanda tem por conteúdo uma exigência jurídica, que resulta da conjugação dos fundamentos de fato e de direito expostos pelo demandante. É a direção: da causa petendi ao petitum” (idem, p. 68).

¹⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 358.

¹⁶³ *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 108.

¹⁶⁴ Idem, p. 108-9. Conceito que, vale ressaltar, foi sendo mantido pelo autor em reedições mais recentes de outra obra de sua lavra, de caráter geral (*O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17).

¹⁶⁵ Detalhando o raciocínio do processualista citado, indica ele que a causa de pedir *simples* consubstancia aquela integrada por um único fato jurídico, enquanto que a composta é formada por uma pluralidade de fatos individualizadores de uma única pretensão. Por fim, complexa será a causa de pedir nos casos em que, a partir da “variedade de fatos justapostos, forem individuadas várias pretensões” (*A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167). Aponta, ainda no mesmo campo, também a classificação da causa de pedir entre *estática* ou *unifactual* – assim decorrente de um único acontecimento relevante para o direito – e causa de pedir *dinâmica* ou *plurifactual*, que “emerge de uma pluralidade de fatos essenciais, aptos, cada um, a alicerçar uma demanda autônoma” (idem, p. 168).

“os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Os fundamentos jurídicos ali indicados não se resumem “aos dispositivos legais que fundamentam a pretensão, mas sim ao vínculo que une determinado fato e o efeito jurídico pretendido”.¹⁶⁶

Mas a maior importância dos fatos, no contexto da causa de pedir, é abonada pelo entendimento, bem sedimentado, de que o juiz não está atrelado à qualificação jurídica exposta pelo autor na petição inicial,¹⁶⁷ mas, em relação aos fatos, não pode considerar outros não inseridos no processo.

Nosso sistema processual adota a teoria da substanciação,¹⁶⁸ exigindo “que a parte indique não apenas os fundamentos, mas também identifique os fatos que daria suporte à sua pretensão”.¹⁶⁹

Estabelecida tal premissa, destaco que a compreensão do objeto do processo como restrito ao pedido, ao que parece, decorre do excessivo condicionamento de tal figura com aquilo efetivamente pleiteado, com marcante separação entre o direito material e o processo, o que não parece justificável no atual estágio da evolução do

¹⁶⁶ SILVA, Edward Carlyle. *Cumulação de causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42. No mesmo sentido a lição de Wellington Moreira Pimentel: “Fundamento jurídico não é o mesmo que dispositivo legal. Este poderá, até, não ser indicado expressamente. Ao juiz cabe dizer o direito aplicável. *Damih factum. Dabo tibi jus*. A velha regra está repetida no art. 126” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. III, p. 157).

¹⁶⁷ “A causa petendi por seu turno, não é integrada pela qualificação jurídica que o autor confere ao fato em que baseia sua pretensão. Assim, v.g., se o autor promove uma ação visando à anulação de uma escritura, alegando erro e não obtém êxito, não pode, posteriormente, propor a mesma ação com base nos mesmos fatos, sob a invocação de que o que houve foi dolo. Nesta hipótese, o autor estaria apenas alterando a qualificação jurídica do fato e não a sua consequência jurídica que é o desfazimento do vínculo, mercê de repetir a mesma base fática, incidindo na vedação da repetição das ações à luz da teoria da substanciação” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 184).

¹⁶⁸ As questões afeitas ao problema da individualização ou da substanciação da demanda, como apontado por Ricardo de Barros Leonel, “tem como origem remota a distinção feita pelos romanos no tocante às ações envolvendo direitos reais e direitos pessoais”, exigindo-se maior exposição dos fatos nas ações pessoais, uma vez que “a mesma obrigação reclamada em juízo podia subsistir mais de uma vez (ao mesmo tempo e com idêntico conteúdo) entre as (mesmas) partes, o que não se verificava nas ações reais” (*Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 86-87). Vê-se que o cerne da questão é a delimitação do conteúdo essencial da *causa petendi*, entendendo, grosso modo, os adeptos da *teoria da individualização*, que este “limita-se à indicação, como fundamento jurídico, da relação constitutiva do direito, sendo desnecessária a indicação do fato constitutivo do direito” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43).

¹⁶⁹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 356. Como apontado por Alexandre Alves Lazzarini: “Dada a efetiva predominância dos fatos constitutivos sobre a relação jurídica, esta decorrendo daqueles, podemos afirmar que o direito pátrio adotou a teoria da substanciação, amenizada pela exigência da indicação dos fundamentos jurídicos do pedido” (*A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 50).

direito processual.¹⁷⁰

Como pondera Júnior Alexandre Moreira Pinto:

E de todas as teorias aqui expostas, destaca-se neste tópico que uma moderna visão do objeto litigioso do processo faz concluir que uma vez superada a fase em que era considerado apenas como uma pretensão material, seu conteúdo deve ser composto não só pelo pedido, como vários processualistas destacaram, mas também pela *causa petendi*.¹⁷¹

Aponta referido autor as razões pelas quais assim deve ser, destacando que a inclusão dos fatos constitutivos no objeto do processo possibilita uma melhor identificação deste e também que a causa de pedir consubstancia elemento indissociável do pedido,¹⁷² ideias que me parecem irrecusáveis se considerada a necessidade de *qualificação* do pedido pela causa de pedir.

É novamente José Roberto dos Santos Bedaque quem aborda com lucidez o ponto:

De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individualização, quer para os defensores da substanciação, revela o nexó existente entre o direito material e o processo. Não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã, tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo, acarretando completa separação entre os dois ramos do ordenamento jurídico. Para a perspectiva do instrumentalismo substancial sustentada neste trabalho, tanto faz a referência aos fatos constitutivos ou à relação jurídica, pois em ambos se está inserido o direito substancial no processo. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexó entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo.¹⁷³

Embora não se discuta a vocação do pedido para determinar o conteúdo da decisão, forte na influência do princípio da congruência, antes apontado, nem por isso pode o pedido ser entendido de forma isolada, como se, por si só, bastasse a delimitar o conteúdo da pretensão em relação ao qual repousará a tutela jurisdicional

¹⁷⁰ Como constata José Roberto dos Santos Bedaque: “Observação quase desnecessária, porque pertencente ao campo da obviedade, mas que infelizmente passa despercebida por muitos dos que abordam o tema da identificação da demanda, é o intenso nexó existente entre matéria e o direito material” (Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. _____; CRUZ E TUCCI, José Rogério (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28).

¹⁷¹ *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33. Augusto Tanger Jardim identifica o objeto do processo como a “dimensão objetiva da demanda composta da causa de pedir e do pedido” (*A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64).

¹⁷² Idem, *ibidem*.

¹⁷³ Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. _____; CRUZ E TUCCI, José Rogério (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

perseguida.

Assim, pensamos que a *causa de pedir* apresenta-se como elemento indissociável da ideia de objeto do processo, isto é, não se trata de admitir como tal apenas o pedido, *interpretado* ou *iluminado* pela causa de pedir, relegada assim ao plano de mera coadjuvante no plano da intelecção da demanda, mas o pedido *determinado, justificado, delineado* a partir da *causa petendi* e nela *apoiado*, não havendo razão para recusar-lhe esse relevante papel.¹⁷⁴

Não nega tal conclusão – mas, antes, reforça-a – a constatação de que o artigo 322, em seu parágrafo segundo, expressamente indica que o pedido será interpretado de acordo com “o conjunto da postulação” (além de observar o princípio da boa-fé), ponto em que é clara a opção do sistema processual brasileiro por destinar à causa de pedir o papel de elemento de identificação da demanda que ilumina, aclara, o pedido.

Merece ser destacado que parte da doutrina acaba por alargar a noção de objeto do processo, lançando conceitos que mais se prendem à ideia cognição judicial.¹⁷⁵

Assim é o posicionamento de Sidney Sanches, para quem “o objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo), deva ser decidido pelo juiz”, a abranger, como explica adiante, toda a matéria atinente aos pressupostos processuais, às condições da ação e ao próprio mérito, para concluir que, “enfim, o objeto do processo é o gênero

¹⁷⁴ Em estudo originalmente publicado em 1967, José Ignácio Botelho de Mesquita abordou o tema com lucidez, para concluir que “causa petendi e petitum, intimamente ligados, qual verso e reverso da mesma medalha, ou alicerces e paredes do mesmo edifício, são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo, pois o petitum é condição da existência da causa petendi e esta, por sua vez, não se limita a qualificá-lo ou restringi-lo, mas o individualiza plenamente” (A causa petendi nas ações reivindicatórias. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 140). Na doutrina espanhola, Isabel Tapia Fernandez, mesmo sem recusar a ideia, haurida da doutrina de Chiovenda, de que o objeto do processo traduz-se no “bem da vida” que ensejou a controvérsia, aponta que “ese bien controvertido se individualiza a través del petitum (lo que se pide) y de la causa de pedir (con qué título o fundamento se pide)” (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madri: La Ley, 2000. p. 19).

¹⁷⁵ Como aponta Sidnei Amendoeira Jr.: “Já se afirmou que o objeto do processo seriam os pontos controvertidos, efetivamente discutidos pelas partes ao longo da relação jurídica processual, ou o próprio bem da vida lamentado e até com a vontade concreta da lei. Ocorre, porém, que este tipo de visão confundia o objeto do processo com o objeto do conhecimento do juiz. Vale mencionar, desde já, que para nós o objeto do processo corresponde à pretensão de direito processual, ao pedido e o objeto do conhecimento do juiz abarca todas as questões que lhe serão colocadas para apreciação, suscitadas pelas partes ou decorrentes de sua própria iniciativa” (*Poderes do juiz e tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 74).

a que se filia a espécie ‘objeto litigioso do processo’”.¹⁷⁶

Embora pareça-me preferível a noção de objeto do processo ligada àquilo que efetivamente será apreciado e que baliza,¹⁷⁷ qualitativa e quantitativamente, a tutela jurisdicional *pretendida* (pedido e causa de pedir),¹⁷⁸ não se pode recusar a relevância da correta identificação a respeito daquilo *a que* corresponde à cognição judicial¹⁷⁹ e, mais do que isso, das suas classificações proposta pela doutrina, de inegável valia na sua melhor compreensão geral.

Parte-se, nesse particular, de uma noção por assim dizer *estática* da cognição judicial:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 13, jan-mar/1979. p. 44-45. Malgrado esse reparo conceitual, tem-se que a expressão “objeto litigioso do processo” é equivalente à utilizada pela majoritária da doutrina e que, de qualquer modo, bem sintetiza o alcance de seu significativo (“objeto do processo”). O importante é apontar que, também para o autor citado, o objeto litigioso do processo é “o mérito, assim entendido o pedido do autor”, como também dos demais pedidos porventura formulados, inclusive pelo réu, nas oportunidades concedidas pela lei processo (reconvenção, ação declaratória incidental, denúncia da lide etc.) (*idem*, p. 47).

¹⁷⁷ Para Othmar Jauernig, “aqui reside o problema do objecto do litígio: é um problema de delimitação” (*Direito Processual Civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 203).

¹⁷⁸ “Ação, garantida pela Constituição, concretiza-se a partir da tutela jurisdicional do direito objeto do pedido. Vale dizer: a dimensão da extensão da cognição do juiz, dos limites do debate e da produção probatória, assim como a definição da sentença e do meio executivo idôneos - que são as características que tornam a ação adequada -, dependem da natureza da tutela jurisdicional do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 228).

¹⁷⁹ Aponta José Aurélio de Araújo, de modo correto, uma relação de conteúdo e continente entre, respectivamente, objeto do processo e cognição: “Assim, o objeto da cognição não se limita ao objeto litigioso critério aplicado para o acertamento dos limites objetivos da coisa julgada. O objeto da cognição é mais amplo. A coisa julgada abarcará os elementos objetivos da demanda, pedido e causa de pedir, não podendo se estender a outra ação ou elementos. É certo que o objeto do julgamento estará nos limites do pedido e da causa de pedir trazidos pelo autor: só sobre isso poderá o juiz exercer jurisdição. Do mesmo modo que o iudex somente podia julgar dentro dos limites da fórmula, com a tria eadem, criada pelo pretor no processo per formulas, a partir da participação do autor e do réu, o juiz moderno vai julgar dentro dos limites objetivos da coisa julgada, mas conhecendo as alegações do réu, evidentemente” (*Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 47-48).

¹⁸⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67. Em outra passagem pontuou com igual clareza: “A cognição torna-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflito de interesses. A interposição do Estado atende à razão política de evitar o prevailecimento do mais forte e de substituir a força pela justiça, num esforço de solucionar os conflitos pelos meios mais civilizados, e isso somente se consegue conhecendo-se as razões de ambas as partes” (p. 52). É conhecida, quanto ao ponto, a

É evidente que nada adianta destacarem-se os escopos do processo e reforçar seu caráter dialético se não se admitir que uma das etapas inevitáveis à efetiva prestação da tutela jurisdicional é o conhecimento, pelo Estado-juiz, dos argumentos fáticos e jurídicos deduzidos pelas partes.

Há, a rigor, verdadeiro *direito subjetivo* das partes em efetivamente ver suas alegações apreciadas, não só por força da regra constitucional que prevê o dever de motivar as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), mas pela própria relevância e altivez que devem permear a atuação jurisdicional,¹⁸¹ bem cristalizada, no direito positivo pátrio, na minudência com que o artigo 489 do CPC em vigor detalha, potencializando-a, a regra da motivação.¹⁸²

A classificação proposta por Kazuo Watanabe, que traz contornos *dinâmicos* à noção de cognição, granjeou grande aceitação na doutrina pátria, razão pela qual sua exposição mais detida mostra-se, aqui, imperiosa:

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a extensão permitida. No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).¹⁸³

doutrina de Chiovenda: “Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 174).

¹⁸¹ “Este requisito da motivação tem, antes de mais nada, uma função exortativa e, por assim dizer, pedagógica. O juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao “*sic volo, sic iubeo*”, pronunciado do alto do seu lugar, mas desce ao nível de quem é julgado e, ao mesmo tempo em que comanda, procura explicar a racionalidade daquele comando. A motivação é, antes de tudo, a justificação, que pretende ser persuasiva da bondade da sentença. Desde o momento em que a justiça desceu dos céus para a terra, e se começou a admitir que a resposta do juiz é palavra humana, e não um oráculo sobrenatural e infalível que se adora e não se discute, o homem sentiu a necessidade de razões humanas para encontrar a justiça dos homens. E a motivação se constitui naquela parte racional da sentença que serve para demonstrar que a sentença é justa e por que é justa; e também para persuadir a parte sucumbente que a sua condenação foi o necessário ponto de chegada de um mediato raciocínio, em lugar de ser fruto improvisado de arbítrio e opressão” (CALAMANDREI, Piero. *A crise da motivação. Processo e democracia*. Trad.: Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 67).

¹⁸² Sobre o tema consultar, como proveito: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *passim*.

¹⁸³ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119. O raciocínio é melhor explicitado nesta passagem: “De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em

Em que pese a clareza de tal exposição, o culto processualista fixa, a partir de tais classificações (ou, por outra, das combinações entre elas possíveis), algumas premissas que auxiliam na compreensão do tema, a seguir colacionadas:

a) se a parte almeja solução definitiva do conflito de interesses, esta deve ser “buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição”,¹⁸⁴ pois só assim se reputa presente um índice de segurança significativo quanto à certeza do direito, sendo possível a formação de coisa julgada. Como exemplo cita-se o procedimento comum;

b) por vezes a lei processual prevê provimentos judiciais concebidos a partir de cognição limitada (no aspecto horizontal) e exauriente (no eixo vertical), as quais, portanto, apresentam “limitação quanto à amplitude do debate das partes e consequentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível”,¹⁸⁵ que fazem coisa julgada justamente porque exauriente, quanto à profundidade, a cognição. Menciona, como exemplos, a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos de terceiro;¹⁸⁶

c) cita os procedimentos de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, ou seja, “sem limitação à extensão da matéria a ser debatida e conhecida, mas com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual”,¹⁸⁷ que existem, principalmente para o que interessa ao presente trabalho, para disponibilizar ao interessado “procedimento simples e célere, com supressão da fase probatória específica” ou mesmo um “procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas, ou não, com eficácia preclusiva, conforme os elementos de convicção”.¹⁸⁸

extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão cognição sumária” (idem, p. 120). Aponta haver, outrossim, uma outra espécie de cognição, “mais tênua e rarefeita, sendo mesmo eventual”, no processo de execução, não considerada em suas minúcias por opção metodológica do autor (idem, ibidem).

¹⁸⁴ *Idem*, p. 120.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 121.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 123.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 121.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*. Nesta categoria insere os procedimentos assim desenhados “por motivo de política legislativa (evitar, quando em jogo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material a recobrir

Destes, indica como exemplos o inventário, em que eventual disputa sobre a qualidade de herdeiro só será “decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza”, remetendo o interessado “para os meios ordinários” (o que é previsto pelos artigos 627, § 3º e 628, § 2º, do CPC) e o mandado de segurança, no tocante à observância da Súmula 304 do STF (“Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”), sublinhando a existência de julgados do próprio Tribunal no sentido de que se o mérito do pedido é apreciado, para entender-se que o impetrante não tem direito algum (e não que apenas lhe falta direito líquido e certo), há a formação de coisa julgada material, com o quê concluiu que o possível “exame exauriente do mérito da causa é dependente da existência de elementos probatórios necessários para tanto” .¹⁸⁹

d) menciona os procedimentos de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente, nos quais “somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, isto é, a cognição prevista no esquema abstrato da lei pode ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado”,¹⁹⁰ do que é clássico exemplo a ação monitória, como também a ação de exigir contas, se o réu, ao invés de contestar a obrigação de fazê-lo, desde logo prestá-las,¹⁹¹ com o quê restará suprimida a primeira fase dessa ação (art. 550, § 2º, CPC).

e) no capítulo III deste estudo debruçar-me-ei mais detidamente, sobre os procedimentos encartáveis no tópico anterior, como também os aqui descritos, de “cognição sumária ou superficial: em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para a antecipação do provimento final”, como também “em virtude da particular disciplina da lei material”, pela qual se faz suficiente a cognição superficial para a concessão da tutela reclamada.¹⁹² Cita como exemplo as “ações sumárias cautelares e não cautelares” e também as medidas liminares em geral, incluindo a antecipação de tutela.¹⁹³

juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado mais à base de regras de distribuição do ônus da prova” (idem, ibidem);

¹⁸⁹ *Idem*, p. 125.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 121.

¹⁹¹ *Idem*, p. 126.

¹⁹² *Idem*, p. 121.

¹⁹³ *Idem*, p. 127.

Nesses casos, a sumariedade não diz respeito ao procedimento, mas sim “à cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo”, traduzindo a “ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade”.¹⁹⁴

Vê-se, a partir daí, que a cognição plena – ou seja, ampla no eixo horizontal e exauriente no vertical – embora corresponda a modelos procedimentais que permitem a formação da coisa julgada, não pode ser tida como a única resposta possível ao direito de ação.¹⁹⁵

É igualmente certo que a cognição plena é característica do procedimento comum (ou ordinário, como ainda se denomina em outros regimes),¹⁹⁶ mas não só dele, havendo outros procedimentos que, embora sumarizados em sua tramitação, são igualmente plenos quanto à cognição, de que é exemplo aquele previsto para os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) ou, ainda mais distante no tempo, para a ação de alimentos (Lei 5.478/68).

¹⁹⁴ *Idem*, p. 128. Como pontua Leonardo Faria Schenk: “Na cognição sumária, em virtude dos cortes cognitivos, resultantes das limitações ao contraditório o juiz fica privado da possibilidade de um conhecimento completo e profundo do conflito a ser decidido” (*Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160).

¹⁹⁵ Suas características foram expostas com detalhes por Leonardo Greco: “Seguindo os ensinamentos de Andrea Proto Pisani, em diversos escritos, e fiel ao meu compromisso com a mais ampla efetividade das garantias fundamentais do processo, aponto as seguintes características essenciais da cognição plena ou exauriente: 1) a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; 2) a definição de uma sequência de atos que permita às partes propor fundamentadamente as suas demandas, exceções e argumentos, assim como demonstrar a sua procedência e a dos fatos que constituem o seu fundamento, em igualdade de condições; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; 4) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 5) a predeterminação de prazos razoáveis de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória, assim como para a cognição adequada do juiz; 6) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais); 7) a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; 8) a possibilidade de completo reexame da cognição do juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; e 9) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição” (Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Volume X, jul-dez/2012. p. 286. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351>>. Acesso em 14 de março de 2019).

¹⁹⁶ “A “cognição plena” caracteriza-se pela falta de qualquer limitação aos tipos de pedidos e/ou defesa passíveis de serem apreciados pelo magistrado. Ela é típica cognição exercitada no procedimento comum. Em tais casos, qualquer pedido e de maneira correlata qualquer defesa são passíveis de serem levados à apreciação e resolução pelo Estado-juiz” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 392).

Ainda assim, deve ser tido como igualmente certo que o interessado, a depender da natureza da crise jurídica em que esteja envolvido – e, portanto, da *providência jurisdicional* em razão dela desejada – pode optar por deduzir seu direito à tutela jurisdicional por outras vias que não as conducentes à cognição exauriente,¹⁹⁷ abdicando, em nome de outros valores, ao grau máximo de segurança jurídica propiciado pela coisa julgada.¹⁹⁸

Sobre o tema das interações entre cognição e procedimentos, tratarei adiante (capítulo III), não sendo o momento de avançar nessa seara. Vale ressaltar que, acerca dos procedimentos de cognição sumária, mais nos interessa aqueles que prescindem da urgência para propiciar tutela jurisdicional efetiva.¹⁹⁹

1.4. História e cultura no direito processual

Atento ao escopo deste capítulo – centrado na fixação de algumas premissas imprescindíveis à estruturação do trabalho – entendo interessante ressaltar, à guisa

¹⁹⁷ Eloquentes as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Às variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação sempre mediante imposição das regras jurídico-substanciais pertinentes. Como instrumento do direito material o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que segundo o direito ele tem o direito de obter (bem da vida materiais ou imateriais). A variedade de meios processuais constitui assim, espelho da variedade das soluções dadas no direito substancial. Constitui também espelho da maior ou menor urgência para a obtenção dessas soluções (tutelas jurisdicionais diferenciadas medidas cautelares ou antecipatórias da tutela, cognição sumária *etc.*)” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 241).

¹⁹⁸ “O legislador processual, envolvido pela necessidade de oferecer instrumentos capazes de ofertar uma tutela adequada e tempestiva, confrontado com a variedade e complexidade das relações travadas na sociedade contemporânea, e ainda pressionado pelas dificuldades inerentes ao processo de cognição plena, tem buscado oferecer novos mecanismos de tutela alternativos ao modelo padrão, na esperança de conduzir a jurisdição à oferta de um resultado aceitável aos olhos dos jurisdicionados” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-254).

¹⁹⁹ Que à ideia de cognição sumária não se amoldam apenas os procedimentos urgentes parece não haver dúvida. Como indica Heitor Vitor Mendonça Sica: “A técnica da cognição sumária também explica outros diversos fenômenos da maior relevância. Com grande frequência o sistema exige do juiz o exercício de cognição sumária em caráter provisório (isto é, carecedora de ulterior confirmação por meio de decisão fundada em cognição exauriente) em particular no campo da tutela cautelar (CPC, arts. 806, 807 e 810) e da tutela antecipada fundada na urgência (CPC, art. 273, I). Mas não se pode negar que a cognição sumária seja definitiva em algumas situações, como na ação de execução fundada em título executivo extrajudicial (cabível apenas quando o demandante estiver munido de um dos documentos listados no art. 585 do CPC acerca do qual o juiz realiza exame formal de caráter superficial) e na ação monitoria (que no art. 1.102-C do CPC socorre ao titular de “prova escrita sem eficácia de título executivo”, a qual também será examinada sumariamente). Se não houver oposição do demandado chega-se a um resultado definitivo sem exercício de cognição exauriente”. (Velhos e Novos Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 460-461).

de sua conclusão, a importância da análise histórica e da percepção da influência da cultura sobre o estudo do direito processual civil.²⁰⁰

A advertência de José da Silva Pacheco, no particular, ressoa irreprensível:

Em todo período de transição, evoca-se a história, por dois motivos principais: 1) – a inutilidade de se deter no estudo do direito positivo, de si tumultuado, flutuante, sujeito a bruscas e sucessivas mutações, o que tornaria vão todo e qualquer labor; 2) – e a utilidade de esparzir luz nas precedentes instituições de nosso direito, com o fito de: a) – analisar as raízes ou pilares do arcabouço legal, sob cataclismo, e verificar quais os que têm base remanescente, capaz de sustentar novas estruturas; b) – investigar o funcionamento da aplicação da justiça e averiguar os seus problemas, defeitos, necessidades, soluções aproveitáveis, apesar de inaproveitadas e procedimentos a serem evitados. Se é um erro exceder-se no apego ao passado, ignorá-lo também o é.²⁰¹

Essa última frase é significativa e norteará a redação de tópicos específicos desta pesquisa, ou seja, não será minha intenção esmiuçar, por completo, o perfil histórico deste ou daquele instituto,²⁰² mas buscar a existência, nas experiências passadas, de instrumentos que se apartem do modelo fundado na cognição ampla e exauriente, tentando sempre, ainda que ciente de minhas limitações, contextualizá-los na cultura em que inseridos²⁰³ e ressaltando aspectos que guardem coerência com

²⁰⁰ “O processo civil brasileiro é fruto das vicissitudes históricas do nosso país e das múltiplas influências culturais a que estiveram expostas as pessoas encarregadas de pensa-lo e construí-lo. A sua adequada interpretação, portanto, depende de uma apropriada compreensão a respeito das suas marchas e contramarchas- dos caminhos e dos desvios que marcaram o nosso processo civil” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 31).

²⁰¹ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1. Sem prejuízo, claro, da análise também do direito comparado (do que se ocupará parte do Capítulo II deste trabalho), consoante advertência de Cândido Rangel Dinamarco: “A identificação e a definição do modelo processual de dado país só têm significado quando ele é posto em confronto não só com as legislações do passado (história) mas também com os ordenamentos jurídico-processuais de outros países. Esse trabalho de comparação jurídica deve ter por ponto de partida que a regra de ouro de toda comparação jurídica consiste na utilidade que ela possa propiciar à melhor compreensão e operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 301).

²⁰² Sobre a história do direito processual brasileiro consultar, com proveito, além da obra citada na nota anterior: COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Para estudo da história do direito no limiar da colonização ver NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil quinhentista – consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2008. A respeito de caracteres gerais da história do Direito brasileiro ver WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Dela colhe-se: “Pode-se conceituar a História do Direito como a parte da História geral que examina o Direito como fenômeno sociocultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos, e materializado evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras” (p. 16).

²⁰³ Além de sua conhecida *Teoria Tridimensional do Direito*, Miguel Reale, em obra de caráter introdutório, assentou, após destacar que “o universo apresenta duas ordens de realidade: uma, que chamamos de realidade natural ou físico-natural, e outra, que denominamos de realidade cultural”, que por “cultura” deve-se entender “o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem

o atual estágio da ciência processual e dos valores por ela perseguidos, atento à ponderação de Jônatas Luiz Moreira de Paula:

A história, por compor diretamente o conhecimento jurídico, surge como epistemologia jurídica, tornando o Direito como produção e produto da engenharia social. Mas a epistemologia histórica não implica num simples exame analítico. Consonante o compromisso crítico que esta pesquisa está atrelada, é preciso também repensar fatores externos que informam a história do direito processual. Daí que não há qualquer satisfação à simples evolução histórica de normas processuais, mas a fatores externos, como a ideologia e a ciência. Como se verá adiante, tais fatores explicam e justificam o discurso jurídico de preceitos normativos, delineados ao longo do tempo.²⁰⁴

É evidente que, na condição de colônia subordinada a Portugal, a legislação do reino era observada em solo pátrio, e assim continuou mesmo após a Proclamação da Independência, em 1822,²⁰⁵ até porque lei promulgada a 20 de outubro do ano seguinte expressamente assim determinava.²⁰⁶

Tal dado objetivo influencia a interpretação de qualquer instituto processual, pois a origem do nosso Direito é dado significativo que perpassa o tempo e deixa

constrói sobre a base da natureza, quer para modifica-la, quer para modificar-se a si mesmo” (*Lições preliminares de Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25).

²⁰⁴ *História do Direito Processual Brasileiro – das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002. p. 11. Como adverte José Ignácio Botelho de Mesquita: “Resposta a essas indagações pode ser encontrada na dupla perspectiva sob a qual a memória dos fatos passados pode constituir-se um poderoso aliado do homem presente. Assim, como já se disse que quem se esquece dos erros do passado está condenado a repeti-los. É lícito dizer também que quem se olvida das descobertas do passado está condenado ao retrocesso e à penosa repetição do caminho já antes palmilhado. Mostrando os erros cometidos no passado, a memória previne a sua repetição no presente; revelando as virtudes das soluções corretas dispensa o trabalho de procura-las novamente - possibilita ao homem moderno que só despenda suas energias no aperfeiçoamento e na adequação dos frutos do conhecimento acumulado. Mas não é só. As obras de ciência no seu conjunto, sucedendo-se umas às outras ao longo do tempo, compõem uma longa cadeia de soluções que também sob uma dupla perspectiva, é útil conhecer. Essa cadeia mostra, de um lado, sem dúvida, a história das soluções encontradas; de outro, porém, mostra uma cadeia de problemas quando não a espinha dorsal de um mesmo problema que resiste ainda às tentativas de solução, tanto no presente como há um século ou mais” (Apresentação. In Baptista, Francisco de Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. [n.p.]).

²⁰⁵ “O Brasil desvinculou-se politicamente de Portugal em 1822. Nesta época, vigiam em Portugal as Ordenações Filipinas, que foram adotadas como lei brasileira pelo Decreto de 20.10.1823. O Brasil, separando-se de Portugal, não tinha e nem podia ter, pela ausência de situação histórico-cultural produtora de normas, lis próprias” (ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 60).

²⁰⁶ “O processo civil das Ordenações Filipinas continuou vigente mesmo após a nossa independência. Isso porque a Consolidação Ribas aprovada por Resolução Imperial de 1876 apenas recolheu o direito luso-brasileiro vigente tornando facilmente identificável. O processo civil brasileiro só foi alcançado pela legislação nacional com a promulgação do Decreto 763/1890 que mandou aplicar ao foro cível o Regulamento 737/1850, que nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas manteve basicamente a estrutura do processo particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional” (MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 44

marcas inevitáveis,²⁰⁷ não sendo infundada a observação de Pontes de Miranda, segundo a qual

O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, - gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente.²⁰⁸

Assim, é claro que o Regulamento 737, de 1850, que inaugura “o segundo período da história do direito processual civil brasileiro”,²⁰⁹ tinha grande influência da legislação portuguesas anterior, malgrado tenha representado “avanço quanto à oralidade, simplificação e celeridade”,²¹⁰ sendo inicialmente aplicável apenas às causas comerciais mas, com o Decreto n. 763, de 1890, passou a ser observado também nas ações cíveis, com ressalvas.²¹¹

Antes de tal data (em 1876), sobreveio, outrossim, a Consolidação Ribas, consistente em compilação da legislação vigente, necessária “diante da profusão de

²⁰⁷ “Este modelo teórico [da distinção absoluta entre processo de conhecimento e de execução, uma das marcas do rigor científico que o “Código Buzaid” tendou impor], fruto de uma elaboração doutrinária de vários séculos, forjada no continente europeu, a partir do direito privado romano, sob a inspiração do direito canônico medieval, não pôde ser implantado, no Brasil, em toda a pureza desejada por seus construtores. Como um Código não pode ser, e nunca o será, obra de pura doutrina, o legislador de 1973 teve de manter inúmeras instituições e categorias processuais, vigentes em nosso direito, desde suas origens lusitanas medievais, consagradas nas célebres Ordenações do Reino português, a última das quais, as Ordenações Filipinas, tiveram vigência em nosso país por mais de trezentos anos” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 24).

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

²⁰⁹ COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970. p. 29.

²¹⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1980. p. 36. Anota Moacyr Lobo da Costa que, a rigor, “como foi lembrado por Alcides de Mendonça Lima, em página de serena crítica histórica, divergem as opiniões dos tratadistas quanto à real significação do Regulamento na evolução do direito nacional e dos seus méritos como diploma processual. Enquanto juristas do maior tomo, em maioria, consideram-no um verdadeiro monumento legislativo, que marcou uma fase de progresso em nosso direito processual, pela técnica, pela linguagem clara e precisa e pela simplificação dos atos e termos processuais; (...) algumas discordâncias se fizeram ouvir, de restrições a tais encômios” (*Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970. p. 32).

²¹¹ “Pelo Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, foi determinado que se aplicassem, ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, as disposições do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, exceto as que continham no Título I, no capítulo do Título II, nos Capítulos IV e V do Título IV, nos Capítulos II, III e IV e Seções I e II do Capítulo V do Título VII, e no Título VIII da Primeira Parte. Entretanto, manteve em vigor as disposições que regulavam os processos especiais, não compreendidos pelo Referido n. 737, de 1850” (PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 154).

leis sobre o processo civil e da necessidade de torná-las mais facilmente identificáveis em um todo orgânico”.²¹²

Sabe-se que os ideais republicanos que por aqui se estabeleceram a partir de 1889 espelharam-se no modelo federativo norte-americano,²¹³ não tendo sido por acaso, portanto, a determinação contida na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, de que cada Estado da Federação adotasse sua própria legislação processual,²¹⁴ ideia abortada logo na Constituição de 1934,²¹⁵ por regra posta em prática com a edição do CPC de 1939.²¹⁶

²¹² MITIDIERO, Daniel. Terceira nota. _____; TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 179.

²¹³ “A instalação da República em 1889 imprimiu um efêmero idealismo externo, de irmandade republicana americana, resultante da ideologia positivista que embasava o novo regime e, como resultado da fragilidade deste, estabeleceu a preponderância norte-americana no Brasil” (DORATIOTO, Francisco. *O Brasil no mundo – idealismos, novos paradigmas e voluntarismo*. In. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *História do Brasil Nação – A abertura para o mundo: 1889 – 1930*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. v. 3. p. 169).

²¹⁴ Editados entre 1905 (Pará) e 1930 (São Paulo, Espírito Santo e Paraíba), conforme completa listagem elaborada por Moacir Lobo da Costa (*Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970. p. 66/68), sendo certo que apenas o Estado de Goiás não editou seu Código, como referido por Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 61), para quem “dessa época, merecem destaque, como bons códigos, o da Bahia – o melhor deles –, o de São Paulo, o do Rio Grande do Sul e, ainda, o do Distrito Federal” (*idem, ibidem*).

²¹⁵ “A frustrada experiência feita na 1ª República de reservar aos Estados federados competência para legislar sobre direito processual civil, associada às exigências políticas de unidade nacional, sempre periclitante, em face do poder das oligarquias regionais, determinou o sentido centralizador, assumido pela evolução constitucional brasileira, a ponto de encontrar-se hoje nosso regime federativo gravemente sufocado, pelo monopólio exercido pela União Federal em detrimento da autonomia dos Estados Membros” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 28).

²¹⁶ “A Constituição de 1934 determinou que seria competência privativa da União legislar sobre matéria processual, unificando, assim, o Processo Civil. Os códigos estaduais, porém, permaneceram em vigor enquanto a União não promulgava a nova lei processual. A citada carta estabelecia, ainda, que seria competência dos estados legislarem sobre divisão e organização judiciárias, mantendo a dualidade de órgãos federais e estaduais na justiça ordinária. Em 1937, devido ao golpe de Estado foi outorgada a Constituição de 1937 que eliminou a Justiça Federal, permanecendo, todavia, inalterado o privilégio da União de legislar sobre processo. Uma comissão formada pelos Desembargadores Edgard Costa e Goulart de Oliveira, e pelos juristas Alvaro Mendes Pimentel, Pedro Batista Martins e Múcio Cotinentino foi encarregada, pelo Ministro Francisco Campos, em atenção aos preceitos da Carta de 1937 que manteve a unidade do Direito Processual de elaborar o projeto do Código de Processo Civil; entretanto, entre essa comissão houve um desentendimento, resultando num trabalho em separado de Pedro Batista Martins, o qual foi adotado como projeto oficial publicado em fevereiro de 1939. O Ministro Francisco Campos avaliou as críticas e sugestões que o projeto do Código de Processo Civil recebeu, juntamente com o próprio autor Pedro Batista Martins, tendo como colaborador Guilherme Estellita. Tal projeto foi aprovado pelo Decreto-lei n. 2.608, de 18.09.1939, para entrar em vigor em 01.01.1940, data prorrogada para 01.03.1939 (Decreto-lei n. L965, de 16.03.1940)” (GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1. p. 12).

Claro que a primeira codificação federal do direito processual pátrio não nasceu infensa a influências da época, sendo criticada por ser considerada exageradamente teórica e complexa.²¹⁷

A influência a que se fez menção é ao *processualismo* (em contraposição ao *praxismo* anteriormente vigente),²¹⁸ fruto das conquistas advindas da alforria científica alcançada pelo direito processual civil.²¹⁹

Independentemente das críticas que se pudessem lançar ao CPC de 1939 – a que não está imune nenhum labor humano – é evidente que a influência desta ou daquela ideologia seria inevitável, assim como foi experimentado, ainda sob a influência do processualismo, pelo CPC de 1973.²²⁰

²¹⁷ “A grande crítica que, historicamente, foi feita ao Código de Processo Civil de 1939 é que ele não espelhou adequadamente o grau científico que o direito processual civil já havia alcançado na Europa e que ele, embora bem elaborado, era demasiadamente teórico, o que acarretava extrema complexidade na sua aplicação prática”

²¹⁸ O período dos práticos foi assim denominado em razão do maior interesse dos juristas de então pelo direito prático e menos científico, e isso se deu porque estavam enfadados dos estudos das obras que os precederam sobretudo as romanas, escritas em latim e pelo manifesto interesse de valorizarem a sua própria cultura. A par desses fatores tem-se a invenção da imprensa que muito facilitou a divulgação do pensamento através dos livros que, para serem mais rapidamente divulgados versavam sobre prática e menos sobre estudos aprofundados da ciência” (GONÇALVES, Willian Couto. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 71). A vinculação entre o *praxismo* e a visão que negava autonomia ao direito processual é ressaltada por Daniel Mitidiero: “A postura metodológica que informava o praxismo era a sincrética, com o que se oferecia corrente a caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17).

²¹⁹ “Da publicação da “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, do alemão Oscar Von Bulow, em 1868 delimita-se o início da fase científica contemporânea do processo civil. Nela consta a teoria da relação processual triangular que se estabelece entre o juiz e as partes, considerada a base da sistematização do Direito Processual Civil como ciência. A partir daí, seguiu-se uma intensa elaboração doutrinária, resultando na conceituação da ação como direito abstrato de agir que, hoje, é aceita pela maioria dos processualistas. Assim, logo apareceram os frutos dessa renovação científica. Em 1877, o Código de Processo Civil alemão é promulgado, estando ainda em vigor, com algumas modificações. Em 1895, o Código de Processo Civil, de Franz Klein, é publicado na Áustria, aprimorando os princípios científicos já adotados pelo código alemão. Em seguida, vários códigos surgem, inspirados no Código Austríaco e na doutrina da época: o húngaro (1911), o norueguês (1915), o búlgaro (1922), o português (1939), o brasileiro (1939), o italiano (1940) e o sueco (1942)” (MITIDIERO, Daniel. Sétima nota. _____; TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 409).

²²⁰ “O processo civil vigente a partir do ano de 1974 foi na prática o mesmo processo civil do Código de 1939, com alguns aperfeiçoamentos técnicos, mas sem diferenças substanciais quanto ao modo como o processo civil atua sobre a vida dos direitos. A morosidade na oferta e efetivação da tutela jurisdicional, sem uma corajosa ênfase aos institutos relacionados com a tutela jurisdicional diferenciada e sem a oferta de instrumentos eficazes para a luta contra o tempo-inimigo, prosseguiu como dantes, e a prática mostrou como o processo civil brasileiro ainda continuava refém de formas inúteis e de uma insustentável proliferação de recursos, que atenta contra a promessa constitucional de um processo realizado em tempo razoável (Const., art. 5º, inc. LXXVIII)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 35).

Parte da doutrina denomina de *conceitualismo* essa tendência, correlata ao *processualismo* (ou dela corolário) de valorizar o arcabouço teórico em que formadas as bases da autonomia científica do direito processual, que impregnou o CPC/1973:

A repercussão das ideias do conceitualismo europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Igualmente as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material do mesmo modo predeterminadas pelo clima do cientificismo próprio ao conceitualismo.²²¹

Cada vez mais, contudo, de modo paralelo ao adensamento dos estudos doutrinários destinados exclusivamente ao processo, a influência de outros elementos (sociológicos, econômicos, etc., ou, em última análise, *culturais*) passou a ditar os rumos pelos quais se conduzia o direito processual.²²²

Bem expõe a importância da doutrina, que é mesmo elemento primordial na caracterização da *cultura jurídica* de um povo, Michele Taruffo, apontando que

a história da Justiça Civil é, em grande parte, a história da sua doutrina – da doutrina que triunfa e vira referência legislativa, da doutrina que resiste e salta gerações, da doutrina que influencia soluções judiciais, da doutrina que pelo erro e acerto abre espaço para as inovações.²²³

A importância da doutrina e dos elementos antes citados, mesmo na fase do *processualismo* aqui tratada, é verificada na percepção de que o direito processual,

²²¹ MITIDIERO, Daniel. Sétima nota. _____; TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 409.

²²² “Na evolução histórica do direito processual brasileiro, as gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenómeno processual. Nada há nisso, a rigor, que surpreenda. Era preciso, e foi útil, que se superassem as fronteiras do proceduralismo antes dominante, em cujo quadro se refletia uma visão do processo restrita à contemplação superficial de ritos e formalidades. As aspirações de progresso exigiam que se absorvessem os resultados de investigações feitas em países mais adiantados, que se trabalhasse o material assim adquirido para ajusta-lo ao perfil do ordenamento pátrio, que se armasse um sistema coerente de princípios e conceitos, capaz de elevar o direito processual ao plano de dignidade científica já então atingido, entre nós, noutros ramos do conhecimento jurídico” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22).

²²³ Introdução. _____; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 15. O mesmo autor, em estudo coletivo, refere que o peso da cultura e da tradição de cada país revela-se como obstáculo concreto à harmonização do direito processual, assim entendida, esta, como instrumento de redução das diferenças entre sistemas legais de países diferentes, resultado mais facilmente obtido no campo do direito material: “Harmonization of procedural law has made much less progress. It has been impeded by the assumption that national procedural systems are too different from each other and too deeply embedded in local political history and cultural tradition to permit reduction or reconciliation of differences among legal systems” (HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele; STURNER, Rolf; GIDI, Antonio. Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. *New York University Journal of International Law and Politics*, n. 33 (3), 2001, p. 770).

encarado com a já citada autonomia científica a partir do século XIX, nasceu marcado pelo ambiente cultural do liberalismo individualista então vigente, tempo em que o processo era caracterizado pelo “papel passivo atribuído ao juiz; assim como se queria o Estado tanto quanto possível alheio, na economia, ao livre jogo das forças do mercado (*laissez faire*), também se propugnava, para o órgão judicial, posição de distanciamento” em relação ao litígio.²²⁴

Como sublinha Antonio Pereira Gaio Júnior:

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito à jurisdição significava apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação, ou seja, os procedimentos usados para compor litígios civis apontavam para uma filosofia eminentemente individualista dos direitos, onde só estaria em juízo quem pudesse suportar o ónus de uma demanda. Sob tal panorama, é de se concluir que as desigualdades económica e social não compartilhavam com as preocupações efetivas do Estado; sendo assim, afastar a “pobreza no sentido legal” incapacidade que muitas pessoas sofrem de utilizar a justiça e suas instituições na plenitude, não fazia parte do rol de preocupações do Estado; “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.²²⁵

O processo, visto como “coisa das partes”, em relação ao qual a jurisdição devia guardar certo alheamento,²²⁶ visão que logo foi substituída pela ideologia ligada à *publicização* do processo:

Também a perspectiva de jurisdição se modificou em alguma medida. Nas primeiras décadas do século XX o Estado passou por transformações

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 6. Para Gustavo Osna, a influência do liberalismo moldou não só a feição originária do processo civil, mas também a própria eleição do modelo da jurisdição estatal como polo exclusivo de resolução de conflitos: “Enfim, chegando ao nosso objeto central, notamos que esse florescimento de um Estado centralizador também foi determinante para a construção do direito processual civil. Mais do que isso, no âmbito de um Estado *liberal*, formou-se um processo em que preponderavam cores também *liberais*. Essa questão nos parece determinante, explicando a própria fixação do *monopólio jurisdicional* como pedra fundante do sistema de resolução de disputas. Se hoje a porta mais comum para o acerto de um conflito é a do Judiciário, encontra-se aí a origem dessa inclinação” (*Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017. p. 22).

²²⁵ GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1. p. 85. Refere Michele Taruffo a direta influência do liberalismo no direito positivo italiano da época: “O Codice de 1865 foi definido como um “ilustre documento de espírito liberal”, definição que ao menos no plano descritivo pode ser endossada. Trata-se, de fato da mais coerente racionalização da ideologia liberal da Justiça Civil concretizada no ordenamento italiano. Para além das frases de efeito, todavia, importa precisar sob diversos aspectos a dimensão dessas definições” (_____; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 166). A menção destacada é atribuída a Satta.

²²⁶ “Todavía en la primera mitad del siglo pasado [século XIX], en todos los Países europeos los sistemas procesales civiles consideraban el proceso como “cosa de las partes”, Sache der Partien. (...) Toda especie de poder judicial, en suma, era desconocida o por lo menos estaba muy atenuada; el juez debía permanecer totalmente extraño al proceso; el proceso – repito – era “cosa de las partes”, se desarrollaba exclusivamente entre las partes; el juez estaba no solamente por encima sino fuera de la arena” (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. p. 46-7).

relevantes e a postura liberal cedeu progressivamente espaço à intervencionista. Esse novo contexto foi duplamente relevante. Primeiro ele contribuiu para a superação da visão de processo como mero instrumento a serviço de partes e permitiu fosse dada maior relevância aos escopos públicos buscados no exercício da jurisdição. Segundo a mudança de papel do Estado alargou seus campos de atuação, do que resultaram - guardadas as distinções entre diferentes países e culturas - consequências sociais e econômicas relevantes, com incremento de demanda por justiça.²²⁷

A superação do processualismo deu-se pela verificação de que a ciência processual, embora sustentável como tal pelo conjunto de conceitos ordenados sistematicamente, só teria *valor* se entendida, interpretada e, mais do que isso, *aplicada* em função de sua finalidade, ou seja, de uma maneira que privilegiasse seu caráter teleológico.²²⁸

Como aponta José Roberto dos Santos Bedaque:

Encerrada a fase puramente científica e técnica da ciência processual no Brasil, iniciou-se o que autorizada doutrina identifica como visão *instrumentalista* do processo. É a conscientização de que a importância do mecanismo estatal de solução de controvérsias está diretamente relacionada aos resultados por ele produzidos²²⁹.

Se a fase metodológica do *instrumentalismo* foi suplantada, ou não, por outras (como o *formalismo-valorativo*, por exemplo²³⁰) trata-se de debate interessante, bem

²²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1. p. 37.

²²⁸ É imprescindível recordar que a doutrina do processo civil, na sua pretensão de construir uma “ciência” neutra, tentou isolar o processo civil da realidade social. Essa tentativa de isolamento não apenas facilitou a ação de grupos mais organizados, que pressionaram para que seus direitos fosse protegidos mediante procedimentos diferenciados, como impediu estudos críticos sobre a performance do procedimento ordinário, ou melhor, a respeito da tese da uniformidade procedimental. Quem ganhou com isso, evidentemente, foram os que puderam patrocinar o lobby, pois os que não tinham poder político foram obrigados a se contentar com o procedimento “comum” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 68). Alude Gustavo Osna, ressaltando a já antes mencionada influência da doutrina liberal no desenvolvimento do direito processual civil, que “essa foi a guia mestra que orientou a redação original do Código Brasileiro de Processo Civil de 1973”, com seu “modelo procedimental essencialmente calculável, seguro e voltado a lidar com problemas eminentemente individuais” (*Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017. p. 24).

²²⁹ *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 20. Adiante complementa: “Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual” (p. 26).

²³⁰ “Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de *maneira adequada* as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição, e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores* – *justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* -, base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva,

abordado em obras especificamente destinadas a tal fim,²³¹ mas que extrapolam o breve retrospecto histórico aqui desenvolvido.

O que tenciono evidenciar, a rigor, é a importância da história na evolução do direito processual,²³² mas não como elemento a ser considerado isoladamente, de maneira estática, mas sim como dado objetivo que revela a *cultura* de um dado agrupamento social em determinada época.²³³

A cultura, aqui referida, é relevante tanto como vetor interpretativo do direito positivado, como também influencia a criação das leis, marcando, assim, a evolução do Direito, não sendo nova a análise de sua influência no direito processual.²³⁴

Para Daniel Mitidiero:

É lugar comum no estudo do direito, ganhando horizontes cada vez mais largos dentro do ambiente destinado ao processo civil, afirmar-se que o direito se encontra intimamente imbricado com a experiência e a cultura do povo. (...) Vale dizer: a experiência, como dado recolhido da prática contínua e indevassável da vida, e a cultura, "considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma

o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso, e a pacificação social. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual" (MITIDIERO, Daniel. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16).

²³¹ Ver, por todos, JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

²³² "El derecho procesal, en suma, puede considerarse, en cierto sentido, si se nos permite la metáfora, como un espejo en el que con extrema fidelidad se reflejan los movimientos del pensamiento, de la filosofía y de la economía de un determinado periodo histórico" (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 15).

²³³ "O grande contrassenso é que no Brasil alguns podem acreditar ser a pena de morte por apedrejamento no Irã, por exemplo, um completo ato de desumanidade, ao passo que no Irã, da mesma forma, podem pensar ser desumanidade como são tratados os casos aqui em solo brasileiro, sendo, pois, estes pensamentos manifestações que se sobressaem da própria cultura objetiva de determinadas sociedades" (JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 38).

²³⁴ "Das noções dadas, resulta que o processo ou o Direito Judiciário tem um dúplice carácter: theorico e pratico. Por outra, o Processo ou o Direito Judiciário é sciencia e arte; é doutrina e legislação. Como sciencia ou como doutrina, o Direito Judiciário estabelece os princípios e normas geraes, de universal aplicação, correspondentes a condições e circunstancias de factos constantes e universais; comprehende os postulados racionais, resultantes da experiencia e da observação sobre os quaes devem assentar as construcções legislativas processuaes. Como arte ou como legislação, prescreve e fixa normas práticas e concretas, regras technicas, que, sem offensa e menosprezo dos principios e das normas de ordem theorica ou especulativa, melhor se adaptam e melhor correspondem ás circunstancias particulares e ás peculiares exigencias da época e do povo a que tenham de ser applicadas" (GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I. p. 4).

sociedade", na clássica definição de Galeno Lacerda, informam e moldam o direito, fazendo-o, ao fim e ao cabo, espelho seguro e fiel da realidade histórica neste ou naquele sucesso de tempo socialmente considerado.²³⁵

Analogia interessante, por demonstrar a dinâmica natural que se estabelece na interação entre direito e cultura foi formulada por Calmon de Passos:

O Direito irá na direção em que forem as suas condicionantes sócio-político-econômicas. Ele não é o trilho sobre o qual se deslocará a composição ferroviária, sim a composição, um conjunto de vagões contendo as mercadorias que os outros sistemas sociais neles depositarem. O Direito simplesmente os conduz, interligados, para um destino comum. (...) Se o Direito irá na direção em que for a sociedade, o processo civil do futuro irá na direção em que for o Direito. Ele é apenas um elo da corrente e a ela estará irremediavelmente integrado. Por conseguinte, impossível qualquer reflexão sobre o processo futuro sem uma reflexão sobre o processo futuro sem uma reflexão sobre o Direito do futuro, reflexão também impossível sem aquela outra que a fundamentará, isto é, sobre os rumos que se mostrarem mais prováveis para a atividade econômica dos homens, sua organização política e sua ideologia. E isso para ficar no mínimo que deve ser considerado.²³⁶

Nesse contexto, se o regime processual anterior ao CPC/39 (de algum Código estadual ou mesmo do Regulamento 737, de 1850), por exemplo, era sujeito a críticas ou mostrava-se pouco comprometido com a busca da efetividade processual, o impacto de eventuais deficiências era atenuado pelo fato de que o Brasil de então era um país essencialmente agrícola, muito pobre,²³⁷ razão pela qual a estrutura social

²³⁵ Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, número 2, 2004. p. 101/102. Além da destacada menção à doutrina de Galeno Lacerda realizada pelo autor, colacionamos o seguinte excerto: "Tudo isto há de traduzir, evidentemente, o modo de ser, de viver e de sentir do respectivo meio social. O método de ação das personagens do processo implica em ritos e formas exteriores, ao sabor da ideia que a comunidade faça da função do processo e do valor intrínseco do rito. E o juiz é o representante do grupo social, que imprimirá naturalmente na sentença o mandamento da vontade geral, que é a lei. Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural" (Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. v. 3. Saraiva: São Paulo, 1961. p. 75).

²³⁶ PASSOS, J.J. Calmon de. *Revisando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 76.

²³⁷ "Em 1913, quando a população brasileira chegou a 24 milhões, crescimento expressivo relativamente aos 14 milhões de 1890, a situação econômica relativa do Brasil tinha até se agravado. O PIB per capita, a preços de 1990, passaria para 811 dólares, depois de ter alcançado um mínimo de 678 dólares em 1900, na esteira da estabilização do fim dos anos 1890. (...) Fica evidente o continuado atraso do Brasil com apenas 54% da média do PIB per capita da América Latina. Nesse mesmo ano, o PIB per capita do Reino Unido alcançou 4.921 dólares, e o dos Estados Unidos, 5.301 dólares. Note-se que, por volta de 1820, como já mencionado, os desníveis eram de 2:1, no máximo 3:1 em favor de países desenvolvidos, mas em 1913 a renda per capita brasileira era menos de um quarto da Argentina, menos de um sexto da norte-americana, e cerca de dois terços da de Portugal, antiga metrópole" (FRANCO, Gustavo H. B.; LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. O processo econômico – a economia da primeira república. In. SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). *História do Brasil Nação – A abertura para o mundo: 1889 – 1930*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. v. 3. p. 199). Em outro trecho pontuam os autores: "Em resumo, a indústria de que dispunha o Brasil era o retrato do atraso econômico do país em um período de extraordinárias oportunidades, sobretudo ligadas ao notável crescimento da economia

não contemplava número significativo de negócios entre os sujeitos.

A situação atual, ainda que não atingido patamares econômicos ideais, é muito diferente, até porque a própria complexidade,²³⁸ por assim dizer, da contemporaneidade reclama respostas e, mais do que isso, *intervenções* jurisdicionais mais contundentes, a fim de atender a promessa constitucional de efetividade da tutela jurisdicional, adiante abordada.

Um dado objetivo demonstra a aqui destacada importância da cultura: é nítido que as principais reformas do sistema processual brasileiro anterior, não por acaso ocorridas após fato jurídica e *culturalmente* significativo – a promulgação da Constituição Federal de 1988 – buscaram implementar bases para o estabelecimento de “microssistemas” de processo coletivo (com destaque para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90), de universalização do acesso à justiça, com atenção especial à “litigiosidade contida” das demandas de pequena significação econômica²³⁹ (Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis, aperfeiçoando o modelo de “pequenas causas” instaurado em 1984 pela Lei 7.244/84) e de generalização da tutela antecipada, com a inserção, no CPC/73, do artigo 273 (Lei 8.952/94), abrangente também de pretensões que tinham por objeto obrigação de fazer e não-fazer (art. 461 – Lei 8.952/94) e de entregar coisa (art. 461-A – Lei

internacional. Essas tendências internacionalistas, entretanto, pareciam favorecer a “vocação agrícola” do país, pela via das vantagens comparativas, e provocavam ambiguidade e até mesmo certo antagonismo   indústria, cujos primeiros passos no Brasil têm sido sempre celebrados em tons heroicos” (idem, p. 205).

²³⁸ “Há um certo consenso entre sociólogos e pol tologos no fato de que as rela es sociais, a partir da segunda metade do século XX, são marcadas por graus distintos, mas progressivos de complexidade e tensionalidade, em razão mesmo do processo de transnacionaliza o radical de mercados e interesses internacionais” (LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26). Igualmente lucidas a reflexão de Calmon de Passos: “Hoje já se fala em neoconstitucionalismo, em reinven o da democracia, em pós-modernidade, em pós-positivismo, insistindo-se talvez até com exagero nesse prefixo, que apenas tenta traduzir a consciência generalizada de que algo de novo ocorreu e   necessário repens -lo em sua novidade, sem os jargões que explicaram a condi o humana no segundo após-guerra e até a década de setenta, época qualificada por Eric Hobsbawm como a “era de ouro”, tal força dos sonhos e das esperanças e tais as mudanças que nele ocorreram e levaram a crer que finalmente o homem havia chegado ao Paraíso”. (*Revisando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 72).

²³⁹ A expressão, bastante difundida, foi cunhada por Kazuo Watanabe, para designar as pretensões que, pelo seu diminuto valor, não obtinham trânsito no sistema “ordinário” da Justiça, necessariamente atrelado à contrata o de advogado e outros custos. Ponderou o autor que a “litigiosidade contida”, fen meno extremamente perigoso para estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na ‘panela de pressão’ social, que já está demonstrando sinais de deterioriza o do seu sistema de resistência (‘quebra-quebra’ ao atraso de trens, cenas de violência no trânsito e recrudescimento de outros tipos de violência)” (Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In WATANABE, Kazuo *et al.* (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985. p. 02).

10.444/02).

Tais inovações, embora não imune a críticas (sob o aspecto estrutural)²⁴⁰ e descrenças (a respeito da perspectiva empregada),²⁴¹ trouxeram resultados positivos, mas claramente não foram fruto de alentado espírito dos congressistas que aprovaram as leis indicadas, mas, na realidade, decorreram, em termos mediatos, do labor da doutrina, e de sua elevada missão de atuar como elemento que traduz, revela e, ao mesmo tempo, impõe, a *cultura* processual mais adequada a este ou aquele estágio civilizatório da sociedade.²⁴²

Aponta Oscar Chase que, a rigor, há um certo movimento de “retroalimentação” entre a sociedade e a cultura que lhe é ínsita e a forma de resolução dos litígios,²⁴³ opinião que se aproxima do escopo social do processo, mais precisamente pelo viés educativo deste.²⁴⁴

Assim, a instituição de procedimentos diferenciados, que propiciem, por meio de cognição sumária, o pronto acesso à *intervenção* jurisdicional, com postergação do contraditório é elemento que atua na potencialização das finalidades do processo

²⁴⁰ “De outro lado, vale registrar que a tentativa anterior de reformar o sistema processual a contagotas, ou seja, através de reformas pontuais e edição de leis específicas para enfrentar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional não se revelou uma políria eficiente vez que quebrou a harmonia do sistema e, por decorrência permitiu que o Código de 1973 abandonasse parcela de seus compromissos, transformando-o numa verdadeira colcha de retalhos não muito bem ajustados. Algumas iniciativas, entretanto, foram produtivas e incorporadas ao novo sistema” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 29).

²⁴¹ “Tanto às reformas legislativas dos últimos dez anos, quanto ao pensamento de nossos juristas e das esferas governamentais, falta uma compreensão adequada dos fatores culturais que nos aprisionam, fazendo com que andemos em círculos, sem que nenhum progresso efetivo se tenha obtido” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. X).

²⁴² “O direito sempre foi uma resultante da convivência social. Da mesma forma que a linguagem, é uma produção espontânea e incoercível de todos os aglomerados humanos. Sua formação é perene e constante, mas seu conteúdo, seus lineamentos e sua fisionomia dependem do estágio de civilização de cada povo e das ideias da época” (BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 1. p. 5).

²⁴³ “Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, “constituída” ou “construída”. Essas práticas institucionais influenciam importantemente uma sociedade e sua cultura - seus valores pensamentos hierarquias sociais e símbolos - tanto quanto essas práticas também refletem a sociedade volta” (*Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura*. Trad. de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21).

²⁴⁴ “Sempre no plano das relações sociais, o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valia, no sentido de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 222).

civil, tanto sob o aspecto *endoprocessual* (equacionando a crise jurídica e eliminando, potencialmente, o conflito) como *extraprocessual*, incentivando a espontânea satisfação dos direitos subjetivos, conforme indica Cândido Rangel Dinamarco:

As demoras na justiça tradicional, seu custo, formalismo, a insensibilidade de alguns aos verdadeiros valores e ao compromisso com a justiça, a descrença no Poder Judiciário, a mística que leva ao menos preparados e leigos em geral ao irracional temor reverencial perante as instituições judiciárias e os órgãos da Justiça – eis alguns fatores que ordinariamente inibem as pessoas de defender convenientemente seus direitos e interesses em juízo e conseqüentemente acabam por privá-las da tutela jurisdicional. Onde a justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela.²⁴⁵

Parece claro, pelo exposto, que a análise da aceitação da cognição sumária como elemento que viabilize a atuação da jurisdição passa pela verificação do aparente conflito em dois valores constitucionais significativo, tema objeto do capítulo subsequente.

1.5. Conclusões parciais

1. Embora orientada por diversos fins (sociais, políticos, pacificadores, criadores), a jurisdição tem como vocação primordial a efetiva tutela do direito subjetivo, ainda que, para alcançar tal resultado, ela realize o direito objetivo.

2. Ainda assim, é recusável a ideia de que a jurisdição tenha como finalidade a produção de coisa julgada material, tanto que a existência de pronunciamentos judiciais que, mesmo sem aptidão para formá-la produzem efeitos no plano fático, sendo questionável, pela mesma razão, a correntia afirmação de que a imutabilidade é um atributo da jurisdição, pois, embora a maioria dos casos siga a fórmula, por assim dizer, tradicional de procedimento de cognição plena com sucessiva formação de coisa julgada, igualmente há, em certas circunstâncias, atuação da jurisdição sem imutabilidade. Portanto, embora coisa julgada seja relevante técnica de estabilização de pronunciamentos jurisdicionais, ela não integra a essência da noção de jurisdição.

3. A ação processual, como direito subjetivo abstrato, consubstancia instrumento de exercício da pretensão de tutela jurisdicional, possível por meio de diversas modalidades, que variarão não só de acordo com o pedido efetivamente

²⁴⁵ *Idem, ibidem.*

formulado pelo interessado, mas principalmente pela forma de cognição judicial aplicável, sendo rechaçável, diante da constatação de que muitas são as espécies de direito material tuteláveis, a ideia de um único esquema procedimental, necessariamente conducente a um julgamento de mérito acobertável, a partir de um dado momento processual, pela coisa julgada.

4. A noção da *tutela jurisdicional* concebida como instrumento destinado à proteção do direito parece mais consentânea com a função primordial da jurisdição e, mais do que isso, facilita a percepção de que o direito processual – tanto o legislado (em abstrato) como o aplicado (em concreto) – deve-se ocupar da disponibilização de técnicas processuais capazes de outorgar efetividade concreta aos direitos subjetivos.

5. A ideia de *resultado* ínsita à tutela jurisdicional revela que não só o autor, a despeito de ser ele o titular do direito de ação, é que pode vir a ser seu destinatário, pois também o réu, mesmo que venha a limitar sua atuação processual a uma postura passiva em relação à demanda apresentada, pode ser dela merecedor, sendo certo que por tutela jurisdicional, há de ser entendida não apenas o efetivo resultado proporcionado pelo processo, mas também os meios ordenados à sua obtenção.

6. Embora não se discuta a importância do *pedido* para determinar o conteúdo da tutela jurisdicional perseguida, nem por isso pode ele ser entendido de forma isolada, como se, por si só, bastasse a delimitar o conteúdo da pretensão em relação ao qual repousará a tutela jurisdicional prestada; a *causa de pedir*, nesse contexto, apresenta-se como elemento indissociável da ideia de objeto do processo. Assim, não se trata de admitir como tal apenas o pedido, *interpretado* ou *iluminado* pela causa de pedir, relegada assim ao plano de mera coadjuvante no plano da inteligência da demanda, mas sim o pedido *determinado, justificado, delineado* a partir da *causa petendi* e nela *apoiado*.

7. A cognição plena – ou seja, ampla no eixo horizontal e exauriente no vertical – embora corresponda a modelos procedimentais que permitem a formação da coisa julgada, não pode ser tida como a única resposta possível ao direito de ação. O interessado, a depender da natureza da crise jurídica em que esteja envolvido – e, portanto, da providência jurisdicional em razão dela desejada – pode optar por deduzir seu direito à tutela jurisdicional por outras vias que não as conducentes à cognição exauriente, abdicando, em nome de outros valores, ao grau máximo de segurança jurídica propiciado pela coisa julgada.

8. A importância da história na evolução do direito processual é evidente, mas não como elemento a ser considerado isoladamente, de maneira estática, e sim como dado objetivo que revela a *cultura* de um dado agrupamento social em determinada época. A cultura, aqui referida, é relevante tanto como vetor interpretativo do direito positivado, como também influencia a criação de leis, marcando, assim, a evolução do Direito, não sendo nova a análise de sua influência no direito processual.

2. TUTELA JURISDICIONAL E PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

2.1. A Constituição Federal e o processo civil

A influência da cultura sobre o *modo de ser* do processo civil, mais do que decorrência natural da dinâmica da sociedade, dá-se também pela sua ligação com o sistema jurídico como um todo, afirmação que, para além do truísmo por ela veiculado, chama a atenção para a importância da Constituição Federal e do seu óbvio conteúdo político.²⁴⁶

Não bastasse sua óbvia posição hierárquica de destaque no ordenamento, a necessidade de observância da Constituição Federal é didaticamente *relembrada*, por assim dizer, pelo artigo 1º do Código de Processo Civil, que inaugura o bem estruturado Capítulo I do Livro I daquele diploma, destinado às “normas fundamentais do processo civil”.²⁴⁷

A doutrina contemporânea assinala estarmos vivendo, como evolução da noção de Estado Democrático de Direito, o tempo do *Estado Constitucional*,²⁴⁸ como sustenta Priori Posada:

²⁴⁶ “Insisto, pois, numa postura que me parece insuscetível de ser descartada no trato de qualquer problema jurídico: a da necessária referibilidade do jurídico ao político, ao econômico e ao social, a par da necessária referibilidade interna, no especificamente jurídico, do processo, no que for pertinente, ao todo do ordenamento jurídico. Sem esquecer o relacionamento de tudo isso com magistrado, em sua dimensão institucional” (CALMON DE PASSOS, J. J. A crise do processo de execução. ARAKEN DE ASSIS; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (orgs.). *O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 186).

²⁴⁷ “Nas normas fundamentais contidas em seus capítulos iniciais o Código de Processo Civil revela seu próprio espírito (mens legis), ou sua própria alma, mediante a explicitação das grandes linhas políticas e metodológicas que hão de prevalecer em toda a ordem processual civil e na interpretação de todos os textos de conteúdo processual, quer aqueles contidos nele próprio, quer em leis extravagantes. O que dispõem seus arts. 1º a 20 atua no sistema processual civil como verdadeiras normas de superdireito, ou direito sobre direito, responsáveis pela harmonia entre todas as demais normas processuais e pela consistência orgânica do próprio sistema. O acatamento desses preceitos constitui também penhor da previsibilidade dos julgamentos pelos juízes e da confiabilidade do próprio Poder Judiciário que são tarefas convergentes à segurança jurídica indispensável na sociedade severamente assegurada pela cláusula *due process of law*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. I. p. 25).

²⁴⁸ Aponta Luis Roberto Barroso que a noção de estado constitucional de Direito formou-se a partir de três marcos, a saber: a) histórico: indicativo do período pós-guerra (notadamente na Europa) e a redemocratização (nos países subjugados a regimes de exceção, como o Brasil; b) filosófico: referente à formulação dos cânones do pós-positivismo e o conseqüente destaque do princípio da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade, c) teórico: abrangente do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da reelaboração doutrinária da interpretação constitucional (*Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 277 e seguintes).

En nuestro tiempo es del Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar a la concepción de Estado de Derecho. Este cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. De este modo, el Estado Constitucional no solo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado Constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular.²⁴⁹

Dentre os diversos pensadores que teorizaram sobre o Estado Constitucional (ou *neoconstitucionalismo*, termo igual ou até mais difundido²⁵⁰), Gustavo Zabrevelsky anota que “o mundo do direito está saturado de leis. A legalidade, como correspondência à lei, ficou a ser apenas unidade de medida jurídica e desautorizou a legitimidade, como correspondência ao direito”, que acaba transformando-se em “instrumento para todas as aventuras do poder, seja este qual for, democrático ou antidemocrático, liberal ou totalitário”.²⁵¹

²⁴⁹ POSADA, Giovani F. Priori. La constitucionalización del derecho procesal. *Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 912-913. Nesse mesmo estudo o autor arrola uma série de premissas que devem caracterizar o processo no Estado Constitucional, destacando-se dentre as vinte e uma apontadas, a que se apoia na necessidade de desenhar um processo idôneo e especial para a proteção de cada uma das necessidades de tutela das diversas situações jurídicas possíveis (item 1), com a previsão de processos especiais para controvérsias simples ou complexas (1c), no abandono do formalismo, em prol da efetiva outorga da tutela jurisdicional (10a) e, por fim, a que me parece mais significativa, fulcrada na simplicidade dos procedimentos (18) (p. 932-936).

²⁵⁰ “O termo “neoconstitucionalismo” foi proposto pela Escola de Gênova, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos. Susanna Pozzolo utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um “grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho”, em particular, “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino”. Enunciada a palavra, Mauro Barberis se considera o primeiro a propor-lhe um conceito: trata-se, segundo ele, de uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>, consulta em 28 de jul. de 2019.

²⁵¹ A Lei, o Direito e a Constituição. Trad. António Rocha. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html?impressao=1#>>, acesso em 30 de jul. de 2019. [s.p.]. Adiante ressalta: “Pensámos que a Constituição poderia situar-se lá em cima, glorificada nas esferas do poder ofuscante, ou seja, do lado de Creonte; em vez de se situar (também e) antes de mais nas relações interpessoais dos pequenos círculos sociais e nas relações entre os grupos sociais e depois, sempre a subir, até ao círculo mais amplo que coincide com a colectividade nacional; e mais além ainda, para que os princípios de valor universal que ela encerra se possam estender, juntamente com os das outras Constituições, de modo a construir contextos constitucionais supranacionais. Descurámos Antígona, ao não pensar que a Constituição dever ser acima de tudo uma sua norma, e não de Creonte, e deste modo continuámos a aplicar as categorias mentais e jurídicas que provêm de um passado essencialmente autoritário que pressupunha, designadamente através do uso da força,

A valorização da Constituição Federal, no Brasil e em países vizinhos, tem especial significação também como um dos *símbolos* da retomada dos regimes democráticos no último quarto do século passado, após períodos relativamente longos de sujeição dessas nações a poder de matiz ditatorial.²⁵²

Não à toa a Constituição deve ser encarada como elemento de tessitura aberta, viabilizando o estabelecimento ideal de uma sociedade pluralista e democrática,²⁵³ expondo André Rufino do Vale a maneira pela qual a Carta Maior é idealizada para alcançar tal desiderato:

No Estado constitucional, a marcante presença de normas constitucionais que fazem constante referência a direitos fundamentais e a princípios de justiça material, assim como a inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o conteúdo substancial disposto na Constituição e nos princípios superiores do sistema, acabam tornando inadequadas as teses positivistas da rígida separação entre Direito e moral e da unicidade do critério formal de validade das normas, traduzido na norma fundamental de Kelsen e na regra de reconhecimento de Hart.²⁵⁴

uma sociedade passiva sobre a qual o direito impendia do alto, do soberano do Antigo regime ou do Estado Soberano, sujeitos igualmente absolutos na sua pretensão monopolista de dispor de todo o direito por meio de leis”.

²⁵² “Al concluir la Segunda Guerra Mundial comienza la Guerra Fría, que tuvo evidentes repercusiones en Iberoamérica. La división entre potencias antagónicas e ideologías enfrentadas fue una de las causas del predominio de gobiernos militares en América Latina. Entre los múltiples efectos de la finalización de la Guerra Fría producida en los años ochenta se destaca la inauguración de un escenario favorable al surgimiento de gobiernos democráticos en Latinoamérica. Los procesos democráticos surgidos en ese contexto generaron dos importantes repercusiones. La primera consistió en la revalorización de los textos constitucionales que mayoritariamente fueron reformulados. Las Constituciones comenzaron a ser entendidas efectivamente como textos claves para la vida democrática de los Estados. La segunda fue la adhesión de los Estados latinoamericanos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (OTEIZA, Eduardo. Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la comunidad internacional. In OTEIZA, Eduardo (coord.). *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 39).

²⁵³ Para Adriano Cesar Braz Caldeira esse objetivo não pode ser atingido apenas pela Constituição isoladamente: “Não coadunamos com a doutrina que sustenta que a Constituição Federal de 1988 foi estabelecida com esteio em novos pilares, menos ainda que represente um Estado com características sociais e democráticas. O Brasil, ainda hoje, ressalta-se não logrou a condição de nação social, senão, convive com fragmentados de direitos sociais, conquistados a duras penas em razão de movimentos organizados que, a cada dia, tornam-se mais e mais raros, o que também se apresenta como fruto de um trabalho de denominação política e econômico. Desse modo, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 continua tendo como pilares de sustentação a propriedade privada, a subjetividade dos direitos e a tutela dos sistemas político e econômico, sendo essas, normas de aplicação imediata, garantindo-se os direitos sociais apenas por normas programáticas. Saliente-se, ainda, que toda essa estrutura de ideologias dominadoras só é possível valendo-se do tradicionalismo imposto por um sistema positivista superado, mas que se apresenta como útil mecanismo de regência social e administração das instituições” (*Jurisdição e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2019. p. 37).

²⁵⁴ Aspectos do Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*. [s.l.], v. 09, jan-jun/2007. p. 72.

Igualmente significativo é o posicionamento de Eduardo Cambi:

O direito, antes de ser regra e instituição, é discurso, cujo significado está em suspensão, pois se articula entre as coisas: entre a regra (que nunca é, inteiramente, normativa) e o fato (que jamais é, completamente, fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça. As Constituições modernas exercem um papel relevante na modificação da realidade, pois se caracterizam pela existência de metarregras (direito sobre direito), isto é, são dotadas de normas superiores (supremacia da Constituição), justamente para vincular os poderes públicos (inclusive para impor limites aos interesses da maioria), a fim de transformar o direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos.²⁵⁵

Nesse contexto, a influência da Constituição sobre o agir do Estado dá-se de várias maneiras,²⁵⁶ seja como limitador de sua atuação sobre a esfera de interesses do cidadão, seja como vetor de implementação de políticas públicas.

Para o que aqui mais interessa, daí decorre que influência da Constituição Federal sobre o processo,²⁵⁷ se em parte variável de acordo com este ou aquele sistema jurídico (no caso brasileiro, por exemplo, há a previsão das linhas gerais de organização do Poder Judiciário, com a indicação dos órgãos que o compõem – art. 92 – e das competências respectivas, ao longo do artigo 102 e de outros, subsequentes), ostenta um conteúdo mínimo,²⁵⁸ representado pelos princípios

²⁵⁵ *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 27.

²⁵⁶ “Concretização da ordem constitucional não se dá em ambiente estático, imutável, com uma constelação permanente de problemas e tensões. A força normativa da Constituição é algo que se dá a conhecer de forma móvel e progressiva, agregando elementos a partir do intenso entrechoque de ideias e interesses postos em debate, em um processo de depuração conceitual informado pela experiência prática e adaptativa de operação do sistema” (FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”*. AMARAL, Guilherme Rizzo do; CARPENA, Márcio. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13).

²⁵⁷ Com bem sintetizado por Cassio Scarpinella Bueno: “O que deve ser posto em relevo é a constatação de que, nos padrões atuais de interpretar e aplicar o direito como um todo – e o direito processual civil em específico –, os padrões da hermenêutica tradicional mostram-se insuficientes. Eles não conseguem comunicar às normas jurídicas o seu rico campo de abrangência e as variadas gamas de interpretação desejada (e verdadeiramente incentivada) de seus textos desde o plano constitucional. Já não há espaço para analisar o Código de Processo Civil como se ele fosse uma realidade normativa própria e que não precisasse comunicar-se com a Constituição Federal para os fins e pelos motivos até aqui expostos” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 109). Para Daniel Mitidiero: “Relações entre o processo civil e a Constituição são relações dialógicas, de recíproca implicação. Há na doutrina contemporânea um diálogo constante entre o direito processual civil e o direito constitucional, a ponto de muitos autores falarem, de um lado, em uma teoria processual da Constituição e outro surpreendendo o tema por um ângulo diverso de visão em uma teoria constitucional do processo, como desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de atuação do processo civil” (*Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39).

²⁵⁸ Há quem verifique, em parte com razão, que os direitos humanos de natureza *substantiva* acabam ganhando maior projeção e rendendo abordagens mais significativas que as garantias de índole processual: “While some human rights were made famous by national mottos like the French *liberté, égalité et fraternité* (or, in an Anglo-American version, *life, liberty and property*), the other human rights have not attracted such attention. Generally, substantive human rights were discussed and appreciated

constitucionais aplicáveis ao processo.²⁵⁹

Ao tratar do tema, é impossível não pensar, de pronto, no princípio que se tem como verdadeiro polo irradiador de todos os demais, qual seja o *devido processo legal*, ainda que com a ressalva de Nelson Nery Junior e Georges Abboud:

A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela *processual*, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.²⁶⁰

Há traços históricos do princípio que o conectam a um instrumento de neutralização da intervenção do Estado na esfera de interesses de cada um, daí porque, provavelmente em razão da falta de expressa previsão do princípio do contraditório nas Constituições brasileiras anteriores à atual, alguns faziam umbilical

more than procedural human rights. Some attention of the public, media, art and literature was given to the rights of the accused in criminal proceedings, such as the right to professional legal defense and the privilege against self-incrimination. These rights attracted considerable attention among scholars of comparative procedural law. Civil justice, on the contrary, was never considered so exciting - yet, without an effective and well-balanced set of procedural rights, the substantive rights and freedoms of almost any business and individual would not enjoy effective protection before the civil courts of law. (UZELAC, Alan; VAN RHEE, Uzelac. Introduction. _____; _____ (coords.). *Revisiting procedural human rights: fundamentals of civil procedure and the changing face of civil justice*. Cambridge: Intersentia, 2017. p. 03).

²⁵⁹ Já há muito apontava Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Por que essas referências à “vontade” da Constituição e à “alma que inspira e aquece esse pergaminho que cada vez mais serve de bússola aos povos democráticos? Porque é na sua força normativa que repousa a segurança dos cidadãos e a paz social, na qual o legislador busca diretrizes e o jurista encontra os alicerces da ordem jurídica. Porque é na Lei Maior que se encontram os princípios que inspiram, regem e disciplinam o processo” (O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. _____ (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 80). Para Sérgio Gilberto Porto: “Assim, com a formalização do escopo constitucional do processo civil coevo como afirmado inauguramos definitivamente uma nova fase para a função processual. Entretanto, não deixou o processo de ser instrumento de realização do direito. Contudo, mais do que em qualquer tempo hoje instrumento de realização de propostas constitucionais, daí possível afirmar que este é instrumento prioritariamente a serviço dos valores constitucionais. E, como tal, sofreu realinhamento cultural. Portanto, o Código de Processo Civil de 2015 formalmente inaugurou a fase da instrumentalidade constitucional” (*Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 113-114).

²⁶⁰ *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 187. Para Daisson Flach: “O direito ao devido processo legal, ou ao justo processo, garantia que, de certa forma, sintetiza as demais, é, portanto, entendido em suas duas dimensões: formal e material. Deve o processo estruturar-se formalmente de modo a dar cumprimento, tanto quanto possível, aos vários princípios implicados, estabelecendo, a cada passo, a sua devida ponderação. A noção atual de instrumentalidade postula um processo tecnicamente estruturado que possa atender aos aspectos éticos da atividade judiciária. As garantias formais não são um fim em si mesmas, devendo oferecer, dentro das possibilidades, resultado materialmente justo” (Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”. AMARAL, Guilherme Rizzo do; CARPENA, Márcio. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 20).

ligação entre os dois princípios.²⁶¹

Embora não seja passível de discussão a magnitude do contraditório, também o princípio da efetividade do processo deve ser encarado como decorrência não só de dispositivo constitucional (art. 5^o, XXXV), mas como elemento do devido processo legal.²⁶²

Como aponta Ovídio Araújo Baptista da Silva:

A questão para a qual desejo chamar a atenção do leitor define-se muito singelamente deste modo: - o “devido processo legal” é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente “devido”, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um “devido processo legal”, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o “devido processo legal”, com “plenitude de defesa”? Afinal, ao importarmos o instituto originário do direito anglo-americano, estaremos dispostos a reconhecer a existência também de um *substantive due process*, ao lado da dimensão meramente processual do instituto?²⁶³

O devido processo legal consubstancia “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado²⁶⁴,

²⁶¹ “No plano constitucional, somente por esforço interpretativo é que se podia antes de 1988 enxergar a garantia da ampla defesa e do contraditório às normas de processo civil. A aplicação do princípio da inafastabilidade da lesão ao Poder Judiciário, combinado com o princípio da igualdade e do devido processo legal, estabelecia que a decisão do órgão jurisdicional, para ser legítima perante um Estado de Direito, necessitava conferir a ambas as partes a possibilidade de apresentarem suas defesas, suas provas e enfim, sua influência sobre a formação do livre convencimento do juiz” (STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O provimento jurisdicional e a garantia de contraditório. PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 77).

²⁶² “Propomos, a partir desta visão (efetividade como elemento do devido processo legal), aplicada ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, no qual as garantias decorrentes do *due process* foram positivadas em princípios expressos, a revelação ou a “construção doutrinária” do princípio da *efetividade do processo*, na qualidade de elemento do devido processo legal. A norma principal da efetividade do processo é princípio constitucional implícito extraído do devido processo legal (inc. LVI), com respaldo normativo no princípio constitucional da ação (art. 5^a, XXXV)” (MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72).

²⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 154.

²⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 133. Não por acaso a cláusula do *due process* tem íntima identificação com instrumentos destinados a refrear a eventual sanha autoritária do Estado, como anota Leonardo Faria Schenk: “A ideia de processo justo atua assim como síntese harmônica dos componentes ideológicos e fatores técnicos e estruturais de determinado modelo processual constituindo garantia solene e irrevogável de não retorno aos tempos duros de uma justiça autoritária e inquisitória, própria dos regimes totalitários” (*Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-36).

sendo a enumeração, pela própria Constituição Federal, de outros princípios opção política que, mesmo sem prejudicar a compreensão do tema, não se revela essencial.

Ninguém duvidaria, por exemplo, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, mesmo que inexistisse a norma jurídica inserta no artigo 93, IX, da Constituição Federal, como corolário do *devido processo legal* e, mais do que isso, como instrumento de justificação da própria intromissão do Estado – pela via jurisdicional – na vida do cidadão.

Há quem critique a amplitude sugerida pela nomenclatura usual, noticiado Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero noção contemporânea correntia na doutrina europeia, que melhor expressa o alcance do princípio:

A Constituição fala em *devido processo legal* (*due process of law*) A expressão é criticável no mínimo em duas frentes. Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de processo justo*. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma *dimensão substancial* à previsão (*substantive due process of law*), quando inexistente necessidade de pensa-la para além de sua dimensão processual no direito brasileiro. Daí a razão pela qual prefere a doutrina falar em direito ao processo justo (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair triar*) - além de culturalmente consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo.²⁶⁵

Parece claro, ainda que se trate de ideia um tanto etérea, que os princípios do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional entroncam-se (ou defluem)²⁶⁶, da noção de *processo justo*,²⁶⁷ expressão que a mim ressoa mais significativa:

Nesse quadro se insere a mudança de perspectiva por que tem passado o fenómeno processual dos tempos atuais. A constitucionalização do “direito

²⁶⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 87

²⁶⁶ Ainda que não exclusivamente, posto que outros princípios constitucionais são igualmente contemplados: “Um processo desenvolvido sem dilações indevidas, julgado com imparcialidade, com preservação do contraditório, do direito ao recurso e da ampla defesa, com provas lícitas e, sobretudo, o respeito ao devido processo legal, eis a fórmula do processo efetivo e justo” (CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Jurisdição e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2019. p. 47).

²⁶⁷ “Nesta direção, o contraditório vem, de novo deslocado das margens ao centro do fenómeno processual: não é mais uma prova de força, mas se toma um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório, mas, com a expressão “princípio” aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo uma daquelas *regulae iuris* recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade. Estamos, com toda probabilidade, nas matrizes da noção de “justo processo”. Aqui, contudo, começa um outro discurso” (PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 143).

ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º inciso XXXV, Constituição brasileira), de envolta com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do “resultado”, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre “o agirem juízo” e a “tutela” jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido.²⁶⁸

Há quem vislumbre na ideia de processo justo, ao influxo de valores de matiz filosófico, elementos ligados à sua eficácia prática, ou seja, um conteúdo de preponderante relevância material:

Reafirma-se, por fim que o Processo Justo não é o que contém pura e simplesmente as garantias formais, e sim, par de tais garantias e com maior relevo a garantia de sua especificidade e eficácia, na práxis, o que equivale a Processo Justo no plano substantivo, ou seja, o que atuar a jurisdição naquela situação fática que a fez sair de sua etapa genérica, abstrata inerte para atuar na etapa restrita, materializada em movimento e por fim, especificar-se com eficácia no fato social que a provocou engendrando segurança jurídica não só nos protagonistas da relação processual mas também em todos os integrantes do grupo social a que pertencem.²⁶⁹

Em sentido semelhante segue a opinião de José Aurélio de Araújo:

Conforme afirma Alberto Tedoldi, o conceito de justo processo baseado na justiça procedimental pura está superado. O justo processo é aquele que dá às partes o acesso à ordem jurídica justa e que, portanto, tem por objetivo alcançar, através da dialética e da cooperação entre as partes e o juiz, decisão materialmente justa quanto aos fatos e aos direitos”.²⁷⁰

O maior destaque aqui dado a esse aspecto, principalmente em relação à necessidade de serem pensada – e aplicadas – formas variadas de cognição, como instrumento de outorga de maior efetividade à tutela jurisdicional, é proposital, já que essas ideias serão melhor exploradas nos capítulos subsequentes.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.84. Bem pondera João Batista Lopes: “A doutrina processual alude, com frequência, à efetividade do processo no sentido de que o juiz deve garantir ao titular de um direito tudo o que ele poderia conseguir se não houvesse a necessidade de instauração de processo. Com maior precisão, deve falar-se em efetividade do direito tutela jurisdicional, alcançada em processo justo, e não em efetividade do processo. Processo justo, na lição de Comoglio, Ferri e Taruffo, é o que obedece ao modelo-base estabelecido na Constituição, ou seja, o que consagra, entre outros, o direito de ação, o juiz natural, a garantia da defesa, o direito à prova, a motivação da sentença, a efetividade da tutela etc.” (Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 510.

²⁶⁹ GONÇALVES, Willian Couto. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.

²⁷⁰ *Cognição sumária, cognação exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35. Adiante complementa: “A cognição adequada é que vai determinar a necessidade do procedimento comum ou do célere formal ou materialmente sumário ou de urgência cautelar. O elemento de maior complexidade da matéria julgada ponderado com o perigo na demora, é que possibilita a duração razoável do processo justo: o balanceamento e o equilíbrio entre celeridade e contraditório participativo são feitos pela cognição adequada” (p. 84).

Antes, porém, convém analisar eventuais condicionantes, cristalizadas no princípio do contraditório, contrárias à adoção de técnicas processuais (a incluir a modulação da cognição prestada em determinado caso concreto), sendo imperioso, a partir da premissa de que nenhuma garantia constitucional é absoluta, o cotejo de tal princípio com à ideia de efetividade.

2.2. A relevância e a aplicabilidade dos princípios jurídicos

O estabelecimento de princípios pela Constituição Federal, notadamente porque intimamente ligados à ideia de direitos fundamentais, é fruto do ambiente cultural em que concebida a atual Carta Magna, imediatamente posterior a período superior a duas décadas em que, em maior ou menor grau, as garantias do cidadão foram arranhadas pelo Estado.²⁷¹

Como adverte Luis Roberto Barroso:

Direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, no seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juízo constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial.²⁷²

Além de enfeixarem um valioso rol de direitos fundamentais, os princípios atuam como vetores hermenêuticos, determinando – ou ao menos fornecendo –

²⁷¹ Criticando o “garantismo” (nas palavras do autor) com que os princípios constitucionais atingem o processo civil, ponderou Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O fenômeno é compreensível, e até diríamos natural, considerando o ambiente e o condicionamento ideológico sob o qual trabalhou o constituinte brasileiro ao elaborar a atual Constituição Federal. As Constituições redigidas após a derrubada de regimes políticos totalitários, onde o desrespeito pelos direitos mais elementares da pessoa humana propicie as torturas e até o assassinato oficiais, em nome da “segurança nacional”, como ocorreu entre nós, em geral excedem-se no cuidado contra o arbítrio e a prepotência do Estado”. (A “plenitude de defesa” no processo civil. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 149). Na mesma direção, com crítica à generalização da cognição plena: “O processo judicial no Brasil, visto a partir de sua disciplina constitucional, foi por muito tempo focalizado como ura sistema de garantias contra o arbítrio e o personalismo, impondo limitações ao poder de julgar em nome da ideia de segurança jurídica, tão cara ao pensamento moderno. Respalhada pelo discurso científico da modernidade, essa visão forçou processo tendencialmente plenário, de feição cognitivista e pródiga recursividade”. (FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”*. AMARAL, Guilherme Rizzo do; CARPENA, Márcio. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23).

²⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 334.

elementos que auxiliam na definição do alcance dos dispositivos legais em geral.²⁷³

É possível vislumbrar, ainda, uma *função bloqueadora* dos princípios, no sentido de afastar a incidência de regras que, malgrado sua previsão legal, mostrem-se incompatíveis com os valores salvaguardados pelos princípios.²⁷⁴

Mas o que visam resguardar, cada qual a sua maneira, os princípios do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional? Sob a ótica dos interesses tutelados por ambos, há conflito ou convergência entre ambos?²⁷⁵

Tradicionalmente, a doutrina lança mão de um outro princípio (o da proporcionalidade) para resolver aparentes antinomias entre princípios,²⁷⁶ o que nem

²⁷³ “John Rawls e Cass Sunstein já advertiam sobre a necessidade de compreendermos os princípios constitucionais como normas de prioridade e de harmonização do sistema jurídico, eis que os primeiros conduzem a uma hierarquia de princípios interpretativos, enquanto os segundos, a um princípio de conciliação em caso de conflito prático, variando o grau de proteção da norma segundo a circunstâncias do caso a que se aplica” (LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96).

²⁷⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 22. Elaborou o autor o seguinte exemplo: “Por exemplo, o art. 488, II do Código de Processo Civil de 1973 previa que o autor era obrigado a depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa juntamente com a petição inicial da ação rescisória. Interpretado literalmente, independentemente do valor da causa, mesmo que ela fosse de um trilhão de reais, o autor deveria depositar. Ocorre que isso poderia, no caso concreto, gerar uma situação em que a pessoa teria o seu acesso à justiça negado por não conseguir efetuar o depósito estipulado. Assim, bloqueadora do princípio constitucional do acesso à justiça (art 5º, XXXV, CRFB) impediria essa interpretação, criando a necessidade de se estabelecer um limite. Neste sentido, andou bem o Código de Processo Civil ao estabelecer no § 2º do art. 968 que o depósito não será superior a 1.000 (mil) salários mínimos” (*idem, ibidem*).

²⁷⁵ “Assim, o enunciado de um princípio não implica a obrigação de que os destinatários se adequem totalmente a ele, realizando uma atividade específica, mas equivale a estabelecer uma razão que, *prima facie*, suporta qualquer comportamento que contribui para a efetivação daquele princípio. Isso significa que a esfera da aplicabilidade dos princípios é relativamente indeterminada. Além disso, os princípios são suscetíveis de expansão e de compressão: para saber qual o alcance efetivo de um princípio é preciso não apenas observar seu teor literal, mas também o conteúdo dos outros princípios concorrentes potencialmente aplicáveis, se existentes, bem como as circunstâncias do caso concreto” (FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Trad.: Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 17).

²⁷⁶ Como anota Humberto Theodoro Júnior: “Há em semelhante conjuntura um confronto de princípios processuais: de um lado, incide a garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), e de outro, a garantia, também constitucional, do contraditório (CF, art. 5º, LV). O impasse se resolve, portanto, pelo postulado da proporcionalidade, que não acarreta a invalidação de um princípio pelo outro. Ambos incidem, mas em momentos diferentes: justificada a urgência da medida em nome da efetividade jurisdicional, o contraditório fica apenas diferido para outro momento, situado depois da tomada de decisão emergencial” (As normas fundamentais do processo civil. In _____; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coords.). *Primeiras lições sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19). No mesmo sentido: “Entre as opções sugeridas encontra-se o *princípio da proporcionalidade* como forma de controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. A utilização do princípio da proporcionalidade, além de configurar um efetivo instrumento de controle de constitucionalidade, permite ao aplicador do direito justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais, bem como optar por um dos direitos fundamentais ou garantias individuais, quando há um aparente conflito entre eles”. (SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos*

sempre conduz a resultados seguros, a não ser que se aceitasse ser a proporcionalidade, ela mesma, um *superprincípio*.

A obra *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, de Humberto Ávila, goza de prestígio internacional e, em apertada síntese, trata-se de crítica às noções mais difundidas a respeito dos princípios e das regras jurídicas,²⁷⁷ propondo o autor abordagem diferenciada e, segundo me parece, logicamente mais valiosa.

É evidente que a intenção, aqui, não é elaborar uma resenha crítica da obra como um todo, mas ressaltar as ideias que, no contexto da pesquisa, mostraram-se mais significativas.

Uma das formas mais eficazes de compreender o alcance (e a finalidade) dos princípios é expor, a partir do cotejo deles com as regras, as diferenças existentes, sendo este um dos pontos de destaque da teoria desenvolvida por Humberto Ávila.

O autor traça as distinções a partir de quatro critérios, a seguir expostos sinteticamente:²⁷⁸

a) hipotético-condicional: fundado na premissa de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo operador para encontrar a regra aplicável.

b) modo final de aplicação: fulcrado na circunstância de que as regras são aplicadas de modo absoluto (“tudo ou nada”), ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual (“mais ou menos”).

c) do relacionamento normativo: justificado pela ideia de que a antinomia entre as regras representa verdadeiro conflito, solucionável com a

efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 165).

²⁷⁷ “Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre princípios e regras. Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 46).

²⁷⁸ *Idem*, p. 59-60.

declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, “ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles”.²⁷⁹

d) fundamento axiológico: que considera que apenas os princípios, e jamais as regras, devem ser tidos como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

O terceiro fundamento, quiçá por ter aplicação prática mais evidente, parece o mais relevante, por aclarar que eventual conflito entre princípios, mais do que representar a exclusão de um em detrimento do outro, enseja a conciliação das características que possam coexistir, sustentando uma decisão (= interpretação) juridicamente mais *densa*.

Interessante construção, quanto a esse aspecto da confluência de princípios, é subministrada pelo autor:

A primeira delas diz respeito ao fato de que a realização do fim instituído por um princípio sempre leve à realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios interdependentes. Por exemplo, o princípio da segurança jurídica estabelece a estabilidade como estado ideal de coisas a ser promovido, e o princípio do Estado de Direito também alça a estabilidade como fim a ser perseguido. Nessa hipótese não há limitação recíproca entre princípios, mas reforço entre eles. Mas, quando a realização do fim instituído por um princípio sempre levar à realização do fim estipulado por outro, não há o dever de realização na máxima medida, mas o de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio, vale dizer, na medida necessária.²⁸⁰

Tal qual verificar-se-ia em relação aos princípios ligados à ideia de *processo justo*, o que conduz à conclusão de que o princípio do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional, no tópico seguinte melhor abordados, não

²⁷⁹ *Idem*, p. 60.

²⁸⁰ *Idem*, p. 85. Adiante aborda situação diametralmente exposta: “A segunda hipótese versa sobre a possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios que apontam para finalidades alternativamente excludentes. Por exemplo, enquanto o princípio da liberdade de informação permite a publicação de notícias a respeito das pessoas, o princípio da proteção da esfera privada proíbe a publicação de matérias que digam respeito à intimidade das pessoas. Isso significa que, quando a realização do fim instituído por um princípio exclui a realização do fim estipulado pelo outro, não se verificam as citadas limitações e complementação recíproca de sentido. Os dois devem ser aplicados na integralidade de seu sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles. Essa situação é semelhante, portanto, ao caso de colisão entre regras” (*idem*, p. 85-86). Não me parece que o princípio do contraditório e da efetividade encaixem-se nesta hipótese.

são, a rigor, excludentes,²⁸¹ se considerado que o atingimento daquele ideal é o fim de ambos.²⁸²

Reforça essa ideia o aspecto que aqui ressalto, em rápida revisita ao tema tratado no tópico anterior, de que a expressão “justo processo” não deve ser tomada como expressiva de valor restrito a aspectos formais ou procedimentais, mas há de ser, ao invés, tida como abrangente da própria justiça *material* da tutela jurisdicional prestada em concreto.²⁸³

Ainda na construção de sua teoria por meio da exploração das distinções havidas entre regras e princípios, assim deixou assentado Humberto Ávila:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.²⁸⁴

²⁸¹ “É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano. Assim, para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 191).

²⁸² “Em primeiro lugar, nem todos os princípios exercem a mesma função: há princípios que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, como os princípios republicanos, federativo, democráticos, do Estado de Direito, e há princípios que conformam o conteúdo e o fins da atuação estatal, como os princípios do Estado Social, da liberdade e da propriedade. Se os princípios dizem respeito a diferentes aspectos da atuação estatal, a relação entre eles não é de concorrência, mas de complementação. Metaforicamente eles não se “ombream” uns com os outros, mas se “imbricam” em relações diversas de forma-conteúdo e gênero-espécie. Não se pode, pois, falar em oposição ou em conflito, mas apenas em complementaridade” (idem, p. 152).

²⁸³ “Não há dúvida de que o legislador constitucional, ao disciplinar os princípios constitucionais do devido processo legal para o exercício da jurisdição teve por objetivo a realização de um “justo processo”. Mas, evidentemente, somente o respeito formal não é suficiente à realização de uma decisão “justa”. (...) Quando se pensa no “justo processo” no seu aspecto material, faz-se uma reflexão de que o processo venha a ser um instrumento de real realização dos direitos e não apenas um sistemático instrumento para rendê-los sem eficácia e sem efetividade. O que se pretende é a justiça do processo vinculada com a justiça da decisão e não sua mera regularidade ou legalidade. Deseja-se prescrever uma concepção cognitivista e não meramente decisionista do processo jurisdicional, onde o acerto verdadeiro dos fatos e do direito constitua um fundamento regulativo ideal” (SOUZA, Artur César de. *Justo processo ou justa decisão*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 196, jun/2011, p. 481 e 482).

²⁸⁴ Idem. p. 95. Adiante melhor a clara tal ponto, indicando que os “princípios descrevem estados ideais que devem ser promovidos ou conservados” (p. 108).

Qual seria então, a partir de tal lição, o “fim juridicamente relevante” do princípio do contraditório, senão assegurar a prestação da tutela jurisdicional de modo mais rente à realidade e com maior aderência ao senso de justiça, revelando de modo nítido, no particular, seu imbricamento, pela ótica da “forma-conteúdo”, com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Se analisarmos as distinções entre tais princípios sob a ótica subjetiva (ou seja, de quem requerer a prestação da tutela jurisdicional em face de quem ela é pedida), eles podem parecer situados, ontologicamente, em planos conflitantes.

Mas esse não é o foco mais adequado, senão aquele indicado nos parágrafos anteriores, pois, em termos *objetivos*, os dois princípios confluem para um mesmo fim, sendo plenamente *harmonizáveis*.²⁸⁵

2.3. Elementos essenciais da tutela jurisdicional

2.3.1. O princípio da efetividade

Em todos os ramos da ciência existem ideias que se caracterizam pela obviedade, decorrente do consenso que se forma, ao longo do tempo, em relação a elas.

É evidente que não há, nisso, nenhum mal, até porque o estabelecimento – e, mais do que isso, a plena aceitação – de algumas premissas fundamentais é imprescindível ao estabelecimento de bases fundamentais seguras para o desenvolvimento desta ou daquela ciência.

A noção de que a tutela jurisdicional prestada a quem tem razão, como corolário do exercício do direito de ação e das funções da jurisdição, deve ser *efetiva*, é uma

²⁸⁵ “Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tomar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, assumo sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro. Assim é que a conveniência de preservar a intimidade de terceiros – e, em certa medida, das próprias partes – sugere que se admitam barreiras à averiguação dos fatos relevantes para a solução do litígio; se a lei, por vezes, ultrapassa no particular os lindes do plausível constitui outra questão, que terá de ser analisada caso a caso e, seja como for, não invalida o princípio” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21).

dessas verdades absolutas, tanto que alçada à condição de princípio, justamente por seu cariz de norma superior que define um estado ideal a ser perseguido, ainda que não haja, explicitamente, sua previsão no texto constitucional.²⁸⁶

Tanto assim que não se trata de preocupação nova.

Anota J.J. Calmon de Passos que Gimeno Sendra, em conferência realizada na “VII Conferência Mundial sobre Processo”, realizada em Utrecht, Holanda, em 1987, apontou condições para que a administração da justiça possa ser considerada eficaz, sintetizadas na ideia de que, para tanto, deve ser prestigiado

um modelo de processo que, sem esquecer seus princípios constitucionais (contraditório, igualdade de armas, dispositividade nas democracias ocidentais) possibilite uma rápida solução do conflito, mediante o descobrimento da relação jurídico-material debatida e a aplicação, a ela, do direito objetivo, com os mesmos custos para as partes.²⁸⁷

Já Barbosa Moreira apontava, em conhecido estudo originalmente publicado há quase quarenta anos (1982), ser notória “a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo”, elencando o que denominou como “requisitos básicos que o proceso há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de “efetivo””,²⁸⁸ aqui sintetizados:

- o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados e praticamente utilizáveis a todos os direitos contemplados, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico;
- as condições para e efetiva instrução probatória devem ser ideais, a fim de que o convencimento do Juiz seja o mais rente possível à realidade;
- o resultado do processo, a ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e

²⁸⁶ “É interessante notar que o texto constitucional não traz dispositivo que expresse diretamente os valores fundamentais da efetividade e da tutela em tempo razoável. Evidentemente, qualquer interpretação concretizadora da Constituição leva naturalmente a estes princípios que, como valores fundamentais que são, prescindem de formulação textual. Embora inexpressos, são princípios inerentes ao sistema, emanações diretas da autoridade da Constituição” (FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”*. AMARAL, Guilherme Rizzo do; CARPENA, Márcio (coords). *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23). O texto, intui-se, é anterior à promulgação da EC 45/2004, que ao introduzir o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal positivou o princípio da duração razoável do processo.

²⁸⁷ A crise do processo de execução. ARAKEN DE ASSIS; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (orgs.). *O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 187.

²⁸⁸ Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27. Embora incluído nesse coletânea, o artigo foi originalmente publicado em livro em homenagem a José Frederico Marques, editado pela Saraiva em 1982.

energias, deve ser apto a garantir à parte vitoriosa o “gozo pleno da específica utilidade a que faz jus” segundo o direito material.²⁸⁹

Diz-se que não se trata de princípio de expressa previsão porque deflui do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que nem mesmo a lei pode afastar a jurisdição diante de uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, cristaliza o “o direito à tutela jurisdicional *adequada*”, que “pressupõe a existência e o desenvolvimento de um *processo devido* (*fair procedure, faire Verfahren, giusto processo*)”.²⁹⁰

A *adequação* da tutela jurisdicional é, portanto, meio essencial ao atingimento da *efetividade* dessa mesma tutela, tomados os termos na dupla acepção referida no tópico 1.2, *retro*, razão pela qual é preferível aduzir à adequação das *técnicas processuais*:

Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea ao direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa

²⁸⁹ *Idem*, p. 27 e 28.

²⁹⁰ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 192. Para César Asfor Rocha: “Tão-só se admite que se excepcione essa garantia, se tal exclusão decorrer dos próprios parâmetros constitucionalmente eleitos, daí não poderem as normas infraconstitucionais validamente restringir o alcance dessas garantias. Ressalte-se que o conteúdo de tal garantia não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários; de igual modo, assegura o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação do direito, bem como o acesso à ordem jurídica justa” (A Luta pela Efetividade da Jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 42). Já Calmon de Passos empresta à regra constitucional em comento amplitude mais restrita, não a encarando como legitimadora de provimentos jurisdicionais urgentes: “Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação da tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, até porque a liminar é que tem forte dose de suspeição de inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional” (*Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 6).

hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.²⁹¹

A efetividade assume o papel de concretizar uma das características elementares da jurisdição, qual seja sua *substitutividade* em relação à atuação daquele que, como reflexo de determinada relação de direito material, deveria reconhecer espontaneamente o direito subjetivo da parte contrária.²⁹²

Bem sintetiza o alcance da efetividade João Batista Lopes:

A doutrina processual alude, com frequência, à efetividade do processo no sentido de que o juiz deve garantir ao titular de um direito tudo o que ele poderia conseguir se não houvesse a necessidade de instauração de processo. Com maior precisão, deve falar-se em efetividade do direito à tutela jurisdicional, alcançada em processo justo, e não em efetividade do processo.²⁹³

É evidente que outra faceta relevante da efetividade é sua ligação com a *tempestividade* da tutela jurisdicional, ante os evidentes efeitos deletérios do tempo sobre a crise jurídica levada à resolução judicial.²⁹⁴

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 132-133. Adiante pondera: “Portanto, deseja-se propor, neste momento, que o direito à tutela jurisdicional, ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como o direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que então passa a ter um verdadeiro dever de se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (p. 133).

²⁹² Em sentido contrário, com crítica a essa posição: “Efetividade, portanto, é entendida nessa tradicional posição doutrinária como a tutela, a proteção concreta do direito daquele que declarado como seu titular por meio de uma atividade desenvolvida pelo Estado, valendo-se de processo pautado em um sistema de legalidade. Essa concepção de efetividade remonta à tese posta por Chiovenda, de que a atividade jurisdicional do Estado se caracteriza pela capacidade de substituir a vontade das partes litigantes pela vontade da lei, ou seja, liga-se, ainda nos dias atuais, a concepção de efetividade à ideia de imposição, de afastamento da vontade dos litigantes e de legalidade, o que se mostra um equívoco” (CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Jurisdição e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2019. p. 84).

²⁹³ Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 510.

²⁹⁴ “A tempestividade faz parte do princípio da efetividade, pois a demora no processo, as dilações indevidas diminuem ou aniquilam com a satisfação do bem da vida. A demora diminui o grau de efetividade da tutela jurisdicional. Quanto maior a distância entre o pedido e a sentença, ou, ainda, a produção de efeitos do julgado, menor será a eficácia da tutela, menor será a efetividade do processo. Sem dúvida, o tempo no processo tem pertinência com sua efetividade. O dito popular “a justiça tarda mas não falha” representa um equívoco. A demora “patológica” da decisão ou da sua execução leva, muitas vezes, à perda do objeto da lide ou à constituição de situação jurídica que torne dispensável a tutela. De qualquer modo, a demora excessiva afeta a efetividade do direito, até por privar quem tem direito “ao que é seu” ou ainda pela angústia da própria espera” (MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 74. No mesmo sentido: “Mas a noção de jurisdição eficaz só se perfaz no tempo em medida. Tempo em medida, no caso é o que se convencionou relacionar com o prazo razoável. Por isso tem-se ordenado nos tratados, nas convenções internacionais, nas constituições dos mais diversos estados ocidentais, que é direito do cidadão ter acesso à jurisdição por meio de um processo que se faça em prazo razoável” (GONÇALVES, Willian Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 172).

Há, a rigor, um nexos causal entre o atingimento da duração razoável do processo e a adoção de técnicas processuais diferenciadas, tal como procedimentos calcados em cognição sumária, aspecto ressaltado por José Rogério Cruz e Tucci:

Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica de cognição sumária delinea-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.²⁹⁵

Essa conclusão parcial, de tão relevante, será melhor desenvolvida adiante.

Como arremate deste tópico, partindo da premissa de que é óbvia a importância da busca, seja pela lei processual em termos gerais ou pelo juiz em concreto, pela efetividade processual, vale averiguar os limites deste princípio, que só poderão ser ditados, em alguma medida, pelo princípio do contraditório.

2.3.2. O princípio do contraditório

O princípio do contraditório atende uma exigência de fundamento não apenas jurídico, mas sim político, funcionando como elemento legitimador da intervenção estatal na esfera de interesses do cidadão,²⁹⁶ efeito natural, por assim dizer, da

²⁹⁵ *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 122. Em sentido semelhante: “Na realidade as medidas urgentes constituem projeção da promessa constitucional de tutela tempestiva, inerente à efetividade do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV) e sua concessão, como instrumento de combate ao tempo inimigo, é um meio de proporcionar a tutela Jurisdicional em tempo razoável (art. 5º inc. LXXVIII), para que o eventual direito da parte possa ser efetivamente tutelado. Sirvam essas considerações como advertência ao valor das medidas urgentes para a efetividade da tutela jurisdicional e sua conseqüente inserção no sistema do controle jurisdicional imposto pela Constituição Federal e pelo art. 3º do Código de Processo Civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. I. p. 77). A origem de tais concepções foi bem intuída por Jânia Maria Lopes Saldanha: “A partir do momento em que se acentuou o livre acesso aos tribunais e as Constituições passaram a prever mecanismos para garanti-lo, a demanda por Justiça aumentou significativamente. A mudança do influxo do tempo sobre o processo fez-se sentir a ponto de a preocupação com a sua duração tornar-se uma constante, tanto que inscrita no art. 6º, “1”, da Conversão Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” (*Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 251).

²⁹⁶ Ou, como prefere José Roberto dos Santos Bedaque, o “contraditório constitui elemento essencial ao processo, pois é fator de legitimação do resultado” (*Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27). Daí decorre seu matiz constitucional, regra nos países que adotam o modelo de Estado Constitucional: “Ele é uma garantia fundamental da justiça, erigido em dogma constitucional na maioria dos países e se manifesta, também, como um princípio do Estado de Direito. Podemos encontrá-lo, e.g., na Costituzione della Repubblica Italiana, art. 24, 2.º; na Constitución Española, art. 24, 1, na Grundgesetz, art. 103, 1, bem como no art. 6.º da Convention Européenne des Droits de L’Homme que trata do Droit à un procès équitable. No Brasil, este princípio tem guarida no inc. LV, do art. 5.º da CF”

atuação da jurisdição.

Por isso é que, em sua origem, era satisfeito com a simples “bilateralidade da audiência”.²⁹⁷

Para Othmar Jauernig, o *direito de ser ouvido* é “o princípio processual mais importante e elemento irrenunciável de todo o ordenamento processual de Estado de Direito” e visa “garantir às partes um processo honesto”.²⁹⁸

Sobressaía, então, a importância do contraditório como penhor da ideia de *paridade de armas*,²⁹⁹ por seu turno corolário do princípio *ético* da igualdade dos cidadãos perante o Estado, como aliás previsto, de forma pródiga, pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual todos são iguais perante à lei, garantindo-se a inviolabilidade de alguns direitos de destaque, dentre os quais, resvalando-se na redundância, o da *igualdade*.³⁰⁰

Eloquente é a lição de Piero Calamandrei:

Se o direito substancial deve ser igual para todos, no sentido de que a lei geral e abstrata deve ser igualmente aplicada em concreto a todos os casos iguais, não é concebível que o procedimento técnico, que serve para aplicar a lei aos concretos casos controvertidos, se plasmem de modo diverso, segundo as diferentes destrezas das partes em disputa, e que o equilíbrio do contraditório seja perturbado, segundos os casos, pela prepotência do mais forte ou pela habilidade do mais astuto. O direito processual teve sua origem na necessidade que o Estado sentiu de intervir para garantir, como terceiro imparcial, a lealdade do enfrentamento e, posteriormente, quando o encontro das armas se transformou em contraste de argumentação, a lealdade do

(RIBEIRO, Darci Guimarães. Dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no Projeto do Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, jun/2014. p. 13).

²⁹⁷ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 200. Formulação sofisticada foi proposta por Francesco Carnelutti, que aludia à bilateralidade da *ação*: “La acción no corresponde a una parte, sino a cada una de los dos. Su bilateralidad es condición de su utilidad. La actividad de cada parte en el proceso favorece la finalidad de éste, siempre que se integre y rectifique mediante al contradictorio. (...) En virtud de la dirección contraria de los intereses de los litigantes, la bilateralidad de la acción se desenvuelve, pues, como contradicción recíproca; por ello, el contradictorio responde a uno de los principios fundamentales del proceso civil” (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. t. II. p. 61).

²⁹⁸ *Direito Processual Civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 167 e 168.

²⁹⁹ Alude Artur César de Souza, em relação à “paridade de armas”, a ser esse o “fundamento político do direito de defesa, que se apresenta como contraposto negativo da *ação*” (*Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 175)..

³⁰⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

contraditório.³⁰¹

O princípio do contraditório evoluiu desse binômio que lhe era característico (informação/reação) para um *trinômio*, abrangendo também a garantia de *participação* das partes na construção do resultado do processo, de forma “conjunta e recíproca, durante as sucessivas fases do procedimento”.³⁰²

Trata-se de noção corrente na doutrina,³⁰³ que alcança o direito da parte ter “seus argumentos considerados” – com o quê o princípio do contraditório “ganha aspectos substanciais”³⁰⁴ – como também “o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão”.³⁰⁵

Essa maior amplitude do princípio do contraditório começou a ser fulcrada, sob

³⁰¹ CALAMANDREI, Piero. Direito processual e costume judicial. *Processo e democracia*. Trad.: Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 25. Para Barbosa Moreira, a previsão do contraditório, inclusive na produção de provas, “atende à precisão, por assim dizer universalmente reconhecida em nosso tempo, de preservar a dignidade da disputa processual, que deve situar-se em plano compatível com o respeito à personalidade dos litigantes, eliminando-se as surpresas desleais, o emprego insidioso de armas secretas, os golpes desfechados no escuro” (A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65).

³⁰² OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42. Não por acaso, como aponta o próprio autor, é o contraditório “tido pela doutrina como um princípio fundamental do processo civil, do que decorre que o modelo processual civil deve incorporá-lo e ter sua atuação por ele norteada, sob pena de invalidade do processo ou de determinado ato processual” (idem, p. 23). No mesmo sentido: “Vê-se que o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos autos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes” (ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44).

³⁰³ A origem de tal percepção é indicada por André Vasconcelos Roque: “No período que se sucede à 2ª Guerra Mundial, o princípio do contraditório começa a ser revisitado, em primeiro lugar, pelos estudos da doutrina alemã e o desenvolvimento da matéria naquele país. De acordo com Gerhard Walter, o juiz, além de franquear a participação das partes no processo, tem o dever-ônus de considerar a sua argumentação na decisão de levar a sério e sopesar as alegações trazidas pelas partes ao processo. Nesse mesmo período, a doutrina italiana também revisita o contraditório a partir da perspectiva da paridade de armas (para os alemães, *Waffengleichheit*), como se depreende dos estudos de Fazzalari. Daquela dupla dimensão inicial (informação-reação), o contraditório passa a assumir um terceiro aspecto (informação-reação-consideração). Não basta que as partes tenham assegurada a possibilidade de participação formal no processo, é fundamental que o juiz leve em consideração os argumentos trazidos pelas partes. Sob perspectiva inversa, às partes é conferido o direito de influenciar na construção da decisão judicial. Somente assim é que o processo se legitima como instrumento democrático de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito” (ROQUE, André Vasconcelos. *Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, mai/2018. p. 23).

³⁰⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 58.

³⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, jul-set/1993. p. 37.

a ótica da participação,³⁰⁶ no direito à prova,³⁰⁷ envolvendo, hoje, também outra faceta da participação, encarada como *dever* do magistrado na “preparação do julgamento a ser feito”.³⁰⁸

Aproxima-se do princípio do contraditório, sob esse aspecto, o da cooperação (art. 6º, CPC):

No processo, portanto, o juiz nunca está sozinho. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos e de contraestímulos, de ataques e de contra-ataques. Por isso, ele é comparado a um duelo ou um confronto esportivo, mas é um duelo de persuasões e um confronto de argumentos. Nisso consiste aquela característica, a mais preciosa e típica do processo moderno, que é a dialeticidade, que significa dizer que a vontade do juiz nunca é de soberania absoluta, mas sempre condicionada (também no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, isto é, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas. E o mesmo se pode dizer para cada uma das partes, cuja vontade e atividade se plasmam e se ajustam a cada momento do processo aos estímulos que recebem do comportamento do juiz e da contraparte.³⁰⁹

Que o contraditório não se limita à possibilidade de apresentação de defesa, mas manifesta-se ao longo de todo o processo, parece não haver dúvidas, tanto assim que mesmo ao revel é dada a produção de provas, “contrapostas às alegações do autor” como prevê o artigo 349 do Código de Processo Civil, de acordo com lição há muito exposta por Calmon de Passos.³¹⁰

³⁰⁶ “Para que o acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As normas fundamentais do processo civil*. In _____; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coords.). *Primeiras lições sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18).

³⁰⁷ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 198.

³⁰⁸ SOUZA, André Pagani. *Vedações das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 78.

³⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. A dialética do processo. *Processo e democracia*. Trad.: Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 84-85. No mesmo sentido: “A regulação formal visa assegurar a legitimação da decisão, pois quanto mais intensa e aberta for a comunicação entre o órgão judicial e as partes, maiores são as possibilidades de uma aceitação da decisão pelos seus destinatários. Por isso, apesar de desejável a simplificação dos procedimentos jurisdicionais, devem eles garantir a ambas as partes, em situação de igualdade, modos e formas de expressão das suas posições, porque só assim podem elas aceitar a decisão como legítima” (MITIDIÉRO, Daniel. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p. 18).

³¹⁰ “O demandado que não contestou, porque não contestou não pode protestar pela produção da prova testemunhal. Frise-se bem isso. Se o autor não quis produzir prova testemunhal, por ela não protestando, não poderá o réu arrolar testemunhas para serem ouvidas sobre os fatos da causa, porque, não tendo havido protesto, não houve deferimento do meio de prova, sendo impossível sua produção na audiência de instrução e julgamento. Mas se o autor protestou por prova testemunhal, e tal espécie de prova foi deferida, devendo serem ouvidas testemunhas na audiência de instrução e

O que se quer, com isso, é demonstrar que não apenas por meio da apresentação de contestação – modelo formalmente adequado ao processo de conhecimento em sua concepção tradicional – é que se outorga ao demandado a possibilidade de exercício do contraditório, cabendo à norma processual definir, de acordo com as peculiaridades deste ou daquele procedimento, o *meio* adequado ao exercício de tal garantia.

Em termos de direito positivo, a evolução do princípio do contraditório teve capítulo importante com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que a literalidade dos dispositivos constantes das Cartas anteriores³¹¹ pareciam confinar o princípio aos lindes do direito penal.³¹²

Mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe dispositivos em que transparece a preocupação “em atribuir um novo conteúdo para a garantia processual do contraditório – utilizando-se, aqui, expressões como “contraditório estendido” ou “contraditório forte””.³¹³

A própria alocação de tais dispositivos no CPC foi feita de forma bastante didática, prevendo o artigo 7º que compete “ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, logo após enunciar, na primeira parte do dispositivo, a garantia de tratamento isonômico entre as partes, revelando, assim, apego histórico, por assim dizer, à basilar

juízo, nada obsta a que o contumaz apresente o seu rol no prazo do art. 239, § 1º, do CPC. Esta a preclusão prevista na lei: não podem ser ouvidas as testemunhas cujo nome não conste do rol depositado em cartório com dois dias pelo menos de antecedência. O revel não pode arrolar testemunhas para serem ouvidas sobre fatos que não arguiu, mas pode indicar suas testemunhas para serem ouvida sobre os fatos alegados pelo demandante, visando provar que eles ocorreram de modo diverso do exposto, ou mesmo que eles não se verificaram. É o direito à prova contrária, que para existir não precisar estar expresso no código, sendo de deduzir-se necessariamente do princípio da bilateralidade da audiência” (*Da revelia do demandado*. Salvador: Livraria Progresso, 1960. p. 100/101).

³¹¹ O artigo 150 da Constituição de 1967 elencava as garantias fundamentais, prevendo seu parágrafo 15 que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”, enquanto que o 16, textualmente, preconizava que a “instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

³¹² “O constituinte de 1988, ao manifestar que a garantia do contraditório teria influência ao processo civil, dispensou a necessidade de um favorável apoio interpretativo, nem sempre ocorrente. A inovação, que aconteceu para tornar perpétua e invidiosa a aplicação desta garantia, pode ser tida como consequência, e também repulsa, a vinte anos de repressão do Estado, em que ficaram subjugados inúmeros direitos individuais de cada cidadão” (STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O provimento jurisdicional e a garantia de contraditório. PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 78. Adiante acrescentou: “Este modo de ver a atividade processual tem específica relação com os pressupostos políticos da democracia, que visam a evitar o uso indevido do poder pelo Estado, e ao mesmo tempo assegurar a participação dos particulares” (p. 83).

³¹³ OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017. p. 33.

regra da bilateralidade da audiência.

Já o artigo 9º estabelece, em seu *caput*, que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, ou seja, sem que à parte tenha a oportunidade de influenciar na cognição do juiz. Já seu parágrafo único traz exceções – a revelar, por óbvio, que o princípio do contraditório, malgrado sua magnitude, não é absoluto.

Tais exceções dizem respeito à tutela jurisdicional fundada em urgência (inciso I), ou em situações de evidência do direito (II) e, ainda, à decisão que admite a instauração de procedimento monitório e determina a expedição de mandado de pagamento (III).

O artigo 10, por fim, consagra a regra da vedação das decisões-surpresa, impedindo que o juiz decida a respeito de fundamento não submetido ao contraditório, “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Para além de tais dispositivos inseridos no âmbito das normas fundamentais do processo civil, traz o CPC outras regras, esparsas, que em maior ou menor grau tratam do princípio do contraditório e da necessidade de se garantir a participação das partes, destacando-se a possibilidade de saneamento compartilhado (art. 357, § 3º) – a ser realizado em audiência específica para tal fim e de maneira conjunta com as partes³¹⁴ – como também dispositivos esparsos, ligados à produção probatória (v.g. arts. 372, 436, 465 etc.).

A regra geral, no que diz respeito à aplicação concreta do princípio do contraditório, é que ele deve ser *disponibilizado* às partes, e não necessariamente efetivamente exercido, o que retrata uma, dentre várias, distinções entre o processo civil e o processo penal.³¹⁵

³¹⁴ “Assim, o saneamento destina-se a propiciar eficiência à atuação jurisdicional – e conseqüentemente economia processual (duração razoável do processo). Mas também se presta a assegurar previsibilidade (segurança jurídica) e a tornar mais qualificado o debate entre as partes e o juiz (contraditório), ampliando-se as chances de uma solução justa e eficaz” (TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/15. *Migalhas*, ISSN 1983-392X, 07.03.2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>>. Acesso em 03 de ago. de 2019.

³¹⁵ “Assim, se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantido pela Constituição. (...) No processo civil, o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode

Uma única exceção a essa regra é a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.³¹⁶

O CPC de 2015, no *caput* do artigo 503, parece se alinhar ao que o diploma revogado dispunha sobre o tema (no artigo 468), prevendo que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

Por isso é que, no regime anterior, não havia dúvidas de que a coisa julgada abrangia apenas o dispositivo da sentença, não se estendendo à solução das questões prejudiciais resolvidas na fundamentação.

Até porque o artigo 469 definia, por exclusão, que não faziam coisa julgada os fundamentos postos na motivação da sentença, nem a verdade dos fatos tomada como fundamento da decisão e tampouco a solução dada incidentalmente a eventuais questões prejudiciais.

A leitura apressada do artigo 504 do CPC de 2015 poderia fazer supor que nada então mudou, impressão desfeita com a constatação de que foi suprimido o inciso que incluía, dentre os elementos que “não fazem coisa julgada” (na dicção do dispositivo), a solução dada a questões prejudiciais.

Mais do que isso, os dois parágrafos do artigo 503 demonstram que há marcante novidade sobre o tema, sendo possível que a coisa julgada espraie-se para além do dispositivo da decisão, para alcançar também a *questão prejudicial* solucionada na fundamentação, assim entendida como aquelas que, por si só, tendo em vista seu conteúdo, poderiam ser objeto de processo autônomo e representem pressuposto lógico necessário à solução da questão principal.

deixar de apresentar contestação – revelia – sem que isso configure ofensa ao princípio do contraditório. Deve-se, isso sim, dar a ele a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal” (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 199-200).

³¹⁶ Sobre o tema consultar, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *passim*.

Trata-se de inovação oportuna,³¹⁷ atrelada à presença de alguns requisitos,³¹⁸ com destaque, para o que aqui interessa, à efetiva ocorrência de “contraditório prévio e efetivo”, tanto que inaplicável “no caso de revelia” (art. 503, § 1º; II, CPC), bem como afastada, outrossim, “se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” (art. 503, § 2º, CPC).

A exigência é razoável porque a coisa julgada, nesse caso, recairá sobre tema não abrangido pelo pedido (a questão é prejudicial, e não principal), só se justificando, como elemento potencializador da atividade jurisdicional desenvolvida no processo, se houver controvérsia efetivamente instaurada sobre o tema, com o pleno (e não apenas virtual) exercício do contraditório, a semelhança do que ocorre no sistema processual norte-americano com a *issue preclusion*,³¹⁹ de onde parece ter buscado inspiração o legislador pátrio.³²⁰

O que se pretendeu, até aqui, foi traçar o perfil contemporâneo do princípio

³¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira, em sua primeira obra jurídica publicada, originalmente concebida, em 1967, como tese para o concurso de livre-docência na Universidade Federal do Rio de Janeiro, pontuou: “À lei é dado usar de maior ou menor rigor na especificação dos requisitos necessários ao surgimento da *res judicata*, ou – o que é dizer o mesmo – restringir-lhe ou dilatar-lhe o âmbito de manifestação. Nesse tópico, as soluções do direito positivo cambiam de acordo com os critérios discricionariamente esposados: se, em alguns casos, não podem deixar de prevalecer imposições de ordem lógica, o fator decisivo, em última análise, é o que arranca das considerações práticas de conveniência” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1967. p. 61).

³¹⁸ Como ponderam Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello: “O legislador foi excessivamente cuidadoso: disse que a resolução de questão prejudicial, que fica acobertada pela coisa julgada, (a) deve ser expressa (não há decisões implícitas no direito brasileiro!); (b) desta resolução deve depender o julgamento do mérito (se não depender, não se tratará de questão prejudicial!) (art. 503, §1º, I); e (c) deve ter a seu respeito, havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia (art. 503, §1º, II). Se não houver contraditório, e discordância entre as partes, não se tratará de QUESTÃO! Este dispositivo, na verdade, só demonstra o cuidado do legislador, em não estender a autoridade da coisa julgada em desrespeito ao contraditório” (*Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: RT, 2015. p. 823-824).

³¹⁹ “Há, portanto, quatro requisitos à *issue preclusion*: (1) a questão decidida no processo anterior deve ser a mesma questão decidida no novo processo; (2) a questão deve ter sido discutida pelas partes; (3) a questão deve ter sido expressamente decidida; e (4) a questão deve ter sido “necessária” ao julgamento anterior. Essas questões (*issues*) podem ser de fato ou de direito e não precisam estar relacionadas à mesma causa de pedir. O que importa é que sejam essenciais, tenham sido efetivamente decididas na sentença e as partes tenham tido uma oportunidade real de exercer o contraditório (“full and fair opportunity to litigate”) (LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, fev/2016, p. 94).

³²⁰ A linhagem norte-americana é expressamente negada por Teresa Arruda Alvim, em *testemunho* lastreado pela autoridade decorrente do fato de ter sido ela uma das participantes da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do CPC/2015 (O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 230, abr/2014, p. 82).

contraditório, de óbvia e irrecusável importância.

Ainda assim, nem mesmo tal princípio é absoluto, confirmando tal assertiva a constatação de que, por vezes, sua observância seria *inútil*, como nos casos em que de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332, CPC), em que o réu, a despeito de não citado, é favorecido pela tutela jurisdicional prestada.³²¹

Os procedimentos devem prever o “contraditório necessário”, isto é, o núcleo essencial do princípio, e, a partir daí, de acordo com a complexidade do direito material envolvido, propiciar um maior ou menor rito para cognição, de forma a viabilizar a efetividade, ponderando os valores, inclusive estabelecendo as hipóteses de cognição sumária. A amplitude da defesa vai variar de acordo com a necessidade da devida instrução, chegando-se à noção de defesa suficiente. Seriam inconstitucionais procedimento que afetassem o núcleo essencial, criando condições que, por limitarem a dilação a uma espécie probatória, ou por impedirem a manifestação de uma das partes, impossibilitassem o exercício da defesa de direitos.³²²

Além de tal aspecto, deve ser estabelecido que a compreensão do contraditório – e, mais do que isso, de sua forma de aplicação – não deve ficar restrita à aceitação de sua modalidade sem dúvida mais usual, isto é, prévio à intervenção jurisdicional, pois tal concepção *estática* desafia o caráter *dinâmico* da relação processual³²³ e, mais do que isso, das relações e crises de direito material que lhe são subjacentes.

Ainda que a dialeticidade seja a marca mais significativa do contraditório, não sendo, portanto, por acaso a eleição de sua obediência prévia como a regra geral a ser observada, são admissíveis, justamente porque preservado seus caracteres

³²¹ “Como o princípio do contraditório tem a finalidade de proteger as partes durante toda demanda judicial, ele também deve ser interpretado à luz do princípio da instrumentalidade das formas, de modo que se inexistir prejuízo para a parte que teve seu direito «desrespeitado, não há falar em vício processual. Não há razão para movimentar toda a estrutura judiciária somente para efetivar o princípio do contraditório, sendo que a sua aparente violação não representa prejuízo à parte que não teve a oportunidade de se manifestar. Trata-se de hipótese em que o contraditório é inútil ou impertinente, tendo optado o legislador pela prevalência da razoável duração do processo e do acesso à ordem jurídica justa ao réu, sem ele sequer ter participado do processo. A escolha legislativa não nos parece, ao menos sob a ótica do réu, agredir o princípio do contraditório nesses casos” (SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 138-139).

³²² MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82

³²³ “Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a intervenção dos interessados deve ser exercida mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e deveres, de modo a haver efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas. Por outro lado, tal estrutura, necessariamente dialética, deve condizer com a dinâmica dialética do processo: a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduz-se, para cada um dos participantes, na possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, jul-set/1993. p. 31).

essenciais, outras formas de contraditório.³²⁴

Mesmo ponderando que o contraditório é absoluto e não admite afastamento, “devendo sempre ser respeitado”, Darci Guimarães Ribeiro admite sua classificação em prévio, diferido ou eventual, sendo este caracterizado pelo fato de que “somente ocorrerá se o interessado propuser uma demanda para ampliar ou exaurir a cognição realizada no processo anterior”.³²⁵

O contraditório prévio, à evidência, é a regra geral, consubstanciado, como até aqui exposto, pela antecipação de sua oportunização às partes em relação à prestação da tutela jurisdicional, tal como se dá no esquema típico do procedimento comum, em que a citação do réu precede o julgamento da demanda.

Já o contraditório diferido, bem ao contrário, tem como característica marcante sua postergação em relação à prestação da tutela jurisdicional,³²⁶ ainda que sob a marca da excepcionalidade, sem que, com isso, possa cogitar-se de mitigação do princípio.³²⁷

³²⁴ “Entretanto, em que pese essa ideologia liberal-burguesa manter resquícios na legislação processual civil brasileira, o certo é que diante da nova ordem constitucional, percebe-se que é justamente por força do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional que o princípio do contraditório não pode existir e ser aplicado somente na sua modalidade prévia. Há, em realidade, situações que permitem e legitimam restrições no âmbito de aplicação do contraditório, com o objetivo primordial de assegurar a efetividade jurisdicional, conforme sentido nas demais formas pelas quais o princípio do contraditório se manifesta no plano processual, quais, sejam, a diferida e a eventual” (NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, fev/2016. p. 35).

³²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. Dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no Projeto do Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, jun/2014. p. 19 e 20. “Se nos fosse dado ver além de nossas limitações ideológicas, seria fácil descobrir que o contraditório *prévio* não é a única expressão deste princípio e ver que os sistemas processuais históricos conheceram outras formas de contraditório” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152).

³²⁶ “Contraditório diferido é aquele em que o juiz primeiro profere a decisão sobre determinada questão, ao depois, intimar a parte para sobre ela se manifestar, a exemplo do que acontece quando da concessão de uma medida liminar inaudita altera parte em sede de possessórias, mandado de segurança, ações populares, ações diretas de inconstitucionalidade, cautelares, ações civis públicas e tutela antecipatória, hipóteses em que “a efetiva concessão da liminar não configura ofensa, mas sim ‘limitação imanente’ do princípio do contraditório no processo civil” (NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, fev/2016. p. 36).

³²⁷ “Em geral, no processo – e em especial, no processo peral – o contraditório é prévio. *Audiat et altera pars*. Primeiro o juiz ouve ambas as partes para tão somente depois decidir. Pode ocorrer, contudo, de o órgão jurisdicional ter de decidir de forma provisória determinada questão ao longo do processo antes de ouvir uma das partes (inaudita altera parte). É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz presta tutela de forma antecipada (art. 9º do CPC de 2015). O contraditório aí fica postergado – diferido – para depois da concessão da tutela jurisdicional. A restrição ao contraditório ocorre em função da necessidade de adequação e efetividade da tutela jurisdicional. Não há qualquer inconstitucionalidade na postergação do contraditório. Sendo necessária a concessão de tutela antecipada antes da oitiva do demandado, essa se impõe como decorrência do direito à tutela

O contraditório eventual é bem exposto por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Terceira forma que o contraditório pode assumir é a que se denomina contraditório *eventual*. A diferença entre esta forma e as anteriores assume relevância, tanto para a compreensão do instituto quanto para uma avaliação de suas potencialidades, visando a uma maior eficiência do sistema. Porém, é importante não esquecer que tanto o contraditório *diferido*, quanto o *eventual* quebram a ordinaryness. O primeiro porque ao inverter as fases do *ordo iudiciorum privatorum*, desfaz o procedimento ordinário, admitindo que se execute antes da sentença, conseqüentemente, antes da formação do título executivo; o *eventual*, porque elimina, o contraditório do interior da demanda, transferindo-o seja para uma ação incidental, como nos embargos de devedor, seja para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiárias; seja, enfim, em ações particulares, como ocorre na ação de desapropriação e na busca e apreensão do Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969.³²⁸

Respondendo à crítica formulada por Cândido Rangel Dinamarco – no sentido de que todo contraditório, por corresponder a uma mera faculdade ou potencialidade, carrega a marca da eventualidade – ponderou que a categorização do contraditório como *eventual*, em contraposição às outras duas formas, justifica-se por caracterização peculiar em “ponto relevante”:

Enquanto no chamado contraditório *prévio* e no contraditório *diferido*, as posições das partes não se alteram, em virtude da aplicação do princípio - o autor continua autor e o réu, como réu, haverá de contestar a ação -, no *eventual* aquele que figurara inicialmente como autor irá tornar-se demandado, na ação *plenária* subsequente.³²⁹

adequada dos direitos. Não se trata, portanto, de medida excepcional: verificados os seus pressupostos, o juiz tem o dever de antecipar a tutela” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 848). Aponta Leonardo Faria Schenk, com apoio em Leonardo Greco, que “apenas quando chamado a proteger outro valor constitucional é que poderá o juiz diferir o contraditório para depois da decisão” (*Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190) e, com apoio em La China, ressalta “a legitimidade constitucional do contraditório diferido, verdadeira técnica de manipulação da garantia, há muito presente nos ordenamentos processuais e orientada, sobretudo, por razões práticas” (idem, p. 193)

³²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155. Em outra passagem da obra aponta, com a lucidez habitual: “Essa “inversão do contraditório” não tem nada de estranho. Ao contrário, foi com base nela que se concebeu o título executivo extrajudicial, instrumento tão apreciado pela mesma doutrina processual que a repudia, nas demais hipóteses” (idem, p. 100). No mesmo sentido: “A idéia subjacente ao contraditório eventual é a de que deve buscar a cognição plena e exauriente aquele que dela necessita, não aquele que, por já dispor de prova consistente dos fatos constitutivos do seu direito, apresenta-o com credibilidade. Essa técnica permite a rápida constituição do título executivo e melhor distribuir ônus de demandar que, na forma tradicional da ordinaryness, recai inteiramente sobre o autor” (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 84).

³²⁹ Idem, p. 157. A solidez de suas ideias impõe nova citação: “No contraditório eventual, o demandado, na lide sumária, não se defende. O que seria matéria de contestação torna-se conteúdo da “demanda inversa” correspondente, cabendo-lhe, assim, o encargo de iniciar, como autor, o contraditório em demanda posterior. Além da inversão do contraditório, com a simples “redução da cognição”, em sua primitiva fase inicial, agora é a própria demanda originária que se fraciona, fazendo com que certas questões litigiosas sejam relegadas para tratamento posterior, a ter lugar, não mais numa fase subsequente da “mesma ação”, mas em demanda plenária independente, na eventualidade de que o

Partindo-se das premissas que tentei fixar nestes dois primeiros capítulos é que será possível avaliar a possibilidade de generalização, por assim dizer, de um modelo processual urgente e satisfativo, a partir das normas positivadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

2.4. Conclusões parciais

1. Os princípios do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional entroncam-se na noção de *processo justo*, expressão mais significativa do que *devido processo legal*, e com conteúdo de relevância não apenas material (ou seja, pela ótica da *justiça* da decisão), mas também formal, revelando a necessidade de serem pensadas – e aplicadas – formas variadas de cognição, como instrumento de outorga de maior efetividade à tutela jurisdicional.

2. Se a busca pela efetividade da tutela jurisdicional é vetor da adoção de técnicas processuais (a incluir a modulação da cognição prestada em determinado caso concreto), o princípio do contraditório atua como limitador dessa busca.

3. Melhor do que a utilização da *proporcionalidade* como forma de excluir um desses princípios em detrimento de outro, é desejável que eventual conflito entre princípios enseje a conciliação das características que possam coexistir, sustentando uma decisão (= interpretação) juridicamente mais densa.

4. A efetividade da tutela jurisdicional é um estado ideal que corresponde à plena consecução dos objetivos do processo, sendo certo que a *adequação* das técnicas processuais é meio essencial ao atingimento da efetividade.

5. Outra faceta relevante da efetividade é sua ligação com a tempestividade da tutela jurisdicional, ante os evidentes efeitos deletérios do tempo sobre a crise jurídica levada à resolução judicial, havendo, a rigor, umnexo causal entre o atingimento da duração razoável do processo e a adoção de técnicas processuais diferenciadas, tal

sucumbente se disponha iniciar, como autor, o contraditório” (idem, p. 157-158). Em obra anterior, havia indicado que o contraditório eventual “pode apresentar-se sob duas modalidades distintas”, isto é, por meio da transformação do requerido em “autor de uma demanda incidental” (tal como, segundo apontava, os embargos de devedor em relação ao processo de execução) ou, ainda, pela necessidade de o demandado ajuizar “uma ação autônoma (não incidental) subsequente” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 276).

como procedimentos calcados em cognição sumária.

6. É indiscutível a importância do princípio do contraditório, como instrumento não só de *reação*, mas sim de efetiva *influência* das partes na construção da decisão judicial. Ainda assim, sua observância dá-se não só de forma prévia à intervenção jurisdicional, admitindo-se também sua postergação (*contraditório diferido*) para momento futuro da mesma relação processual, ou ainda sua eliminação do interior desta, mas com sua necessária transferência para outra ação, autônoma ou incidental (*contraditório eventual*).

7. Os diferentes procedimentos devem preservar o *contraditório necessário*, isto é, o núcleo essencial do princípio, e, a partir daí, de acordo com a complexidade do direito material envolvido, propiciar ambiente para o desenvolvimento de cognição mais ou menos extensa, conforme o caso, de forma a assegurar o atingimento da efetividade do processo.

3. COGNIÇÃO E TUTELA DE DIREITOS

3.1. A cognição plena e exauriente como padrão de atuação jurisdicional

A evolução do processo civil conduziu, em certo momento da história, à adoção da cognição plena e exauriente (ou seja, ampla tanto no eixo horizontal como no vertical) como modelo ideal, a ser obtida por meio de um procedimento padrão³³⁰ – em certa medida variável, claro, a partir do direito positivado em cada país – ou, em alguns casos, por procedimentos especiais.³³¹

Há claramente um vínculo entre o procedimento comum, que se desenrola em fases bem definidas (com destaque para a postulatória e a instrutória)³³² e a cognição plenária, embora a esta possa chegar-se, como adiante se verá (item 3.2), também por procedimentos sumarizados.

O fundamento dogmático, por assim dizer, para que tal quadro se delineasse é a afirmação, calcada na razoabilidade se isolada de outras considerações, de que se o processo civil é instrumento para solução das controvérsias e pacificação social, esse estado ideal só pode ser atingido se a decisão judicial, a partir de certo ponto do *iter* procedimental, puder ser tida como indiscutível, aí ganhando importância tanto a coisa julgada, fenômeno que pressupõe a cognição exauriente (ainda que eventualmente limitada sob o aspecto horizontal) como fator de sua legitimação, como

³³⁰ “Em tema de procedimento, a técnica legislativa usualmente seguida é a de começar-se pela definição de um padrão, de um modelo procedimental minuciosamente regulado e em geral estruturado em fases lógicas nítidas – ao qual se atribui a qualificação de ordinário – e daí partir para a configuração dos casos em que razões de vária ordem determinam a introdução de modificações no modelo básico. Essas modificações podem ser ditadas por necessidades imanentes à própria natureza da relação jurídica de direito material controvertida ou por considerações outras, de mera conveniência ou de política judiciária” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2. ed. Rio de Janeiro; Aide, 1980. p. 19).

³³¹ A eleição de um procedimento padronizado teve, historicamente, a vantagem de amplificar a possibilidade de levar ao conhecimento do poder jurisdicional qualquer espécie de pretensão de direito material: “Na literatura clássica, o procedimento comum é descrito como o procedimento padrão, que serve a uma variedade de situações jurídicas materiais; é, por isso, *comum a diversas* situações jurídicas, aplicável quando não houver outro específico do procedimento “ordinarizado” por meio dele é possível pleitear a tutela jurisdicional de uma infinidade de direitos. Partia-se da crença na perfeição do procedimento “ordinarizado”, que serviria ao maior número de pretensões de direito material” (JUNIOR, Fredie Didier. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais - dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 19)

³³² É corrente, na doutrina, a divisão da etapa processual de conhecimento em fases distintas: *postulatória, ordinatória, instrutória e decisória*. Assim, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130).

a segurança jurídica que ela tende a proporcionar.³³³

Que a *segurança* seja um valor que deve permear toda a relação processual – e, via reflexa, pautar a atuação do juiz – não é algo que se coloque em discussão. Mas, além de não ser esse elemento o único a ser prestigiado, a ela não se chega apenas com a ordinariedade procedimental.

É, a rigor, a observância do *princípio do contraditório* que representa o penhor da preservação do *valor* segurança no processo,³³⁴ o qual é atendido, em qualquer das suas modalidades, mesmo nos processos conducentes à cognição sumarizada no aspecto vertical ou horizontal.

Prejudicial não é e não foi, claro, o desenvolvimento do princípio do contraditório em si, mas a falsa crença de que a ele se chegaria apenas pelo caminho do processo ordinário e, mais do que isso, e somente pela sua prévia observância, eliminando-se a possibilidade, já antes abordada, de outras formas de contraditório, como o *eventual* e o *diferido*,³³⁵ um dos elementos característicos de algumas

³³³ “Só é possível, nesse modelo, tomar e tornar efetiva qualquer decisão que altere a situação das partes após cognição prévia, plena e exauriente o que espelha a preocupação saliente com a certeza e a segurança, vinculadas à noção de coisa julgada” (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77).

³³⁴ “Essa concepção, bem como o reconhecimento do papel do juiz na identificação do significado da regra substancial, não implica abandono do valor *segurança*. A técnica processual tem como característica fundamental a garantia de participação dos interessados no julgamento, a fim de que eles possam influir na convicção do juiz. O contraditório constitui elemento essencial ao processo, pois é fator de legitimação do resultado. A observância desta e das demais garantias inerentes ao devido processo constitucional não pode ser, não é e nunca foi abandonada pelos defensores da visão instrumentalista. Esse *garantismo*, todavia, está também relacionado aos fins do processo e que constituem a razão de ser de tudo. Postura instrumentalista e preocupação com a segurança não resultam de visões antinômicas do fenômeno processual. Ao contrário, vão ao encontro da única preocupação do processualista: construir mecanismo a dotar o processo da efetividade dele esperada” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27-28).

³³⁵ “A doutrina encontrou solução ao problema da tutela outorgada a quem não tivera ainda seu direito “certificado” (accertato) tendo-a como uma forma de tutela “emprestada”, sob o compromisso de que se investigue, na mesma relação processual, sob contraditório “exauriente”, se esse efeito que se “emprestara” corresponde realmente à “vontade da lei”. Mesmo que a burguesia tenha conquistado o poder sob o escudo da mais notável ação sumária - com inversão do contraditório -, representada pelo título executivo, ela própria cuidou de estreitar o princípio do contraditório, a tal ponto que nós brasileiros inscrevemos na Constituição o princípio da “ampla defesa”, com exclusão do contraditório diferido e do contraditório eventual, que fora a arma responsável pela maior revolução no direito processual civil, através da criação dos títulos executivos. Tendo eliminado as demais formas de contraditório, acabamos, como é natural, por transformar em ordinárias todas as demandas, pois sem liminares de mérito todas elas tornam-se ordinárias, dada a relação essencial entre contraditório prévio e ordinariedade” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Racionalismo e tutela preventiva em processo Civil. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 140. Publicado originalmente na Revista dos Tribunais n. 801, de julho de 2002).

espécies cognição sumária:

Uma das mais importantes técnicas de sumarização da cognição é a postergação ou a inversão do contraditório. A primeira é em geral adotada na tutela da urgência, por imposição da necessidade de preservação de eficácia da tutela jurisdicional em face do perigo de lesão grave, de difícil ou impossível reparação. Já a segunda é normalmente fruto de uma escolha do legislador de oferecer a certos interesses, aos quais atribui proeminência, especial proteção e uma certa posição de vantagem, ainda que provisória, em relação a outros interesses a eles contrapostos. É o que ocorre com as liminares possessórias e de alimentos e com os mandados monitórios. Embora coloque um dos litigantes, o réu em todos esses exemplos, em uma nítida posição de desvantagem no acesso à tutela dos seus interesses, essa sumarização não me parece inconstitucional, no primeiro caso (tutela de urgência), porque fruto de ponderação em concreto realizada com os rigores da técnica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais; e no segundo caso (proeminência de certos interesses), porque o balanceamento dos interesses em jogo foi efetivado em abstrato pelo próprio legislador, sujeito apenas ao crivo da razoabilidade, caso a escolha tenha sido abusiva.³³⁶

A força da *presença* da cognição plena e exauriente não decorre apenas da tentativa de preservação de tais valores, sendo mesmo consequência do prestígio à ideologia então vigente socialmente,³³⁷ aspecto muitas vezes abordado na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva que merece, quanto a esse ponto, breve retrospectiva.

Ao tratar da ânsia na busca pela neutralidade do juiz, o autor aponta que por meio dela o julgador alcança a

tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo, modifique o *status quo*, imaginará que imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *statu quo* é o modo de não ser ideológico. O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma “liminar” idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do *statu quo* a custo zero. Este é o suporte teórico que legitima, tanto a plenariedade da cognição, quando a busca da “vontade da lei”. Se o juiz aplicar a vontade da lei, imagina que a injustiça terá sido cometida pelo legislador.³³⁸

³³⁶ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X, jul-dez/2012. p. 292.

³³⁷ “O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27).

³³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16. Esse o pensamento de Jânia Maria Lopes Saldanha: “A marca da ordinariedade é, por essa via, a realização da cognição plena e exauriente cujo ponto culminante é a sentença declaratória daquilo que previamente fora “dito” pelo legislador. Tão estreita tem sido a associação entre o conhecer e o declarar que o primeiro resta absorvido pelo segundo e, com isso, o sistema processual tem-se mantido fechado ao reconhecimento de outro tipo de cognição. Mas essa ética é necessária para o sistema “assegurar” a certeza jurídica, um valor da sociedade capitalista que a jurisdição tinha por missão resguardar” (*Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 192).

Vê-se, aí, uma crítica à doutrina positivista, cujo enfraquecimento a partir terceiro quarto do século XX,³³⁹ ensejou a formação de campo fértil para uma verdadeira ressignificação da finalidade do processo civil, no Brasil bem representada pelos ideais que dão suporte à visão instrumentalista.³⁴⁰

Em outro estudo, Ovídio Araújo Baptista da Silva apontou que o racionalismo iluminista do século XVII colaborou para a formação do que identifica como “paradigma” do procedimento neutro (conduzido por um juiz igualmente imune, senão indiferente, a caracteres específicos da situação jurídica controvertida), juntamente com outros elementos:

Para isso, é indispensável acrescentar ao racionalismo, tão presente na formação da ciência jurídica moderna, especialmente no direito processual civil, mais dois ingredientes importantes. O primeiro, deve-se à doutrina política da "separação de poderes", marcada pela influência de Montesquieu, mas que nos vem, mais propriamente, de Thomas Hobbes, a reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, ou melhor, a um órgão do poder, cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei, de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente *intelectiva*, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva. (...) 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 a exigência fundamental para a construção do moderno "Estado Industrial". Como disse um notável escritor inglês, a ciência jurídica moderna instituiu, como tarefa fundamental, "domesticar o azar", conseguir no direito resultados tão seguros quanto poderá sê-lo a solução de um problema algébrico. Antes de Savigny "geometrizar" o direito, criando um "mundo jurídico", distante das "no

³³⁹ "Uma possível chave de leitura para facilitar a compreensão do debate filosófico-jurídico contemporâneo tão especializado, fragmentado, diversificado e fluido é identificar nele, com alguma aproximação, duas diretrizes oriundas da crítica do modelo juspositivista que entrou em crise no final dos anos 1960. Esse modelo, com palavras muito esquemáticas e parafraseando Norberto Bobbio, é, como se sabe, o de uma teoria formal do direito, isto é, de uma teoria que estuda o direito em sua estrutura normativa, independentemente dos valores a que serve essa estrutura e do conteúdo que ela encerra. Em princípio, o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e em política. Mais tarde, na primeira metade do século XX, ele passa a se apoiar na filosofia analítica que, ao tratar dos valores, desenvolve uma metaética não-cognitivist, afirmando a impossibilidade de conhecê-los objetivamente" (FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 2-3). Significativas as palavras de Sérgio Sérulo da Cunha: "A Constituição brasileira de 1988 elege a justiça como um dos valores supremos do Estado democrático de Direito (preâmbulo), e dentre os objetivos fundamentais da República inscreve a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I). Assim fazendo, aparta-se de uma forte corrente positivista, modernamente representada pelo jurista Hans Kelsen, para a qual o Direito nada tem a ver com a justiça" (*Uma deusa chamada justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 5).

³⁴⁰ "A visão instrumentalista do processo civil é de inegável valor e contribuição para a humanização do processo, especialmente por reconhecer a pacificação com justiça como o objetivo a ser alcançado, e a partir daí permitir a criatividade judicial e a quebra da rigidez formal do processo. O juiz passa a ser o fio condutor dos valores colhidos do campo social para o processo, não se escravizando em relação às regras processuais, e sim, colocando-as a serviço do homem e da justiça como instrumento de concretização daqueles mesmos valores" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46).

imaginables diversidades" do caso concreto e, portanto, da realidade social, Leibniz dissera que não apenas o direito, mas a própria moral, seriam ciências tão demonstráveis, quanto qualquer problema matemático.³⁴¹

Há, como se vê, marcante fundamento sociológico na quase absoluta primazia de que vem gozando o procedimento comum, aspecto também abordado por Jânia Maria Lopes Saldanha:

Nesse quadro e sob o prisma da ideologia individual-liberal, a burocracia foi também um dos fatores determinantes do desenvolvimento do capitalismo nas sociedades ocidentais. O direito mais adequado para o alcance desse objetivo foi tomando corpo e forma por meio da racionalização das práticas jurídicas em virtude da atuação do Poder Judiciário. Essas práticas visavam à elaboração de um ordenamento jurídico sistematizado, pleno e sem contradições, hábil a romper definitivamente seus liames com a tradição, com a arbitrariedade e com a subjetividade na criação e na aplicação do direito. Por tudo isso, a reprodução procedimental da ordinariedade romana era necessária, de um lado, pelos interesses dos detentores do capital na de longa do processo, de outro, para justificar a existência de ritos mais céleres.³⁴²

Igualmente convincente a opinião de Luiz Guilherme Marinoni:

A ideia de busca da certeza jurídica, ou de busca da verdade, tem uma íntima relação com os princípios do direito liberal. Em primeiro lugar, parece que se pode ver na necessidade da “descoberta da verdade” uma nítida vinculação com a “neutralidade do juiz”. Não se pode negar que já no início do século XVII havia certa passividade do juiz na aplicação da lei. Francis Bacon, em inglês arcaico, já dizia o seguinte: “Iudges ought to remember, that their office is iudicare and not iusdare; to interpret law, and not to make law, or give law”. Contudo, quando se pensa em neutralidade do juiz não é possível esquecer a influência da Revolução Francesa. Como se sabe, os magistrados

³⁴¹ Racionalismo e tutela preventiva em processo Civil. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 128 e 142. Publicado originalmente na Revista dos Tribunais n. 801, de julho de 2002. Em outra obra já havia pontuado: “O problema fundamental é que o Direito Processual Civil, nascido, como se sabe, no seio do liberalismo europeu do século XIX, ressentia-se de graves equívocos e pressupostos ideológicos que o marcam como defeitos congênitos, dentre os quais deve-se ressaltar as deformações causadas pelas correntes “formalistas” que tanto distanciaram o processo civil da realidade social, a ponto de imaginarem a possibilidade de existir um “mundo jurídico” desvinculado e independente do mundo social, no qual os conceitos jurídicos pudessem ser construídos como princípios, conceitos e fórmulas matemáticas que são universais, porque vazias de conteúdo” (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 7).

³⁴² *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 158. No mesmo sentido, na doutrina colombiana: “Por lo demás, el triunfo del legislador en las sociedades actuales es explicable en términos de vigencia ideológica. Así, un proceso histórico signado por una distribución desigual de los bienes, por un elitizado sistema de propiedad de los medios de producción y, finalmente, por un acelerado proceso de acumulación de riqueza, requiere de un instrumento regulador que le dé seguridad a las relaciones, que garantice una circulación expeditiva de las mercancías y provea un eficaz control que evite alteraciones sociales profundas. Es decir, tanto en sus esbozos como actualmente en su manifestación más perfeccionada, la sociedad capitalista va a preferir la certeza a la justicia. Si advertimos que el derecho es finalmente una manifestación de las relaciones sociales de producción y consumo al interior de una sociedad determinada, no debe parecer extraño que su actuación sirva para consolidar el sistema social que lo define y explica, sin que sea relevante apreciar o valorar cuánto tiene de injusto” (GALVEZ, Juan Monroy. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996. t. I. p. 18).

anteriores à Revolução Francesa eram considerados aliados da nobreza e do clero; a desconfiança da burguesia em relação aos juízes - que era totalmente justificada- foi de certa forma a responsável pela feição passiva e neutra que a própria Revolução Francesa atribuiu ao judiciário. Recorde-se de que Montesquieu, ao dissertar sobre a separação dos poderes, disse o seguinte: “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor”. Para Montesquieu, o julgamento não poderia ser “mais do que um texto exato da lei”; o juiz, portanto, deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium*. Eis a passagem da obra de Montesquieu em que se pode identificar a alusão ao juiz como *bouche de la loi*: “Poderia acontecer que a lei que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.³⁴³

Percebe-se, a partir desses excertos, que o estabelecimento e a utilização de um procedimento ordinarizado, com franca aptidão para viabilizar a ampla possibilidade de alegações e defesas pelas partes – e, via reflexa, calcado em cognição exauriente³⁴⁴ – não é uma necessidade ínsita à ciência processual ou, por outra, dela não decorre como consequência inexorável e via única para o atingimento de suas finalidades, mas sim foi influenciada, em considerável medida, por questões externas, de índole social e política, senão cultural (item 1.4, *retro*).

Não se trata, vale repisar, de crítica à ampla possibilidade de discussão dos

³⁴³ *Tutela contra o ilícito: Inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 121. No mesmo sentido: “Assim, a grande influência do direito francês a partir da Revolução e a visão que esta trazia da jurisdição encontraram lugar seguro na concepção do processo de conhecimento, o qual só produz resultados após cognição exauriente das questões litigiosas, limitada a função do juiz à prolação de sentenças, prevalecendo notavelmente a concepção da jurisdição como atividade declaratória, onde o juiz atua desprovido do poder de imperium, aquele mesmo poder de que os pretores do antigo direito romano clássico se utilizavam para confortar o processo à lide deduzida. (...) O fato de essa ideologia vir inserida numa codificação e a influência da legislação no cenário europeu, no momento em que se formava a ciência processual, trouxeram para a Teoria Geral do Processo um evidente preconceito, qual seja, o de que o juiz somente pode aplicar a lei escrita quando isto seja provadamente devido (a idéia de Montesquieu, do juiz como “boca da lei”), não podendo formular a regra para o caso concreto provisoriamente (o que se dá quando formula juízos de verossimilhança); e, conseqüentemente, a atividade judicial não pode desvincular-se de uma atividade prévia de conhecimento exauriente da matéria apresentada pelos litigantes” (SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79 e 81).

³⁴⁴ “Começo por uma constatação, que me parece óbvia e indiscutível, de que a profundidade da cognição do juiz depende fundamentalmente da atuação das partes. O juiz responde ao que lhe é proposto pelas partes. Por mais intensos que sejam os seus poderes de iniciativa, que sabemos que variam muito de um país para outro, a realidade é que a maior parte do material cognitivo é trazido pelas partes, pois são elas as protagonistas do litígio real. Se esta ou aquela questão, se esta ou aquela circunstância fática não for suscitada pelas partes, dificilmente o juiz poderá examiná-la, mesmo em sistemas que lhe reservam grandes poderes de iniciativa, tanto nas questões de fato como nas de direito” (GRECO, Leonardo. *Cognição sumária e coisa julgada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X, jul-dez/2012. p. 287).

fatos e fundamentos jurídicos da causa pelas partes, mas apenas de constatação de que é possível, senão recomendável, a adoção de outros modelos de processos, iluminados por valores diferentes, desde que sem ofensa à garantia fundamental do contraditório.

Voltando à doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, ácida crítica foi lançada pelo autor, com base em constatação que, a meu juízo, mostra-se irresponsável:

Há uma curiosa e mal encoberta ideologia neste enaltecimento das virtudes do procedimento ordinário, que faz com que o poder formal e informal que o canta em prosa e verso, dele não se valha. O procedimento ordinário é bom para a plebe, porque o Estado quando necessita valer-se da tutela jurisdicional, cria para si próprio instrumentos especiais, em geral drástica e severamente sumários. As esferas de poder que gravitam em torno do poder formal, igualmente não se utilizam do procedimento ordinário, a começar pelo comércio e indústria que têm seus títulos de crédito, que têm suas duplicatas, e essa infinidade de títulos especiais de crédito que fazem com que seus titulares transponham o procedimento ordinário, indo diretamente ao processo de execução.³⁴⁵

Essa visão a respeito da ordinarização do procedimento permeou toda a obra do processualista gaúcho, até o último livro, publicado em 2009:

Como efeito, a esperança de criar e praticar um sistema de produção do direito confiado apenas ao sistema legislativo sucumbiu ante a nova estrutura social e política vivida por nosso país. É importante destacar, neste ponto, as características de nossa estrutura social e política, de país retardatário da absorção da *modernidade*. O Brasil vem sendo forçado a acompanhar as novas exigências sociais e políticas, sem ter vivido um período significativo de experiência dos padrões culturais da modernidade. De país essencialmente rural, com uma economia agrícola semifeudal, fundada na grande propriedade, o Brasil foi jogado em período excessivamente curto, numa sociedade urbana de massa, justapondo, porém sem uma autêntica incorporação, praticamente a metade de sua população rural, pobre e sem qualquer instrução, nas bordas das grandes cidades. Nossos instrumentos jurisdicionais, fiéis ao princípio do monopólio da produção do direito pelo Poder Legislativo, sustentando pelo *procedimento ordinário*, que nos vem do direito romano-canônico medieval, como era de esperar, entrou em crise terminal.³⁴⁶

Essa rápida retrospectiva não tem como finalidade colacionar, em série, diversos excertos de doutrina, mas sim deve ser tida como tentativa de demonstrar

³⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Teoria da ação cautelar. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 995. Publicado originalmente na Revista de Processo n. 59, de julho/setembro de 1990. Na doutrina peruana, em sentido semelhante: “El proceso cognitivo declarativo nació a consecuencia de una situación de liberalidad y a fin de proteger los intereses de una clase específica en sus relaciones comerciales, en sentido contrario, la tutela diferenciada nace a consecuencia de la constitucionalización de los derechos fundamentales” (BENAVENTE, Omar Sumaria. Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada. *Revista de Ius et Ratio*, Huancayo, ano 2, n. 1, 2015, p. 12).

³⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 83-84. O autor faleceu no dia 22 de junho do mesmo ano.

que, a bem da verdade, a cognição ampla e o meio (procedimento) “naturalmente” vocacionado à sua obtenção não podem ser tidos, de maneira absoluta, como a forma ideal para a tutela dos direitos, ideia concebida com certo fatalismo que não concebe outras alternativas para o desempenho da complexa função jurisdicional.

Esse apego ferrenho à ordinariedade, mais sentido em épocas passadas da ciência processual, é constatado, no direito processual brasileiro, por algumas posições doutrinárias que, hoje revisitadas, ressoam questionáveis.

Quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, o julgamento antecipado da lide foi uma das inovações de vulto festejada por parte significativa da doutrina, como Barbosa Moreira, para quem a lei processual “atendeu aos anseios de muitos que se batiam por essa abreviação”.³⁴⁷

Ainda que se preservasse, nesses casos, a cognição plena e exauriente – na medida em que apenas não havia o ingresso na fase instrutória por mostrar-se ela desnecessária, mas a análise ampla de todas as alegações das partes ficava preservada – havia parcela da doutrina que via com ressalvas essa possibilidade de abreviação do procedimento.

Por exemplo Calmon de Passos, ao que parece por apego ao esquema típico do procedimento ordinário – cuja percepção então vigente não aceitava a cisão do julgamento da lide em momentos processuais distintos – não admitia sequer a rejeição, por ocasião da decisão saneadora, da arguição de prescrição ou decadência, por entender que em se tratando de matéria de mérito ela deveria ser decidida somente ao final, pela sentença.³⁴⁸

Alguma concessão fazia-se em relação aos procedimentos especiais, que desde o Código de Processo Civil de 1939 (aqui indicado como parâmetro do modelo

³⁴⁷ *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 103. Adiante complementou: “Sabemos todos que, em grande número de casos, o prosseguimento do processo após o despacho saneador, à espera da audiência de instrução e julgamento, constitui uma causa inútil de retardamento, e eu diria até de prejuízo para o bom andamento, para o bom funcionamento da máquina judiciária, pelo que representa de acúmulo inútil de serviço” (idem, ibidem).

³⁴⁸ O processualista citado entendia possível o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência por ocasião da fase de saneamento porque, aí sim, proferir-se-ia sentença: “Para nós, o que o Código autoriza é o julgamento antecipado da lide, não o fracionamento do exame do mérito. Assim sendo, se de logo o juiz não pode proferir decisão definitiva ou terminativa, ele deve limitar-se ao saneamento. Julgar antecipadamente a lide não é apreciar parcialmente o seu mérito, em aspectos preliminares, mas de logo oferecer decisão que ponha fim ao processo, com solução do litígio. Esse alcance só pode tê-lo a decisão que acolhe a prescrição. Jamais a que a rejeita” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III. p. 457).

de legislação codificada federal desde então adotado, sem ignorar que mesmo o direito anterior previa tais procedimentos) permeiam a realidade do processo civil brasileiro.³⁴⁹

Os procedimentos especiais caracterizam-se pela modificação, em menor ou maior grau conforme o caso, da forma e do sequenciamento na realização dos atos processuais, basicamente pela supressão ou aglutinação destes.

Assim, por exemplo, o rito especial da ação de alimentos previsto pela Lei 5.478/1968, caracterizado pela concentração, em audiência realizada logo ao início do arco procedimental, de diversos atos, que vão desde a tentativa de conciliação, passando pelo oferecimento de resposta (termo final da fase postulatória) e pela produção de provas (fase instrutória), até a efetiva prolação, no mesmo ato, da sentença (fase decisória), na forma dos artigos 9º a 11 do referido diploma.

Ainda que com aglutinação de fases que, no rito comum, são bem definidas, neste caso a cognição será plena e exauriente. Ressalva-se que esta não é uma característica essencial dos procedimentos especiais, até porque muitos, como as ações possessórias, apresentam limitações na cognição horizontal, consistente, no exemplo citado, na irrelevância de defesa fundada na alegação de domínio.

O mais importante, para o aqui exposto, é ter em mente que os procedimentos especiais representam, historicamente, alternativas ao procedimento ordinário, visando maior efetividade processual,³⁵⁰ o que é clara decorrência da inadequação

³⁴⁹ “Mesmo com a consagrada ideia de prestígio e exaltação à ordinariedade que fazia do procedimento ordinário um método universal e atemporal, com fases completas aptas a acarretar um provimento idóneo decorrente de cognição plena e exauriente, a legislação brasileira é prenhe de procedimentos especiais” (JUNIOR, Fredie Didier. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 15). Vale, no particular, a ressalva histórica de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Alfredo Buzaid, com efeito, ao elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, redigiu, do que se supõe ser o Processo de Conhecimento, apenas seu Livro I, relativo ao procedimento comum - sem projetar o Livro IV -, pois seu objetivo era a consagração da completa uniformidade ritual, a ser obtida com a universalização do procedimento ordinário, e a conseqüente supressão das ações especiais e da diversidade de ritos que elas necessariamente determinam (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 24-25).

³⁵⁰ “As técnicas diferenciadas presentes nos procedimentos especiais, tanto do ponto de vista da efetividade do processo quanto da economia processual, são os grandes trunfos que o Código de Processo concede a esses mecanismos, estimulando sua utilização prática. Em particular, é exatamente por este motivo que as partes são estimuladas a elegerem os procedimentos especiais em detrimento do procedimento comum: vantagens que conferem aos litigantes” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XIII. p. 26). Bem expos Ovídio Araújo Baptista da Silva, na vigência do CPC/73, que a existência de procedimentos especiais é elemento que demonstra a insuficiência do procedimento comum: “A ação de depósito é uma das que tem resistido, na história do direito brasileiro, aos propósitos uniformizadores e

daquele para tutelar satisfatoriamente alguns direitos.³⁵¹

Como aponta Heitor Vitor Mendonça Sica:

Contudo, não raro impõe-se, a bem da efetividade da tutela jurisdicional, que o instrumento processual seja adaptado a particulares características do direito material posto em conflito. Embora sejam bem conhecidas as dificuldades de separar com absoluta clareza o que são normas processuais e procedimentais, pode-se dizer que tais adaptações são feitas tanto no plano do procedimento (ou seja, atinentes à forma, à sequência, ao encadeamento e à sumarização dos atos praticados pelos sujeitos processuais), quanto no plano do processo (relativo às situações jurídicas processuais, isto é, ônus, poderes, deveres e sujeições das partes). Em todos os casos veem-se técnicas empregadas pelo legislador, com a finalidade de promover a adequação do instrumento de prestação de tutela jurisdicional ao conflito a ser dirimido.³⁵²

A constatação de que os procedimentos especiais acabaram se multiplicando em razão da insatisfação com o rito ordinário levou Proto Pisani a concluir pelo equívoco na previsão generalizada de utilização deste independentemente da complexidade (ou da falta dela) do caso concreto,³⁵³ destacando-se, na doutrina brasileira, a posição de Érico Andrade, para quem a ordinariedade tende a tornar-se via meramente subsidiária.³⁵⁴

generalizantes que ainda presidem nossas concepções jurídicas e que, no campo do direito processual, preconizam a universalização do "procedimento ordinário", e consideram simples anacronismo a conservação de "ações especiais" em códigos modernos. Esta posição científica tem sido, no entanto, criticada, nos últimos anos, a partir de inúmeras perspectivas, tanto de filosofia e teoria geral do direito, quanto, particularmente, de novas concepções processuais agora preocupadas não tanto com a beleza de suas próprias construções teóricas, quanto com a "efetiva" adequação do processo às suas funções instrumentais de técnica de realização do direito material " (*Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 71).

³⁵¹ "Em todos os períodos da História existiram tais procedimentos, criados com esses mesmos objetivos ou ainda para atender à especial relevância de certos direitos subjetivos, como o direito a alimentos ou a proteção possessória, e as limitações defensivas e cognitivas que deles resultam durante séculos foram aceitas com fundamento na relevância dos seus fins e na credibilidade dos juízes, sempre capazes de proferirem decisões justas, ainda que pouco ou mal instruídas, graças à inspiração divina ou à crença na sua conspícua sabedoria" (GRECO, Leonardo. *Cognição sumária e coisa julgada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X. jul-dez/2012. p. 276).

³⁵² *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. X. p. 25.

³⁵³ "Questo seminario di studio costituisce una occasione privilegiata per svolgere un ripensamento anche radicale della previsione di riti speciali a cognizione piena differenziati rispetto al rito ordinario in considerazione delle peculiarità delle situazioni sostanziali controverse. Questo ripensamento deve, a mio avviso, muovere dalla constatazione dell'errore di avere previsto un solo modello di rito ordinario (con qualche differenziazione possibile solo in fase decisoria) indipendentemente dalla considerazione della complessità o no in concreto della controversia. Non ha senso prevedere una stessa fase preparatoria, a termine della quale dovrebbe risultare determinato in modo tendenzialmente definitivo il thema decidendum (domande, eccezioni) e il thema probandum (fatti controversi su cui concentrare poi l'istruzione) per tutte le specie di controversie indipendentemente dalla loro complessità o no in concreto" (Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della esperessione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 240, fev/2015, p. 284).

³⁵⁴ "Uma das maiores tendências, na linha de concretização do princípio da efetividade processual, é o

É claro que a possibilidade de previsão de diferentes procedimentos não será, jamais, suficiente, diante da impossibilidade do legislador prever todas as distintas situações substanciais carentes dessa previsão, não sendo ao acaso, portanto, que a lei processual prevê a possibilidade de convenções processuais (art. 190, CPC), como também defendem, alguns, a adaptação ou flexibilização do procedimento pelo juiz.³⁵⁵

Abordando a previsão de diversos procedimentos sob a ótica do princípio da isonomia assim se manifestou Leonardo Greco:

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta da tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes.³⁵⁶

A consciência das vantagens trazidas por modelos procedimentais distintos é externada pelo próprio legislador, na previsão contida no artigo 327, parágrafo 2º, do CPC, de aproveitamento de técnicas processuais próprias de determinado procedimento especial em processo que siga o rito comum em razão da cumulação de pedidos.³⁵⁷

reconhecimento da falência do modelo ordinário como espécie de modelo-padrão ou central do sistema para a atuação de praticamente todos os direitos substanciais: o procedimento ordinário, de cognição plena, como sublinha a doutrina italiana, é tido como inidôneo estrutural e funcionalmente para o fornecimento de remédios efetivos, situação que vem causando a diminuição/ do seu uso. Cristaliza-se, com isso, a tendência de o procedimento ordinário se transformar em espécie subsidiária, residual, proliferando ao seu lado procedimentos especiais, com normas voltadas a atuar determinados setores do direito substancial de forma mais eficaz e rápida, mediante tutela diferenciada” (A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 179, jan/2010, p. 177).

³⁵⁵ “A adaptação do processo ao seu objeto e sujeitos, assim, dá-se, em princípio, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades locais e temporais. Esta é a regra. Mas é recomendável que ocorra também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta. Com efeito, a moderna ênfase que se dá ao aspecto eficaz do processo (nos seus aspectos material e temporal) sugere que se deve conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional. Se não se obtém isto por força de modelos legais aptos à tutela adequada e tempestiva do direito material, há de se conferir ao juiz “condições de acelerar procedimentos, ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do TST*, Brasília, vol. 82, n. 3, jul/set 2016, p. 166).

³⁵⁶ Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 265-266).

³⁵⁷ “Revelando elogiável acuidade, constitui considerável avanço em relação ao diploma processual revogado a norma do § 2º do art. 327 do CPC, que preserva as irrefutáveis vantagens das “técnicas processuais diferenciadas”, reservadas a um dos procedimentos, ainda que aquele eleito para a tramitação conjunta, em cumulação simples, seja o comum” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VII. p. 115).

Ainda assim, o fato é que todos os procedimentos especiais são voltados à cognição exauriente sob o aspecto vertical, representando, por assim dizer, *variações* do procedimento comum³⁵⁸ e, mais do que isso, do conhecido esquema que leva à prestação da tutela jurisdicional tendente à coisa julgada.

Mas será esse o único modelo de tutela jurisdicional possível ou juridicamente viável?

Aqui novamente é importante novamente ressaltar a acuidade da visão de Ovídio Araújo Baptista da Silva ao enquadrar a ordinariedade como limitadora das possíveis formas de tutela jurisdicional e, via reflexa, da própria função jurisdicional, de tal sorte que mesmo as liminares concedidas em provimentos cautelares necessitavam de posterior *confirmação* em *procedimento* caracterizado pela cognição plenária,³⁵⁹ propondo, há mais de vinte anos, solução calcada na técnica da antecipação da tutela não dependente de posterior ratificação (mas sim dotada de autonomia), o que parece, como investigado adiante com maior vagar (item 3.3), teoricamente sustentável e eficaz na prática:

Seria possível conceber solução análoga fazendo com que nossas liminares de antecipação de tutela adquirissem autonomia procedimental, passando a constituir uma demanda preliminar independente, como ocorre com os falsos procedimentos cautelares do modelo italiano, com a única - porém relevantíssima - diferença de que, tal como na ação de embargos do executado, inverter-se-ia o contraditório, dando autonomia ao juízo sumário, de modo a gravar a parte que nele sucumbisse com o ônus de iniciar a demanda plenária subsequente. Isso significaria generalizar (democratizar) o privilégio executivo, eliminando a "elitização" desse benefício ao qual têm acesso, no direito moderno, apenas as classes dominantes. Além da criação por lei e pelo negócio jurídico, queremos sugerir a criação jurisprudencial de *títulos executivos*, fundados na mesma verossimilhança que sustenta seus

³⁵⁸ A ideia do procedimento ordinário como "modelo-base" foi exposta por Elio Fazzalari: "È l'archetipo dei processi giurisdizionali civili; il modello più complesso e meglio regolato; il modello al quale gli altri processi di cognizione sono improntati. Tale processo civile viene qualificato come "ordinario", perché è quello attraverso il quale si realizza la tutela di qualsiasi diritto soggettivo; e si contrappone ad altri modelli, diversi e perciò detti genericamente "speciali", i quali somministrano una tutela alternativa e/o differenziata" (*Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Cedam: Padova. 1996. p. 119).

³⁵⁹ "Quem tiver o cuidado de investigar a história do chamado processo cautelar do moderno direito italiano, a partir de Chiovenda, verá que a doutrina nunca se afastou do princípio segundo o qual aquilo que os processualistas peninsulares denominam "provimento" cautelar não passa de tutela antecipatória de algum efeito da sentença de mérito de um processo satisfativo, construído com plenitude de cognição ou, como se diz no Brasil, com "cognição exauriente", de modo que a tutela que se antecipa possa ser absorvida pela sentença de mérito - que haverá de ser, para o sistema, a última manifestação do julgador - se porventura se confirme ser essa a "vontade da lei"; ou a revogue se o julgador convencer-se de que a aparência do direito que servira de fundamento para a concessão da tutela antecipada não se confirmar na instrução da causa. A confirmação da liminar será sempre sua reabsorção no conteúdo da sentença de mérito" (Racionalismo e tutela preventiva em processo Civil. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 135. Publicado originalmente na Revista dos Tribunais n. 801, de julho de 2002).

homônimos. Por que esta solução mostra-se tão penosa para nossa doutrina? As razões são conhecidas: a vitória no sumário, sem que o juiz tenha acesso à "cognição exauriente", poderia resultar na proteção de alguém declarado sem razão, depois no juízo plenário. A autonomia do sumário permitiria que o juiz decidisse com base em juízo de verossimilhança, aplicando não a "vontade da lei", mas a justiça do juiz (Hobbes), coisa que nosso racionalismo não pode sequer imaginar, quanto mais permitir. O que existe de tutela autenticamente preventiva no juízo cautelar impede que a doutrina o aceite na plenitude de suas consequências, a comprovar, também aqui, a impossibilidade de tutela processual que não se funde em "cognição exauriente", portanto, tutela que protege o passado, nunca preventivamente o futuro.³⁶⁰

O que se quer demonstrar é que a lei processual tem predileção pelo procedimento ordinário, o que é compreensível sobre certo aspecto, mas que não deve transformá-lo em modelo ideal a todas as situações ou dogma intransponível.

Há quem sustente, com razão, que a teorização originária sobre o processo civil, apartando-o do direito material, contribuiu para a tendência de adotar-se um único procedimento padrão.³⁶¹

Esse quadro, embora dado, não é imutável, já que o processo civil não é uma "força da natureza", como tal pouco ou nada manejável, mas sim é produto da atividade humana, com enfoque aqui não só na produção legislativa, mas também no papel de relevo que se deve emprestar às formas de interpretação do direito positivo, tanto na prática (jurisprudência) como na teoria (academia).

Ainda que se entenda, até certo ponto, que a previsibilidade e, mais do que isso, a neutralidade do procedimento ordinário proporcionem um alentador *sentimento* de segurança, por outro lado gera igualmente um quadro de frustração decorrente da percepção, até mesmo intuitiva, de que muitas situações substanciais (e, pois, o direito material de muitos cidadãos), não serão adequadamente tuteladas.³⁶²

Tal constatação, além de reproduzir, sob outra roupagem, a permanente tensão entre segurança/efetividade ínsita ao processo civil, leva a questionamentos sobre o

³⁶⁰ Idem, p. 145.

³⁶¹ "A construção da ciência processual dotada de autonomia e epistemologicamente voltada para o desconhecimento do direito material contribuiu para a ocorrência de dois fenômenos dignos de nota. O primeiro afastou o direito processual do direito privado. O segundo suprimiu a importância do caso concreto alimentando a ânsia de universalização do procedimento ordinário" (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 168).

³⁶² "A análise precisa estar voltada ao consumidor dos serviços jurisdicionais, não se limitando como era a regra às normas às instituições e ao seu modo de operar. O foco da preocupação deve ser o consumidor e não os produtores do sistema jurídico" (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158).

próprio *valor* do processo em relação aos fins a que se destina.

Para além da simples dicotomia entre “julgar bem ou julgar rápido” – até porque a mim parece possível a conciliação desses dois atributos – o fato é que, em termos ideais, a justiça é o valor efetivamente perseguido pelo processo, na medida em que o atingimento daquela potencializa a utilidade deste como instrumento para a solução de controvérsias no Estado Constitucional.³⁶³

A noção de justiça, ela mesmo, rende ensejos a debates intensos, razão pela qual não é minha intenção aprofundar o tema, mas apenas refletir acerca do fato de que, justamente em razão das várias concepções possíveis (e, muitas vezes, marcada pela subjetividade) de justiça, é compreender que em algumas situações um determinado cidadão pode preferir uma resposta estatal baseada em juízo formalmente construído para conceber uma decisão judicial acobertável pela coisa julgada. O autor quer a *sentença*, isto é, o “acertamento” propriamente dito, com vocação para a definitividade, da controvérsia.

Realmente não há, para tanto, instrumento melhor do que a coisa julgada e os caminhos para a ela chegar-se, por meio de procedimento ordinário ou especial, mas sempre calcado em cognição plena e exauriente.

Todavia, esse mesmo cidadão, em outras circunstâncias, pode preferir a obtenção de uma *providência jurisdicional*, assim entendida como a intervenção judicial destinada a resolver, por meio de uma ordem ou imposição incidente no plano dos fatos, determinada crise jurídica, assunto melhor aprofundado no capítulo 5.

Não precisa ele, nesse caso, de uma resposta sacramental por parte do Judiciário, cristalizada em uma sentença, e da certeza, por vezes aparente (embora juridicamente eficaz), que advém da coisa julgada. Pode a necessidade do jurisdicionado, em certas situações, restringir-se a uma intervenção *pronta*, às vezes *imediata*, mas mais do que isso, enérgica e eficaz, com aptidão para gerar modificações no plano fático e, com isso, atender o direito lesado ou ameaçado de

³⁶³ “Insomma, la nostra era assiste alla diffusione del “processo” in tutti i settori. A mio avviso il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno. È, peraltro, innegabile che il cammino del processo nell’evo moderno è stato tutt’uno con lo svolgimento delle attività di giustizia, fino a creare la sinonimia (che ora, per quanto rilevato, dobbiamo considerare imperfetta) fra “processo” e “giustizia”. L’impiego del processo nella e per la giustizia sembra far ri splendere il primo, per la qualità che vogliamo attribuire alla seconda: la realtà potrebb’essere inversa, nel senso che sia la giustizia a trarre vigore e valore dall’impiego del processo” (FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 44, n. 1, jan-mar/1989. p.5).

lesão.

Esse outro caminho, segundo me parece, ainda está por se desenvolver no direito processual brasileiro, mas pela definição aqui proposta de *providência jurisdicional*, é certo que somente pela cognição sumária é ele possível.

Não se argumente que, a rigor, a predileção pelo procedimento comum seja atribuível ao próprio sistema processual, em razão da eliminação definitiva da controvérsia por meio de um único processo, afirmação que, embora possa ser verdadeira,³⁶⁴ não pode sobrepor-se ao fato de que a administração da justiça é feita em razão das pessoas e da tutela dos direitos, interesses que não podem ser relegados a plano inferior, senão com a subversão dessa ideia, hipótese em que os interesses subjetivos sujeitar-se-iam a uma virtual “vontade” do sistema.

Por fim, nem mesmo a vinculação da ideia de *justiça* com a de *verdade* parecem legitimar a primazia do processo ordinário.

Bem pensadas as coisas, a verdade e a certeza, no processo civil, serão sempre apenas uma aspiração, nada mais do que uma convenção própria deste ramo da ciência,³⁶⁵ como qualidade que se extrai da coisa julgada e da paz de espírito que ela concede.

Não quer dizer que, substancialmente, essa verdade estabelecida corresponda

³⁶⁴ “El juicio ordinario, se basa y ha basado siempre en el deseo de acabar para siempre con el litigio entre las partes de manera judicial, de tal modo que nos sea posible un nuevo proceso sobre el punto resuelto (a excepción de los remedios extraordinarios de revisión). Por ello es de desear en él la mayor extensión en desarrollo de las pretensiones, de tal modo que todas las relaciones litigiosas sean resueltas. Por ello se permite a las partes completar del mejor modo posible sus sistemas de defensas; por ello son amplios los medios de impugnación y los plazos que los hacen accesibles; por ello se da a elegir a las partes entre toda una diversidad de medios de prueba. El conjunto, justifica una copiosa serie de formalismos, preclusiones, providencias jurisdiccionales, etc. El antiguo *solemnis ordo iudicarius* respondía a este tipo procedimental” (FAIREN GUILLÉN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 53).

³⁶⁵ Tanto assim que no âmbito do dever de verdade e completude a que vinculados, à força do princípio da boa-fé objetiva, as partes, essa noção de verdade é claramente *subjetiva*, ou seja, não necessariamente deve a alegação da parte corresponder ao que efetivamente ocorreu para ter-se como observado tal dever, contentando-se a lei processual com a alegação provável ou possível: “Se a função do “dever de verdade” é aquela de combater o abuso do poder de alegação da parte, e não de favorecer a verificação da “verdade material”, é incontestável que isso deve ser assimilado como um simples “dever de verdade subjetiva” (subjektive Wahrheitspflicht), ou melhor – para utilizar a fórmula comumente denominada – como um “dever de veracidade” (Wahrhaftigkeitspflicht). Dessa forma, para cumprir tal dever não é necessário que a parte alegue como fundamento da própria ação ou defesa apenas fatos de cuja verdade tenha certeza, mas fatos que considere meramente prováveis ou possíveis” (CARRATA, Antonio. Dever de verdade e completude no processo civil italiano. Trad. Carolina Trentini Schenkel. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, jan – jun/2019. p. 218).

à verdade real, como já tanto tratado pela doutrina:

Por outro lado, as diferentes limitações processuais à busca da verdade no processo permitem dizer, como destacado pela maioria dos especialistas, que em boa parte dos casos em que consideramos provadas proposições sobre fatos não é possível afirmar que a proposição provada é verdadeira. Mais do que isso, em algumas ocasiões, mesmo que conheçamos a falsidade da proposição em questão, é perfeitamente possível sustentar que a proposição está provada (se se considerar, levando-se em conta unicamente os elementos de juízo presentes no processo, que esses são suficientes para aceitá-la como verdadeira, ou se o direito obrigar a que se faça isso).³⁶⁶

Eloquentes, no mesmo sentido, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

O risco de errar é inerente a qualquer processo e a obsessão pela verdade é utópica. Ainda quando se prescindisse por completo do valor celeridade e se exacerbasse as salvaguardas para a completa e absoluta segurança contra o erro ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta. Por isso ao estabelecer o equilíbrio entre a exigência de acelerar e a de ponderar, o legislador e o juiz devem estar conscientes da inevitável falibilidade do sistema (projeção da própria falibilidade humana), convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção.³⁶⁷

Mas então esse estado de coisas proporcionado pela sentença e a coisa julgada satisfaz quem o invoca por ser, juridicamente, o mais seguro, ou mesmo por parecer o mais conectado à busca pela verdade e, assim, justo?

Parece-me que não. Ele tem seu uso consagrado, é certo, por *funcionar* em muitos casos, por nestes atingir, em toda sua plenitude, seu papel instrumental em relação ao direito material, constatação que não satisfaz parcela considerável de conflitos.

³⁶⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73. Logo adiante acrescentou, aclarando suas ideias: “Para terminar esta parte da análise, vale a pena insistir em duas matizações. Em primeiro lugar, a independência das relações conceitual e teleológica entre a verdade e a prova permite perfeitamente que possa ocorrer de um enunciado fático resultar juridicamente provado e, não obstante, ser falso. Também, por óbvio, de um enunciado fático verdadeiro não resultar provado. Tudo isso depende dos elementos de juízo aportados ao processo. A única coisa que poderá ser dita é que, nesse caso, a prova como atividade não terá cumprido sua função ou finalidade” (idem, p. 76 e 77).

³⁶⁷ *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 237. Para Calamandrei, tais preocupações desaguarão na conclusão de que no processo não se alcança necessariamente a verdade (objetivamente considerada), mas sim a *verossimilhança*: “Hasta en los casos, muy raros, en que el juez puede “conocer los hechos de la causa” mediante la inspección (art. 118, C.P.C.), la percepción directa del hecho, que le da el grado máximo de certeza subjetiva, no basta para excluir que la verdad sea distinta de lo que, por un error de los sentidos, puede haberle parecido. Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad” (*Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. III. p. 319).

3.2. Cognição, procedimento e tutela diferenciada

O procedimento, entendido como a sequência de atos processuais interdependentes e destinados ao mesmo fim (prestação da tutela jurisdicional),³⁶⁸ por vezes é variável segundo a natureza do direito material controvertido.

Esse grau de variabilidade, claro, não é absoluto, posto que balizado pela previsão legal de procedimentos diferenciados,³⁶⁹ como também pelas possibilidades outorgadas pela lei processual ao juiz³⁷⁰ ou as partes para modificarem o procedimento, estas pela via dos negócios processuais (art. 190, CPC).

A adequação do procedimento, mais do que fator de racionalização da forma pela qual é prestada a tutela jurisdicional ou de aceleração da marcha processual, é corolário da garantia fundamental de acesso à justiça, por força de seu potencial para influenciar, positiva ou negativamente, no atingimento de grau satisfatório de efetividade processual.

Por vezes, como no exemplo mencionado no tópico anterior, do procedimento especial da ação de alimentos, a modulação do procedimento visa apenas o aceleração do processo, por meio da concentração de atos processuais, mas sem que isso afete o grau de cognição desenvolvido, que neste caso continua sendo

³⁶⁸ “Se, in prima approssimazione, indichiamo come “provvedimento” gli atti con cui gli organi dello Stato (gli organi che legiferano, quelli che governano in senso lato, quelli che rendono giustizia, e così via) emanano, ciascuno nell’ambito della propria competenza, disposizioni imperative, e come “procedimento” la sequenza di attività che precede il provvedimento, lo prepara, e si conclude con esso; se accogliamo queste prime, sommarie nozioni, siamo in grado di constatare che, di norma, il provvedimento di un organo dello Stato costituisce, appunto, la conclusione di un procedimento, l’atto finale del medesimo: nel senso che la legge non riconosce al provvedimento validità e/o efficacia, se esso non è, fra l’altro, preceduto dalla serie di attività preparatorie dalla legge stessa stabilite” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Cedam: Padova, 1996. p. 8).

³⁶⁹ “Não tem maior relevância questionar a razão de haver procedimentos especiais para a solução de determinados litígios e para outros não. Trata-se de indagação que se apresente ao próprio legislador que, atendendo a razões de conveniência política, de tradição do próprio direito, questões sociais, econômicas ou financeiras e – sobretudo – as peculiaridades dos direitos materiais envolvidos, estabelecerá “procedimentos diferenciados” visando imprimir maior ou menor celeridade à atuação do Estado-juiz em determinados casos” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 326).

³⁷⁰ Sobre a adaptabilidade do procedimento, por ocasião do início da vigência do Código de Processo Civil italiano de 1940, assim se manifestou Piero Calamandrei: “La misma no consiste solamente en la posibilidad dada en ciertos casos a la parte de escoger inicialmente entre diversos tipos de procedimiento de inyunción, arts. 633 y sigtes.); sino, además, en el poder dado al juez o a las partes de seguir, en el curso del procedimiento elegido, el itinerario que mejor corresponda a las dificultades y al ritmo de la causa. La ley, en suma, no traza un solo camino obligado para llegar a la meta, sino que ofrece una serie de variantes, de desviaciones y de conexiones, cada una de las cuales puede tener sus ventajas y sus inconvenientes” (*Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. I. p. 379).

exauriente.

O mesmo se tinha, na vigência do CPC/1973, em relação ao procedimento comum sumário, aplicável apenas às hipóteses previstas no artigo 275 daquele diploma, ou ainda no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95). Em ambos os casos, a simplificação do rito implicava, ao menos em teoria, em prestação jurisdicional mais célere, mas preservada a cognição plena.

A evolução da ciência processual veio a mostrar, com maior ênfase a partir do último quarto do século XX, que em algumas situações o corte ou a variação procedimental, isoladamente considerados, não são suficientes à tutela de determinadas *crises* jurídicas, à força de peculiaridades do direito material, que reclamavam urgência ou atuação jurisdicional específica e diferenciada.³⁷¹

Mais do que a mera variação procedimental, verificou-se que a modulação da cognição acaba trazendo, para situações específicas, maiores vantagens, tornando mais efetiva a resposta jurisdicional.

Acertada a visão de Italo Andolina ao estabelecer que o proceso é um sistema de resolução de conflitos, os quais devem ser resolvidos de acordo com as necessidades das partes interessadas, a quem compete decidir o que efetivamente precisam, com destaque para as medidas provisórias antecipatórias que, a despeito de não terem aptidão para a formação da coisa julgada, são de pronto executáveis (ou seja, acrescento eu, geram efeitos concretos no mundo fático), revelando-se, justamente por isso, como as melhores candidatas a este tipo de solução, porque seu conteúdo corresponde ao conteúdo do julgamento final de mérito.³⁷²

³⁷¹ “A Justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar que o direito à cognição adequada faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural. Quando no sistema anglo-saxão, nos primórdios do constitucionalismo, insistiu-se no direito ao julgamento “pelos seus pares”, pelos “homens honestos da vizinhança”, já se intuía o direito à cognição e julgamento pelos juízes que, inseridos na mesma realidade social, tivessem a sensibilidade necessária para avaliar em toda a dimensão a conduta do acusado” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77).

³⁷² O texto, na versão publicada no Brasil, está em inglês: “New techniques have been developed and employed to reduce the delay, focusing on simplification of procedural tracks, summarization of fact-finding and especially doing away with preclusive effects. The latter course is justified because the Civil Justice system is mainly regarded as a system of conflict resolution, where conflicts should be resolved according to the needs of interested parties, and where the interested parties should be able to decide autonomously what they need. From these premises it follows that if the interested parties show a need for a speedily enforceable judicial measure, but don't ask for claim or issue preclusion, they should be

Vale ressaltar que a cognição sumária não é instrumento exclusivo da tutela jurisdicional de urgência, em regra caracterizada pela postergação do contraditório, mas sim presta-se a viabilizar formas mais efetivas de prestação jurisdicional, de que é eloquente exemplo a ação monitória, iniciada pela expedição de ordem de pagamento pelo juiz independentemente da oitiva do devedor, desde que presentes os elementos eleitos pela lei processual como suficientes (prova documental sem eficácia de título executivo – artigo 700 e seguintes do CPC).³⁷³

Aqui parece oportuno, para o estabelecimento de algumas premissas, realizar o cotejo entre os pontos de contato (mas principalmente de afastamento) entre as noções de *procedimento* e *cognição* sumarizados.

Isso em razão da utilização, pela doutrina, de termos variados, adjetivados com a ideia de sumarização, para além daqueles, tal como processo ou ação sumária.

Não me parece acertado aludir, nos tempos atuais, a “ação sumária”,³⁷⁴ na medida em que esta, encarada como instrumento de exercício da pretensão de tutela jurídica (tópico 1.1), em nada se relaciona com o procedimento ou com a cognição, estes sim passíveis de *sumarização*.

Tal expressão, todavia, tinha uso corrente na doutrina do final do século XVIII e início do XIX, a demonstrar que a busca pela sumarização, com consequente

allowed to obtain a self-standing provisional measure, that is a provisional measure without any "structural instrumentality" with respect to a proceeding on the merits of the case. Obviously, anticipatory provisional measures look like the best candidates for this kind of solution, because their content corresponds to the content of the final judgement for the plaintiff on the merits of the case. In fact, if the provisional measure is not anticipatory but conservative, or aimed at preserving evidence, the link with the main proceeding on the merits of the case is so strong that superseding the "structural instrumentality" may look too daring" (New perspectives for provisional measures. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 117, set/out-2004. p. 204).

³⁷³ Com base no direito positivo anterior, no particular inalterado pelo CPC atual, assim se manifestou Heitor Vitor Mendonça Sica: “A técnica da cognição sumária também explica outros diversos fenômenos da maior relevância. Com grande frequência o sistema exige do juiz o exercício de cognição sumária em caráter provisório (isto é, carecedora de ulterior confirmação por meio de decisão fundada em cognição exauriente) em particular no campo da tutela cautelar (CPC, arts. 806, 807 e 810) e da tutela antecipada fundada na urgência (CPC, art. 273, I). Mas não se pode negar que a cognição sumária seja definitiva em algumas situações, como na ação de execução fundada em título executivo extrajudicial (cabível apenas quando o demandante estiver munido de um dos documentos listados no art. 585 do CPC acerca do qual o juiz realiza exame formal de caráter superficial) e na ação monitoria (que no art. 1.102-C do CPC socorre ao titular de “prova escrita sem eficácia de título executivo”, a qual também será examinada sumariamente). Se não houver oposição do demandado chega-se a um resultado definitivo sem exercício de cognição exauriente” (Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 460-461).

³⁷⁴ Nesse sentido: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2. ed. Rio de Janeiro; Aide, 1980. p. 16.

afastamento do modelo procedimental ordinário, não é fenômeno novo.

Além de prevista no direito romano clássico, em que o pretor, apartando-se *actio*, “podia criar certos procedimentos de natureza sumária ou especial”,³⁷⁵ a tutela sumária foi expressamente consagrada no âmbito do processo canônico, com a *Bula Clementina Saepe contingit*.

Aponta Fairen Guillén, em obra clássica marcada pelo aprofundado estudo histórico do tema, que a sumarização trazida pela *Saepe contingit* do Papa Clemente V (francês cujo pontificado perdurou de 1305 até seu falecimento, em 1314), destinada a extirpar alguns excessos formalistas e antieconômicos do processo, foi pautada no encurtamento dos prazos e na concessão de poderes ao juiz para repelir atos supérfluos e encerrar a instrução e proferir sentença quando considerasse suficientemente instruído o processo.³⁷⁶

³⁷⁵ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 60. Sobre o tema pontua Roberto Omar Berizonce: “Es bien sabido que en el derecho primitivo y en el derecho romano no se conocía la diversificación de los procesos; todos los conflictos eran decididos mediante un solo y único procedimiento de carácter general. El solemnus ordo iudicarius, si bien no excluía los procedimientos extraordinarios, perduró en la legislación de Justiniano y, a través de ésta, en el derecho romano canónico. Es durante la Alta Edad Media cuando aparecen nuevas formas y tipos procedimentales: el llamado proceso sumario indeterminado, simplificado en su trámite aunque manteniendo la cognición plena y el efecto de cosa juzgada material; y el proceso ejecutivo o sumario determinado, que reduce el conocimiento del juez a los documentos mercantiles (cambial) o a los documentos de garantía, para pasar directamente al procedimiento compulsorio. Esas regulaciones y principalmente la decretal clementina de 1306 *Saepe si contingit*... vinieron a establecer verdaderas formas de tutela diferenciada que tenían como fundamento y razón de ser la satisfacción de las crecientes necesidades del tráfico mercantil de la época y las profundas transformaciones socio-económicas que de ello se habían derivado” (Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, nov/2008. p. 131). Fixando na bula papal em comento o termo inicial da sumariedade, apontou Sálvio de Figueiredo Teixeira que “o Direito romano, em seus três períodos – das ações da lei, do formulário e da cognição extraordinária –, não devotou preocupação com a dicotomia em procedimento ordinário e sumário”, reafirmando que “a sumariedade, que tem suas origens na bula *Clementia Saepe Contingit*, de 1306 (...)” (O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. _____ (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 82).

³⁷⁶ *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 44. Como destaca Jânia Maria Lopes Saldanha: “Como referido acima, o processo canônico atingiu seu auge nos séculos XII e XIV, período em que a Igreja experimentou imenso poder na Europa. Nesse quadro, o processo civil canônico estrutura-se de tal forma que as respostas eram dadas da maneira mais perfeita. O processo ordinário, no entanto, tal qual a força dos Titãs, mantinha-se em franca aplicação, sem ter deixado de ser moroso, custoso e profundamente formal. No cenário surge Zeus. Já era época de enfrentar a força do *ordo judiciorum privatorum*. A partir daí, em virtude da intervenção canonista, (re)nasce a história do processo civil e da jurisdição, tendo em vista a necessidade de o primeiro tornar-se menos complicado e mais célere, afastando o asfixiante formalismo que o processo romano-canônico impunha até então. Assim, a adoção da sumariedade processual nas causas comerciais foi autorizada na bula do Papa Clemente V, datada de 1306, denominando-se *Saepe contingit clementinae*. Foi nesse instrumento que a história dos processos sumários teve origem. Pretendia ser o desenrolar do processo simples e claro, destituído das regras formais e solenes do procedimento ordinário. A sumariedade, em razão da necessidade de triunfo da economia processual, acabou por impor-se, da mesma forma, em processos

Atentando para as bases históricas do direito processual brasileiro (e sua sujeição à legislação portuguesa), são conhecidas as referências sobre a obra *Tratado Pratico Compendiario de Todas as Acções Summarias*, de Manoel de Almeida e Sousa, de Lobão,³⁷⁷ sendo certo que já em seu prefácio acha-se o fundamento da boa fama que se lhe empresta.

Nele, o autor esclarece quatro razões pelas quais as “ações” deveriam ser sumarizadas: a) pela urgência pública; b) pelo favor da pessoa; c) para não sofrer mora maior o negócio de que se trata; d) pela sua “parvidade e pouca entidade”.³⁷⁸

Quanto às razões que justificariam a sumarização, todas permanecem atuais, notadamente as que dizem respeito ao interesse público na adequada prestação jurisdicional (‘a’), à diminuta expressão econômica do direito controvertido (‘d’) e à prevenção de ocorrência ou agravamento de dano no âmbito da relação jurídica subjacente (‘c’).

Mesmo a alusão ao “favor da pessoa”, que em uma primeira leitura poderia sugerir afronta à regra constitucional da isonomia, parece aceitável, por dizer respeito, segundo me parece, à especial condição de alguns sujeitos (ou melhor, de alguns direitos subjetivos), tal como, por exemplo, a habilitação de herdeiro em um dado processo.³⁷⁹

de matéria civil” (*Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107). Colacina-se, outrossim, o posicionamento de Celso Neves: “Para evitar os inconvenientes desse processo ordinário, excessivamente lento e complicado, estimulou-se o procedimento sumário indeterminado, assim chamado porque não concebido para casos particulares segundo a Clementina Saepe contingit, de princípios do século XIV (1306), no qual se procede *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudici*. Como processos sumários determinados figuram o executivo, à base da submissão do devedor (*pacta executiva*) ou de documentos com força legal (*instrumenta quareniigiata*) bem como o processo de *mandatum de solvendo sine clausula*, semelhante ao anterior, e o de *mandatum de solvendo cum clausula*, em que a oposição do demandado transforma o mandato em uma simples citação” (*Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 267).

³⁷⁷ Vale destacar que muitos trabalhos acabam considerando que “de Lobão”, constante da identificação da obra, seja o apelido de família do autor, o que não é verdadeiro, sendo essa a designação da aldeia (situada no concelho de Tondela, Viseu, em Portugal) em que, após graduar-se em Direito na Universidade de Coimbra (1762), ele exerceu a advocacia, incorporando, assim, o topônimo a seu próprio nome (HESPANHA, Antonio Manuel. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milão: Giuffrè, 2010. v. 39. p. 120).

³⁷⁸ ALMEIDA E SOUSA. Manuel de. *Tratado Pratico Compendiario de Todas as Acções Summarias*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1886. p. 5.

³⁷⁹ Idem, p. 231.

Ainda no prefácio o autor elenca as categorias em que encartáveis os então denominados processos sumários, que seriam: preparatórios de outros ordinários, provisionais e interimísticos, incidentes nas ordinárias, sumários em si mesmos “por natureza” e, por fim, outros “a que as leis dão particulares formas de processo”.³⁸⁰

A rigor, tal classificação, essencialmente pragmática, pode não ser das mais exatas sob um olhar científico, por baralhar critérios como a referibilidade com a ação “principal” (preparatórios ou incidentes), ao lado de elementos funcionais (provisionais). Ainda assim, seu interesse para a presente pesquisa reside justamente na comprovação a busca por alternativas à ordinariedade sempre permeou a preocupação dos estudiosos.

Detalhando, por conta disso, essa classificação das então denominadas “ações sumárias”, colacionam-se aqui alguns exemplos encartáveis em cada uma das categorias, a fim de que aquilatar se alguma delas apresenta, para os fins deste trabalho, algum interesse especial:

- preparatórias de outros ordinários: ação de exibição de documentos, escrituras e móveis,³⁸¹ ou ainda a ação interrogatória, por meio da qual o herdeiro, visando preparar futura demanda de petição de herança, podia exigir que o possuidor de bens integrantes do monte mor declarasse a que título o possuía.³⁸²

A sumariedade dava-se, principalmente, pela simplificação da forma, como também em razão da restrição do objeto discutido. Para além de se perquirir acerca de eventual natureza acautelatória de tais provimentos – mais nítida no sequestro preparatório de ação futura, também encartável nessa categoria³⁸³ - o que parece nítido é que, restrito o objeto do processo, possível sua sumarização.

A característica de destaque, em termos discriminativos, dessas ações era a índole preparatória em relação à principal, no que se diferem das sumárias em si mesmas, “por natureza”.

³⁸⁰ Idem, p. 5.

³⁸¹ Idem, p. 31.

³⁸² Idem, p. 53.

³⁸³ Idem, p. 61.

- provisionais e interimísticos: o pouco uso cotidiano deste último vocábulo em solo brasileiro,³⁸⁴ impõe o esclarecimento de seu significado, qual seja algo que é provisório (=interino), a ser, portanto, substituído por outro.³⁸⁵

São exemplos de tais demandas sumárias: os alimentos provisionais, a manutenção da posse “enquanto se disputa sumariamente o possessório ordinário”.³⁸⁶ São, portanto, medidas proferidas no próprio processo, de índole antecipatória.

- incidentes nas ordinárias: a ação de atentado – de alcance semelhante ao da sua noção contemporânea – era apontada como o incidente mais frequente, sendo oposto “para o fim que o juiz conheça d’elle, e suspenda o progresso da causa principal, enquanto esta questão não for decidida, e o atentado, se se julgar, não for plenamente purgado e restituído”.³⁸⁷

Também a eventual solução de questões incidentes ao processo de inventário e a declaração incidental de falsidade são inseridos nessa categoria, a evidenciar que, de fato, o autor acaba por misturar critérios, gerando classificação que, malgrado o valor da obra, não pode ser tida como das mais exatas.

- sumários em si mesmos “por natureza”: aqui também a simplificação formal era o principal ponto, mas com a diferença de que as medidas eram processualmente autônomas, mas sumarizadas. Não só a aparente simplicidade dos temas, mas principalmente a urgência, é que assim determinava, tanto que alguns desses processos tramitavam “em tempo de férias”.³⁸⁸

Delas são exemplos: causas sobre o acolhimento de frutos futuros (como a renda provenientes do aluguel de imóvel vendido, por exemplo), a dação remoção ou a execução de tutores, a ação de alimentos, a posse em nome do nascituro e o “despejo de casas”, dentre outras.³⁸⁹

³⁸⁴ Tanto assim que não consta da primeira edição do *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

³⁸⁵ Na doutrina pátria registra-se seu uso por Pontes de Miranda, ao aludir à “eficácia interimística do anulável”, que produz efeitos até que transite em julgado a sentença constitutiva negativa (*Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. IV. p. 70).

³⁸⁶ Idem, p. 211.

³⁸⁷ Idem. p. 216.

³⁸⁸ Idem, p. 292.

³⁸⁹ Idem. p. 249 a 329.

- “que as leis dão particulares formas de processo”: mais do que a mera sumarização procedimental, nesta categoria o autor inclui processos especiais, de forma e finalidade totalmente diversa do modelo de processo ordinário.

A sumariedade, a rigor, era aqui encarada como designativa de tutela diferenciada, sendo exemplos de tais processos: a ação de juramento de alma, a nunciação de obra nova e a ação de assignação de dez dias, a ser análise de modo mais detido adiante.³⁹⁰

O que se extrai desta breve resenha da obra em comento é que no direito lusitano, seguindo-se tradições romanísticas, alguns processos eram apartados da ordinaryidade, cuja alternativa sempre foi, com distintas formas de observância e aplicação, a sumariedade.

Seguindo esse contexto interpretativo outra obra, contemporânea a essa, merece referência.

Nas *Primeiras linhas sobre o processo civil*, de Joaquim Jose Caetano Pereira e Souza, toda a parte II é destinada ao processo sumário, que o autor divide em causas sumárias “propriamente tais” e outras que “são assim chamadas impropriamente”.³⁹¹

As primeiras são caracterizadas por guardar “a ordem natural do Processo, excluídas as solemnidades civis”,³⁹² ou seja, preservava-se a exposição do fato pelo autor e a formulação de pedido, a citação e a audiência do réu, a produção de provas e a decisão, não se exigindo, contudo, petição inicial detalhadamente articulada, contestação solene da lide, dilação ordinária e alegações finais.³⁹³

Trata-se do regramento previsto pelos artigos 236 a 245 do Regulamento 737, de 1850, aplicável a causas de valor certo e não tão significativo (até 500.000 réis),

³⁹⁰ Idem, p. 427 e seguintes.

³⁹¹ PEREIRA E SOUZA, José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil* - accommodadas ao foro do Brazil ate o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907. p. 396. A edição brasileira baseou-se na quinta edição da obra original, editada em Portugal no ano de 1849. O “acomodador” Augusto Teixeira de Freitas, em que pese a importância de seu trabalho de adaptação do texto às regras processuais vigentes no País – o que fez por meio de supressões e acréscimos de sua lavra, como expõe no prólogo da obra (p. X e XII) – não identificou, no texto do livro, se este ou aquele parágrafo ou nota pertence a um ou outro, daí porque, registrada a ressalva, não será possível indicar, nas sucessivas notas, a efetiva autoria da lição mencionada ou do excerto transcrito, que se presumem, assim, do autor original.

³⁹² Idem, ibidem.

³⁹³ Idem, p. 397.

como também a outras, em razão do objeto (como alimentos e despejo), no particular seguindo previsão constante do Livro III das Ordenações Filipinas, em vigor no Brasil naquilo que não divergisse da escassa legislação até então produzida, por força de Lei de 20 de outubro de 1823.³⁹⁴

Constata-se que tais ações eram tidas como sumárias em razão do rito procedimental apenas, inexistindo qualquer disposição que sugerisse diferenciação na cognição exercida pelo julgador.

Já as ações impropriamente chamadas de sumárias, na expressão do autor, eram assim entendidas porque nelas observava-se “ordem diversa das ordinárias”,³⁹⁵ sugerindo-se que se tratavam de ações hoje entendidas como de procedimento especial ou diferenciado.

Seriam elas, segundo o autor: a de assignação de dez dias, a de juramento d’alma, as sumaríssimas (de valor inferior a 100.000 réis), as executivas (de crédito fiscal, de salários de Justiça e de aluguéis, mas incluindo também a desapropriação, e cuja peculiaridade era justamente começar-se desde logo por penhora),³⁹⁶ as de officio do Juiz (que se aproximavam do que hoje se entende por jurisdição voluntária), a de embargo (com dupla função, de arresto ou sequestro).

Vê-se que a sistematização proposta, a bem da verdade, parece compatível com o estágio evolutivo do estudo do direito processual da época.

A percepção da sumariedade restringia-se à questão do procedimento, não sendo comum a existência de cortes cognitivos e seus efeitos em relação ao processo.

Daí que, na ótica do autor, não se podiam chamar de sumários os processos do segundo grupo, que, na terminologia hoje mais difundida, ensejavam a prestação de *tutela jurisdicional diferenciada*, extraindo-se do rol transcrito ações que de fato refugiam à ideia de ordinariedade então vigente: em razão de modulações na cognição exercida (I), por não contemplarem qualquer tipo de julgamento (II), por

³⁹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VII. p. 24.

³⁹⁵ PEREIRA E SOUZA, José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil - accommodadas ao foro do Brazil ate o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907. p. 404.

³⁹⁶ Idem, p. 431.

terem natureza meramente acautelatória, também sem solução definitiva da lide (III), e ainda as sumaríssimas (IV), com variação meramente procedimental.

No terceiro grupo insere-se a ação de embargo. No segundo as que se aproximavam da jurisdição voluntária (“de officio do Juiz”), as executivas (tanto que já se iniciavam da penhora) e as de juramento d’alma (que não admitiam contestação,³⁹⁷ sendo restritas ao depoimento, ao que consta principalmente para fins de confissão de dívida ou comprovação de pagamento, de uma parte ou de outra).

No primeiro grupo, em que a diferenciação da ação advém de modulação da cognição, tem-se a *ação de assignação de dez dias* (ou decendiária), adiante abordada (subitem 3.4.7) com maior vagar.

Já a ideia de “processo sumário” é mais ampla e, até por isso, é usada em sentidos diversos, por vezes vinculando-se tanto ao procedimento como à cognição desenvolvida.³⁹⁸

Não é, *de per sí*, equivocada a expressão, mas desde que vinculada à ideia de sumariedade da cognição, e não do procedimento.

A sumariedade da cognição, em qualquer de seus planos, implica na admissão de um processo *substancialmente* sumário, diferentemente da sumariedade do procedimento, desde que, isoladamente considerada, não implique em corte cognitivo algum (*v.g.* a já mencionada ação de alimentos de rito especial prevista pela Lei 5.478/68), a qual conduz à ideia de *sumário formal*.³⁹⁹

Para Victor Fairen Guillén, em conhecida lição, fala-se em processos *sumários*

³⁹⁷ Motivo que levou Corrêa Telles a considera-las “as mais summarias de todas” (*Doutrina das acções – consideravelmente augmentada e expressamente accommodada ao foro do Brazil por José Maria Frederico de Souza Pinto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879. p. 13).

³⁹⁸ “La regla es el proceso ordinario, siendo lo “sumario” apenas una simplificación de aquel. En el Perú los procesos sumarios tienen la misma estructura y sistematización que el proceso de conocimiento pleno, pero con la consiguiente reducción de los tiempos, la simplificación procedimental y la reducción de la cognición coherente con la menor complejidad de la materia discutida. En este país la voz “tutela sumaria” se utiliza a nivel doctrinario, jurisprudencial y normativo haciéndose referencia al “proceso sumarísimo”. Con esta expresión se alude a los procedimientos típicos y atípicos destinados a tutelar determinados derechos “de menor complejidad probatoria” (RAGONE, Alvaro Pérez. Tutela sumaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, vol. 4, Jul - Dez/2016, p. 31).

³⁹⁹ “A sumariedade caracteriza-se tradicional e historicamente pelos limites impostos pela lei à apresentação de exceções e de defesas em determinados processos. São os processos materialmente sumários, com cognição sumária ou limitada, contrapostos aos processos formalmente sumários que possuem concentração de prazos e de atos, mas não produzem limitação cognitiva” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cogação exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 139-140).

propriamente ditos no primeiro caso, e em *plenários rápidos*, no segundo:

Las pautas de “sumariedad” – evitaremos de aquí en adelante en lo posible esta equívoca palabra en cuanto hagamos referencia a los procedimientos plenarios rápidos – son perfectamente diversas en ambos grupos de tipos; no se trata de dos subgrupos yuxtapuestos bajo la denominación común de “juicios sumarios”; pues esta “sumariedad”, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto que en los sumarios *propriamente dichos*, tiene carácter material. De otra parte, por su finalidad, como hemos dicho, los procesos sumarios corresponden a una Parte específica de nuestra disciplina, en tanto que a los procedimientos plenarios rápidos no se les puede separar lógicamente del declarativo ordinario; ya que la aceleración del proceso es un principio que a todos ellos alcanza.⁴⁰⁰

A expressão “plenários rápidos” é bastante eloquente, pois deixa claro, de plano, que a cognição desenvolvida será, tal como se tem nos processos sujeitos ao rito comum, plena e exauriente, sendo a rapidez alcança (supostamente) em razão de cortes no procedimento.⁴⁰¹

Vê-se, pois, que a sumariedade do procedimento e da cognição são coisas distintas, embora, não raro, conciliáveis, tal como se tinha, na vigência do CPC anterior, em relação à possibilidade de concessão de tutela antecipada *initio litis* no procedimento comum sumário.⁴⁰²

⁴⁰⁰ FAIREN GUILLÉN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 55-56. Adiante ponderou: “Los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma; en tanto que los sumarios, lo so por el contenido. La base de la confusión estaba en que las formas de unos y otros pasaron en muchas ocasiones a ser las mismas, pero profundizando algo más sobre este punto emerge clara la diferencia: la forma específica – acelerada por lo regular – de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial; pero en los procedimientos rápidos – plenarios –, su forma específica – también acelerada – se justifica sin necesidad de que tengan una finalidad diversa de la que se quisiera obtener por medio del procedimiento declarativo ordinario” (Idem, *ibidem*).

⁴⁰¹ Sobre o valor apenas relativos dos “plenários rápidos” no Perú: “Sin embargo, en el aspecto procesal civil el nuestro sistema coexisten tres especies de procesos cognitivos (proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo) que corresponde al mismo género, (procesos cognitivos declarativos) que al tener la misma estructura, cumplir la misma función y con los mismos efectos, ha tenido como consecuencia que la formalidad del proceso plenario o de conocimiento terminó por “devorar” a los plenarios rápidos (abreviados) y sumarios, que al tener la misma característica absorben la misma cantidad de tiempo, desvirtuando la intención del legislador” (BENAVENTE, Omar Sumaria. Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada. *Revista de Ius et Ratio*, Huancayo, ano 2, n. 1, 2015, p. 13).

⁴⁰² ARAKEN DE ASSIS. Antecipação de tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13. Na mesma direção, entende Ovídio Araújo Baptista da Silva que a circunstância das demandas possessórias seguirem o rito ordinário após a apreciação da liminar (sistemática mantida pelo CPC/2015 em seu artigo 566), não afasta o caráter de demanda sumária, a atestar que se pode cogitar de sumariedade tanto na cognição como no procedimento, ainda que de forma combinada: “A ordinariiedade não apenas deixa inalteradas as eficácias que compunham as respectivas ações especiais possessórias, como preserva inteiramente seu caráter de demandas sumárias, com severa limitação do campo litigioso, impedindo que nelas se controverta sobre qualquer matéria que não seja o conflito possessório. As ações possessórias ordinárias conservam, portanto, sua natureza de ações sumárias sob o ponto de vista material. Teremos então, aí, ações ordinárias, no plano do direito processual, que, todavia, não serão plenárias e sim sumárias, no plano do direito material. Uma ação sumária a que o direito processual dera rito

Bem pesadas as coisas, tendo em mira o atingimento da efetividade do processo, parece-me que a sumariedade da *cognição* (e não a meramente procedimental), é que se mostra como alternativa interessante para algumas situações específicas, carentes de proteção adequada se seguida a fórmula sacramental do procedimento comum.⁴⁰³

Parece-me ocioso pensar em alternativas para a solução dos problemas ligados ao excessivo número de processos, e aos entraves daí decorrentes, sem que se cogite, principalmente, pela busca de novos *modelos* processuais, calcados na modulação da *cognição* desenvolvida.⁴⁰⁴

Referem Cornelis Hendrik van Rhee e Remme Verkerk, que o aumento dos índices de litigância tornou ainda mais problemáticos os fatores que limitam a efetividade do processo, que apontam como sendo os altos custos deste e o atraso injustificado na prestação jurisdicional. Apontam, a partir daí, três soluções que costumam ser adotadas, inclusive de maneira combinada: a) introdução de novas regras processuais; b) reorganização e aumento dos orçamentos dos tribunais; c) mudança na cultura processual.⁴⁰⁵

Na primeira categoria inserem-se as regras tendentes ao que denominam como “alfaiataria procedimental”, adequando o processo à complexidade do caso,⁴⁰⁶ tanto

ordinário. Estas distinções são imperiosas, sob pena de grave mutilação dos conceitos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 277).

⁴⁰³ “É que não se pode falar em boa administração da justiça, quando a proteção dos direitos individuais se mostra insegura ou periclitante. E a recíproca se impõe com a mesma evidência” (NAVES, Cândido. *Páginas processuais*. Belo Horizonte: [s.n.], 1950. p. 126).

⁴⁰⁴ Aponta Vincenzo Vigoriti, com marcante acidez, que o único fenômeno verdadeiramente geral, consistente e difuso na experiência processual dos anos 1990, na Itália e em outros sistemas jurídicos, foi a recusa na aceitação do processo civil como instrumento adequado à solução das controvérsias, encarado com desconfiança e frustração e tido como inadequado e inconclusivo por diversas razões, das quais destaca aquelas calcadas na insuficiência: a) do procedimento; b) da qualidade técnica das decisões; c) da estrutura e da organização do sistema judiciário. (Il rifiuto del processo civile. *Revista de Processo*, v. 99, jul-set. 2000, p. 41-43).

⁴⁰⁵ “Civil procedure changes quickly. Throughout the world several general trends and developments can be perceived (Trocker and Varano, 2005). First of all, there is the age-old problem of high costs and undue delay (van Rhee, 2004). High costs and undue delay are, according to some, currently even more problematic than in the past owing to the increase in litigation rates during the last few decades (Zuckerman, 1999, p. 42). Various strategies have been employed to fight this problem. The cheapest, and therefore a popular strategy, is the introduction of new rules of civil procedure. Reorganizing the courts and additional funding is another approach. A change in procedural culture is a third option. This options currently advocated in countries like England and The Netherlands. In practice, combinations of these approaches may be chosen” (VAN RHEE, Cornelis Hendrik (Remco); VERKERK, Remme. Civil procedure. SMITS, Jan M. (org.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. 2. ed. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2012. p. 146).

⁴⁰⁶ “Apart from giving the judge a more active role, another strategy to decrease costs and undue delay is *tailoring the procedure* to the complexity of the case” (idem, p. 147 – destaquei).

sob o aspecto formal, por eles ressaltado, mas que também pode conduzir, concluso eu, em modulação da cognição exercida.

Se a cognição representa a atividade judicial de consideração, análise e valoração das postulações das partes e das provas levadas ao processo, é evidente a íntima ligação e a influência que o princípio do contraditório, alicerçado no trinômio informação/reação/participação, tem sobre ela. Tanto assim é que cortes cognitivos podem gerar, como “efeito colateral” mesmo, restrições e limitações do princípio do contraditório.

O desafio é aquilatar um parâmetro para tais limitações, ou seja, divisar o grau de atenuação, por assim dizer, constitucionalmente válido do contraditório. Uma das possibilidades, que me parece resistir de modo satisfatório a essa “filtragem” constitucional, é a inversão do contraditório:

Uma das mais importantes técnicas de sumarização da cognição é a postergação ou a inversão do contraditório. A primeira é em geral adotada na tutela da urgência, por imposição da necessidade de preservação de eficácia da tutela jurisdicional em face do perigo de lesão grave, de difícil ou impossível reparação. Já a segunda é normalmente fruto de uma escolha do legislador de oferecer a certos interesses, aos quais atribui proeminência, especial proteção e uma certa posição de vantagem, ainda que provisória, em relação a outros interesses a eles contrapostos. É o que ocorre com as liminares possessórias e de alimentos e com os mandados monitórios. Embora coloque um dos litigantes, o réu em todos esses exemplos, em uma nítida posição de desvantagem no acesso à tutela dos seus interesses, essa sumarização não me parece inconstitucional, no primeiro caso (tutela de urgência), porque fruto de ponderação em concreto realizada com os rigores da técnica de solução dos conflitos entre direitos fundamentais; e no segundo caso (proeminência de certos interesses), porque o balanceamento dos interesses em jogo foi efetivado em abstrato pelo próprio legislador, sujeito apenas ao crivo da razoabilidade, caso a escolha tenha sido abusiva.⁴⁰⁷

O contraditório postecipado (do qual são espécies o *diferido* e o *eventual*, tratados no capítulo 2) caracteriza, de forma marcante, o procedimento fundado em cognição sumária.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X, jul-dez/2012. p. 292. Para Alcides Munhoz da Cunha: “A constitucionalidade das técnicas de cognição sumária é universalmente aceita, porque a despeito da formação do provimento com subversão do contraditório, que pode ser eliminado por imposição da lei, no todo ou em parte, na fase postulatória ou instrutória, sempre há que se garantir a perspectiva ou a possibilidade ulterior quanto ao exercício da ampla defesa. A introdução de novas técnicas de cognição se inclui no direito à cognição adequada em face das especificidades das pretensões materiais, o que corresponde, em última análise à manifestação do princípio do devido processo legal, entendido como síntese ou soma das garantias da efetividade da jurisdição” (Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set/2008, p. 360).

⁴⁰⁸ “Se il contraddittorio è posticipato, il provvedimento emanato prima della sua realizzazione sarà un provvedimento necessariamente limitato alla conoscenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore a

Dessa busca por variações processuais e formas de contornar, principalmente, a inadequação qualitativa da tutela jurisdicional em alguns casos, e também a demora em sua prestação, ganhou força a locução “tutela jurisdicional diferenciada”, da qual ressalta-se, de plano, aspecto de cariz ontológico bem apreendido por Donaldo Armelin:

Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.⁴⁰⁹

Não se pode confundir, é certo, a tutela diferenciada apenas com a sumarização procedimental ou da cognição,⁴¹⁰ pois existem outras formas de atuação daquela, a partir da variação de seus cortes possíveis, referidas no item 1.3, *retro*.⁴¹¹

A bem da verdade, a ideia de tutela diferenciada encerra noção cujos contornos ainda não são objeto de pacífico entendimento doutrinário:

A chamada tutela jurisdicional diferenciada tem sido já há algum tempo objeto de intensa discussão na doutrina. Entretanto, até o momento não existe um consenso acerca de seu conceito e limites. Sucintamente, dois são os significados da expressão. O primeiro deles entende ser tutela jurisdicional diferenciada aquela concedida nos processos dotados de especialidade procedimental, mas que propiciam o desenvolvimento de atividade cognitiva ampla e exauriente. O segundo significado liga o conceito de tutela jurisdicional diferenciada à gradação da atividade cognitiva. Assim, seria ela

fondamento del diritto dedotto in giudizio: infatti dal momento che il convenuto non è messo in grado di contraddire, non potranno normalmente essere allegati al giudizio i fatti modificativi, impeditivi, estintivi del diritto azionato. Tale cognizione, per usare la terminologia chiovendiana, è definita sommaria perchè parziale, in quanto ha ad oggetto solo una parte dei fatti rilevanti, i fatti costitutivi; gli altri potranno essere allegati al giudizio, ma soltanto in una fase successiva al

provvedimento del giudice” (PROTO PISANI, Andrea. La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998, p. 24).

⁴⁰⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 841. Publicado originalmente na Revista de Processo n. 65, de janeiro/março de 1992.

⁴¹⁰ “Mas, a tutela diferenciada, a cada passo revelada, não importa, *tout court*, a cognição sumária. (...) O denominador comum dessas forças se revela a tutela diferenciada - que, no entanto, como visto, abrange outras técnicas processuais, a par da sumarização -, ou seja, a junção de cada ação material a uma estrutura processual compatível com as suas peculiaridades, minimizando, por consequência, a prevalência do rito comum e anódino, de modo a referir-se, às vezes, a uma tendência de superação do procedimento ordinário” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 209).

⁴¹¹ “Típico exemplo da impossibilidade de padronização das tutelas diferenciadas pelo tônus da sumariedade constitui o mandado de segurança, que encerra uma forma de tutela jurisdicional diferenciada, cuja sumariedade formal não impede a cognição plena e exauriente para formação de coisa julgada material, bem como a emissão de um provimento liminar de urgência com base em mero juízo de probabilidade” (CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência – análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 106).

toda modalidade de tutela concedida a partir de uma cognição não exauriente e definitiva.⁴¹²

Há quem enxergue o universo das tutelas diferenciadas de modo exageradamente elástico, nele inserido, ao lado das tutelas prestadas a partir de cognição sumarizada, várias técnicas processuais, como o incentivo a soluções autocompositivas, a acentuação dos deveres de colaboração das partes em relação à produção probatória, a flexibilização da regra da congruência, a implementação de um regime típico de processos coletivos, dentre outros.⁴¹³

Não me parece adequada essa excessiva generalização do termo “tutela diferenciada”, que acaba conduzindo à sua dissipação e, reflexamente, à perda da sua identidade.

A visão que acaba preponderando é a que insere sob o pálio das tutelas diferenciadas os procedimentos especiais, baseados em cognição plena, e as tutelas calcadas em cognição sumária.⁴¹⁴

Penso que melhor é não inserir no conceito de tutela diferenciada os procedimentos especiais conducentes à tutela jurisdicional gerada a partir de cognição plenária, isto porque as modificações realizadas no âmbito do procedimento, justificadas por peculiaridades do direito material em questão, não deixam de ser, em última análise, meras variações do procedimento comum.

Dito de outra forma, tanto os procedimentos especiais como o comum, por força mesmo do peso da “tradição” deste e da solidez das amarras com que fincados os cânones da ordinariedade (rígida previsibilidade de rito, limitação na liberdade do juiz para modular o procedimento, sensação de segurança trazida pela coisa julgada etc.), dizem respeito a um mesmo modelo de processo que oferece aos litigantes o pleno –

⁴¹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 647.

⁴¹³ BERIZONE, Roberto Omar. Técnicas orgânico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 175, set-2009. *passim*.

⁴¹⁴ “A tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras: a primeira, como procedimentos específicos (por exemplo, os previstos no Livro IV do CPC), de cognição plena e exauriente, cuja especificidade é decorrente justamente da necessidade de um tratamento especial em face da relação material; b) a segunda maneira refere-se à “regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”. Como se constata, inseridas nesta denominação *tutelas diferenciadas* encontram-se as *tutelas de urgência*” (FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69. A citação direta inserida no texto é de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. p. 23).

e, mais do que isso, o prévio – acesso ao contraditório para somente depois, a partir de um julgamento de índole essencialmente declaratória que caracteriza o processo de conhecimento, blindá-lo com a imutabilidade que deflui da coisa julgada.

A noção de tutela diferenciada que me parece mais significativa é aquela que contempla processos ou técnicas processuais (e não apenas procedimentos) *essencialmente* diferentes, com “modelos” que se revelem inovadores em relação ao padrão clássico cujos caracteres foram antes referidos, viabilizando, com isso, uma prestação jurisdicional, esta sim, de fato diferenciada, ainda que guardadas algumas características essenciais (um conteúdo mínimo, por assim dizer) ao próprio conceito de processo, tal como petição inicial, citação, contraditório (mesmo que diferido ou eventual).

Por isso é que os processos relativos à tutela de urgência, ainda que não exclusivamente, são encartáveis no conceito de tutela diferenciada,⁴¹⁵ aspecto ressaltado, com visão consequencialista de todo adequada ao caráter instrumental do processo, por Ovídio Araújo Baptista da Silva:

O que acontece com o processo cautelar e com as demais técnicas de sumarização, que se realizam através das liminares, sejam estas liminares (e as demandas que as contêm) autônomas, como se dá nas cautelares, sejam as liminares parcela inicial de um processo satisfativo único, como nas possessórias, é a “parcialização” da “lide integral”, a fim de que a função jurisdicional possa ser exercida e consumada, num primeiro estágio, de modo a conceder ao autor o “bem da vida” que o legislador considere digno de receber uma proteção específica e imediata. Neste caso, agrava-se a situação do demandado, que acaba sofrendo as consequências do primeiro julgamento, para só depois tentar recuperar os danos e prejuízos que essa derrota lhe tenha inflingido. Se a situação fosse inversa, inexistindo, como ocorria em geral nos sistemas tradicionais, a tutela cautelar, ou outras formas sumárias de tutela urgente, então o sacrifício seria imposto ao autor, que teria de conformar-se com a ordinariade e com a “plenitude” de defesa assegurada ao demandado, para, somente depois de um longo percurso, obter uma sentença que proclamasse seu direito, mas que poderia ser, na prática, um provimento inócuo, dado que o “bem da vida” especificamente procurado pelo autor já desaparecera, ou já se tornara inútil em virtude de novas circunstâncias. Neste caso, não seria o demandado a voltar-se contra o autor que obtivera a liminar indevida e sim o demandante a ver-se na contingência de voltar a juízo com uma segunda demanda de natureza

⁴¹⁵ “A tutela de urgência foi concebida como tutela diferenciada, uma vez que a urgência exige um tratamento diferenciado para solucionar a questão, visto que se reconhece que a forma tradicional não responde e nem corresponde com as questões motivadas pela rápida evolução da sociedade moderna. A tutela tradicional recheada de formalidade deixou de responder corresponder com os anseios da moderna vida social”. (SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela diferenciada e a efetividade do direito (urgência e definitividade). In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 289).

indenizatória, para recompor-se dos danos que a morosidade natural do processo comum lhe houvesse causado.⁴¹⁶

O que convém aclarar é que embora toda tutela baseada na urgência, por implicar na antecipação de um provimento jurisdicional (cautelar ou satisfativo), possa ser acomodada sob a noção de tutela jurisdicional diferenciada, a principal nota distintiva que conduz a esse quadro não é a urgência em si, mas sim a modulação verificada na cognição.

São os cortes cognitivos, sob o aspecto horizontal ou vertical, que caracterizam a tutela jurisdicional diferenciada, justamente porque só por meio deles é que se pode falar, a rigor, em modelos processuais diferentes.

O que diferencia a tutela jurisdicional, portanto, não é a circunstância de ser ela prestada sob o signo da urgência, mas sim o fato de a cognição, também ela, apartar-se do modelo dito “tradicional”:

Assim, do exposto, para nós, o critério diferenciador não está em dois planos: procedimento específico e cognição sumária, mas apenas neste último. O já citado Andrea Proto Pisani, também em abono a esta conclusão, ao delimitar a expressão “tutela diferenciada”, dizia que dois seriam seus possíveis traços caracterizadores: (i) o procedimento - a tutela é diferenciada quando o legislador adota um procedimento próprio, o que faria com que todo procedimento sumário ou especial caracterizaria uma tutela diferenciada; ou (ii) pela atividade cognitiva do juiz toda vez que a tutela jurisdicional for precedida de cognição exauriente a tutela é comum e toda tutela obtida sem essa cognição exauriente seria diferenciada. Assim, a tutela por assim dizer “comum” visa resolver a crise do direito material de forma definitiva, preservando de maneira absoluta as garantias de ampla defesa e contraditório o chamado devido processo constitucional, privilegiando-se o valor segurança. Já nas tutelas diferenciadas justamente porque dadas com base na cognição sumária, provavelmente não foram observadas, pelo menos não de maneira absoluta, todas as garantias do devido processo constitucional isso porque ou o juiz decidiu in limine ou, senão, o direito de defesa foi não exercido de maneira completa.⁴¹⁷

⁴¹⁶ A “plenitude de defesa” no proceso civil. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 158.

⁴¹⁷ JUNIOR, Sidnei Amendoeira. Tutelas diferenciadas e fungibilidade. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 867. Como bem referido por Araken de Assis: “Mas, ao lado desse tipo de processo, existem outros em que o conhecimento do juiz se reduz, considerando múltiplas razões, principalmente a celeridade, e onde a cognição ou não é exaustiva ou e parcial”, segundo Chiovenda. E, aduz Victor Fairen Guillen, incompleta a cognição, a coisa julgada também se restringirá na mesma medida. Essa observação jamais implica, por obvio, a ausência de coisa julgada em ações de cognição sumária, e, sim, que a indiscutibilidade atingira somente as questões decididas (art. 503, *caput*). De duas maneiras se impõem lindes à cognição judicial: ou (a) a lei coloca fora do processo várias questões, encurtando-o em extensão e, portanto, tornando-o parcial; ou (b) limita-a superficialidade de uma ou mais questões, diminuindo-o. conseqüentemente, na profundidade. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, a ação cambiaria, desprezando o negócio jurídico subjacente, exemplifica a primeira espécie; as liminares possessórias, presas ao que a lei chama de “prova sumaria da posse” (art. 677, *caput*), a última delas” (*Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 206).

Lúcida a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque:

Talvez já esteja na hora de refletirmos sobre a conveniência de instituir no sistema processual, de forma mais abrangente, a tutela final não dotada de imutabilidade, porque precedida de cognição sumária. Constitui técnica destinada a inverter os ônus a serem suportados pela demora do processo. Se, após exame não exauriente da relação substancial e com contraditório adequado a essa limitação cognitiva, o direito afirmado pelo autor mostrar-se verossímil, talvez seja mais justo conceder-lhe a tutela, transferindo ao réu o ônus de, em outra via processual, desconstituir esse resultado. Não há explicação para que o autor deva suportar as consequências da demora inerente aos processos de cognição exauriente, nas situações em que afirma direito altamente provável.⁴¹⁸

Não me move, aqui, a defesa panfletária pelo drástico abandono do procedimento comum,⁴¹⁹ pois é inegável sua vocação para a solução definitiva da controvérsia, o que na maioria das vezes corresponde ao anseio da parte.

Como bem expõe Roberto Berizonze, um largo campo de atuação sempre será reservado ao processo comum:

Las tutelas diferenciadas aún admitiendo su previsible proliferación en el futuro, no deberían sin embargo sustituir al procedimiento ordinario. El proceso común, a pesar de su inevitable complejidad y extendida duración, sigue siendo el más adecuado para resolver una masa todavía significativa de las controversias. La búsqueda de procedimientos más sencillos y simplificados que permitan decidir con justicia los entuertos en tiempos razonables, es inacabada e incabables. Al conjuro de la inevitable mutación de los requerimientos, a tono con las nuevas conflictividades y para acompasar los valores superiores irán apareciendo seguramente nuevas tutelas diferenciadas. Sin embargo, un ancho campo todavía quedará reservado a la operatividad del proceso común.⁴²⁰

⁴¹⁸ *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 172. Adiante arrematou: “Trata-se de solução tecnicamente possível, mas cuja adoção e adequada regulamentação dependem do conhecimento, pelo processualista, da realidade jurídico-substancial sobre que incidirão essas tutelas sumárias. Elas devem ser admitidas em situações especiais, pois generalizá-las implica abandonar, completamente, a segurança, o que também pode revelar-se prejudicial à efetividade do processo” (idem, ibidem).

⁴¹⁹ “O argumento oposto assinala que o último valor, tipicamente ideológico, expressa somente um ideal da classe dominante. Essas descobertas, e a conseqüente redução da realidade do processo já perderam o sabor da inovação e, embora úteis à explicação, ao mesmo tempo, de cada remédio processual em particular, e das interações do sistema em face do poder do Estado, não explicam satisfatoriamente todos os problemas. Enquanto a atividade jurisdicional se apresentar, aos olhos da pessoa, nada obstante poder estatal, como o frágil diafragma que o protege do próprio Estado, as soluções lestras conviverão com as garantias do processo tradicional, geralmente condicionadas à existência do procedimento comum. O alvitre de Kazuo Watanabe, asseverando desacreditar na falência do processo comum de cognição plena e exauriente, pois é este o modelo que possibilita a solução dos conflitos de interesse da maneira mais segura”, soa razoável” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 209).

⁴²⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, nov/2008. p. 139. Em estudo mais recente, o mesmo autor abordou com sensatez a questão da tutela diferenciada à luz do princípio da isonomia: “En el Estado Democrático de Derecho el principio de igualdad en concreto exige procedimientos diferenciados, adecuados para tutelar derechos y situaciones preferentes. De hecho, la “universalización” que supone el proceso de cognición amplio ordinario, se ha tornado anacrónica, por su palmaria insuficiencia para

O que me parece de todo aceitável defender é que, ao lado daquele, a lei coloque à disposição do cidadão outras formas de prestação de tutela jurisdicional que, ao fim e ao cabo, não representem meras variações do modelo padrão (procedimentos especiais), ou mesmo que reclamem, dada sua acessoriedade, posterior ratificação por meio de pretensão sujeita ao procedimento comum, tal como se dá com a tutela jurisdicional cautelar.

Aspecto digno de investigação, nessa quadra, diz respeito à coisa julgada, a fim de aquilatar-se se ela é mesmo *imprescindível* ao exercício viável da prestação jurisdicional, ou se, eventualmente dispensável, viabiliza a aceitação teórica da autonomia procedimental de demanda calcada em cognição sumária.

3.3. Cognição exauriente e consequente coisa julgada: único modelo de tutela jurisdicional possível?

O modelo típico do procedimento comum, calcado na cognição plena e exauriente, como visto no tópico anterior, passou a ser adotado como reflexo do liberalismo e do protagonismo burguês vigente, por ser o método ideal para conduzir à coisa julgada e o confortável, por assim dizer, sentimento de *certeza* por ela outorgado à solução da crise jurídica equacionada pela sentença, repelindo-se, na mesma medida, decisões calcada em juízo de probabilidade.⁴²¹

O esquema básico que caracteriza o procedimento comum, com a plena disponibilidade de todas as potencialidades ínsitas ao contraditório em fases processuais prévias ao acerto trazido pela sentença, é claramente adequado à

abastecer las diversas situaciones que se presentan en el tráfico litigioso. No cabe admitir, entonces, que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales representan en la sociedad” (De las medidas anticipatorias a las tutelas provisórias autónomas: una evolución necesaria. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 1, 2017, p. 115).

⁴²¹ “De fato, o pensamento burguês separou o homem em um subjetivismo individualista, fazendo-o acreditar que o acesso à verdade (a qual foi substituído por René Descartes pelo conhecimento dos objetos) não depende de qualquer “condição diferenciada de espiritualidade”: basta que o sujeito, ao deparar-se com o objeto, raciocine com sanidade, de maneira correta, mantendo-se constantemente na linha de evidência, sem nunca afrouxá-la e sem confiar na tradição livresca e na autoridade dos dogmas. Daí por que a certeza inspirada pelo método passou a confundir-se com a própria verdade a que ele conduz. Portanto, para o cartesianismo, há identidade entre o certo e o verdadeiro. Não por outra razão esse tipo de pensamento rejeita tudo aquilo que se ampara na probabilidade” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68).

formação da coisa julgada,⁴²² embora gere, como contrapartida, a necessária submissão dos interessados ao transcurso natural do tempo.⁴²³

Tanto assim que Proto Pisani, já no parágrafo inaugural de sua obra de caráter geral acerca do processo civil, deixa assentado que o processo de cognição plenária frequentemente se apresenta como “uma forma de tutela institucionalmente inadequada para garantir por si só uma séria muito ampla de situações jurídicas de vantagem”.⁴²⁴

Vale ressaltar que a coisa julgada material, nas hipóteses de restrição apenas no plano horizontal da cognição, mas com sua preservação integral no plano vertical (cognição limitada e exauriente) – de que é exemplo a vedação da discussão do domínio nas ações possessórias – não afasta a ocorrência de coisa julgada, mas apenas restringe-a ao objeto conhecido pelo juiz.⁴²⁵

Não está no procedimento, e tampouco na coisa julgada, os embaraços que em algumas situações podem comprometer a efetividade do processo, não se perdendo de vista que a possibilidade de antecipação da tutela (em sentido *lato*), acaba atenuando, em algum grau, esse quadro. O problema é considerar essa sistemática como a única solução possível para a atuação do processo civil.⁴²⁶

⁴²² “Exercício da jurisdição, matizado pelas garantias fundamentais do processo justo, e, em especial pelo contraditório em seu espectro amplo, apenas se esgotará com a entrega da tutela fruto de uma cognição plena. Apenas a decisão judicial de mérito colhida em um procedimento idóneo, em cognição plena reunirá os predicados necessários para a formação da coisa julgada material” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149).

⁴²³ “Só é possível, nesse modelo, tomar e tornar efetiva qualquer decisão que altere a situação das partes após cognição prévia, plena e exauriente o que espelha a preocupação saliente com a certeza e a segurança, vinculadas à noção de coisa julgada” (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 77).

⁴²⁴ *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Trad.: Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui. Lima: Palestra, 2018. p. 25.

⁴²⁵ “O provimento de mérito, nesses casos, é produzido em cognição exauriente, mas sobre um objeto previamente limitado e, no âmbito dessa limitação, tem aptidão para certificar direitos, positiva ou negativamente e, por consequência, aptidão para receber a eficácia da coisa julgada material na medida em que foi limitado por lei o contraditório sobre o objeto cognoscível” (CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set/2008, p. 364). No mesmo sentido: “Assim, entendemos que a coisa julgada não é a imutabilidade absoluta do julgado sempre, mas a imutabilidade do julgamento de mérito na proporção que a cognição lhe permitiu” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exauriente e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 85).

⁴²⁶ Vem a calhar a antiga constatação de Cândido Neves, ainda atual: Infelizmente, porém, penso que ainda se pode repetir, com Manfredini e Consentini que o processo é o ramo do direito que menos evolue, o que Chiovenda explica como uma consequência do espírito conservador, que domina a classe forense como geralmente acontece a todas as classes que se educam com preparação técnica mais ou menos demorada. Disse Vampré que os juristas são apóstolos do passado” (*Páginas processuais*. Belo Horizonte: [s.n.], 1950. p. 85).

A coisa julgada, além de garantia fundamental prevista pelo artigo 5^o, XXXVI, da Constituição Federal, é um dos instrumentos para o atingimento de umas das finalidades do processo civil, qual seja a eliminação do conflito, que a rigor opera-se não pela sentença em si, mas sim pela imutabilidade que deflui da coisa julgada e impede que a mesma crise jurídica seja levada ao conhecimento do Poder Judiciário *ad infinitum*.

O artigo 502 do CPC define coisa julgada como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, resgatando historicamente a noção difundida por Enrico Tullio Liebman, para quem

a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.⁴²⁷

Aludo a resgate histórico porque, ao que consta, no anteprojeto do CPC de 1973 apresentado por Alfredo Buzaid era adotada conceituação semelhante a essa, mas percalços enfrentados nos tortuosos caminhos do processo legislativo parecem ter levado a certa deformação da redação final artigo 467 daquele diploma, que passou a aludir à coisa julgada como eficácia da sentença,⁴²⁸ recebendo críticas de parte da doutrina.⁴²⁹

Na dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2010, sob a orientação do Professor Cassio Scarpinella Bueno (intitulada “A eficácia preclusiva da coisa julgada: o alcance do artigo 474 do Código de Processo

⁴²⁷ *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 40.

⁴²⁸ Art. 467 (CPC/73). Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁴²⁹ Lamentando o fato de o CPC/73 ter definido a coisa julgada em termos de eficácia, e não de qualidade, apontou Ada Pellegrini Grinover que o artigo 507 do Anteprojeto Buzaid definia a coisa julgada material justamente como “a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, mas com a alteração imposta, que redundou na atual redação do dispositivo, tem-se que a lei “a pretexto de definir a coisa julgada material, acaba dando o conceito de coisa julgada formal” (“Notas” a *Eficácia e autoridade da sentença*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 09 e 65). Similar o posicionamento de Sérgio Gilberto Porto, que bem expõe o que reputamos como *complexidade* da redação final do dispositivo: “Cumprido, ainda, no que diz respeito ao artigo 467, referir que a idéia de indiscutibilidade mais se amolda a concepção de coisa julgada formal, pois a proposta do ordenamento processual é impedir, pela via desta fórmula, a retomada da mesma discussão, no mesmo processo, de forma eficaz. Nada impedindo, contudo, que a mesma discussão, na hipótese de não ter ocorrido análise de mérito, seja reaberta, em outro processo e de forma apta a produzir resultado diverso. Todavia, oportuno, por igual, registrar que a idéia de imutabilidade, de sua parte, diversamente da indiscutibilidade, mais se afeiçoa a concepção de coisa julgada material, visto que quando a decisão adquire o selo da imutabilidade este é apostado tanto para o processo em que foi proferida como para qualquer outro” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 6, p. 186).

Civil”), abordei as eficácias positiva e negativa que lhe são características e que lhe emprestam operatividade, sendo certo que as conclusões a que cheguei quanto a esse ponto merecem ser aqui revisitadas, claro que com foco no objeto central deste estudo.

O desdobramento da função da coisa julgada em aspectos positivos e negativos decorre de imposição de colorido essencialmente prático, na medida em que por meio deles é que se procura explicar a influência de tal figura sobre outra relação processual que porventura guarde certa correspondência com a anterior.

Dito de outra forma, analisada a coisa julgada a partir de sua influência prospectiva sobre os sujeitos e a relação jurídica a que vinculada a decisão, tem-se que a *eficácia positiva* visa outorgar-lhe a imperatividade esperada, impedindo inclusive, já pela *negativa*, que o Poder Judiciário volte a apreciar lide já decidida ou que desafie o resultado desta.

Como aponta João de Castro Mendes:

Toda eficácia do caso julgado – não apenas a fundamentação da respectiva exceção – pode traduzir-se em duas ordens de efeito: pode impedir a colocação no futuro da questão decidida ou pode impor a adoção no futuro da solução que a decidiu. Os fenômenos são diferentes e não apenas nos fundamentos – são formas distintas de eficácia do caso julgado. Com efeito, tal eficácia pode consistir num impedimento, proibição de que volte a suscitar-se no futuro a questão decidida – e estamos perante aquilo que nós chamamos função negativa do caso julgado; ou pode consistir na vinculação a certa solução – estamos perante a função positiva. No primeiro caso, o dever é de *non facere, non agere*, não discutir; no segundo caso, o dever é de *facere* ou *agere*, tomar como subsistente a solução julgada.⁴³⁰

Trata-se, pois, de temática relevante no sentido em que afeita ao modo de se manifestar da coisa julgada.⁴³¹

⁴³⁰ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 39.

⁴³¹ Não por acaso propunha José Ignacio Botelho de Mesquita a existência de correlação entre tais funções, respectivamente, com a imutabilidade e a indiscutibilidade de que se reveste a decisão transitada em julgado, nestes termos: “A imutabilidade e indiscutibilidade, portanto, são efeitos que a lei atribui à conclusão da sentença em decorrência do fato jurídico do trânsito da sentença em julgado, não importa qual seja o conteúdo do seu elemento declaratório. (...) A consequência da imutabilidade da sentença transitada em julgado consiste exatamente na proibição de propor uma ação idêntica a outra já decidida por sentença revestida da autoridade da coisa julgada. Já a indiscutibilidade opera de modo diverso. Opera em relação a quaisquer processos, em que a decisão do pedido do autor dependa do julgamento de questão prévia que tenha sido decidida por via principal em processo anterior, entre as mesmas partes. Ao contrário da imutabilidade, a indiscutibilidade pressupõe que sejam distintas as ações que são objeto de cada um dos processos. O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior” (*A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11 e 12).

Oportuno recordar a lição de Liebman, pela qual a coisa julgada, destinada a outorgar imutabilidade ao *decisum*, teria somente essa eficácia negativa, restrita, portanto, “a impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença”, até porque, na sua ótica, a eficácia positiva seria tão somente a eficácia natural da sentença, que com a coisa julgada “nada tem que ver”.⁴³²

De fato, a eficácia positiva da coisa julgada deve ser encarada como não mais do que uma qualidade que recai sobre a decisão transitada em julgado, pois a influência desta sobre a relação jurídica de direito material existente entre as partes (e, via reflexa, sobre outras demandas formadas a partir desta ou com ela conexas), decorre da imperatividade ínsita a qualquer pronunciamento judicial, esteja ele estabilizado ou não, desde que não suprimidos seus efeitos em razão da interposição de recurso dotado de eficácia suspensiva.

Dito de outra forma, a sentença que resolve o mérito da demanda *vincula* as partes no âmbito da relação entre elas existentes, como também o juiz de outra demanda, no sentido de que o conteúdo do comando normativo da decisão anterior deve ser acatado como *premissa* inafastável, para que então, acolhendo-a na solução de determinada questão prejudicial, possa, em conjunto com outros elementos, decidir essa nova demanda.

Exemplo possível que pode ser cogitado é o relativo a laços de parentesco entre duas pessoas, cuja existência restou reconhecida em ação de investigação de paternidade acolhida, em relação a outra demanda, futura, em que se pleiteie quinhão hereditário cabível ao herdeiro. Nesse segundo processo não poderá o réu recusar a paternidade antes reconhecida, assim recepcionada como verdadeira *premissa* a vincular as partes e, via reflexa, o julgador.

Essa operação, essencialmente lógica no segundo processo, será justificada em razão da eficácia declaratória ínsita a sentença, embora seja certo que a blindagem fornecida pela coisa julgada protege, por assim dizer, aquela *premissa* fixada no processo anterior, impedindo que o réu pretenda rediscuti-la.

Possível afirmar, portanto, que a coisa julgada manifesta-se principalmente, em relação a processos posteriores, sob a ótica de sua função negativa, a partir de

⁴³² *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 59 e 60.

duas perspectivas distintas: a) pela identidade entre os elementos das demandas, reafirmada, assim, a vocação individualizadora destes para impedir a dedução de pretensão já apreciada; b) com atenção aos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, no sentido de definir-se a extensão da imutabilidade conferida a determinada decisão e subtraindo-se, com isso, a possibilidade de julgamento posterior que a desconsidere, afrontando a *res judicata*.⁴³³

É indiscutível a utilidade da coisa julgada e sua importância para a solução dos conflitos, ideal perseguido não só pelas partes mas do qual se vale também o próprio sistema jurídico, na medida em que o Estado não é obrigado a prestar tutela jurisdicional para casos concretos em que já o fez.

Todavia também sua relevância, cumpre registrar, acabou sendo hipertrofiada em razão da influência dos ideais de colorido liberal, cuja filosofia então vigente apontava para a “premente necessidade de uma resolução mais segura do que célere das situações litigiosas”, tida como “causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa”.⁴³⁴

A ideia, claro, não é sugerir que a coisa julgada seja figura de menor importância, até porque entendo que ela deve ser prestigiada de maneira firme, com pouquíssimas ressalvas (daí que correta a taxatividade das hipóteses de cabimento da ação rescisória e a restritivo alcance que se deve dar às teses ligadas à sua relativização), mas apenas externar que sua aplicação não deve ser absoluta, mas sim relegada aos casos em que assim seja necessário à tutela do direito subjetivo.

Nesse contexto, não pode ela ser alçada a condição de figura essencial para a prestação jurisdicional ou, por outra, não é correto aceitar que, para toda e qualquer

⁴³³ Eduardo Talamini ministra exemplo elucidativo, qual seja o da ação condenatória julgada procedente, tentando o condenado, posteriormente, furtar-se ao cumprimento da obrigação por meio do manejo de ação declaratória de inexistência de crédito, o que não se pode conceber justamente porque esta declaração negativa “fica diretamente excluída pela anterior declaração de existência e condenação ao seu pagamento”. Entende o autor que, nessa hipótese, tem-se “o pedido de um resultado que seja prática e objetivamente incompatível com o resultado estabelecido no decimum anterior”, assim inserida ao lado de outras duas situações em que a presença da coisa julgada como pressuposto processual negativo não decorre da identidade entre os pedidos, a saber: pedido que, embora não idêntico, esteja contido em outro anterior já desacolhido (“julgado integralmente improcedente o pedido de condenação a 1000, é inviável depois pretender pedir apenas 200 com base no mesmo fundamento”); como também “o pedido que esteja prejudicado pelo decimum do processo anterior” (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70).

⁴³⁴ ARRUDA ALVIM. A evolução do direito e a tutela de urgência. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.

crise jurídica de direito material, seja ela o único remédio possível – situada, como um estado virtualmente “ideal”, apenas ao final da etapa cognitiva do processo – já que é o provimento jurisdicional *em si* que efetivamente tem o condão de provocar alteração fática ou jurídica que represente a satisfação do direito material.

Como intuído por Roberta Tiscini, não é imaginável a coisa julgada sem um provimento jurisdicional decisório, mas o contrário, todavia, é possível.⁴³⁵

Não se quer, com isso, diminuir a relevância e menos ainda a utilidade da coisa julgada, mas apenas ponderar que, a juízo do interessado, outra via pode ser possível, abrindo-se mão da coisa julgada em prol de um caminho processual que, apartando-se do esquema procedimental conducente à cognição plena e exauriente (e, pois, à coisa julgada), seja mais rápida.

Em estudo publicado no início dos anos 1990, assim se manifestou Donald Armelin sobre o tema, cogitando de “alteração da dogmática vigente”:

Nem mesmo a garantia constitucional da coisa julgada impede que algumas decisões judiciais consubstanciadoras de prestação jurisdicional integral não se tornem unguidas da inalterabilidade inerente a esse instituto processual. Isto porque o conceito de coisa julgada material é definido por lei e esta, como o texto constitucional, não impõe a sua extensibilidade a todas prestações jurisdicionais. Em suma, pois, não será o instituto da coisa julgada material obstáculo a que se adote um tipo de prestação jurisdicional que satisfaça sem se tornar imutável. Da mesma forma, a garantia do devido processo legal não pode empecer essa opção, desde que a tutela não se convole em solução inalterável. Resta, entretanto, investigar se conveniente será se adote no vigente sistema processual essa espécie diferenciada de tutela.⁴³⁶

A ideia de que a demora que caracteriza boa parte dos processos sujeitos ao procedimento comum acaba induzindo a aceitação de *modelos procedimentais* alternativos para a solução de controvérsias, no âmbito do perfil heterocompositivo característico da jurisdição (sem que se aluda, portanto, aos relevantes *meios* alternativos de solução de conflitos), é bastante difundida na doutrina nacional e

⁴³⁵ “Mentre quindi il giudicato (sostanziale) non è immaginabile se non su provvedimenti decisori, non vale il contrario: è ben possibile dare provvedimenti decisori pure privi dell’attitudine al giudicato (è ben possibile che la legge escluda quel particolare effetto da un provvedimento pur sempre capace di produrre una utilità sostanziale o processuale)” (*Il provvedimenti decisori senza accertamento*. Turim: G. Giappichelli, 2009. p. 34).

⁴³⁶ ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 843. Publicado originalmente na Revista de Processo n. 65, de janeiro/março de 1992. Anota José Rogério Cruz e Tucci que a coisa julgada sequer consubstancia requisito de existência da decisão judicial: “É certo que a coisa julgada não é vetor essencial ao provimento judicial, mas possui indiscutível caráter preventivo, ao impedir que se retorne a discutir determinada matéria já submetida à apreciação do Judiciário” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38).

estrangeira.

Para além da previsão de procedimentos especiais de cognição plena, medidas calcadas em cognição sumarizada são indicadas como uma possível solução, aludindo Xandra E. Kramer que a necessidade por tais provimentos tornou-se mais premente nas últimas décadas, manifestando-se até mesmo por meio de processos estes que em alguns casos começam não apenas antes ou conjuntamente com a demanda principal, mas sim *ao invés* desta, a fim de economizar, em última análise, tempo e dinheiro.⁴³⁷

A circunstância de que uma demanda fundada em cognição sumária não é apta a ensejar a formação de coisa julgada material não significa que sua previsão e utilização prática seja juridicamente inviável,⁴³⁸ mas apenas que, para algumas situações, ela de fato pode não ser indicada, tal como, por exemplo, para pretensão tendente à declaração de paternidade.

É que sendo a tutela jurisdicional declaratória destinada à eliminação da incerteza jurídica, a esse efeito só se pode chegar pela via da cognição plenária, pois a definitividade (ou perenidade) da decisão buscada, valor conectado à própria presença do interesse processual para demanda de matiz declaratória *pura*.

Ideia bastante singela em sua formulação, mas eloquente em significação, foi difundida por Taruffo, ao apontar que existem formas de tutela jurisdicional baseada em cognição sumária *preliminares* em relação à tutela cognitiva (cautelares) e outras, da mesma natureza, mas que, ao contrário, constituem elas mesmas a tutela cognitiva, “sustituyéndose en aquello que podría ser un procedimiento ordinario”.⁴³⁹

⁴³⁷ “Provisional and protective measures are a fundamental part of civil justice. They are necessary to secure the enforcement of decisions and to provide measures in urgent cases. Because the duration of normal proceedings is in some countries very long and the civil case load grows, the need for provisional measures has become more urgent in the last few decades. These procedures are sometimes not only commenced parallel to or before commencing normal (principal) proceedings, but also in stead of the main proceedings, in order to save – shortly – time and money” (Harmonisation of provisional and protective measures in Europe. STORME, Marcel (ed.). *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*. Antuérpia: Maklu, 2003. p. 307).

⁴³⁸ Em sentido similar, referindo-se à tutela de evidência, tem-se a lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O que impede o reconhecimento de uma forma de tutela jurisdicional da simples aparência é o arraigado pressuposto de que a função do processo deva necessariamente conduzir à coisa julgada material; ou então que sua finalidade seja a de “compôr definitivamente a lide”, resultados estes que não serão jamais alcançados no processo cautelar” (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 74).

⁴³⁹ TARUFFO, Michele. Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. *Advocatus*, Lima, n. 18, 2008, p. 64-5. No mesmo estudo já havia sublinhado: “En esta perspectiva históricamente destacada pero confuso en todos los sistemas procesales, la tutela sumaria parece destinada a

Embora evidentemente existam condicionantes de natureza constitucional, a prestação de tutela jurisdiccional baseada em cognição sumária, como alternativa ao modelo processual tendente à formação de coisa julgada material, é algo que, para determinadas situações concretas, bem atenderia a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdiccional e da razoável duração do processo.

Aquelas condicionantes, portanto, não vão além do que às cláusulas ligadas ao princípio do devido processo legal, com destaque para o contraditório, aspecto bem exposto por Roberto Omar Berizonce:

La cuestión central consiste en determinar en qué condiciones puede considerarse que las mentadas tutelas sumarias no cautelares son compatibles con los principios que definen el modelo del proceso justo. Está claro que los procesos de estructura monitoria no son cuestionables bajo este aspecto, desde que por un lado existe prueba escrita acreditativa del derecho y, además, la posibilidad que se concede al vencido obligado de tomar ulteriormente la iniciativa para proponer la revisión en un proceso de cognición amplio, supera cualquier objeción. En realidad el problema se plantea en los mecanismos anticipatorios y satisfactivos, cuando se deciden sin el contradictorio de las partes, o aún con bilateralidad pero sin que haya una verdadera fase instructoria. No hay en estos casos la posibilidad de una determinación efectiva de los hechos de la causa, y por ello la decisión judicial se funda tan solo en la “verosimilitud” de los hechos alegados por el actor. La intervención del juez en muchos casos se limita a poco más que a la verificación formal de la regularidad de la petición formulada por el acreedor, porque la finalidad de la ley consiste en la concesión de una tutela rápida e informal para cierto tipo de acreedores o de situaciones jurídicas, lo que se considera razón suficiente para sacrificar el contradictorio, o la determinación verdadera de los hechos, o ambas cosas.⁴⁴⁰

Para Michelle Taruffo, três elementos devem estar presentes, de maneira concorrente, para concluir-se pela justiça do resultado de um determinado processo: a) correta escolha e interpretação da regra legal aplicável ao caso; b) avaliação precisa da ocorrência (ou não) dos fatos relevantes do caso; c) uso de um procedimento válido e justo para chegar à decisão, assim entendido como aquele ideal para a preparação da decisão da melhor maneira, com asseguuração do contraditório e da ampla produção probatória.⁴⁴¹

desarrollar un rol de relevancia secundaria, mientras el procedimiento ordinario aparece como el sistema procesal propenso a aplicarse a cualquier controversia. Aquello que aún constituye una novedad, y se acentúa de modo particular en los últimos años, es que la tutela sumaria ha dejado de ser vista como un fenómeno secundario o marginal en el sistema de la tutela jurisdiccional, y tiende a ser considerada como una verdadera y propia alternativa al procedimiento ordinario” (p. 61).

⁴⁴⁰ BERIZONCE, Roberot Omar. Un “nuevo” tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. *Civil Procedure Review*, v.2, n.3, set-dez/2011, p. 102.

⁴⁴¹ “La teoria della decisione giusta che qui si propone si fonda sul presupposto che non esista un singolo ed unico criterio idoneo a costituire il punto di riferimento per le valutazioni attinenti alla giustizia della decisione giudiziaria. Piuttosto, sembra necessario far capo ad un insieme di tre criteri: solo dalla

Vê-se que o autor alude à justiça da decisão tanto sob o aspecto substancial (itens 'a' e 'b'), como o formal ('c'), medida em que a ideia de processo justo, como visto, aproxima-se da imanente força da cláusula do devido processo legal.

Ainda assim, ressalva o processualista italiano que

(...) non esiste un solo modello assoluto di processo che possa essere usato dovunque ed in ogni epoca come criterio di distinzione tra processo "giusto" e processo "ingiusto". Una volta di più siamo di fronte, anche su questo terreno, a nozioni complesse, storicamente variabili e dipendenti dai contesti politici e culturali nei quali si colloca l'amministrazione della giustizia.⁴⁴²

A adequação formal do procedimento, citada por Taruffo, é bem resolvida pela exigência de previsão legal desse modelo processual diferenciado,⁴⁴³ por muitos considerada, na contemporaneidade do direito processual, como verdadeiro *dever* imposto ao Estado-legislador.⁴⁴⁴

loro combinazione potrà scaturire uno schema di valutazione che consente di determinare se e quando la decisione è giusta. Come si vedrà meglio in seguito, allora, la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione. (...) Infine, anche il valido impiego di un procedimento giusto è necessario, poiché è attraverso il procedimento che si forma la decisione finale, ed un «buon» procedimento è quanto occorre per preparare nel modo migliore tale decisione. Un procedimento che non sia valido e corretto non corrisponde a questa funzione: ad esempio, se il contraddittorio non è assicurato rimane impossibile la completa formulazione delle ipotesi di decisione perché le parti non possono far valere le proprie ragioni a sostegno delle rispettive ipotesi e richieste di decisione; se le prove necessarie non vengono acquisite diventa erroneo e inattendibile il giudizio sui fatti; se il giudice non è neutrale non è assicurata la corretta interpretazione e applicazione delle norme, e così via. D'altra parte, la correttezza del procedimento non è di per sé sufficiente ad assicurare da sola la giustizia della decisione, contrariamente a quanto ritengono alcuni teorici della procedural justice. Sembra evidente infatti che anche a conclusione di un procedimento corretto il giudice possa commettere errori nel giudizio di fatto come nel giudizio di diritto, con la conseguenza che la decisione finale sarebbe ingiusta pur essendo il risultato di un procedimento corretto. Esistono quindi ragioni piuttosto chiare per ritenere che nessuno dei tre criteri ora indicati possa assorbire gli altri due, o possa comunque presentarsi come unico ed esclusivo parametro di giustizia della decisione. Al contrario, si può affermare che una decisione è giusta in senso proprio solo se è giusta sulla base di tutti e tre i criteri" (Idee per una teoria della decisione giusta. In *Notiziario Giuridico Telematico*, disponível em <<<http://www.notiziariogiuridico.it/micheletaruffo.html>>>. Acessível em 26.02.2020).

⁴⁴² Idem, ibidem.

⁴⁴³ "Para legitimar o emprego da cognição sumária, primeiro será preciso assegurar ao menos o núcleo essencial do contraditório, exceção apenas para as hipóteses de extrema urgência, quando necessário o balanceamento dos valores em jogo. Depois, deverá o legislador processual marcar de modo claro o campo de atuação em cognição; sumária, e não os juízes, conforme os matizes dos casos concretos" (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178-179).

⁴⁴⁴ "Precisamente, la operancia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos" (BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, nov/2008. p. 134).

A mim parece, à luz de tais considerações, que em nada é desarrazoado o alvitre de Italo Andolina, para quem os conflitos deveriam ser resolvidos de acordo com as necessidades das partes interessadas, inclusive com a *dispensa*, por assim dizer, da coisa julgada.⁴⁴⁵

Nesse contexto, é bem possível que o interessado considere atendido seu direito à tutela jurisdicional do Estado por meio de decisão que, embora não reúna os atributos necessário à formação de coisa julgada (notadamente em razão da falta de prévia cognição exauriente), satisfaça seu direito material por representar pronta *providência jurisdicional* incidente sobre a relação jurídica existente.

O autor italiano prevê, para dotar sua tese da *dispensa* da coisa julgada praticável, dois caminhos: o da previsão de um procedimento sumarizado acelerado, conducente a julgamento de mérito imperativo, mas sem eficácia preclusiva ou a previsão de medidas tidas como meramente provisionais, antecipatórias dos efeitos de um virtual julgamento de mérito, mas do ponto de vista da imperatividade (e não da autoridade da coisa julgada), sem necessidade de iniciar e, mais do que isso, *sustentar* um processo que efetivamente venha a dispor sobre o mérito da causa.⁴⁴⁶

Com razão Proto Pisani ao afirmar que a essência do proceso de cognição plena e exauriente reside, de um lado, na predeterminação legal da forma procedimental a ser observada para o desenvolvimento da relação processual sob o pálio da permanente participação das partes e, de outro, na necessária preservação do contraditório pleno e antecipado, características que permitem a obtenção, ao final, da imutabilidade da sentença propiciada pela coisa julgada material.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ “The latter course is justified because the Civil Justice system is mainly regarded as a system of conflict resolution, where conflicts should be resolved according to the needs of interested parties, and where the interested parties should be able to decide autonomously what they need. From these premises it follows that if the interested parties show a need for a speedily enforceable judicial measure, but don't ask for claim or issue preclusion, they should be allowed to obtain a self-standing provisional measure, that is a provisional measure without any "structural instrumentality" with respect to a proceeding on the merits of the case” (New perspectives for provisional measures. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 117, set-out/2004, p. 204).

⁴⁴⁶ “Two kinds of solutions are actually practised. A first idea is to provide for fast-track summary proceedings on the merits where the remedy is enforceable but without preclusive effects. A second proposal is that provisional measures can anticipate the effects of the judgement on the merits from the point of view of enforceability and not from the point of view of issue and claim preclusion, without the need of activating and fulfilling a proceeding on the merits of the case” (idem, ibidem).

⁴⁴⁷ No original: “L'essenza dei processi a cognizione piena va dunque colta, da un lato nella tendenziale predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall'altro lato nella realizzazione del contraddittorio in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l'accertamento finale possa essere

Em texto mais antigo, apontava Proto Pisani que o processo de conhecimento de rito comum responde à previsão abstrata do direito de ação ou, como especificamente ressalta, à sua *atipicidade*, exercitável para a defesa de qualquer direito material independentemente de norma específica, a este vinculada assim dispondo.⁴⁴⁸

Não se considera superado esse modelo, em absoluto. Sua utilidade prática é indiscutível, sendo mesmo imprescindível para a solução de determinadas crises jurídicas, como antes já apontado.

Todavia, o que o próprio autor discute, com tom provocativo que se extrai do título do estudo, é se ao processo fundado em cognição plena deve mesmo reservado o protagonismo que ele ostenta, lançando mão da percepção *carneluttiana* que distingue as demandas de pretensão contestada – em que de fato o litígio se justifica pela divergência das partes acerca da existência mesma do direito perseguido – daquelas em que a pretensão é apenas *insatisfeita*, ou seja, em que o réu não tem elementos jurídicos relevantes para opor-se ao pedido.⁴⁴⁹

Tais posicionamentos não refletem, convém repetir, apenas uma inclinação efêmera pelo *diferente*, mas sim são frutos da constatação de que, se tanto cresceu o papel da justiça civil nas últimas décadas,⁴⁵⁰ não há razão para deixar de admitir-se

dotato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale” (Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 131, jan-2006, p. 240).

⁴⁴⁸ Nas palavras do próprio autor: “L’art. 24, 1.º comma, della Costituzione italiana, disponendo che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, costituzionalizza la atipicità del diritto di azione: ciò significa che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall’ordinamento italiano, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscano il potere di azione. Orbene la atipicità del diritto di azione la si coglie soprattutto a livello di processo (o diprocessi) a cognizione piena disciplinato dal secondo libro del CPC italiano: il processo a cognizione piena può essere rappresentato come un contenitore idoneo a ricomprendere, tendenzialmente, qualsiasi tipo di diritto dedotto in giudizio. Ciò significa che anche ove emergano nuovi diritti questi possono trovare tutela giurisdizionale nell’ambito del processo a cognizione piena” (La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998, p. 22).

⁴⁴⁹ “Questo modello di processo è funzionale a controversie effettive in fatto e/o in diritto; per limitarci ai processi quantitativamente più numerosi, ai processi di condanna, il modello del processo a cognizione piena è funzionale cioè a liti (per utilizzare un’espressione di Francesco Carnelutti) da pretesa contestata (nelle quali l’obbligato non adempie perché ritiene di non dovere adempiere) e non a liti da pretesa meramente insoddisfatta (nelle quali l’obbligato non adempie perché o non può o non vuole adempiere)” (Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 131, jan-2006, p. 240). Também Sérgio Chiarloni refere a “necessidade de redução da complexidade e do formalismo do procedimento ordinário, para a introdução de procedimentos sumários ou para a racionalização dos já existentes” (Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 228, fev-2014, p. 336).

⁴⁵⁰ “There is general agreement among legal scholars and political scientists that, since the end of the Second World War, and with mounting speed during the past forty years, there has been a marked

novos modelos processuais que permitam, por meio de instrumentos constitucionalmente adequados, a obtenção de soluções que prescindam, ao menos *a priori* (já que admissível o contraditório eventual e, portanto, posterior), da cognição exauriente e do tempo que ela demanda.⁴⁵¹

3.4. O anseio por provimentos judiciais baseados em cognição sumária como alternativa para a obtenção de tutela jurisdicional ao longo da história do direito processual brasileiro

A cognição sumária, por certo, está ligada à viabilização de meios mais rápidos de obtenção de um provimento jurisdicional, daí sua inevitável ligação com as liminares *lato sensu*.

Refere Hamilton de Moraes e Barros que até o surgimento do mandado de segurança, em 1934, tentou-se, por meio de outras técnicas e remédios processuais, a definição de instrumento que viabilizasse a concessão de liminares, sendo certo que “tudo, afinal, girava em torno da escolha do remédio a ser ampliado e distorcido, a ser desvirtuado de seus préstimos tradicionais, contrariando-se, assim, o princípio das finalidades rígidas dos processos especiais”.⁴⁵²

Até pela menor complexidade das relações interpessoais no final do século XIX

increase in the power of the judiciary in both the common law world and some civilian jurisdictions - trends referred to as increasing legalisation of the social world and a shift from democracy to 'juristocracy' The shift can be traced to a number of sources, some of which were discussed in Chapter 2 - an expansion of legal remedies, the establishment of the welfare state, growth of the legal profession and more legal challenges to business and public bodies” (GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 148). No mesmo sentido: SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18-19.

⁴⁵¹ “Momento vivido pelo sistema processual civil tende a lançar os procedimentos que asseguram a cognição plena permitindo o debate necessário à perenização jurídica da decisão final, em uma via residual. Os procedimentos que viabilizam uma tutela jurisdicional célere, por meio da técnica da sumarização da cognição sinalizam, para os observadores atentos, os rumos do processo civil do futuro” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19).

⁴⁵² *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1963. p. 9. Em que pese a crítica contido no excerto transcrito, é certo que, sendo o processo civil uma obra humana, seu permanente aperfeiçoamento é missão dos que o estudam ou operam-no. Nesse sentido: “O processo como fato social cultural e acima de tudo como obra humana padece da imperfeição e da angústia que é inerente ao ser humano. Não obstante, é deste último a tarefa de aperfeiçoar o processo de acordo com as necessidades prementes de sua época e da sociedade em que está inserido” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25).

e começo do XX, típicas de um país essencialmente agrícola e economicamente pobre, a presença do Estado republicano há pouco tempo instalado fazia com que mais intensos fossem os níveis de relação entre este e os cidadãos.

Daí surgiu, quase que de modo espontâneo, a necessidade da previsão legal de instrumentos jurisdicionais com aptidão para conter eventuais abusos do Estado, tudo influenciado, ademais, por “ideias de fundo nitidamente liberal”.⁴⁵³

Verificou-se, como adiantado no parágrafo inaugural deste tópico, a necessidade de medidas de intervenção jurisdicional *initio litis*, ainda que cercadas por ressalvas, posto que então prevalecente o prestígio de outros valores, como a segurança jurídica e a obtenção de certeza que caracterizam o procedimento comum, de tal sorte que qualquer medida de índole antecipatória, subvertendo a então empedernida tendência de considerar o contraditório apenas em sua modalidade prévia, fosse vista com reservas.

A análise de alguns desses institutos jurídicos, realizada nos tópicos seguintes, longe de buscar a exaustiva descrição de todas as ferramentas previstas, retrata movimentos – legais, doutrinários e jurisprudenciais – que deixavam transparecer o clamor pela previsão do que hoje se entende como tutela jurisdicional fundada em cognição sumarizada ou, mais do que isso, da necessidade de instrumentos prontos e eficazes, aptos a viabilizar uma *providência* judicial imediata ou acessível por uma via simplificada.⁴⁵⁴

Vale referir que alguns dos subitens abaixo tratam, a princípio, de procedimentos de cognição plenária, embora de rito diferenciado (como o mandado de segurança e as ações possessórias), sendo certo que o aspecto aqui destacado, a justificar a menção a eles, decorre da circunstância de que é legalmente prevista a possibilidade de concessão de liminar nesses procedimentos, sendo a cognição sumária o elemento subjacente a tal técnica.⁴⁵⁵

⁴⁵³ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: [s.n.], 1953. p. 14.

⁴⁵⁴ “A identificação e a definição do modelo processual de dado país só têm significado quando ele é posto em confronto não só com as legislações do passado (história) mas também com os ordenamentos jurídico-processuais de outros países. Esse trabalho de comparação jurídica deve ter por ponto de partida que a regra de ouro de toda comparação jurídica consiste na utilidade que ela possa propiciar à melhor compreensão e operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 301).

⁴⁵⁵ “Importante ressaltar, neste ponto, e como já afirmamos, que a técnica da cognição sumária está presente também no bojo de procedimentos plenários, que comportam cognição plena e exauriente,

3.4.1. A ação sumária da Lei 221 de 1894

O alvorecer da República, e o período de sua efetiva afirmação que se seguiu à sua proclamação em 1889,⁴⁵⁶ parece ter criado ambiente favorável ao trânsito de novas ideias, inclusive no campo processual.

A Lei 221, de 1894, destinava-se a organizar a Justiça Federal, mas trouxe normas de processo, passando a prever “uma ação sumária que poderia ser promovida contra autoridades administrativas da União, para invalidação de atos lesivos de direitos individuais”.⁴⁵⁷

A ação anulatória de atos da administração era considerada como “remédio específico que, de certa forma, respondia aos reclamos daqueles que sentiam na “via ordinária” uma total ineficácia à solução dos feitos contra o Estado”,⁴⁵⁸ a demonstrar que não se trata de preocupação nova a possibilidade de alternativas à ordinariedade procedimental.

Extrai-se da doutrina de Celso Agrícola Barbi a constatação de que a “ineficiência dos procedimentos tradicionais, herdados do direito comum, provocou a criação de um rito específico, na Lei n. 221, de 1894, que, todavia, não alcançou êxito na prática forense”.⁴⁵⁹

capazes de atingir a coisa julgada material. Tal ocorre com as tutelas interinais, que realizam, de forma antecipada e por força de uma situação de perigo, o exercício efetivo de um direito ameaçado, ou ainda em vista das peculiaridades de um determinado direito e das vicissitudes do procedimento comum, o que se opera por meio das liminares previstas em procedimentos especiais” (CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência – análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 105).

⁴⁵⁶ “No Brasil, a República consolidava-se aos poucos, enfrentando as dificuldades decorrentes da maneira por que fora proclamada e da heterogênea composição de seus aderentes. Depois de quase dez anos de conflitos e guerras civis, encontrou sua estabilidade na presidência de Campos Salles, um dos fundadores do Partido Republicano paulista” (CARVALHO, José Murilo de. *A vida política*. In _____ (coord.). *História do Brasil Nação – A construção nacional: 1830 – 1889*, volume 2. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 128).

⁴⁵⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As novas garantias constitucionais*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 177, jul-set 1989. p. 15.

⁴⁵⁸ SILVA, Fernando Carlos Fernandes da. *A ação judicial contra o Estado – do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1976. p. 15.

⁴⁵⁹ *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 14. Tal conclusão deve ser temperada com outra passagem da mesma obra: “Em princípio, foi um grande passo para melhor proteção do indivíduo contra a Administração, pois o procedimento era sumário e, a requerimento do autor, deveria a autoridade administrativa suspender a execução do ato impugnado, se não se opusessem a isto razões de ordem pública, nos termos do § 7º do art. 13. Vários Códigos estaduais

A referida lei, ao almejar cumprir seu objetivo em relação à melhor organização da Justiça Federal, fê-lo pela complementação do Decreto n. 848/1890, tal como se extrai de seu artigo 1^o.⁴⁶⁰

A menção a esse decreto é importante, ademais, porque a aplicação do rito da *acção summaria* por ele contemplada (artigos 181 a 188), norteava a ação especial aqui tratada, prevista pelo artigo 13 da Lei 221/1894, em que era cabível, “a requerimento do autor”, a imediata suspensão da execução do ato administrativo contrastado (§ 7^o).

Aí germinava, em solo brasileiro, o mandado de segurança, que “oferece maiores pontos de contato com a ação sumária especial do art. 13 da Lei n^o 221 do que com o *habeas corpus*”.⁴⁶¹

O citado rito da ação prevista pelo Decreto n. 848/1890 não tinha, a rigor, grandes especificidades, destacando-se a aplicação da oralidade (art. 184 e 187) e a concentração dos atos postulatorios e instrutórios na mesma audiência (art. 185), com consequente aglutinação de atos processuais e redução na tramitação. Era, enfim, uma ação sumária no tocante ao rito, mas de cognição plenária.

O importante, por consubstanciar relevante inovação para a época, era a concessão de liminar, até porque a sumariedade de seu rito, como adiante indicado no excerto doutrinário colacionado, fica restrita aos lindes da previsão legal, sem repercussão em sua aplicação prática.

Por tal razão a medida, além de existência temporalmente pouco significativa (viria a ser eliminada pela Lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1.908), e da discreta recepção jurisprudencial, era criticada por parcela da doutrina, anotando Alfredo

adotaram os mesmos princípios, como, por exemplo, o de Minas Gerais, nos artigos 902 a 911^o da Bahia, nos arts. 556 e 557, o de São Paulo, nos arts. 491 a 494, o do Distrito Federal, de 1924, nos arts. 673 a 681” (p. 55).

⁴⁶⁰ Texto original disponível em <<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>>, consulta em 11.08.2019.

⁴⁶¹ CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 237. Para Alfredo Buzaid: “O primeiro diploma legislativo, a que se pode remontar a origem do mandado de segurança, é a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que instituiu uma ação especial destinada a invalidar atos ou decisões das autoridades administrativas federais, lesivos dos direitos dos indivíduos. A característica fundamental dessa inovação está não só no caráter sumário do rito processual, que tende a uma solução mais pronta e eficaz do direito ameaçado ou violado, como também na possibilidade de ser suspenso o ato ou medida *initio litis*, se a isso não se opuserem razões de ordem pública” (*Do mandado de segurança*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, 1956, p. 27). Ainda no mesmo sentido a posição de Rogério Lauria Tucci (*Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 11).

Buzaid que:

a causa do malogro da ação especial parece ter sido o contraste entre a suspensão imediata do ato e o julgamento demorado do pleito. A lei não deve conceder o primeiro, senão quando instituiu um tipo de procedimento capaz de solucionar o litígio de modo rápido, pronto e eficaz.⁴⁶²

A ação especial da Lei 221/1894 foi sendo substituída, na prática, pela utilização do *habeas corpus*, notadamente pela “sumariedade de seu processamento”,⁴⁶³ como será abordado no tópico subsequente, sendo certo que quase simultaneamente ganhou destaque a teoria da posse dos direitos pessoais (item 3.4.3) como *subterfúgio* para a utilização do rito especial, municiado pela possibilidade de concessão de liminar, das ações possessórias.

3.4.2. A doutrina brasileira do *habeas corpus*

A primeira Carta Magna brasileira concebida após a adoção do modelo republicano – a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” de 1891 – previa, de modo coerente com um modelo estatal que, além de romper com o paradigma monárquico então vigente, pressuponha o respeito do cidadão como um dos pilares integrativos da Nação, o *habeas corpus* como instrumento de limitação do poder estatal.⁴⁶⁴

Na “declaração de direitos” pormenorizada em rol inserido em seu artigo 72 estava, mais exatamente no parágrafo 22, a previsão da possibilidade de concessão de tal remédio, “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.⁴⁶⁵

⁴⁶² BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, 1956, p. 27).

⁴⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 12, nota 21.

⁴⁶⁴ Vale referir que embora inafastável a origem do instituto no *commom law*, encontram-se, também aqui, traços do direito lusitano: “Além disso, a instauração do *habeas corpus* no direito brasileiro inspirou-se não apenas no modelo anglo-saxônico do *habeas corpus* e de outros *writs*. O acolhimento desse modelo vingou precisamente por encontrar suporte na “apelação extrajudicial” e em outros mecanismos de tutela interdital previstos nas Ordenações do Reino, notadamente as “seguranças reais” e as “cartas de seguro” ou de “segurança” (TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 303).

⁴⁶⁵ Embora seja essa a primeira previsão constitucional do *habeas corpus*, já se tratava de figura conhecida do universo jurídico pátrio: “O *habeas corpus* configura proteção especial tradicionalmente

Em comparação com as Constituições contemporâneas, é evidente a insuficiência de medidas processuais destinadas à salvaguarda e à realização de direitos, não havendo, por exemplo, previsão de mandado de segurança ou *habeas data*.

Com isso, a necessidade de instrumentos de invocação do poder jurisdicional, especialmente para a tutela de situações de urgência, fez com que surgisse a denominada *doutrina brasileira do habeas corpus*:

Ocorre que a Constituição de 1891, documento de notórias influências liberais e que trazia em seu bojo uma Declaração de Direitos na qual eram enunciados direitos eminentemente individuais, continha apenas uma espécie de garantia ativa ou writ: o habeas corpus. Em razão disso, o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do habeas corpus decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do habeas corpus, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo.⁴⁶⁶

O desenvolvimento dessa auriverde originalidade consubstanciada na tese ampliativa das hipóteses de cabimento do *habeas corpus* é atribuída à Ruy Barbosa, em interpretação, por assim dizer, *autêntica* do texto constitucional, já que foi ele o autor do anteprojeto submetido à Assembleia Nacional Constituinte então formada.⁴⁶⁷

oferecida no sistema constitucional brasileiro. Não constava da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei 2.033, de 1871” (MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 990).

⁴⁶⁶ SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 177, jan-mar 2008. p. 75. No mesmo sentido: “Em vista a ausência de meios processuais aptos a proteger direitos e garantias fundamentais, o *habeas corpus*, previsto constitucionalmente de forma bastante ampla, passou a ser utilizado como remédio constitucional para a garantia dos mais diversos direitos que não o de locomoção” (MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 991).

⁴⁶⁷ “Instalado a 15-11-1890, o Congresso Constituinte funcionou ininterruptamente no antigo Palácio Imperial (Quinta da Boa Vista) depois de sessões preparatórias no edifício onde existe, hoje, o Automóvel Club, até 24-2-1891, quando foi promulgada a primeira Constituição republicana. Três meses, portanto, durante os quais discutiu, artigo por artigo, o projeto que Rui Barbosa revira e acrescentara. A estrutura desse anteprojeto foi preservada em sua essência e até em grande parte de sua redação, pois, a despeito da composição heterogênea daquela Assembleia, composta de muitos republicanos históricos e dos propagandistas do novo regime nos últimos 18 anos até 1889; adesistas, alguns dos quais provindos da monarquia; muitos militares; muitos juristas liberais e vários jovens inexperientes. Era unânime a Casa em relação ao objetivo principal, a consolidação da República federativa e federal, predominando maciçamente as presidencialistas do tipo norte-americano, já transplantado para a Argentina” (BALEEIRO, Aliomar. Baleeiro. 1891 - *Coleção Constituições brasileiras*, v. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 25).

Como sintetizado por Luiz Henrique Boselli de Souza:

Ruy defendia a utilização do habeas corpus em todas as hipóteses. Para ele, não se tratava de uma mera interpretação do texto constitucional. Antes, o legislador constituinte havia, de fato, agido intencionalmente, dando ao instituto do habeas corpus conotação ampla, tornando-o instrumento de defesa contra todos os abusos e ilegalidades. (...) Houve, assim, sem dúvida, a criação de uma doutrina própria e autêntica do habeas corpus – a doutrina brasileira –, denominação justa em face de sua originalidade, que, apesar de ter partido do molde apresentado pelo antigo instrumento jurídico inglês, adquiriu contornos pátrios bem particulares. Alguns chegaram a dizer que o instituto brasileiro era o mais amplo do mundo. Outros o comparam com o direito de amparo previsto na Constituição do México de 1917.⁴⁶⁸

Ainda que centrada a busca por um instrumento eficiente para frear eventuais abusos estatais, parece claro que se perseguia, ao mesmo tempo, uma forma de rápido acesso ao controle jurisdicional, para além das técnicas previstas na legislação processual da época.

Dito de outra forma, a valia que se outorgava ao *habeas corpus* era decorrente do fato de ser ele remédio que ensejava a imediata intervenção jurisdicional mesmo que fundada em cognição sumária,⁴⁶⁹ não sendo, portanto, ao acaso sua indicação como um dos predecessores do mandado de segurança.⁴⁷⁰

O espectro abrangente emprestado pela tese de Ruy Barbosa não angariou unânime adesão da doutrina,⁴⁷¹ valendo transcrever, por todos os adeptos de uma

⁴⁶⁸ A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 177, jan-mar 2008. p. 76 e 80.

⁴⁶⁹ “Assim, a análise da doutrina brasileira do *habeas corpus* e das origens do mandado de segurança demonstra que este surgiu da necessidade e da importância de se disponibilizar ao cidadão instrumentos para a garantia, isto é, tutela e preservação, de seus direitos. Sua gênese remete a um meio rápido, eficaz e constitucionalmente assegurado, criado como defesa contra as ilegalidades do Poder Público e, pois, indispensável ao Estado de Direito” (SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 177, jan-mar 2008. p. 81).

⁴⁷⁰ “Sua inserção no texto constitucional evidentemente não se deveu a mero acaso. Foi, na realidade, fruto da evolução de mecanismos similares e de contexto peculiar. A malfadada experiência com a ação de anulação de atos administrativos, previstas na Lei 221/1894, foi a razão para a busca de soluções para a defesa dos direitos individuais contra a atuação ilegal das autoridades públicas. Doutrina e jurisprudência passaram a pugnar pela ampliação do objeto de cognição do habeas corpus” (REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança – comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p. 27). No mesmo sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 177, jul-set 1989. p. 17. Alude o autor à “notável influência da doutrina brasileira do habeas-corpus na criação do mandado de segurança, a justificar o que linhas atrás afirmamos, que foi essa doutrina a fonte principal da ação constitucional do mandado de segurança” (idem, *ibidem*).

⁴⁷¹ “Registre-se, por fim, que a ampliação conferida ao habeas não era, contudo, questão pacífica no cenário jurídico brasileiro. Juristas de alto gabarito, a exemplo do Ministro Godofredo Cunha, do Supremo Tribunal Federal, interpretavam o habeas corpus a partir de sua faceta clássica e restritiva. Em outras palavras, o remédio constitucional apenas seria cabível em ocasiões de constrição da

corrente, por assim dizer, intermediária, o pensamento de Pontes de Miranda:

Sem dúvida, os direitos a serem tutelados, com esse remédio, pela justiça são os componentes da liberdade de ir, ficar e vir, pois aos demais acodem, e.g., por serem de menor urgência e necessitarem de lides e dilações, outras figuras processuais. (...) Mas não se limitou a ampará-la [a liberdade] em certos casos: prometeu-o “sempre” que tais casos se dessem. Procurou valer por igual a todas as espécies de coação, ou violência, por ilegalidade, ou abuso de poder, uma vez que delas tema ou sofra a liberdade de locomoção. Direitos que estão consubstanciados com a pessoa que os possui, e para cujo exercício se faz mister o ir, ficar e vir; direitos, enfim, que são corolários ou privilégios constitutivos da personalidade, como a liberdade de reunião, de associação, de voto, e outros congêneres, todos dependentes, como são, do direito de ir, ficar e vir, ou de mover-se, para cá ou para lá, *ultra et citra*, uma vez violados ou ameaçados de o serem, porque se violou ou ameaçou aquele direito-condição, não podem ser privados do recurso célere e eficaz que o texto da Constituição equiparou a direito e que a fraseologia do constituinte, em consideração ao nome originário e histórico do remédio processual, chamou de *habeas corpus*.⁴⁷²

Foi essa a tendência verificada em relação ao tema pela jurisprudência, tendo a tese ampliativa experimentado recepção apenas parcial pelo Supremo Tribunal Federal:

Ruy Barbosa não limitara, como vimos, ao direito de locomoção o *habeas corpus*; nem, por igual, sustentara que somente mereceriam proteção os direitos cujos exercício dependesse do direito de locomoção. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, indeciso entre a tese liberal de Ruy Barbosa e ados paladinos da manutenção das linhas clássicas do *habeas corpus* do direito inglês, optou por uma posição intermediária: passou a conceder o *habeas corpus* somente quando o direito a proteger-se se exercesse através da liberdade de ir e vir. Segundo Pedro Lessa, sendo o direito de locomoção o meio de exercer-se o direito-escopo, o Supremo Tribunal não estava extendendo o instituto além de seu conceito clássico.⁴⁷³

liberdade de locomoção ou constrangimento ilegal da pessoa” (MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o *habeas corpus* como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 998).

⁴⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. t. I, p. 230 e 231.

⁴⁷³ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: [s.n.], 1953. p. 31. O Ministro Pedro Lessa é apontado como o maior artífice, dentro do Supremo Tribunal Federal ainda assentando-se nos novos princípios republicanos então há pouco instalados, da consagração jurisprudencial da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”: “Pedro Lessa, portanto, em última análise não se distanciou de Ruy na concepção prática do *habeas corpus* e seu raio de alcance. Coerente com a sua posição doutrinária em face desse problema jurídico, votou pelo deferimento de todos os *habeas corpus* que Ruy impetrou para a defesa de direitos políticos (exercício de funções governamentais e legislativas), quando ocorreram na Bahia, em 1912, os tristes episódios que culminaram no bombardeio de sua Capital. (...) Quando, por conseguinte, a reforma constitucional de 1926 reduziu a concessão do *habeas corpus* aos casos de ofensa à liberdade física de ir e vir — sob o pretexto irrisório de restaurar o sentido ortodoxo desse instituto ou de coibir supostos exageros da construção jurisprudencial ampliada que vinha ao encontro de uma grave lacuna do nosso direito formal, a saber, a falta de um remédio jurídico para a pronta e eficaz defesa dos direitos individuais violados ou ameaçados de violação por atos ilegais dos agentes do Poder Público, — quando os constituintes de 1926 assim procederam, contrariaram tanto o ideal do *habeas corpus* de Ruy Barbosa quanto o de Pedro Lessa. Ambos eles tinham, porém, impregnado de tal forma a consciência jurídica brasileira de

Alguns exemplos concretos de *habeas corpus* concedidos são arrolados por Lino de Moraes Leme,⁴⁷⁴ dos quais destaco: a) apreensão, pela polícia, da “carteira de motorista de automóvel”; b) privação ilegal do exercício do pátrio poder; c) pelo alistamento, como praça, de menor; d) para publicação de discursos parlamentares; e) para conceder segunda época de exames a estudantes; f) para garantir a professor estrangeiro o direito de ensinar a língua portuguesa.

Apesar desse apenas relativo êxito nos tribunais,⁴⁷⁵ a teoria acabou, conforme aponta José Carlos Barbosa Moreira, “coarctada pela reforma constitucional de 1926, que deu marcha à ré, por assim dizer, delimitando de maneira mais restritiva o âmbito de aplicação do *habeas corpus*”.⁴⁷⁶

É o que aponta Carlos Mário da Silva Velloso:

A reforma constitucional de 1926, no entanto, limitou o uso do habeas-corpus à defesa da liberdade de locomoção, dando a seguinte redação ao art. 72, § 22, da Constituição: “Dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Escrevi, no trabalho já mencionado, que a limitação do habeas-corpus tomou evidente a necessidade da criação de instituto adequado à proteção do direito individual no caso de a autoridade proceder com ilegalidade ou abuso de poder. A doutrina brasileira do habeas-corpus, construída no Supremo Tribunal, oferecia ao legislador os contornos da medida judicial capaz de efetivar a proteção. Em 1926, Gudesteu Pires apresenta projeto criando o mandado de proteção ou de restauração, inspirado no *writ of mandamus* e no *writ of injunction* do direito anglo-americano, no recurso de amparo do direito mexicano e na doutrina brasileira do habeas-corpus. O projeto, entretanto, não vingou. Na Assembléia Constituinte de 1934, João Mangabeira apresenta projeto de criação do mandado de segurança para a garantia de direito individual. Acolhido o projeto, é instituído o mandado de segurança, nos termos do art. 133, item 33, da Constituição de 1934; “Dar-se-á mandado

inviolabilidade dos direitos individuais constitucionalmente consagrados e tão firmemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lhes tinha apoiado a doutrina da aplicação extensiva do habeas-corpus, que o legislador não descansou até que o direito positivo brasileiro preencheu o clamoroso espaço vazio deixado pela reforma constitucional do Governo Bernardes e introduziu no sistema de defesa dos direitos individuais o remédio do mandado de segurança. Seus mais legítimos precursores são, pois, inegavelmente, Pedro Lessa e Ruy Barbosa” (NOGUEIRA, Rubem. Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil. *Revista Da Faculdade De Direito*, São Paulo, v. 54, n. 2, 1959, p. 82 e 83/84).

⁴⁷⁴ *Posse dos direitos pessoais*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1927. p. 119.

⁴⁷⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 14. Para Eduardo Talamini: “Tratou-se, sem dúvida, de um dos mais interessantes capítulos da experiência constitucional brasileira. Por meio de interpretação inovadora em relação à tradição história do instituto do *habeas corpus*, porém compatível com a letra da Constituição, elaborou-se eficiente instrumento de proteção a direitos a um fazer ou não fazer, no mais das vezes insuscetíveis de adequada equivalência pecuniária” As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 307.

⁴⁷⁶ Mandado de segurança – Uma apresentação. *Temas de Direito Processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 198.

de segurança para a defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade".⁴⁷⁷

Não seria essa, todavia, a única tentativa de implementar, na prática, construções teóricas fruto do engenhoso tirocínio jurídico de Ruy Barbosa.

3.4.3. A doutrina da posse dos direitos pessoais

Além da contribuição para a doutrina brasileira do *habeas corpus*, Ruy Barbosa patrocinou, em 1896, os interesses de dezesseis lentes da Escola Politécnica do Rio de Janeiro (hoje vinculada à Universidade Federal do Rio de Janeiro), que foram suspensos de suas atividades, com prejuízo de seus vencimentos, pelo período de três meses, por meio de decreto baixado pelo Presidente Prudente de Moraes em 15 de julho de 1896.⁴⁷⁸

Ele, entendendo que tal suspensão, considerada ilegal, importava na turbação na posse dos direitos decorrentes dos cargos, promoveu ação de manutenção da posse em prol dos professores.

A intenção, também aqui, era claramente invocar procedimento que contivesse, em seu limiar, a possibilidade de concessão de tutela jurisdicional, sabendo-se ser da *tradição* das ações possessórias, desde que fundadas em ilegalidade recente (ano e dia), a previsão de liminares, como será melhor abordado no tópico 3.5.1.6.

A falta de meios processuais idôneos à proteção do direito evidente, para além da posse de bens corpóreos, foi evidenciada em exemplo ministrado por Astolpho Rezende, extraído da sessão do Supremo Tribunal Federal de 27 de agosto de 1.898, do qual claramente se vê, já à época, o clamor pela tutela preventiva:

Uma firma social do Rio Grande do Sul havia obtido o direito de publicar no Brasil a tradução em portuguez do livro allemão *O meu systema hydrotherapico* do padre Sebastião Kneip. Essa firma intentou contra uma outra de S. Paulo uma acção possessoria para que esses negociantes não expuzessem á venda uma certa edição da traducção da mesma obra, por elles feita, sob pena de pagar a indemnisação de dez contos de reis por milheiro. O Supremo Tribunal decidiu julgando incompetente a acção proposta, porque ella não era admissível para a defesa de méros direitos pessoaes, senão unicamente para a protecção da posse de cousas

⁴⁷⁷ As novas garantias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 177, jul-set 1989. p. 16.

⁴⁷⁸ CÂMARA, José Gomes B.. *Prefácio às Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. v. XXIII, t. III, p. XV.

corporeas, ou da quasi-posse de direitos reais.⁴⁷⁹

A teoria apoia-se em algumas premissas, que lhe emprestam coerência, ainda que apenas *naquele* contexto, destacando-se:

a) a expressão *coisas*, “entre antigos e modernos, seja no uso comum, seja no estilo legislativo” abrange em sua acepção “todos os objetos corpóreos ou incorpóreos do direito, tudo o que se retém e possui, tudo o que se adquire e aliena”, sem apego rigoroso a “esse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na acepção mais estreita do vocábulo”;⁴⁸⁰

b) em período negativo da nossa história, “era nos interditos possessórios que o homem livre, reduzido à escravidão, ia buscar a tutela imediata contra a violência espoliadora”, ainda que não houvesse lei ratificando o uso das ações de manutenção da posse, vez que “a necessidade da defesa do direito lançou mão espontaneamente da arma jurídica temperada em outras eras e conservada pelo génio providente da tradição no seio da consciência popular”;⁴⁸¹

c) tem-se, pois, que “a praxe não hesitou em procurar, no remédio tradicional da posse, analogias que autorizassem a sua invocação contra as invasões da propriedade no domínio da liberdade humana”, em atenção “às necessidades emergentes do direito, independentemente do concurso das leis ou do beneplácito dos expositores”;⁴⁸²

d) a ação de manutenção, “nesses casos utilizada, não era o usual interdito *retinendae uti possidetis*, nem o interdito proibitório”, mas sim a de rito “sumaríssimo, do direito romano, de antiga implantação no direito pátrio, remédio imediato para a defesa da posse certa, à qual se concedia para logo o mandado de manutenção”, até que posteriormente, “mediante discussão e processo regular, se sentenciasse acerca da continuação definitiva da posse provisoriamente assegurada ao autor”.⁴⁸³

e) viabilizava-se, portanto, o contraditório eventual, pois “se a parte contrária lhe opuser embargos, dará lugar à discussão regular (Doutrina das ações, §

⁴⁷⁹ *As acções possessórias e a jurisprudência dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914. p. 120.

⁴⁸⁰ BARBOSA, Ruy, *Posse de Direitos Pessoais*. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 10. Trata-se de reedição da obra originalmente publicada em 1900 (pelo editor Olympio de Campos, no Rio de Janeiro), consistente na reunião de artigos publicados em jornal a partir de 1897.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 19.

⁴⁸² *Idem*, p. 20.

⁴⁸³ *Idem*, p. 46-47.

201), na qual se poderão alegar as razões de ilegalidade e inconstitucionalidade do decreto” liminar e, com isso, “provocar a decisão do Poder Judiciário”, aí calcada em cognição plena, sobre o caso.⁴⁸⁴

Como apontado por Eduardo Talamini:

O caminho adotado foi o da ressurreição da antiga ideia de que os direitos pessoais eram passíveis de posse e, assim, tutelados pelos interditos. Talvez se pudesse ter buscado idêntico resultado mediante a demonstração de que não se justificava, dos pontos de vista histórico e prático, a limitação da força interdital às relações possessórias – mesmo porque, à época (final do séc. XIX), ainda era viável sustentar a vigência do § 5 do título 78 do livro III das Ordenações.⁴⁸⁵

É certo que a teoria não mereceu plena adesão da doutrina,⁴⁸⁶ tendo Rubens Limongi França indicado que a legislação brasileira não autorizava “a aplicabilidade dos interditos possessórios senão nos casos de turbação ou violação do domínio ou propriedade, ou qualquer direito ao mesmo inerente”, de modo afinado “com a lógica e a técnica jurídica”, uma vez que a posse, tratando-se de dado fático ligado à exterioridade do domínio, só pode “recair sobre coisas tangíveis”.⁴⁸⁷

Ainda assim, não se tratou de ideia restrita à isolada pregação de um autor.

Após referir a existência de três correntes doutrinárias acerca do objeto tutelável por meio das ações possessórias – a primeira restringindo-as à proteção dos direitos reais, outra estendendo-as também à proteção dos direitos pessoais de caráter patrimonial e a terceira, ainda mais ampliativa, abarcando qualquer direito pessoal suscetível de exteriorização, Antonio Luiz da Câmara Leal, malgrado tenha reputado correta a primeira delas, reconheceu o móvel do desenvolvimento da teoria, apontando que a “ampliação dos interditos à proteção de direitos imateriais nasceu da

⁴⁸⁴ Idem, p. 57.

⁴⁸⁵ As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 309.

⁴⁸⁶ “Com efeito, a razão da exclusão dos direitos pessoais demonstrada nas páginas anteriores é que eles não dão aos seus titulares um contacto, ou a possibilidade de contacto, com uma coisa corporea determinada, de modo a poder ser physicamente possuida” (MARQUES, J. M. de Azevedo. *A acção possessoria no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Secção de Obras d’O Estado de S. Paulo”, 1923. p. 25).

⁴⁸⁷ *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. p. 69 e 70.

falta de uma ação especial de pronta eficiência para sua imediata defesa, quando da demora poderia resultar dano irreparável ao direito do autor”.⁴⁸⁸

Para Lino de Moraes Leme, “os códigos em geral consignam a posse dos direitos. São os escriptores que torturam muitas vezes os codigos, procurando interpreta-los de accordo com ideias particulares”, ressaltando que o Código Civil de 1916 não se opunha à extensão da proteção possessória aos direito pessoais, até porque, como conclui, de que valeriam estes “sem a correlata garantia eficiente?”⁴⁸⁹

Esse é o aspecto que, aqui, desejo ressaltar, ou seja, a carência de uma base procedimental adequada para a tutela rápida de direitos evidentes, já ai insinuando-se, juntamente com a teoria exposta no tópico anterior, a formação de ambiente propício à criação do mandado de segurança.⁴⁹⁰

3.4.4. A liminar em mandado de segurança

A ação de mandado de segurança foi introduzida no direito brasileiro a partir da conjugação entre a necessidade de pronta intervenção jurisdicional em algumas hipóteses⁴⁹¹ e a possibilidade de combinação de elementos próprios de outros instrumentos processuais, não sendo por acaso, como se vê, a estrutura proposta

⁴⁸⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. V. p. 32. Adiante acrescentou: “Hoje essa dificuldade foi em parte removida pela criação do mandado de segurança, como pronta defesa dos direitos pessoais contra os atos das autoridades (art. 319)” (p. 33).

⁴⁸⁹ *Posse dos direitos pessoais*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1927. p. 151 e 152. Em outra passagem da obra ressalta, para refutar argumentos excessivamente apegados à letra da lei, que os “juizes sempre tiveram annexa uma parcella de função legislativa, como formadores do direito novo, supprindo o silencio da lei, clareando-lhe a obscuridade, sanando-lhe as omissões (*Codigo*, art. 5), com a analogia ou com os principios geraes de direito (art. 7)” (p. 139).

⁴⁹⁰ “Observando-se a formulação da teoria dos direitos pessoais de Rui Barbosa, notar-se-á o anseio pela manifestação do mandado de segurança já no final do século XIX. (...) Sem dúvida, o mencionado jurista se valeu de visão parcial quanto à evolução histórica da tutela possessória. No entanto, seu maior mérito residiu em por em evidência o descompasso dos mecanismos processuais então existentes com o direito material. Em sua clássica construção, Rui Barbosa edificou a *tutela da posse de direito pessoais*, com base na teoria canônica dos interditos possessórios” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.106, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24).

⁴⁹¹ “A tendência atual do processo civil contemporâneo é a de resguardar àquele que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão (apreendida pelo magistrado mediante uma cognição abreviada, isto é, sumária) o direito em espécie, relegando, a um segundo plano, sua reparabilidade patrimonial. Outra conclusão, com muito maior razão de ser, não teria qualquer cabimento em se tratando de mandado de segurança, ação potencializada, desde sempre, contra o Estado e, mais, para fins de preservação *in natura* do bem jurídico tutelado” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança – um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25).

para este capítulo.

Aponta Hamilton de Moraes e Barros que o surgimento do mandado de segurança representa marco essencial que divide em dois períodos “a história das liminares no Direito Brasileiro”, pois:

Foi como o mandado de segurança que elas se firmaram e ganharam maior expressão, saltando para a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, ou ação de representação, bem como para as reclamações, nome por que também são conhecidas as correições.⁴⁹²

Como antes abordado (3.4.2), em 1926 a reforma do texto constitucional esvaziou o arcabouço de direito positivo em que se ancorava a doutrina brasileira do *habeas corpus*. No mesmo ano iniciaram-se os debates acerca da necessidade de criação de remédio destinado à tutela de direito líquido e certo, culminando com sua previsão no texto constitucional de 1934.⁴⁹³

Da análise do artigo 113, n. 33, dessa Carta⁴⁹⁴ extrai-se o perfil originário do mandado de segurança, em linhas gerais semelhante ao atual, calcado nas seguintes premissas:

a) destinava-se à defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade;

⁴⁹² *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1963. p. 7.

⁴⁹³ Mais detalhado o relato de Alfredo Buzaid: “O movimento em favor da criação do mandado de segurança, como figura geral de tutela de direito líquido e certo, cresce de vulto depois da revisão constitucional de 1926, que limitou o uso do *habeas corpus* à garantia da liberdade de locomoção, desvanecendo assim as esperanças daqueles que ainda confiavam nesse meio judicial para a defesa de direitos civis. A 11 de agosto de 1926, o deputado Gudesteu Pires apresentou o projeto de lei nº 148, que instituiu o mandado de segurança. Na sessão legislativa do ano seguinte se manifestou a Comissão de Justiça da Câmara. em longo parecer, relatado por Afrânio de Melo Franco e subscrito por Anibal B. Toledo, Sérgio Loreto com restrições, Flôres da Cunha, Horácio Magalhães, Raul Machado, Francisco Valadares e Luís Pinto. As discussões em torno do projeto foram intensas e animadas. Vários substitutivos foram apresentados, como os de Matos Peixoto, Odilon Braga, Bernardes Sobrinho, Clodomir Cardoso e Sérgio Loreto. Com a vitória da Revolução de 1930 foi fechado o parlamento e instituído o Governo Provisório. Não tardou, porém, a que o país voltasse ao regime legal. Reunido o Congresso constituinte, foi promulgada em 1934 a Constituição, que inseriu, no título das garantias de direitos, o mandado de segurança” (Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, 1956, p. 29).

⁴⁹⁴ Valendo a ressalva de que o instituto não ficou confinado na Constituição: “Desde o nascimento do mandado de segurança, sob a égide da Constituição de 1934, sobrelevou-se a importância desta ação quanto à tutela do jurisdicionado em face dos desmandos da autoridade pública. Inicialmente previsto apenas na Constituição, o mandado de segurança passou a ter, depois, também previsão infraconstitucional (cf. Lei 191/1936), fato que imprimiu uma característica peculiar a este instrumento, ao contar com dupla previsão (constitucional e legal), reforçando a sua importância como ação de tutela à liberdade pública” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.106, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25).

- b) o processo será o mesmo do habeas corpus;
- c) o mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

Cumprido notar que embora destinado à pronta viabilização de intervenção jurisdicional (e, a rigor, até mesmo por isso), o texto constitucional não se contentava com a aparente vagueza da fórmula, depois definitivamente consagrada, que oferecia como condições para a concessão de liminar a liquidez e a certeza do direito, adjetivando-a com a peremptoriedade do “incontestável”.

Embora festejado como criação brasileira, é certo que o instituto ostenta linhagem antiga⁴⁹⁵ e tem inspiração em figuras do direito estrangeiro, havendo, com relação a este ponto, alguma divergência doutrinária.

A ideia mais difundida é a que liga o mandado de segurança ao *amparo* mexicano, que por sua vez, como aponta Victor Fairen Guillen, teve sua origem no *proceso de manifestación* do direito aragonês do século XIII:

En cuanto a su difusión geográfica e histórica, hay que tener en cuenta los importantísimos vehículos culturales, y la idiosincrasia de los nuevos pueblos, por sus relaciones paterno-filiales con Inglaterra o con España; por ello, es natural que el *habeas corpus* pasase a América anglosajona, y la Manifestación, a la hispánica, aun cuando con el nombre – paralelo, o mejor dicho, conseqüente, pues la Manifestación “amparaba” – de recurso de “amparo”.⁴⁹⁶

O *amparo* teve sua primeira aparição na Constituição mexicana de 1857, permanecendo com esse *status* desde então, a não ser pelo período ditatorial

⁴⁹⁵ “O que há de notável, porém, nas *inhibitiones* germânicas, foi sua extensão à tutela das relações de direito público, de acordo, aliás, com a maior sensibilidade dos povos germânicos do que o romano, para esse tipo de vinculações jurídicas. A tal ponto chegou a afinação do instrumento processual, no antigo *Justizstaat do Reich* imperial, no sentido da proteção dos direitos subjetivos públicos do indivíduo, que vamos encontrar, aí, nessa época recuada, o antecedente claro e manifesto de nosso tão justamente exaltado mandado de segurança” (LACERDA, Galeno. Tutela antecipatória e tutela interdita. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 185).

⁴⁹⁶ *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. p. 103. Mesmo em relação à origem deste instituto há divergência, sendo em sentido contrário a incisiva ponderação de Richard D. Baker: “It is not probable that the institutions of Aragón, despite the resemblances noted, influenced perceptibly the creation and subsequent evolution of the *amparo* suit. The tradition transmitted to the Spanish colonies was that of royal absolutism. Under these circumstances it is not likely that a knowledge of the ancient rights and privileges of medieval Aragón would have composed a large part of nineteenth-century Mexican education, legal or otherwise. Those who contend that the Aragonese institutions are the origin of *amparo* are obliged to demonstrate that the founders of the Mexican institutions were familiar with them, and this remains to be done” (*Judicial review in Mexico – A study of the Amparo suit*. Austin: Institute of Latin American Studies by the University of Texas, 1971. p. 31).

existente entre 1910 e 1917.⁴⁹⁷

Para Castro Nunes, após apontar os quatro *writs* mais importantes do direito anglo-americano, o “nosso mandado de segurança não é nenhum desses *writs* de per si. A todos resume: realiza a função do *mandamus* e da *injuction*, do *certiorari* e do *quo warranto*”.⁴⁹⁸

Também para Alexandre Delfino de Amorim Lima o Constituinte de 1934, ao buscar inspiração para o mandado de segurança, “foi eclético, no que demonstrou prudência e sabedoria”:

Colheram-se elementos da legislação norte-americana sobre os “*writ*”, na mexicana sobre o Juicio de Amparo, e, procurando-se adaptar os princípios a um procedimento semelhante ao de “*habeas corpus*”, chegou-se a compor o mandado de segurança. Desde logo, o instituto se mostrou de um viço surpreendente indicativo da sua perfeita compatibilidade com o meio e o momento histórico; e, de tal forma medrou pujante de seiva, que a alteração profunda nos alicerces políticos do paiz não o atingiu nas suas linhas essenciais.⁴⁹⁹

Em outro ponto, seja como for, encontra-se divergência doutrinária mais significativa, acerca da natureza jurídica da liminar em mandado de segurança que embora seja, ele mesmo, desenvolvido a partir de cognição ampla, tem na possibilidade de concessão de liminar, aqui por óbvio calcada em cognição não exauriente, seu principal *proveito*, daí porque aqui destacado.

Para Antônio Raphael Silva Salvador e Osni de Souza, a liminar em mandado de segurança “é o provimento cautelar incidente”, destinada, como tal, a proteger uma necessidade momentânea.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ “Between the fall of the Díaz regime in 1910 and the inauguration of the new constitutional order in 1917, the Mexican political scene, washed by the tides of a great revolution, did not offer a very propitious environment for the further development and practice of judicial review, or for any other form of constitutional defense less persuasive than trial by arms” (BAKER, Richard D. *Judicial review in Mexico – A study of the Amparo suit*. Austin: Institute of Latin American Studies by the University of Texas, 1971. p. 46).

⁴⁹⁸ *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 348

⁴⁹⁹ *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 148. No mesmo sentido: GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV. p. 332.

⁵⁰⁰ *Mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 56. No mesmo sentido o posicionamento de Celso Agrícola Barbi, que alude a “inserção de uma ação “cautelar” no processo principal” (*Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 71), uma vez que a liminar visa “evitar o dano que decorreria da natural demora na instrução do processo”, característica que considera marcante para a configuração da natureza jurídica das medidas cautelares em geral (p. 200). Também Castro Nunes, ao categorizar a liminar como “medida preventiva que não refoge às que por direito comum (Cód. de Processo, arts. 675 e segs.) a lei faculta ao juiz”, segue a mesma trilha (*Do mandado de*

Registra Arruda Alvim posição mais temperada, no sentido de que a liminar em mandado de segurança “se constitui numa espécie de medida cautelar”, a rigor “embutida, porque prevista na própria lei disciplinadora do mandado de segurança”, mas com um tipo de eficácia diferente, na medida em que “se constitui numa antecipação da futura eficácia da sentença concessiva do mandado de segurança”.⁵⁰¹

Tal posicionamento parece-me bastante significativo porque, além de revelar certa aceitação do *eventual* caráter satisfativo de uma medida cautelar, demonstra a agudeza do raciocínio do autor em ponderar, já em 1985, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Igualmente visionária, e à época (1963) isolada, foi a posição de Hamilton de Moraes e Barros:

Aqui, não se segura simplesmente o autor contra um risco; já se lhe assegura o bem da vida pretendido. Não é a prevenção do risco o objeto da liminar, mas já é a situação jurídica buscada, situação que será em definitivo conferida na sentença. O pedido é que é satisfeito por antecipação. Em caráter provisório, é verdade; sujeito a revogação, não se contesta; mas já é a mesma atribuição de situação que é objeto da sentença final definitiva.⁵⁰²

Essa tese, da natureza antecipatória, posto que satisfativa, da liminar em mandado de segurança parecia mesmo mais afinada com a feição do instrumento, desde que se tivesse que realmente optar entre um ou outro caminho.

A bem da verdade, para Eurico Ferraresi, “na atualidade, não se justifica persistir na contenda a respeito da natureza jurídica da liminar em mandado de segurança, se cautelar ou antecipatória”, em razão da vocação das duas figuras para

segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 348).

⁵⁰¹ Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, jul-set/1985. p. 20. Para Teresa Arruda Alvim, após ponderar que todas as liminares ostentam as duas características, sendo sempre antecipatórias com “caráter predominantemente cautelar ou marcadamente satisfativo”, “a liminar no mandado de segurança tem caráter, realmente, predominantemente cautelar” (*Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 36). Sobre a ambivalência ínsita às liminares vale transcrever o posicionamento de Betina Rizzato Lara: “No nosso entender, uma liminar pode ser ao mesmo tempo cautelar e satisfativa. Se a liminar for concedida com o fim de evitar a ocorrência de um dano que possa impedir a efetividade do processo, ela será cautelar. Se para alcançar este objetivo, ela ao mesmo tempo satisfizer a pretensão do requerente, esta satisfação não irá lhe retirar o caráter cautelar. Se, ao contrário, a liminar visar somente conceder de imediato a pretensão que se obteria ao final da ação e for deferida somente com base na probabilidade do autor vencer a demanda nas provas apresentadas acerca da existência de elementos objetivos, ela será satisfativa. Se ao mesmo tempo tiver um aspecto de cautelaridade, no sentido de evitar prejuízos ou mesmo o agravamento destes, a liminar não deixará de ser satisfativa. Não é possível, portanto, fazer simplesmente uma separação entre celeridade e satisfatividade, como se estes dois fenômenos não pudessem coexistir” (*Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 67).

⁵⁰² *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1963. p. 24.

neutralizar os males do decurso do tempo em relação ao processo.⁵⁰³

Todavia, ainda que reunidas sob o pálio de uma mesma categoria (tutela de urgência), o fato é que o CPC de 2015, para além da adoção dessa mesma categorização, previu separadamente as duas figuras, mantendo o interesse teórico no tema, ainda que de reduzida repercussão prática.

Mais coerente, em suma, parece ser a admissão de que não há, a partir da conformação constitucional e legal do mandado de segurança, definição a respeito do tema, uma vez que em razão da abrangência de tal remédio apenas a individualização do caso revelará, a partir do interesse processual invocado pelo interessado, a natureza da medida liminar *in concreto*:

No mandado de segurança, ao revés, já que sua lei de regência e, mormente, sua previsão constitucional, são afinadas à ideia da antecipatoriedade dos efeitos da sentença quando da concessão da liminar, tanto podem ser concedidas liminares de cunho cautelar, como de cunho antecipatório. A distinção entre uma e outra será feita caso a caso, consoante seja a tônica que se dê para o pedido de liminar quando contrastado com o pedido de mérito à luz da situação fática descrita pelo impetrante, é dizer, consoante a liminar tenha um grau mais ou menos intenso de *referibilidade* ao direito material que se quer resguardar ou satisfazer (faticamente) com a concessão do mandado de segurança.⁵⁰⁴

Em arremate deste tópico, ainda que a principal razão para a utilização do mandado de segurança, notadamente em sua origem, tenha sido a possibilidade de concessão de medida liminar – decorrência lógica da ausência de procedimento de cariz genérico que contasse com tal potencialidade – não se deve encará-lo como veículo para a obtenção de tutela de cognição sumária, instrumentos que, embora valiosos, não ensejam a formação de coisa julgada.

Valho-me, novamente, da doutrina de Cassio Scarpinella Bueno:

O que importa ter presente, contudo, é que as decisões proferidas no âmbito do mandado de segurança têm aptidão para revestir-se de coisa julgada material toda vez que enfrentarem o mérito, isto é, o pedido do impetrante, com cognição exauriente. Como escrito pelo n. 11, supra, é indiferente que a decisão seja favorável ou desfavorável ao impetrante, mas, apenas e tão-somente, que ela seja de mérito, proferida com base em cognição

⁵⁰³ *Do mandado de segurança (comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009)*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 90.

⁵⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança – um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.106, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119; SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 141.

exauriente.⁵⁰⁵

É possível interpretar esse excerto doutrinário no sentido de que a decisão só pode enfrentar o mérito do mandado de segurança, para denegá-lo, se a cognição desenvolvida for exauriente, vale dizer, se o motivo da rejeição do *mandamus* não for a falta de provas, assertiva que, ademais, mostra-se afinada com a percepção generalizada de que a coisa julgada material só vicejará na ausência de restrições à cognição.

Isto porque, voltando a atenção especificamente para o mandado de segurança, é possível ressaltar, como elementos viabilizadores da formação da coisa julgada, a existência de cognição plena no aspecto horizontal e exauriente, no plano vertical, *secundum eventum probationis*.⁵⁰⁶

Por isso é que, a rigor, se o juízo entende que a prova documental apresentada pelo impetrante é insuficiente à demonstração dos fatos que dariam suporte ao acolhimento da pretensão, deve, diante da impossibilidade de elastério probatório, pronunciar a carência de ação por falta de interesse de agir (na modalidade adequação), e não denegar a segurança, resultado que pressupõe o exame do mérito.⁵⁰⁷

Essa solução, além de mais adequada sob o aspecto prático, é coerente com o sistema processual.

Tanto assim que, com efeito, diferente será se o juízo, embora considerando frágil a prova documental trazida pelo interessado, vislumbrar *in status assertionis*

⁵⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116. Adiante explicita que, nesses casos, “o impetrante não pode, por outro mandado de segurança e por nenhuma outra “ação”, pleitear aquele mesmo direito por aqueles mesmos motivos em face daquele(s) mesmo(s) réu(s)” (p. 117). Trata-se de sistemática já observada, ainda que apenas pela ótica do impetrante (e da eficácia negativa da coisa julgada), desde a primeira legislação regulamentadora do mandado de segurança no plano infraconstitucional (Lei 191/1936): Art. 2º O mandado não prejudica as acções petitorias competentes. (...) § 2º Poderá renovar-se o pedido do mandado somente quando a decisão denegatoria lhe não houver apreciado o merecimento. Para análise mais detida da evolução do tema na jurisprudência do STF consultar, com proveito: REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança – comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p. 144-147.

⁵⁰⁶ “Nessa ordem de ideias, a ação de mandado de segurança apresenta um procedimento abreviado, mais célere, com a adoção da técnica da cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, sem limitações quanto à matéria a ser discutida e conhecida e que poderá ser exauriente na profundidade, desde que haja prova documental pré-constituída que a possibilite” (PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de segurança e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23).

⁵⁰⁷ PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de segurança e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 100.

que, mesmo se os fatos indicados na petição inicial tivessem sido comprovados, a pretensão, à luz do direito aplicável, restaria desacolhida, caso em que, ao influxo da regra do artigo 488 do Código de Processo Civil,⁵⁰⁸ preferível será a denegação da segurança, hipótese mais conveniente por conceber sentença acobertável pela coisa julgada material, evitando-se a dedução de nova demanda, fadada à rejeição pelo mérito.

3.4.5. Tomás Para Filho e o mandado de segurança contra ato de particular

Em estudo publicado em 1962,⁵⁰⁹ Tomás Para Filho apresentou instigante tese que, embora sem maior eco na doutrina ou na jurisprudência, vale ser aqui referida, pelo seu intrínseco valor, depositado justamente na preocupação do autor em obter soluções que dinamizem a atuação do direito processual civil e potencializem a possibilidade de atingimento de seus funções.

Defendia ele a ampliação da legitimação passiva do mandado de segurança – e, via reflexa, de seu cabimento – a ponto de tornar possível o seu manejo também nas relações entre particulares.⁵¹⁰

A bem da verdade, pelo menos três manifestações semelhantes, ao que consta sem repercussão significativa, já haviam sido elaboradas.

Ainda em 1922 (portanto antes da reforma constitucional de 1926, que alterou o cabimento do *habeas corpus*, moldando-o à sua finalidade histórica e esvaziando a sua “doutrina brasileira”), Edmundo Muniz Barreto, Ministro do Supremo Tribunal Federal, relatou tese na Seção de Direito Judiciário do Congresso Jurídico realizado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em comemoração ao centenário da

⁵⁰⁸ Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485 .

⁵⁰⁹ A proteção jurisdicional dos direitos interindividuais. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 5, 1962.

⁵¹⁰ Anteviu o autor, em certa medida, tendência contemporânea: “Nos dias de hoje operada a transformação que culminou na criação de um novo ‘Estado de Direito’, não há mais razão para contrapor o indivíduo ao Estado, mas sim para zelar por sua justa inserção na vida social e pelo exercício concreto dos novos direitos. Como o objetivo do Estado não é mais apenas proteger os “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, ocorreu o abandono da política inicial de mera defesa das liberdades, tendo o Estado passado a interferir sempre de modo mais incisivo na esfera dos particulares para a satisfação das necessidades sociais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 70).

Independência,⁵¹¹ da qual se destaca o seguinte excerto:

(...) a Justiça deve estar aparelhada de instrumentos idôneos, capazes de assegurar o desempenho exato de sua elevada e delicada função. O aparelho que o Estado lhe fornece será tanto mais útil e eficaz quanto mais apropriada for a solução do caso a resolver. Os meios coercitivos devem ser prontos, sem sacrifício da defesa do constrangido. (...) Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.⁵¹²

A segunda estava inserida no Anteprojeto Sampaio Dória para a Constituição de 1946, cujo artigo 86, § 26, previa a concessão de mandado de segurança “seja qual for o autor ou responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, trecho substituído, na versão final, pela tradicional fórmula de direcionar o foco de tal remédio apenas para atos de autoridade.⁵¹³

A terceira representa a conclusão final do já antes mencionado estudo de Rubens Limongi França, que após ponderar que “muitas violações ou turbações de direito pessoal continuam sem a defesa rápida e eficaz, por vezes indispensável à sua integral garantia”, e que malgrado a existência das medidas preventivas do CPC de 1939, estas não “se equiparam, em eficácia e firmeza, ao mandado de segurança”, considerou viável a ampliação do conceito deste, pela via legislativa, “de modo a torna-lo aplicável, também, contra lesões de particulares”.⁵¹⁴

Ainda que a ideia fulcral, a rigor, não ostente o selo da plena originalidade, foi ela exposta de modo claro e sólido por Tomás Para Filho, a ponto de mostrar-se oportuna sua análise mais detida.

⁵¹¹ “O Congresso Jurídico de 1922, também organizado pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, foi realizado como parte dos eventos integrantes das comemorações do centenário. A Exposição Internacional e os congressos científicos, por ocasião do centenário, foram inspirados em eventos semelhantes realizados na Europa e na América desde o século XIX. A principal referência de comemoração de centenário era a Argentina, que havia realizado em 1910 um show grandioso para celebrar os cem anos da conquista da autonomia em relação à Espanha. Apesar de figurar como um dos maiores espetáculos de celebração do centenário, o Brasil não participou formalmente da comemoração argentina” (GALVÃO, Laila Maia. Espaços de construção da interpretação constitucional: análise dos congressos jurídicos da Primeira República. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, n. 118 Jun./Set. – 2017. p. 388).

⁵¹² Conforme transcrito por Castro Nunes (*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961)

⁵¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. p. 80.

⁵¹⁴ Idem, p. 84-85. Vale referir que esse estudo foi elaborado quando o autor era aluno do quarto ano do curso de Direito, tendo vencido concurso em homenagem ao centenário do nascimento de Ruy Barbosa, com comissão julgadora composta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Presidente), Washington de Barros Monteiro e Paulo Bonilha, que se reuniu, em 04 de novembro de 1949, na então denominada Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O autor estabelece, de plano, premissa até hoje indiscutível, no sentido de que em casos de ameaça ou lesão a direitos líquidos e certos (ou seja, *evidentes*), “os remédios processuais estabelecidos em nosso direito, visando a reparar ou restaurar a situação jurídica afrontada, não são dotados de eficácia, ou efetividade, nem afeiçoados ao princípio da economia processual”, ainda que instrumentos mais rápidos e eficazes eram, já à época, há muito “utilizados na esfera das relações entre a Administração Pública e os particulares”,⁵¹⁵ em clara referência ao mandado de segurança.

Prossegue ponderando que em alguns casos, mesmo em se tratando de relação jurídica mantida entre particulares, a lei processual privilegia direitos evidenciados em títulos, instituindo “tipo peculiar de ação, na qual se inverte a ordem normal do juízo, permitindo, até certo ponto, à vista de tais títulos, a antecipação do momento executório. É o que se dá nas ações executivas”.⁵¹⁶

Lança, a partir dessa constatação, conclusão intermediária, no sentido de que o processo vincula-se “à natureza dos direitos a cuja tutela se propõe”, como também que, em algumas situações, mesmo entre particulares, “parece inegável a existência de direitos de natureza translúcida, líquidos e certos, se se preferir esta fórmula”⁵¹⁷.

Como ilustração de seu raciocínio propõe a seguinte hipótese:

Se, por exemplo, em razão de dispositivos expressos de seu estatuto, os sócios de uma sociedade somente podem ser eliminados mediante processo em que se lhes assegure ampla defesa, e, não obstante, certo associado é expulso mediante simples e arbitrária comunicação da diretoria, desponta, nítido aí o seu direito à permanência na entidade até ser convencido em contrário, mediante a observância das exigências estatutárias. Razão não há, em caso tal, para que se exija a feitura de todo um processo ordinário, que, ademais, inculca, ou possibilita o manejo de recursos catalogados num sistema inçado de superfluidades, superfetações e delongas.⁵¹⁸

Com tal exemplo (que serviu, em concreto, para fundamentar a concessão de uma *medida autosatisfactiva* na Argentina, em emblemático caso referido no tópico

⁵¹⁵ *Idem*, p. 217. A sofisticação de seu raciocínio é notada em outra passagem do mesmo texto, em que já vislumbra a existência do princípio da cooperação, hoje alçado à uma das normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 (art. 6º): “A lei se edita superpartes: o legislador é o órgão ativo de comando; as partes o são passivamente, não intervindo na formação das regras legais. Já a jurisdição atua em cada caso singular. Por isso, ao exercitá-la, o Estado se deve servir dos interessados como colaboradores - assim, a jurisdição se elabora *inter partes*. Isto ressalta a posição dos indivíduos diante da função jurisdicional do Estado, que se não pode reduzir a papel simplesmente passivo, pois a atividade jurisdicional deles reclama colaboração para alcançar seus fins” (p. 219).

⁵¹⁶ *Idem*, p. 227.

⁵¹⁷ *Idem*, p. 231.

⁵¹⁸ *Idem, ibidem*.

5.5.1), pretendeu demonstrar que “os mesmos motivos que induziram o legislador a dispensar tratamento sumário e especial aos conflitos de interesses entre os particulares e a Administração Pública”, em relação a direitos tidos como líquidos e certos, “aparecem em certas hipóteses de conflitos entre particulares”, evidenciando-se em qualquer dos casos, “a desnecessidade do processo ordinário”.⁵¹⁹

O autor alcança, com tais premissas, a conclusão principal de seu estudo, no sentido de que “razão parece não haver para adstringir o procedimento judicial relativo a direitos dessa índole ao molde, complexo e delongado, contido no processo ordinário”,⁵²⁰ o qual, embora propicie “amplas garantias à apuração dos fatos e ao exame escrupuloso das questões sujeitas à apreciação e deliberação do Juiz”, ostenta dois defeitos essenciais: “pelo número e natureza dos atos que comporta, sua marcha não só é demorada como também bastante dispendiosa”, fazendo-se, ademais, “instrumento fácil de protelações, quando uma das partes, por lhe não assistir direito e se considerar previamente vencida, age com o propósito de facilitar o decurso do tempo sem solução do litígio, na tentativa de subtrair-se à execução”.⁵²¹

Em arremate, traça paralelo com o processo monitório, que considerava existente no direito processual então vigente personificado nas ações cominatórias,⁵²² para reputar plenamente possível a adoção, em termos gerais, de instrumento equivalente a um mandado de segurança entre particulares.

O estudo evidencia, mais uma vez, que a evolução do direito processual civil é o retrato da permanente busca de *caminhos alternativos*, os quais, mesmo aceitando-se como realidade inafastável a necessidade do estabelecimento de uma relação processual que propicie a participação das partes, sensível ao influxo do princípio do contraditório, viabilizem, em certas circunstâncias, a imediata intervenção da tutela jurisdicional.

Em conclusão, vale referir que a solução proposta por Tomás Para Filho foi igualmente cogitada, com atenção à tutela preventiva, por José Carlos Barbosa Moreira, em texto originalmente publicado em 1982:

Ao nosso ver, as melhores possibilidades — assim como as maiores necessidades — situam-se no campo da tutela preventiva. Em tema de

⁵¹⁹ *Idem*, p. 232.

⁵²⁰ *Idem*, p. 239.

⁵²¹ *Idem*, p. 245.

⁵²² *Idem*, p. 246.

proteção jurisdicional de direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar. O processo brasileiro dispõe de prestimoso instrumento desse tipo, em se tratando de relações jurídicas de direito público: o mandado de segurança, constitucionalmente garantido, é utilizável (e utilizado com frequência) em caráter preventivo, por quem tenha “justo receio” de sofrer violação, resultante de ilegalidade ou abuso de poder, “por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerce” (Lei n. 1.533, de 31-12-1951, art. 1º, *caput*). Contrasta com essa a situação das relações de direito privado, em cujo âmbito é pobre o receituário processual preventivo — e, pior que isso, inadequado às hipóteses para as quais precisamente se revela menos satisfatória a tutela repressiva, pela feição de substancial irremediabilidade que em regra assume a lesão: as de relações jurídicas não patrimoniais (v.g., direitos da personalidade). É um setor que está a reclamar atenção especial, e onde o nosso ordenamento muito lucrará se se dispuser a retomar, aperfeiçoando-as, algumas de suas próprias experiências anteriores, lamentavelmente desprezadas pelo legislador de 1973, que no particular retrocedeu.⁵²³

3.4.6. As liminares nas ações possessórias

A doutrina da posse dos direitos pessoais, como visto no tópico 3.4.3, constituiu-se em tentativa de utilização da principal característica, sob a ótica da efetividade, das ações possessórias, qual seja a possibilidade de concessão de liminares para ações “de força nova”, sujeitas ao generoso prazo de um ano da data do esbulho.

Mas, com atenção ao direito vigente no Brasil, mesmo tais ações nem sempre contaram com essa possibilidade.

Pondera Hamilton de Moraes e Barros que no regime das Ordenações do Reino as ações possessórias, quando ajuizadas dentro do prazo de ano e dia do esbulho ou da ameaça, não previam a concessão de liminar, embora fossem consideradas sumárias.⁵²⁴

⁵²³ Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 41. Em sentido semelhante: “É interessante comparar estas duas premissas, por meio das quais limita-se o conceito de jurisdição apenas à função declaratória, como que acontece no direito contemporâneo, particularmente no direito brasileiro, por exemplo, com o mandado de segurança que, não obstante ser reconhecido e elogiado como um instrumento de alto valor prático, em nossa experiência judiciária, não foi capaz de estender seu campo de incidência às relações jurídicas privadas, entre particulares” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27).

⁵²⁴ *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1963. p. 7. No mesmo sentido a observação de Câmara Leal, com a ressalva de que a jurisprudência por vezes admitia a manutenção liminar na posse (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. V. p. 10), e também a lição de João Baptista Monteiro (*Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 64).

Com a evolução do direito processual civil as ações possessórias passaram a ser uns dos primeiros instrumentos a contar com a previsão de concessão de liminar *initio litis*, claramente em razão do relevo que se empenhava ao direito material em discussão.⁵²⁵

No período anterior ao CPC de 1939, parte da doutrina, ao interpretar o artigo 506 do Código Civil – primeiro fundamento legal para requerimento de concessão de liminar em ação possessória – fazia-o de modo restritivo, como se limitado aos casos de esbulho praticado por violência, sustentando J. M. de Azevedo Marques que assim era por força de interpretação comparativa com a norma do artigo 487 do Código Civil português (que expressamente aludia ao requisito da violência), mas também, principalmente, porque admitir extensivamente a possibilidade de concessão de liminar em todos os casos “seria uma formidável inversão na ordem judicial, e o direito brasileiro poderia gabar-se de haver revolucionado o sentimento jurídico universal, que exige, em todas as ações, a citação inicial do réu”, tida como “princípio e fundamento de toda ordem judicial”.⁵²⁶

Colhe-se da doutrina portuguesa contemporânea ao autor excerto nesse exato sentido:

Quando alguém é privado por um acto de violencia da sua posse, ha um attentado grave, que affecta a segurança individual e publica, e que causa uma tal ou qual perturbação da ordem publica. Para manter a ordem e restabelecer a segurança publica e individual, a lei creou, na hypothese de o esbulho ser violento, um processo especial, a fim de que o esbulhado possa com a maior brevidade ser restituído á sua posse.⁵²⁷

Confirma-se, assim, que a resistência à adoção de medidas de urgência é algo presente na origem do nosso direito, tanto que somente a necessidade de reestabelecer a ordem pública, ainda que ocasionalmente vinculada ao atendimento

⁵²⁵ “A urgência em tutela a posse decorre de fatores históricos (de origem romano-pretoriana), legais (coibir a prática de ato ilícito) e, sobretudo, socioeconômicos, em face da exigência de perfeita estabilidade das relações de ingerência fático-potestativas formadas entre o titular da posse, o bem objeto desta relação e a sujeição de terceiros, pertinentes a esta situação que, na hipótese de violação do equilíbrio do sistema pela prática de atos-fatos ilícitos, requer a sua pronta manutenção ou restabelecimento” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 193).

⁵²⁶ MARQUES, J. M. de Azevedo. *A ação possessória no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Secção de Obras d’O Estado de S. Paulo”, 1923. p. 128/131. Adiante explicita sua resistência em relação às tutelas de cognição sumária, entendendo que “os juizes devem exigir provas rigorosas do esbulho com violência, sem a qual não se justifica a outra violência, que é a reintegração *initio litis*” (p. 141).

⁵²⁷ MAGALHÃES, Antonio Leite Ribeiro de. *Manual das ações possessórias e seu processo*. Coimbra: F. França Amado, 1910. p. 167. Adiante sublinhou “que o esbulho é volento, somente quando a violencia se exerce por meio de ameaças ou em lucta com o esbulhado” (p. 168).

do interesse do indivíduo é que determinava, há cerca de um século, a excepcional concessão de liminar em demanda possessória.⁵²⁸

Essa interpretação, todavia, não era remansosa, apontando Tito Fulgêncio, ao abordar o mesmo artigo 506 do Código Civil, que o esbulho podia ser violento ou não, sendo certo que “a lei descansa no critério do juiz, que será prudente, de modo a não se tornar instrumento de espoliação, em vez de punidor da violência”.⁵²⁹

Não era o referido dispositivo da lei material a fonte única da possibilidade de concessão de liminares nas ações possessórias, previstas expressamente no artigo 371 do Código de Processo Civil de 1939, mantido o tradicional critério de reservar às ações “de força nova” o rito diferenciado.⁵³⁰

De todo modo, entendia Alexandre Delfino de Amorim Lima que “abraçou o Código a doutrina ardorosamente pregada pelo Prof. Azevedo Marques e que infelizmente jamais encontrou guarida na jurisprudência dos nossos tribunais”,⁵³¹ prevalecendo, contudo, o entendimento de que “para caracterizar-se a violência não é essencial a agressão, basta que o usurpador pratique atos exteriores que impeçam ou embaracem o atual possuidor de exercer o seu poder físico sobre a coisa”.⁵³²

Para além do direito brasileiro, refere Alfredo Araújo Lopes da Costa que Carnelutti classificava os interditos possessórios dentre as ações preventivas (ou seja, adotando a terminologia do autor, de índole cautelar), sendo a liminar apenas um preceito destinado à manutenção da situação fática,⁵³³ estabelecendo-se, então,

⁵²⁸ Esse aspecto manteve-se ao longo do tempo, embora a valorização da tutela dos direitos individuais pareça ter invertido a equação e alterado o fundamento da proteção possessória: “Tal constatação permite concluir que o fundamento da proteção possessória, entendido como a causa que levou o legislador a criar os procedimentos possessórios, encontra-se, primeiro, na defesa do direito subjetivo (da posse), e segundo na repressão à violação da paz pública. Sem dúvida que esta é atingida; mas apenas a título mediato. Porém, isso não é exclusivo nem característico de qualquer das ações tuteladas pelo processo civil, que é meio de pacificação social, a qual se atinge através da solução dos conflitos intersubjetivos de interesse” (MONTEIRO, João Baptista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 73).

⁵²⁹ *Da posse e das ações possessórias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I. p. 303. A primeira edição da obra, vale referir, é de 1922.

⁵³⁰ Aponta Joel Dias Figueira Júnior que no período anterior ao CPC de 1939 (mas contemporâneo ao Código Civil de 1916), “todos os Códigos Estaduais são unânimes em admitir a concessão de liminar, com pequenas variações em termos de requisitos a serem atendidos pelo autor, de acordo com o tipo de remédio pretendido” (*Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 128).

⁵³¹ *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 248.

⁵³² LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. V. p. 15.

⁵³³ Essa assertiva, por si só, sabe-se ser verdadeira, tanto assim que Alexandre Delfino de Amorim Lima defendia, com certo exagero (senão radicalismo) que a disciplina da posse, como um todo, deveria

“relação entre o processo dito preventivo (o possessório) e o processo principal (o petitorio), proibindo o seu cúmulo e até mesmo sua contemporaneidade”.⁵³⁴

O processualista mineiro refutou tal posicionamento, por não haver relação de dependência entre a ação possessória e outra ação fundada no direito de propriedade:

No processo preventivo há dois direitos que servem de apoio à pretensão levantada: o direito principal (como, no arresto, a dívida) e o direito acessório (o direito à segurança), condicionado, de regra, à existência de um risco. Ora, nos interditos possessórios não se exige do autor nem a prova nem mesmo a plausibilidade do domínio. Ao contrário, diz o art. 505 do Cód. Civil que não obsta a manutenção, a alegação do domínio. O autor é mantido ou reintegrado, mesmo quando dos autos emergja plausível o domínio do réu. (...) A medida preventiva, quando antecedente, deve seguir-se impreterivelmente a propositura da ação principal, pena de ineficácia. Ora, o vencedor, na ação possessória, não está obrigado a vir, depois, provocar a discussão sobre o domínio. É o espoliador, se quiser, que assumirá a posição de ataque, depois que purgar-se do esbulho. Qualquer cousa de semelhante ao *solve et repete* do direito fiscal.⁵³⁵

Que as liminares nas ações possessórias tratam-se de medidas interinais, apartando-se de qualquer caráter cautelar, era o posicionamento de Alexandre Delfino de Amorim Lima, que criticou a opção do CPC português (também de 1939, cujo anteprojeto ficou a cargo de Alberto dos Reis, doutrinador de destaque naquele

ser objeto exclusivo da lei processual: “Mais que nenhum outro, entretanto, o instituto da posse tem uma grande zona obscura, onde não se divisa com segurança qual o estatuto que a deve regular, se a lei substantiva, se a adjetiva. É óbvio o motivo dessa imprecisão de contornos. Outra coisa não é a instituição possessória senão sistema de proteção a situações de fato, e, no amparo delas, se esgota toda a finalidade da lei. Colhe-se daí que a estratégia de semelhante defesa incumbe ao legislador processual, pois que o processo é a dinâmica do direito; e não ao do Código Civil, repositório do direito estático” (*Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 247).

⁵³⁴ *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares. p. 113. Ressalvou, adiante, que as “providencias liminares nesses processos” seriam medidas preventivas (p. 115), destacando, ainda, que esse elemento é que outorgaria às ações possessórias a especialidade com que tratada pelo CPC de 1939 (p. 116). Também João Baptista Monteiro anota: “Aquela parte da doutrina, encabeçada por Carnelutti, que tende a atribuir às ações possessórias o caráter de cautelar, as considera como medidas preparatórias da ação petitoria. Parte ela da noção clássica da posse, que a vê como a “guarda avançada da propriedade” – uma situação transitória enquanto não resolvida definitivamente a questão sobre o domínio” (*Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 98).

⁵³⁵ *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares. p. 114-5.

País⁵³⁶), de isolar a restituição provisória da posse como mero procedimento especial preventivo e preparatório da ação possessória.⁵³⁷

Foi esse o posicionamento, de que a liminar na ação possessória possui natureza antecipatória, que prevaleceu na doutrina, como bem sintetiza Joel Dias Figueira Júnior:

Assim sendo, podemos afirmar com tranquilidade que a natureza jurídica dessa providência concedida liminarmente é antecipatória satisfativa da prestação jurisdicional, e não cautelar, ou, ainda melhor, liminar provisional antecipatória de eficácia satisfativa.⁵³⁸

Interessante ressaltar que o legislador, apegado ao dogma de que o procedimento comum não poderiam contar com a possibilidade de liminares (presente

⁵³⁶ “É fácil de perceber que Alberto dos Reis continua a ser uma figura tutelar do Processo Civil português e não é por acaso que os seis volumes do “Código de Processo Civil Anotado” continuam a figurar nas bibliotecas dos juízes e advogados, graças às reimpressões surgidas nos anos oitenta do passado século. Não deixa também de espantar que continuem a ser citadas em peças de advogados e em decisões judiciais as posições do Mestre de Coimbra expostas nas suas concisas respostas às “consultas” exaradas na “Revista de Legislação e Jurisprudência” (MENDES, Armindo Ribeiro. As sucessivas reformas do processo civil português. *Julgat*, Lisboa, n.16, jan/abr - 2012, p. 80). Adiante opinou sobre o diploma processual citado: “O Código de Processo Civil de 1939 é um Código extremamente evoluído para a época e que tomou em consideração não só os grandes diplomas latinos do século XIX, o Código de Processo Civil napoleónico, o Código italiano de 1865, a “*Ley de Enjuiciamiento Civil*” espanhola de 1880, mas também os códigos germânicos, alemão e austríaco, do final do século XIX” (idem, ibidem).

⁵³⁷ *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 250. Adiante acrescentou: “Não é útil destacar a medida liminar como processo autónomo, disciplinado em apartado, porque, em primeiro lugar, se trata de procedimento particularíssimo, privativo dos litígios possessórios, pouco ou nada tendo de comum com outros processos preventivos; em seguida, porque a medida está tão intimamente ligada à instância da causa que não há separa-la sem romper a unidade da demanda. Atenda-se a que, no curso da demanda, podem surgir circunstâncias que exercerão influência direta sobre a medida (v. art. 372). Sobre não trazer nenhuma vantagem de ordem prática a separação pretendida, contribuiria para dividir questões inseparáveis na apreciação da causa. Não merece, pois, censura alguma o método seguido pelo legislador brasileiro” (idem, p. 251). No mesmo sentido, também abordando o CPC de 1939, a doutrina de Pontes de Miranda: “A cognição é incompleta, superficial; portanto, tem de ser cognição “desde logo”, para o efeito da concessão, aí anterior à contestação. As duas fases, a do processo executivo condenatório superficial e a do processo condenatório definitivo, ressaltam a olhos vistos (sentenças dos arts. 373 e 376). Adiantou-se a prestação jurisdicional; depois, confirma-se, ou não. A ação é sempre executiva lato sensu e, em parte, condenatória” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. t. VI. p. 61).

⁵³⁸ *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 196. Também para José Joaquim Calmon de Passos, a liminar que “se defere numa ação de reintegração de posse é substancial, porque o antecipado é a tutela que se pede seja deferida a final no procedimento possessório” (*Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 8). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 96; CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 269. A ideia de cautelaridade na liminar possessória foi afastada, com forte argumento de cunho pragmático, também por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Vejam o caso da liminar possessória. Acautela-se? Absolutamente não, embora alguém já tenha escrito no Brasil de hoje, contra a experiência milenar, que as liminares possessórias são cautelares. Mas eu nunca vi advogado algum prometer e nem o juiz exigir a prova de periculum in mora para a concessão da medida liminar nos interditos possessórios. E, não obstante, juristas respeitáveis dizem que as liminares possessórias são cautelares” (Teoria da ação cautelar. In _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 67).

até a redação originária do CPC de 1973),⁵³⁹ previu que as possessórias de “força nova” sujeitar-se-iam a procedimento especial, cujo traço distintivo único era justamente a possibilidade de concessão de liminar.⁵⁴⁰

Como ressalta Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Qualquer que seja o sentido que quisermos dar ao conceito de demanda interdital, a verdade é que para o nosso Código a interditalidade das ações possessórias resume-se ao episódio procedimental através do qual o magistrado haverá de apreciar o pedido de sentença liminar eventualmente formulado pelo autor.⁵⁴¹

No CPC de 2015, malgrado já bem estabelecida em nosso sistema processual, desde a reforma de 1994, a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional de modo generalizado, foram as ações possessórias mantidas como procedimento especial,⁵⁴² o que parece justificável em razão de outras peculiaridades, ainda que não de rito, de tais demandas, como a fungibilidade (art. 554, *caput*), seu caráter dúplice (art. 556) e, ainda, a limitação parcial das defesas do réu, na medida em que vedada exceção de domínio (art. 557, parágrafo único).

⁵³⁹ “Parece-nos que a mais significativa novidade – ao menos no que diz respeito ao tema do nosso estudo – tenha sido aquela que introduziu modificações substanciais no tradicional sistema procedimental da ordinariedade, ao romper com o ultrapassado regime romano-canônico enraizado no direito luso-brasileiro, o qual até então impedia juízes de decidirem provisoriamente com base em mera verossimilhança” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 199).

⁵⁴⁰ “A especialidade do procedimento possessório reside precisamente em encaixar, no procedimento ordinário, antes da contestação, essa fase preliminar destinada à restauração urgente da situação de fato perturbada. A primeira fase é regida pelos arts. 926 a 929; na segunda, não se verifica qualquer ato processual destoante do rito ordinário” (MONTEIRO, João Baptista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 101). No mesmo sentido a percepção de Cláudia Aparecida Cimardi: “A especialidade do procedimento possessório, como visto anteriormente, está na possibilidade de concessão de liminar, *inaudita altera parte*, ou após a audiência de justificação prévia. É, portanto, a oportunidade procedimental do deferimento liminar o discrimen do rito especial ao rito comum” (*Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262).

⁵⁴¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 13. p. 235. Oportuna a ressalva de Ernane Fidélis dos Santos: “A especialidade do procedimento das ações possessórias está exatamente na possibilidade de se conceder liminarmente a manutenção ou reintegração, após o que segue a ação no procedimento ordinário. E, mesmo que não seja possível ou se dispense a liminar, o caráter possessório da ação ainda persiste” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. VI. p. 136).

⁵⁴² Embora o tema tenha sido objeto de discussão, como refere Arlete Inês Aurelli: “As possessórias são instrumentos essenciais para defesa da posse (e não a propriedade) de bens móveis, imóveis e semoventes. Sua regulação como procedimento especial é de suma importância, pela especificidade do tipo de direito que protegem, tanto que, embora o procedimento tenha sido inicialmente suprimido no anteprojeto do novo CPC, a versão do Senado voltou a dar tratamento expresso a esse procedimento. E o fez acertadamente” (*Comentários ao artigo 554*. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.v. 3. p. 43).

3.4.7. A ação decendiária

Paralelamente aos institutos criados (ou cogitados) como instrumentos voltados à obtenção de tutela jurisdicional urgente, inclusive de índole preventiva se o caso, outra figura, igualmente calcada em cognição sumária, surgiu como alternativa ao rito procedimental comum.

Trata-se da ação decendiária, também denominada *ação de assignação* (ou, no vernáculo contemporâneo, *assignação*) *de dez dias*.

Para Antonio de Almeida Oliveira, autor da mais conhecida (senão única) monografia brasileira a respeito do tema (cuja primeira edição é de 1878):

Alheia, pois, ao direito romano, a *assignação de dez dias* é processo peculiar ao foro português e Império do Brasil, que habituando-se a elle enquanto colônia, conservou-o como próprio no acto de proclamar a sua independência.⁵⁴³

Apontam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo que a ação de assignação de dez dias foi introduzida no direito português por meio das Ordenações Manuelinas, de 1.521, representando “antecedente remoto da moderna ação monitória”,⁵⁴⁴ sendo posteriormente recepcionas pelas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1.603,⁵⁴⁵ com o quê “passou para o direito brasileiro”, para neste

⁵⁴³ *Ação de assignação de dez dias*. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915. p. 16.

⁵⁴⁴ *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94. No mesmo sentido: “No Direito luso-brasileiro, esse instituto foi agasalhado pelas Ordenações Manuelinas por intermédio da ação decendiária, também chamada de ação de assignação de dez dias. Das Manuelinas passou para as Filipinas e, em seguida, para o Regulamento 737. E alguns códigos estaduais, no Brasil, à época do dualismo processual, consagraram o procedimento monitório, como, por exemplo, os Códigos Estaduais de São Paulo e da Bahia. No entanto, o Código de Processo Civil unitário, de 1939, não agasalhou o instituto e, também, não o fez o Código de 1973, vindo o procedimento monitório a ser reinstaurado no Brasil, somente em julho do ano passado” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação monitória. *Revista CJE*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. 1, n. 1: 37-41, jan./abr. 1997. p. 38).

⁵⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 300. Os mesmos autores cogitam, contudo, que o instituto tenha raízes em figuras semelhantes e mais antigas: “Ocorre que, ao lado destes, ainda na esfera do direito romano-canônico, foram instituídos outros procedimentos, dentre os quais, o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa* ou, simplesmente, *praeceptum cum clausula*. Teriam eles surgido como técnica de juízo acelerado de cognição, para propiciar a instauração subsequente do processo de execução. Constatamos, no entanto, que, nesse tipo de procedimento, os limites da cognição judicial emergem reduzidos: o credor que não portava um título executivo, solicitava ao juiz a emissão do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. Se entendesse que concorriam os pressupostos, o juiz deferia, *in limine litis*, uma ordem dirigida ao devedor para que pagasse ao credor. (...) A cognição era, pois, sumária, uma vez que, no momento de emitir o *mandatum*, o juiz ignorava as possíveis e eventuais defesas do devedor, e só conhecia de modo absolutamente superficial os fatos e fundamentos constitutivos da ação (pelo que se dá também ao mandado a denominação de *praeceptum executivum sine causae cognitione*)” (p. 298). Sobre o processo baseado no *mandatum de*

fixar-se, “tendo sido larga e utilmente aplicado”.⁵⁴⁶

Corrobora sua aceitação o fato de que passou a ser imediatamente prevista pela legislação processual pátria que veio a lume, tanto no Regulamento 737 de 1850 (art. 246), e também na Consolidação Ribas, sendo certo que, no período republicano, “os Códigos de São Paulo (arts. 767 a 771) e da Bahia (arts. 340 a 354) cuidaram de discipliná-la de modo minudente”.⁵⁴⁷

A partir de 1939, a ação decendiária deixou de ser contemplada no direito brasileiro,⁵⁴⁸ o caso que perdurou por mais de meio século, até seu ressurgimento, em sua modernizada versão, por meio da ação monitória prevista pela Lei 9.079/95.⁵⁴⁹

A opção do legislador de 1939, que previu a ação cominatória (restrita, todavia, às obrigações de fazer ou não-fazer), mas não qualquer procedimento monitório que pudesse ter por objeto obrigação pecuniária foi objeto de crítica formulada por Luiz Machado Guimarães:

Ao lado do procedimento ordinário, deveria o legislador ter estabelecido um procedimento monitório documental, em substituição às ações decendiárias ou quindenciárias, cuja utilidade jamais foi desmentida durante o longo período em que as admitiu a nossa legislação processual. Outra necessidade que ainda se faz sentir, é a criação de um processo monitório puro, a ser concedido aos comerciantes para a cobrança de dívidas até um determinado

solvendo e seu surgimento no século XIV, a partir da Itália, consultar: MOREIRA, Fernando Mil Homens. Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinatura de dez dias nas ordenações manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. p. 571-587.

⁵⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. I, p. 168. À guisa de curiosidade, consta que Antônio Conselheiro (Antônio Vicente Mendes Maciel), líder religioso e personagem principal de conhecida passagem da história brasileira (Guerra de Canudos, em 1896 - 1897), foi réu em ação de assinatura de dez dias, mas deixou de apresentar defesa, por não dispor de argumentos para tanto, sendo elogiosa sua postura em não usar “do expediente commum na rabulice, desviando a marcha normal da acção, chicanando o caso, aliás com abuso das formalidades da justiça, único elemento que poderia elle encontrar na salvação de seus bens”, muito embora fosse “conhecedor até das tricas forenses, pela vida que havia experimentado como solicitador de causas” (SOUZA, Eusébio de. Antônio Conselheiro em Juízo. *Revista Trimestral do Instituto do Ceará*, Fortaleza, tomo XXVI, 1912, p. 297).

⁵⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 301.

⁵⁴⁸ Idem. p. 192.

⁵⁴⁹ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 230; MOREIRA, Fernando Mil Homens. Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinatura de dez dias nas Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104 p. 571 – 587, jan./dez. 2009. p. 575. Importante a ressalva de Eduardo Talamini: “Na exposição de motivos do projeto de lei que instaurou a “ação monitória” em nosso ordenamento, há menção às suas raízes no direito luso-brasileiro, em evidente referência à assinatura de dez dias. Não houve, porém, direta influência da disciplina da ação decendiária sobre a da “ação monitória”. A inspiração principal foi-se buscar no moderno direito italiano. Optou-se por uma versão “simplificada” (pelo menos no que tange à quantidade de dispositivos) e adaptada às peculiaridades do processo brasileiro do *procedimento d’ingiunzione* italiano” (*Tutela monitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61).

valor, provenientes de vendas a varejo e especialmente de fornecimentos a domicílios de gêneros e mercadorias semelhantes. Para créditos dessa natureza, habitualmente desprovidos de prova documental, deveria a lei estabelecer uma tutela processual mais pronta e segura.⁵⁵⁰

Não se pode confundir essa ação com a de execução, pois diversos são os títulos que franqueavam acesso a esta ou aquela via processual,⁵⁵¹ sendo ela considerada “uma ação de rito sumário, tendente a alcançar, de forma mais rápida, a futura execução, conforme assim determinasse o juiz, após prolação da sentença, e se, até então, a dívida ainda não fora satisfeita pelo réu.”⁵⁵²

Vale registrar que a previsão no “Código do Processo Civil e Commercial de São Paulo” (Lei n. 2.421, 14 de janeiro de 1930) deixava claro não se confundir, a ação decendiária, com a execução de título extrajudicial, sendo aquela prevista no capítulo XVIII, e esta no XIX (arts. 772 a 777), ambos do Livro V, destinado aos “processos especiais”.

Também é significativa da distinção entre tal ação e a de execução o fato de que a liquidez e a certeza da obrigação, embora exigíveis, não deveria ser necessariamente exposta, de modo exaustivo, por ocasião de sua propositura, admitindo João Monteiro que tais elementos pudessem ser determinados “por outros títulos, ou pela confissão do devedor, ou por outro modo de direito capaz de produzir aquella qualidade”.⁵⁵³

No mesmo sentido, anota Manoel de Almeida e Sousa, que tal ação pressuponha a liquidez “do instrumento”, a não ser “que a liquidação se mostre logo, e juntamente ou com a união de outro instrumento publico, ou que tenha força de escriptura publica, ou por confissão do r., ou pela presunção do direito, etc.”.⁵⁵⁴

Do contrário, caberia uma liquidação, “preparatória da causa que se ha de seguir, se intenta no juízo em que se ha de propor a causa de assignação dos dez

⁵⁵⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. v. IV. p. 165.

⁵⁵¹ Ressalta Fernando Mil Homens Moreira que a ação decendiária “deveria estar aparelhada em documentos sem eficácia de título executivo (escrituras, a principio públicas ou documento feito e assinado pelo réu), que “*por si mesmo fazem prova legal da obrigação*”, que deveria ser pecuniária ou de entrega de coisa, “conforme é até mesmo expresso nas Ordenações Manuelinas em 3.16, proêmio” (Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinatura de dez dias nas Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104 p. 571 – 587, jan./dez. 2009. p. 574).

⁵⁵² AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*. Osasco: FIEO/São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 79.

⁵⁵³ *Direito das Acções*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905. p. 141.

⁵⁵⁴ *Tratado pratico compendiario de todas as acções summarias*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1886. t. I, p. 102.

dias”, mas também em procedimento estruturalmente abreviado, por artigos, “sem replica nem treplica”, mas também com cognição limitada no aspecto horizontal, não se admitindo “excepções alheias da liquidação, e que só respeitam à causa principal”.⁵⁵⁵

Alguns dos documentos que serviam para lastrear tal ação são expostos por Luiz Carlos de Azevedo:

O Regulamento nº 737 previa a ação de assinação de dez dias, (artigos 246 e sgs) para aqueles que possuíssem escrituras públicas ou instrumentos que se lhes equiparassem, instrumentos de contratos comerciais, letras de câmbio ou similares, notas promissórias ou escritos de transações comerciais, conhecimentos de frete, apólices ou letras de seguro, faturas e contas de gêneros vendidos em grosso; e previa, também, nas ações executivas, (artigos 308 e sgs.) competentes para recebimento de fretes de navios ou de fretes e alugueis de transporte por água ou terra; ou, ainda, para as despesas decorrentes das comissões de corretagem.⁵⁵⁶

As vantagens de tal ação, decorrentes de seu rito mais expedito, evidenciam a razão pela qual foi considerada, nos anos 1870, como “talvez a ação mais frequente no foro”,⁵⁵⁷ defendendo Almeida Oliveira sua utilização também para obrigações de fazer e não fazer, já que tais obrigações, em regra, contém “interesses apreciáveis em dinheiro”.⁵⁵⁸

O procedimento da ação decendiária iniciava-se, claro, com a citação do devedor “*sine aliquo libello*, como diz Castro, e sob pena de imediata condenação, para dentro de um decêndio satisfazer o empenho contraído pelo escrito ajuizado, ou alegar e provar pagamento ou qualquer outro fato que a releve de pagar”.⁵⁵⁹

O possível desenrolar da relação processual, a partir da postura do réu, foram bem expostos por Luis Eulálio de Bueno Vidigal:

Decorrido o prazo de dez dias assinado ao réu para pagar ou alegar e provar, por via de embargos, a defesa que tivesse, iam os autos conclusos ao juiz que: 1) se não tivesse havido embargos ou se fossem irrelevantes, proferia sentença definitiva; 2) se fossem relevantes e cumpridamente provados, recebe-los-ia para discussão; 3) se fossem relevantes mas não cumpridamente provados, recebe-los-ia mas, não obstante, condenaria o réu. Recebidos os embargos com condenação, extraia-se carta de sentença e dava-se vista ao autor para contestá-los, prosseguindo a causa. Processavam-se, então, paralelamente, a execução e a ação para a apreciação dos embargos. Nesta, o réu fazia as vezes do autor: se

⁵⁵⁵ Idem, p. 103.

⁵⁵⁶ Idem, p. 93.

⁵⁵⁷ *Ação de assinação de dez dias*. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915. p. VII.

⁵⁵⁸ Idem, p. 36.

⁵⁵⁹ OLIVEIRA, Antonio de Almeida. *Ação de assinação de dez dias*. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915. p. 16.

negligenciasse o andamento da causa, por sua conta corriam os riscos de deserção e absolvição da instância. Embora transitasse em julgado, a sentença condenatória inicial poderia ser invalidada pela que afinal fosse proferida nos embargos. O que havia, pois, era nitidamente uma atenuação do princípio da imutabilidade do julgado, decorrente da estrutura rudimentar do processo em que fora proferido.⁵⁶⁰

Aí a principal característica, que a fazia um procedimento diferenciado: a possibilidade de antecipação, em relação à sacramental formação de coisa julgada, da eficácia executiva da decisão que aceitou o processamento da demanda, fazendo-o, à evidência, com base em cognição superficial.

A neutralização, por assim dizer, de tal eficácia apenas operar-se-ia se o réu, além de apresentar defesa (embargos), trouxesse alguma espécie de evidência que permitisse ao julgador conceder “*contratutela*” que suspendesse a ordem inicial de pagamento.

Interessante mencionar, por fim, que o artigo 245 do Regulamento 737/1850 estabelecia que o processo de *assignação de dez dias* era extensivo a qualquer ação, se as partes assim convierem expressamente, de certa maneira antecipando um dos temas de destaque do atual sistema processual brasileiro, quais sejam os negócios processuais (art. 190, CPC/2015), assunto, contudo, estranho à presente pesquisa.

3.4.8. A ação monitória

Antigo clamor da doutrina brasileira,⁵⁶¹ ação monitória foi introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1995 (pela Lei 9.079), e é aqui abordada em razão de suas características, que propiciam, em última análise, o acesso à tutela jurisdicional executiva a partir de cognição sumarizada, dispensando, em alguns casos, a definição da lide por meio de sentença, predominando, consoante célebre lição de Piero Calamandrei, a função de preparação do título executivo sobre a função declaratória

⁵⁶⁰ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: [s.n.], 1953. p. 174/175.

⁵⁶¹ “Providência fundamental, ainda, é a adoção, entre nós, de formas procedimentais que ensejem uma breve constituição do título executivo. O direito europeu e o de alguns países sul-americanos conhece o procedimento monitório ou de injunção” (CALMON DE PASSOS, J. J. A crise do processo de execução. ARAKEN DE ASSIS; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (orgs.). *O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 192).

do direito com base em certeza.⁵⁶²

A natureza jurídica do procedimento monitorio já rendeu debates na doutrina.

Corrente minoritária aponta ter ele eficácia preponderantemente executiva, tal como o faz Ernane Fidélis dos Santos,⁵⁶³ com declarado apoio em Chiovenda.⁵⁶⁴

Outra posição possível é a que encara a ação monitoria como um processo “intermediário” entre o de conhecimento e o de execução, sendo certo que a origem desse entendimento remonta à doutrina de Francesco Carnelutti,⁵⁶⁵ seguida por Cândido Rangel Dinamarco.⁵⁶⁶

O entendimento majoritário é o de que se trata de ação de conhecimento, de rito especial e baseado em cognição sumária sob o aspecto horizontal, por meio do qual se alcança o “título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional”.⁵⁶⁷

⁵⁶² *El procedimiento monitorio*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El foro, [s.d.]. p. 24. Entende José Rogério Cruz e Tucci que “a estrutura do *procedimento monitorio* adequa-se perfeitamente à concepção moderna de que o direito à prestação jurisdicional célere e eficaz é corolário do mandamento constitucional que assegura o devido processo legal” (*Ação Monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 56).

⁵⁶³ *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 48.

⁵⁶⁴ A rigor o processualista italiano aludia a eficácia executiva mas como *consequência* do reconhecimento do direito, que era limitado a objeto definido, qual seja a existência e a extensão de um crédito: “Na segunda hipótese [não oposição do devedor], a ordem se torna definitiva e não somente possibilita a execução, mas também determina, como uma sentença, a declaração do direito: *transit in rem iudicatum*, dizia a doutrina. Dotado, porém, de função executiva, não pode esse processo empregar-se para declaração dos direitos, nem para direitos dependentes de condição ou termo” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 257).

⁵⁶⁵ *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 132.

⁵⁶⁶ “O monitorio não é mero procedimento dentre os muitos de que se pode revestir o processo de conhecimento (comum ou especiais). Ele não tem a natureza de processo de conhecimento, porque não produz o resultado característico deste, que é o julgamento de mérito: contém uma fase inicial, dita monitoria, e uma final, de natureza executiva. [...] Por isso é que, não tendo o processo de conhecimento o julgamento do mérito, que é essencial a este, e incluindo a produção de título executivo, que não é função própria ao processo executivo, o monitorio é uma modalidade autônoma de processo: ele é inteiramente diferente do processo de conhecimento e é mais que o executivo” (*Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III. p. 818 e 819).

⁵⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 227. Também entendem que a ação monitoria deve ser encarada como procedimento especial de conhecimento: ROQUE, André Vasconcelos. Comentário ao artigo 700. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 1188; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3. p. 237; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 540; SALVADOR, Antonio Raphael Silva. *Do procedimento monitorio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 3; TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 193; FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 14. p. 350.

Realmente, “a cognição é drasticamente reduzida em comparação ao processo de conhecimento ordinário”,⁵⁶⁸ mas é inegável que *cognição há* – ainda que superficial, apenas para verificar a adequação da prova documental juntada em concreto pelo autor com o modelo legal e abstrato previsto pelo artigo 700 do CPC – não havendo, na minha ótica, razão para recusar a inserção de tal procedimento nos lindes do processo de conhecimento.

Bem observou Piero Calamandrei que se trata um procedimento especial de cognição diferenciada que se distingue dos demais por duas características essenciais: a *finalidade*, qual seja “dar vida, com mayor celeridad de la que pueda conseguirse en el procedimiento ordinario, a un título ejecutivo”, e ao meio de alcançar tal objetivo, “que es el de invertir, haciéndola pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictório”.⁵⁶⁹

A cognição sumária é exercida *initio litis*, por meio da decisão que, reputando presentes o requisito da “prova escrita sem eficácia de título executivo” (art. 700, *caput*, CPC), considere “evidente o direito do autor” (art. 701, *caput*, CPC) ao pagamento de quantia em dinheiro ou ao adimplemento de obrigação de dar coisa, fazer ou de não fazer (art. 700, I, II e III, CPC).

Cumprе ressaltar que esse é o modelo brasileiro vigente, fundado na apresentação de prova documental pré-constituída, mas é teoricamente aceitável a monitoria fundada em exigências menos rígidas, com base na alegação do interessado e cognição igualmente sumária.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ VASCONCELOS, Ronaldo. Comentários a o artigo 700. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1608.

⁵⁶⁹ *El procedimiento monitorio*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El foro, [s.d.]. p. 24.. p. 25-26. Para Cândido Rangel Dinamarco: “No processo monitorio tem-se uma cognição sumaria, não sendo objeto do conhecimento do juiz a existência ou inexistência do direito do autor, senão nos embargos que eventualmente sejam opostos: nessa espécie peculiar de processo, o *contraditório é eventual e sempre diferido*, ou seja, só será instaurado depois de expedido o mandado de pagamento ou entrega e se o demandado tomar a iniciativa de opor os embargos” (*A Reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 230).

⁵⁷⁰ “Segundo o procedimento monitorio puro, por intermédio de me pedido unilateral do credor, o juiz, inaudita altera parte, autoriza, independentemente de maiores provas, a expedição de ordem de pagamento contra o réu, cientificando-o de que poderá oferecer embargos ou impugnação dentro de um prazo determinado. Por outras palavras, na ordem de pagamento, ou *mandatum de solvendo*, há de constar a *cláusula iustificativa* ou a *cláusula "nisi"*, porquanto expedida *sine cognitione*. Não oferecendo o devedor, dentro do prazo legal, a impugnação, o mandado adquire força executiva. Entretanto, desde que o devedor se oponha, mesmo sem fundamentar sua impugnação, o mandado perde aquela força, mesmo que temporariamente, resolvendo-se em citação (*in vim citationis*), instaurando-se, por consequência, o procedimento ordinário. Desaparece, portanto, o procedimento

Em qualquer caso, por meio da ação monitória consegue-se “que a pretensão inicial seja desde logo atendida, com o juiz determinando a expedição, diante de um pedido apoiado em prova escrita, de um mandado para que o réu cumpra sua obrigação”.⁵⁷¹

Por isso é correta a conclusão a que chegou Eduardo Talamini, segundo a qual “a instituição da tutela monitória deve ser compreendida como *plus*, reforço em relação ao sistema de tutela ordinária, a que deverá recorrer o jurisdicionado se lhe parecer conveniente –, e não como nova complicação procedimental”.⁵⁷²

Discute-se se há, na monitória não embargada, formação de coisa julgada nos casos em que o réu, citado, não paga e tampouco apresenta embargos, ensejando a constituição, “de pleno direito”, do título executivo judicial (art. 701, § 2º, CPC).

Defende que há a formação de coisa julgada, Gerson Fischmann:

Não é relevante o grau de profundidade com que o juiz examinou a existência e exigibilidade do crédito. A técnica monitória consistente exatamente em dar valor à conduta do réu como elemento integrativo da cognição superficial e não contraditada que caracteriza o deferimento do mandado injuncional. A não oposição de embargo ou mesmo o cumprimento da obrigação completam a cognição que, por ficção, recebe a qualidade de cognição profunda e exauriente, fruto de um contraditório disponível, mas não exercida. Só assim se terá a efetividade buscada pelo procedimento monitório, sob pena de restar comprometido como instrumento de facilitação e agilização na criação de um título judicial.⁵⁷³

Embora sedutora a tese, não me parece que esteja ela correta. Nem mesmo no procedimento comum, fundado na cognição plena, a inércia do réu ostenta eficácia tão drástica, até porque, sabe-se, a ocorrência da revelia não leva à “automática”

injunção” (MUNIZ, Antônio Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 24).

⁵⁷¹ SALVADOR, Antonio Raphael Silva. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 1.

⁵⁷² *Tutela monitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 90-91. Para José Rogério Cruz e Tucci, “a técnica do procedimento monitório, inserido na tipologia da tutela jurisdicional diferenciada (sumária não cautelar), desde os seus antecedentes mais remotos, visa a neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença. É claro que não se suprime do jurisdicionado a via, lenta e dispendiosa, do procedimento comum: terá ele à sua disposição esse caminho, ou outro, mais rápido, para a obtenção do título executivo” (*Ação Monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21).

⁵⁷³ FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 14. p. 403. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 2058. A idêntica conclusão chegou, no direito italiano contemporâneo, Andrea Proto Pisani:

“Es necesario precisar que la expresión “declara ejecutivo el decreto” es interpretada en el sentido de que la providencia adquiere eficacia de cosa juzgada sustancial” (*Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra, 2018. p. 599).

procedência do pedido, mas apenas à presunção (ademais relativa) de veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Poder-se-ia supor que a especialidade do procedimento monitorio é que conduziria a essa solução, argumento que não se revela suficiente. É inquestionável que o rito diferenciado da ação monitoria está justamente nessa possibilidade de pronto acesso à tutela jurisdicional executiva, pela expedita formação do título executivo.

Mas, ainda assim, o fato é que, não havendo oposição, *nada* será julgado,⁵⁷⁴ sendo certo que aquela cognição superficial exercitada *initio litis*, ligada apenas à admissibilidade da ação monitoria, não é suficiente para atrair ao processo a coisa julgada.⁵⁷⁵

Como bem ponderado por Eduardo Talamini:

Afirmou-se antes que a atribuição da coisa julgada é uma “opção” do legislador. O legislador, entre, não é absolutamente livre nesta sua escolha política: segue parâmetros constitucionais. (...) E aqui se põe o óbice à constitucionalidade da atribuição de coisa julgada à decisão monitoria quando não há embargos. O deferimento do mandado, com ouvida unilateral e à base de documentos, importa necessariamente em juízo de cognição sumária (superficial) – diferentemente do que se dá na sentença proferida em revelia. A posterior concessão de oportunidade de embargos, por si e em si, não torna exauriente a cognição *já desenvolvida*.⁵⁷⁶

É claro que a inércia do réu, até para dar sustentação à formação do título executivo, gera preclusão, fenômeno sabidamente endoprocessual,⁵⁷⁷ mas não coisa

⁵⁷⁴ Eloquente a lição de Leo Rosenberg: “El procedimiento monitorio tiende a procurar al acreedor un titulo firme y ejecutable mediante exclusión de la oposición, *sin debate ni resolución sobre ele fondo*, para pretensiones previsiblemente indiscutidas” (*Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955. t. II. p. 528. destaquei).

⁵⁷⁵ “O provimento judicial que defere a inicial não tem nenhum efeito declaratório de direito nem de qualquer condenação. Não é sentença nem decisão interlocutória, porque, na verdade, nada decide. Certo é que o juiz, fazendo exame dos fatos, expede o provimento adequado, parecendo relevar decisão jurisdicional, mas este não é o sentido do processo de conhecimento. Em qualquer despacho ordinatório, há sempre teor decisório, mas nunca no sentido de solucionar questões entre as partes e sim de reconhecer-lhes prerrogativas processuais, garantidas pela lei. Do contrário ter-se-ia de admitir, com maior razão, que o deferimento da execução seria também sentença ou interlocutória e não apenas provimento que reconhece o direito ao processo executivo” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 42). Embora pareça-me correta a conclusão enunciada ao início, contradiz-se o ilustre professor mineiro ao dizer que a decisão liminar, embora tenha “teor decisório”, é mero despacho. Para além de tal aspecto, adiante aponta, de modo coerente, que o despacho inaugural da monitoria, por não conter declaração de direito e obrigação, “não tem força de suplantare os preceitos informativos da coisa julgada” (*idem*, p. 46).

⁵⁷⁶ *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97-98.

⁵⁷⁷ “Forçoso reconhecer, pois, que a não-oposição à decisão liminar que encerra a primeira fase do procedimento monitorio produziria apenas e tão-somente uma preclusão endoprocessual, impossibilitando que o réu deduza qualquer argumentação no âmbito daquele aludido procedimento” (TUCCI, José Rogério Cruz. *Ação Monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 45).

julgada material, com sua típica eficácia expansiva.

O argumento inserido ao final do excerto transcrito na página anterior é o que mais impressiona, no sentido de que a falta de coisa julgada prejudicaria o potencial (e, via reflexa, o uso), da ação monitória. Embora aparentemente verdadeiro, não é ele suficiente à desconsideração da sistemática que envolve as figuras jurídicas em questão.

Figura a monitória – ainda que com a peculiaridade de não ensejar a formação de coisa julgada e propiciar, por isso, o manejo eventual de ação de conhecimento pelo devedor, buscando a declaração de inexistência do débito⁵⁷⁸ – como mera opção do credor, a quem tocará avaliar os *prós e contras*, a demonstrar, mais uma vez, que de ordinário não existe uma única via para o exercício do direito à tutela jurisdicional.

579

Vale referir que na doutrina italiana “clássica” parece prevalecer o entendimento de que a ação monitória rende ensejo à formação de coisa julgada, embora não sejam categóricas nesse sentido os posicionamentos de Giuseppe Chiovenda, que alude a uma declaração de direito “meramente consequencial”,⁵⁸⁰ Salvatore Satta, para quem na inércia do devedor “praticamente o decreto passará em julgado”,⁵⁸¹ e Enrico Redenti, ao apontar que na prática transporta-se para a

⁵⁷⁸ “Diante disso, não se impede que, em ação de conhecimento futura, se venha a discutir sobre a inexistência da obrigação que deu ensejo à monitória. O debate a respeito, no entanto, não poderá ser realizado em impugnação à execução de sentença (que só permite debate sobre as matérias indicadas no art. 525, § 1º, do CPC/2015), mas em ação de conhecimento autônoma” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1014).

⁵⁷⁹ A via da ação monitória tem larga utilização, por exemplo, na Espanha: “Hoy en día, el proceso monitorio en España es el tipo de juicio civil más utilizado ante los tribunales, como lo acreditan las estadísticas: durante el año 2007 se presentaron 420.599 procesos monitorios, un 14,8% más que el año anterior, representando el 47,2% de la litigiosidad civil (y este porcentaje se supera, por ejemplo, en Madrid, con el 48,8 % o en Cataluña, con el 48%). Y las cifras siguen aumentando, pues en el año 2009 se doblaron los procesos monitorios resentados respecto al año 2007, llegando a la cifra de 821.314 litigios. Y al margen de ser el más empleado, es el que presenta una mayor eficacia ya que del total de procesos monitorios iniciados más del 50% concluyen bien con el pago (13,8%) o bien con la ejecución del título base de la petición monitoria (36,6%)” (PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio: una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 189, nov-2010, p. 130).

⁵⁸⁰ “A coisa julgada. No momento em que se ordena, a injunção não contém a afirmação da existência do direito à prestação, mas, uma vez definitiva, adquire também o caráter de uma afirmação de direito, se bem que esse caráter seja meramente consequencial” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 263).

⁵⁸¹ “Se a oposição se fizer além do prazo ou o oponente não for integrado no feito, o pretor ou o presidente declarará executivo o decreto (art. 647), ressalvada no primeiro caso a renovação da notificação se parecer provável que o intimado não haja tido ciência do decreto, o que porém o oponente deverá após provar. Nessas hipóteses a ordem de executividade precluir qualquer outra

monitória, “bem ou mal”, a coisa julgada típica das sentenças em geral.⁵⁸²

Mais eloquente, a favor da formação de coisa julgada, a opinião de Marco Tulio Zanzucchi.⁵⁸³

Mesmo a doutrina italiana mais recente parece apontar no sentido de que a falta de oposição de embargos ao mandado monitório conduz à declaração de executividade do decreto injuntivo, o que é interpretado por Proto Pisani como ato ensejador de coisa julgada sobre a existência e a exigibilidade do crédito.⁵⁸⁴

Esse aparente titubeio da doutrina italiana parece refletir a tensão existente entre o apego a uma suposta *necessidade* de haver *sempre* a coisa julgada – compatível com o estágio da evolução da ciência processual da metade do século passado e do prestígio quase sagrado a ela outorgado – e a dificuldade em aceitar a existência de um processo que, mesmo sem sentença, possa satisfazer o direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão.

Destaca-se, ainda, que a expressa previsão de cabimento de ação rescisória contra a decisão que autoriza a expedição do mandado monitório (art. 701, § 3º, CPC) não tem o condão de induzir conclusão no sentido de que há coisa julgada, residindo o interesse no manejo daquela ação no objetivo “de inibir a tutela executiva em favor do autor”,⁵⁸⁵ recordando-se que o mesmo diploma prevê a possibilidade de concessão

oposição nova ou a prossecução daquela proposta, valendo dizer que praticamente o decreto passará em julgado” (*Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 2. p. 694).

⁵⁸² “*In ogni caso per esprimere questo fenomeno della conseguita “definitività” (irrevocabilità), la pratica transporta ed applica (bene o male) anche al decreto la espressione desunta dal regime della sentenza (art. 324): “passagio in giudicato” (formale o processuale)” (Diritto Processuale Civile. 2. ed. Milão: A. Giuffré, 1957. v. III. p. 26). Adiante complementa: “Non solo dunque non potrà piú opporsi alla esecuzione forzata, ma non potrà neppure esercitare la condictio indebiti, quando abbia pagato od abbia subita l'esecuzione stessa” (idem, p. 27).*

⁵⁸³ “Il decreto di ingiunzione, poi, in quanto sia divenuto definitivo, perchè non piú soggetto ad opposizione da parte dell'intimato in base agli art. 641, 650, nè impugnabile per revocazione a sensi dell'art. 395 n. 5 (del che diremo) ha valore di titolo esecutivo non solo, mas di piú ha addirittura efficacia do cosa giudicata in relazione al diritto in esso consacrato” (*Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Milão: A. Giuffré, 1962. v. II. p. 356).

⁵⁸⁴ “Nel caso in cui, entro il termine stabilito dall'art. 641, non sia stata proposta opposizione, il giudice che ha pronunciato il decreto, “su istanza anche verbale del ricorrente”, lo dichiara esecutivo e altrettanto avviene nel caso in cui l'opposizione sia stata proposta, ma il debitore non si sia costituito. Bisogna precisare che l'espressione “dichiara esecutivo il decreto” è interpretata nel senso che il provvedimento acquista efficacia di cosa giudicata” (La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998, p. 33).

⁵⁸⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao artigo 701. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 1198. Em sentido contrário: “A previsão de cabimento da ação rescisória significa que o ordenamento jurídico optou por proibir a parte de vir a apresentar, por meio de demanda autônoma, questionamentos a respeito da decisão. É dizer, não poderá o réu ajuizar ação declaratória ou mesmo

de tutela provisória, em qualquer ação rescisória, especificamente para tal fim (art. 969).

Em arremate:

Estas brevíssimas considerações sobre os processos monitorios bastam-nos para concluir que o processo injuncional, como eles também se denominam, sustentam-se em dois princípios básicos: a) o princípio da sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), que autoriza a que o juiz emita o preceito liminar; e b) a outorga antecipada da eficácia própria da sentença final, circunstância esta que, por sua vez, provoca a inversão do contraditório, obrigando o réu a comparecer e defender-se, sob pena de a decisão liminar transitar em julgado, transformando-se em sentença condenatória.⁵⁸⁶

3.4.9. A ação cominatória

Nos dois tópicos anteriores há um “salto” cronológico entre a ação decendiária, abandonada a partir do CPC de 1939 e a introdução, em 1995, da ação monitoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse período, contudo, mais exatamente ao longo dos cerca de 44 anos de vigência de nosso primeiro CPC nacional (que perdurou de 1º de fevereiro de 1940 e 31 de dezembro de 1973), outra forma especial de processo estava disponível, com contornos semelhantes à ação monitoria, ainda que restrita às obrigações de fazer e de não-fazer,⁵⁸⁷ qual seja a ação cominatória, também originária das Ordenações do Reino de Portugal.⁵⁸⁸

Na sua origem, tal ação constituía-se em mera notificação, “era mais um procedimento preventivo, utilizado quando havia razão para se temer violência ou

ação anulatória com o objetivo de negar a existência ou mesmo rescindir ou alterar a relação jurídica obrigação descrita na petição inicial” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. XIII. p. 227. Para este autor, há estabilização do comando decisório contido na decisão que determina a expedição de mandado de pagamento, ainda que não haja cognição exauriente (*idem*, p. 226).

⁵⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do processo cautelar. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

⁵⁸⁷ Cabe a ressalva de que na vigência do CPC de 1973 a ação monitoria era restrita às obrigações de pagar quantia ou dar coisa (art. 1.102a), sendo que apenas com a entrada em vigor do diploma atual também as obrigações de fazer e de não-fazer passaram a ser passíveis de satisfação pela via da ação monitoria (art. 701, *caput*).

⁵⁸⁸ “Do exposto pode-se concluir que nas Ordenações Filipinas, liv. 3º, tít. 78, § 5º, que no passo reproduzem idênticas disposições das Ordenações Manoelinas e Afonsinas, vão entroncar-se duas ações, uma de natureza possessória, o *interditó proibitório possessório*, e outra de natureza pessoal, destinada a tutelar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, a ação de preceito cominatório, também chamada de embargos à primeira” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. I. p. 108).

prejuízo”,⁵⁸⁹ referindo Carvalho Santos ter sido comum “confundir-se a ação de preceito cominatório com o interdito proibitório”.⁵⁹⁰

Já seu perfil no CPC de 1939 passou a ser associado ao modelo de processo monitório, “porque se inicia por um preceito e, tendente à rápida formação do título executivo, por isso que, verificada a preclusão do prazo para a contestação, é afastada a possibilidade de contraditório”, proferindo desde logo, o juiz, “a sentença definitiva (CPC, art. 303, § 1º)”.⁵⁹¹

A aproximação da ação cominatória com a ação monitória decorre, principalmente, da circunstância de que ambas têm na expedição do mandado injuntivo inicial, que desde logo vincula ordem a ser cumprida pelo réu (ainda que no mesmo ato, *viabilizando-se constitucionalmente* essa forma de processo com a possibilidade de contraditório eventual.⁵⁹²

Outras características viabilizam a inserção da ação cominatória na categoria dos processos monitórios, como bem apontado por Luiz Machado Guimarães:

Do confronto entre a ação cominatória disciplinada pelo CPC e os diversos tipos de processo monitório das principais legislações estrangeiras, verifica-se que pertencem ambos a um só tipo de procedimento, cujos caracteres distintivos são os seguintes: a) inicia-se por um preceito *de solvendo*, e não por simples citação; b) destina-se à rápida formação do título executivo, obtido mediante a preclusão do prazo assinado ao réu para a contestação; c) opera a inversão da iniciativa do contraditório, que só se estabelecerá se o réu contestar o preceito; por isso, d) a ausência de contestação por parte do réu será havida como aquiescência à pretensão do autor, não sendo aplicáveis as disposições legais referentes à revelia.⁵⁹³

⁵⁸⁹ LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 89.

⁵⁹⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código de Processo Civil Brasileiro Interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. IV. p. 238.

⁵⁹¹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV. p. 154. O autor criticou “a restrição dessa forma de procedimento às prestações de fazer, com exclusão das prestações consistentes no pagamento de quantia certa em dinheiro ou de outras coisas fungíveis (idem, p. 155). Para Moacyr Amaral Santos, o “processo cominatório brasileiro”, no CPC de 1939, “é processo que se inicia por mandado, que é sinônimo de monitório e de preceito. Processo de preceito cominatório, o próprio nome o diz, processo de preceito, é processo monitório (...)” (*Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, t. I. p. 166).

⁵⁹² “É pela contestação, no processo cominatória, que se abre o contraditório, ou seja, com a contestação dá-se a inversão da iniciativa do contraditório. Oferecida a contestação, e assim suspensa a eficácia do preceito, segue-se processo normal de conhecimento, observado o curso ordinário (Código, art. 303, § 2º)” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II. p. 786).

⁵⁹³ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV. p. 164. Em sentido diverso, aponta Alexandre Delfino de Amorim Lima que o juiz, diante do silêncio do réu, proferiria sentença, baseada “na prova preconstituída trazida pelo autor e na presunção de verdade dos fatos não contestados” (*Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2. p. 106).

Ressalta Moacyr Amaral Santos um relevantíssimo ponto, ligado à justificativa para a existência da ação cominatória, mas que reforça esse entendimento:

O título executivo, representado por sentença condenatória, proferida após normal desenrolar do processo de conhecimento, em verdade exprime, pelo menos teoricamente, o máximo de segurança quanto à certeza nele declarada. Com efeito, em nenhum outro processo, por sua estrutura, se verificam tão amplas garantias à apuração dos fatos e ao exame escrupuloso e profundo das questões sujeitas à apreciação e deliberação do magistrado. A par dessas excelências, contudo, não se pode deixar de reconhecer dois defeitos nesse processo: pelo número e natureza dos atos que comporta, sua marcha não só é demorada como também bastante dispendiosa. Ademais, tem a experiência demonstrado que o processo de conhecimento ordinário se faz instrumento fácil de protelações, quando uma das partes, por lhe não assistir direito e se considerar previamente vencida, age com o propósito de facilitar o decurso do tempo sem solução do litígio, na tentativa de subtrair-se à execução.⁵⁹⁴

O objeto do processo cominatório do CPC de 1939 era sempre obrigação de fazer ou não-fazer, a partir das hipóteses elencadas no artigo 302 daquele diploma, que envolviam desde a pretensão do fiador, “para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança” (inciso I), do credor para “obter reforço ou substituição de garantia fideijussoria ou real” (inciso IV), ou ainda da Fazenda Pública, para obter “a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura” (inciso XI, ‘a’).

Havia, ainda, a hipótese geral, cujo acesso era franqueado “a quem, por lei, ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”.

Daí a sua nomenclatura, figurando a *cominação*, à luz das noções atuais da ciência processual, como verdadeira técnica processual efetivamente destinada a colaborar com a efetividade do processo, sendo certo que seu conceito foi explanado por Pontes de Miranda:

Cominação é declaração de vontade unilateral receptícia. Não a faz a parte; a parte comunica ao juiz a sua vontade de obtê-la (comunicação de vontade). A declaração cominatória é o conteúdo do deferimento do juiz. Parece-se com o daquele deferimento ao pedido de citação, interpelação ou intimação para constituir em mora. Apenas um é dirigido a consequências de direito material; outro, a consequências processuais.⁵⁹⁵

Principalmente se comparada ao modelo “tradicional” de processo de conhecimento, também a ação cominatória consubstanciava uma forma *simplificada*

⁵⁹⁴ *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, t. I. p. 140.

⁵⁹⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. V. p. 10.

de processo, baseado em esquema que parte da ideia da formulação de pedido, seguido de cognição sumária, expedição de preceito e contraditório invertido.⁵⁹⁶

Tinha-se, tal qual hoje verifica-se em relação à ação monitória, uma *alternativa* ao procedimento ordinário.

Ainda que descendente de outra estirpe de *modelo* processual, a ação cominatória, tal qual a monitória no regime atual, aproximava-se da noção de tutela antecipada tal como originalmente inserida na primeira etapa da reforma do CPC de 1973 (em 1994), posto que baseada em cognição sumária, a partir de elementos trazidos pelo autor⁵⁹⁷ e com a possibilidade de imediata veiculação de ordem a ser observada pelo réu.⁵⁹⁸

Não se pode ignorar que a ideia de preceito trazia em si, como consequência, a possibilidade (= necessidade) de se cominar pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem,⁵⁹⁹ instrumento intimamente ligado à forma de efetivação coercitiva das obrigações de fazer e de não fazer.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ “O que estava disponível ao réu, cabendo-lhe direito de opção, era a instauração do contraditório. Não era o autor quem, nas ações cominatórias, intimando o réu, sugeria o contraditório. Este só era instaurado pela livre vontade do réu, ao contestar o pedido. Assim, como se viu, duas decisões eram proferidas pelo juiz, nas ações cominatórias. A primeira delas, quando determina a expedição em cognição incompleta da ordem. A outra, quando intimado o réu, com ou sem contestação, para confirmar ou revogar a primeira” (MUNIZ, Antônio Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 39).

⁵⁹⁷ “Diga-se, e estará certo, que a inicial deverá fornecer aquele mínimo necessário de instrução em que o juiz possa basear o despacho que expede o preceito inicial, mas não que o processo cominatório não admita o acerto da obrigação, pois que este se dará na hipótese de o réu não contestar a ação e pelas consequências que a lei e a doutrina atribuem à sua omissão (Código, art. 303, § 1º), como na hipótese de apresentar contestação, em que, por via de normal contraditório, e segundo o rito ordinário, todos os ataques e defesas, e bem assim todas as provas, são permitidos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II. p. 786).

⁵⁹⁸ “Conquanto o juiz emitisse, inaudita altera parte, o preceito ou mandado contra o réu, havia de se proceder, mesmo sumariamente, ao exame dos elementos relativos ao mérito, carreados aos autos pelo autor. Ocorria aí, portanto, apesar de alicerçada apenas nas alegações unilaterais do autor, uma cognição sumária (se o autor juntara prova documental), ou sumaríssima (se não havia documentos amparando a inicial)” (MUNIZ, Antônio Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 37). Adiante acrescentou: “Esse mandado possuía, assim, características de uma verdadeira decisão sobre o mérito, conquanto provisória e condicional, já que embasada em conhecimento superficial e, destarte, sujeita a confirmação ou revogação. Havia, nesse caso, um adiantamento de condenação, suscetível de ser revogado ou confirmado. Por isso mesmo, tratava-se de procedimento de cognição incompleta” (idem, p. 38).

⁵⁹⁹ “O que caracteriza a ação cominatória é a cominação de pena para o caso de descumprimento do preceito. Cita-se o réu para que pratique o ato, ou dele se abstenha, sob determinada cominação pecuniária que o autor pedira na inicial e o juiz, ordenando a expedição do mandado citatório após breve cognição, faz incluir no *praeceptum*” (PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. 3. p. 177).

⁶⁰⁰ A execução específica deve ser perseguida sempre, e somente afastada quando impossível. Não deve a recusa arbitrária do devedor, negando-se a prestar aquilo a que se obrigou, levar a excluir-se a execução específica, mas unicamente a impossibilidade prática de obter-se, por esse modo, a

Possível afirmar que a cominação em si aproximava-se, em certa medida, da noção que se tem hoje de *astreintes* como técnica da tutela específica,⁶⁰¹ tanto assim que o artigo 303, *caput*, revelava que, admitida a petição inicial, o réu era citado “para prestar o fato ou abster-se do ato”, sob pena de arcar com o cumprimento da “pena contratual” ou daquela que, no silêncio da avença, fosse fixada pelo juiz.

A citação para a ação cominatória não tinha o perfil limitado ao de um mero ato de comunicação processual, mas sim veiculava, de plano, ordem a ser cumprida pelo réu, sob a ideia de que ele, não querendo sujeitar-se à cominação, cumpriria a obrigação estabelecida no plano do direito material.

Como refere Antonio Severino Muniz:

Pode-se afirmar, também, que, apesar do art. 303 do Código de Processo Civil de 1939 referir-se à citação, o que ocorria, na verdade, era a expedição de um *mandatum de solvendo* ou preceito, ou ainda uma ordem. E o réu tomou conhecimento desta ordem; à maneira do procedimento monitório, expedia-se, isto sim, um mandado imperativo condicional, porquanto determinava ao réu que satisfizesse a prestação exigida, dentro do prazo determinado, sob pena de cominação. Contudo, há de se salientar que inúmeros processualistas abalizados e de renome situam-se em posição oposta, emprestando ao art. 303 do revogado diploma processual, no que tange a este assunto, o caráter de verdadeira citação. Não ocorrendo oposição, tampouco cumprida a obrigação, os autos eram conclusos ao juiz para a sentença, por intermédio da qual se conseguia o título executivo definitivo, propiciando ao autor o direito à execução. Contestada a ação, suspendia-se a eficácia do mandado, que se resolvia em citação, regulando o processo, daí para frente, o procedimento ordinário.⁶⁰²

Essa ordem de emissão do preceito típica da ação cominatória, originada de decisão interlocutória, era baseada em cognição sumária, vislumbrando Moacyr Amaral Santos a predominância de uma função executiva, sobre o que discorreu com apoio em lição de Calamandrei:

A presteza e a economia processuais, bem como a conseqüente sumariedade do conhecimento, que se obtém no processo cominatório, visam, precisamente, a rápida proclamação da sentença, donde a formação do título executivo e, por esse modo, a consecução, com o menor dispêndio possível de energias, do fim último do processo, a realização prática do

prestação, ou a opção do credor pelo equivalente às perdas e danos. Para lograr a execução específica, socorre-se – o direito de meios que exercem influência sobre a vontade do obrigado, constringendo-o a submeter-se ao pactuado – são os chamados *meios de coação*” (PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III. p. 209).

⁶⁰¹ “A efetividade da tutela jurisdicional diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre tutela específica – ou tutela pelo resultado prático equivalente – em detrimento da tutela pelo equivalente monetário” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 835).

⁶⁰² MUNIZ, Antônio Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 28.

direito. Tanto como o processo monitório, o cominatório assim se classifica entre os procedimentos de predominante função executiva, no sentido de que, “nestes processos, a função de preparação do título executivo predomina sobre a função de declaração de certeza”.⁶⁰³

Talvez por todos esses elementos encontrem-se, na doutrina, relatos que sugerem certo titubeio (senão *má vontade*) na aceitação da ação cominatória pela jurisprudência, indicando Jaci de Assis que tal quadro conduziu, objetivamente, ao seu abandono pelo regime processual vigente a partir de 1974.⁶⁰⁴

A testemunhada falta de respeito da jurisprudência “com a estrutura” da ação cominatória na nota retro sinalizada, seguramente, decorre das diferenças essenciais que haviam entre a ação cominatória e o procedimento ordinário, aspecto bem apreendido por William de Moura Pimentel:

Na ação cominatória do art. 302 do Código de 1939, a pena cominada era para o caso de descumprimento do preceito, embora, ao longo de sua aplicação, tenha ocorrido certa distorção, inclinando-se a jurisprudência no sentido da aplicação da multa somente no caso de não cumprimento da sentença, contada aquela do término do prazo para a execução e divorciando-se, assim, da melhor doutrina como v.g., a de Pontes de Miranda que, analisando a Sistemática do Livro IV punha em relevo que, não obstante a contestação, o mandado citatório conserva toda sua eficácia (...).⁶⁰⁵

A atrofia da ação cominatória pelo CPC de 1973 conduziu, conforme aponta Joel Dias Figueira Júnior, à busca de alternativas pelos jurisdicionados, tendo sido esse mais um episódio em que a necessidade prática, sobrepondo-se à dogmática, determinou a invocação (e a conseqüente desvirtuação de seu uso) das medidas

⁶⁰³ *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. I, p. 175. O trecho destacado entre aspas faz parte de um excerto maior no original, aqui reproduzido: “Surgen así, en las legislaciones, formas especiales de procesos de cognición, cuya particular estructura responde mejor que la del proceso ordinário a la finalidad de dar vida con celeridad a un título ejecutivo; son también éstos (como tendremos ocasión de repetir), verdaderos procesos de cognición; pero la cognición está considerada aquí, no tanto em su función imediata de declaración de certeza cuanto em su función mediata de preparación del título ejecutivo (CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El foro, [s.d.]. p. 23). Para Antônio Severino Muniz, o mandado inicial, veiculativo do preceito cominatório, “possuía, assim, características de uma verdadeira decisão sobre o mérito, conquanto provisória e condicional, já que embasa da em conhecimento superficial e, destarte, sujeita a confirmação ou revogação. Havia, nesse caso, um adiantamento de condenação, suscetível de ser revogado ou confirmado. Por isso mesmo, tratava-se de procedimento de cognição incompleta” (*Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 38).

⁶⁰⁴ “O Parecer-geral do Senado declarou que o preceito cominatório não trouxe resultado positivo no direito brasileiro, pois a jurisprudência nunca respeitou a sua estrutura” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 135).

⁶⁰⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. 3. p. 178.

cautelares inominadas.⁶⁰⁶

3.4.10. As ações cautelares

Traça Darci Guimarães Ribeiro, de modo sintético, a linha evolutiva da doutrina italiana sobre medidas cautelares a partir de Luigi Mattiolo (cujo *Trattato Di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, em sete volumes, já estava na quinta edição ao final do século XVIII), Lodovico Mortara (que em 1923 lançou a quinta edição, em cinco tomos, de seu *Commentario del Codice e Delle Leggi Di Procedura Civile*) e, finalmente, Giuseppe Chiovenda, que em suas *Instituições* aludia a medidas especiais, de caráter acautelatório ou conservador.⁶⁰⁷

Assim se manifestou este último:

Se falece a declaração judicial ou contratual apta à execução (título executório) ou se a própria execução exige tempo mais ou menos longo, e, entretanto, se apresentam circunstâncias capazes de impedir, no todo ou em parte, ou tornar mais difícil ou gravosa a consecução do bem a que se aspira no dia em que for declarada a vontade da lei ou estiver madura para a execução, é possível obviar a esse perigo, já acelerando a execução nos limites permitidos pela lei (por exemplo, autorização de penhora imediata ao preceito, Cód. Proc. Civil, art. 578), já com medidas especiais destinadas a conservar o estado de coisas atual. Medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática; e são várias, conforme a vária natureza do bem a que se aspira.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ “Ora, a efetividade, a praticidade e a satisfatividade buscadas pelo autor, através das demandas cominatórias, via de regra fundadas em relação de direito material, carente de uma providência rápida, frustravam-se por completo, tendo em vista ancorar-se o processo de conhecimento clássico na ordinariedade e na ação condenatória, que jamais admitiu a subversão da ordem do juízo privado por intermédio de qualquer espécie de técnica capaz de conceder ao postulante, total ou parcialmente, os efeitos buscados instrumentalmente, mas tão-só mediante sentença de mérito favorável e através de execução forçada quando não satisfeita espontaneamente. A saída encontrada, então, pelos operadores do Direito, e que acabou sendo chancelada pela jurisprudência para imprimir celeridade e efetividade voltadas à satisfação provisional do autor, foi a utilização das cautelares inominadas visando à consecução dos fins colimados. Esse uso incorreto das ações cautelares foi por muito tempo criticado veementemente pela melhor doutrina, nada obstante curvar-se à necessidade prática, a ser sanada nas hipóteses em concreto, diante da ausência de outro mecanismo hábil no sistema instrumental” (*Comentários ao Código de Processos Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. t. II. p. 98. Adiante acrescentou: “Sem maiores dificuldades percebe-se que para coisa alguma serve a técnica definida no art. 287, no tocante à efetividade do processo, frustrando-se por completo a satisfação perseguida pelo autor com a demanda proposta” (idem, p. 99).

⁶⁰⁷ *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 142.

⁶⁰⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 272.

A expressa menção, aqui, ao pensamento de Chiovenda não foi arbitrária, já que um de seus discípulos mais próximos, Piero Calamandrei,⁶⁰⁹ publicou em 1936 obra de referência a respeito da tutela cautelar,⁶¹⁰ que muito influenciou o direito brasileiro, em especial a partir do advento do CPC de 1973.⁶¹¹

A tutela cautelar, para Calamandrei, tinha como traço distintivo essencial a provisoriedade, atributo contraposto à definitividade típica da tutela de conhecimento e de execução:

La providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia. (...) La providencia sumaria es provisional

⁶⁰⁹ “Segundo se extrai de sua vida, Chiovenda gozava de enorme prestígio, não apenas pela significativa contribuição ao direito processual civil, mas também pela sua postura moral invejável. Ainda em plena atividade, em 1927, seus discípulos e admiradores mais próximos, Antonio Castellari, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti e Antonio Segni, todos processualistas, coordenaram uma coletânea de artigos em sua homenagem: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*” (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Giuseppe Chiovenda: vida e obra. Contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2018. p. 25).

⁶¹⁰ Na doutrina italiana a obra é vista como *clássica*, desde seu nascedouro: “Normalmente ci vogliono anni affinché un’opera giuridica possa essere qualificata come classica, potendosi apprezzare la sua capacità di influenzare gli studi successivi e di segnare così un punto di svolta nella trattazione di un tema solo in un lungo arco temporale. Poche opere nascono classiche, sono classiche nel momento stesso in cui escono dalla tipografia, perché quella svolta si percepisce d’un colpo, con un solo rapido confronto tra il loro contenuto e la letteratura anteriore. L’Introduzione rientra tra queste. Quando Piero Calamandrei la scrive è al colmo della carriera” (CAPONI, Remo. Piero Calamandrei e la tutela cautelare. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII, jul.-dez. 2013. p. 696).

⁶¹¹ Ainda que não tenha advindo de suas lições a caracterização plena, com larga difusão na doutrina pátria, da ideia do processo cautelar como um “terceiro gênero”, ao lado do processo de conhecimento e de execução: “Afastando-se neste particular da lição de Calamandrei, o revogado Código Buzaid reconheceu o processo cautelar como *tertium genus* (alvitre que, diga-se de passagem, não foi repetido pelo Código de 2015), disciplinando-o ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução - e, ao fazê-lo, o legislador brasileiro de 1973 recebeu a aprovação da doutrina tradicional. Como é de domínio comum, deve-se semelhante alvitre à pena de Francesco Carnelutti” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46). Consigne-se, ainda assim, que Carnelutti realmente afirmou que “junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio), como una tercera finalidad del proceso” (Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v. I. p. 243), mas deixando claro que a ideia do processo cautelar como *tertium genus* deve ser entendida em relação à função, mas não quanto à estrutura: “Ahora bien: si el proceso cautelar se contrapone, por razón de la finalidad, al jurisdiccional y al ejecutivo, conviene advertir desde ahora que, en cuanto a los medios, se identifica, en cambio, unas veces con uno y otras con otro, puesto que los actos del proceso cautelar son, según los casos, los mismos de que se vale la jurisdicción o los mismos que sirven para la ejecución. Así, para obtener un proceso de conocimiento, y, para llevarlo a cabo, se sigue un proceso ejecutivo. Ello significa que para figura del proceso cautelar presenta rasgos propios desde el punto de vista de la función del proceso, pero no en cuanto a la estructura, por lo que, según se verá el lector, cuando hagamos el estudio del proceso en este segundo aspecto, aquella figura desaparecerá y será reabsorbida en la del proceso de conocimiento o en la de ejecución” (idem, p. 244).

en la formación, pero definitiva en la finalidad; la cautelar, aun en los casos en que se forme a través de una cognición ordinaria, es provisoria en el fin.⁶¹²

De tal distincão, claro, outras desdobram-se, sempre ligadas à dicotomia existente entre a tutela provisória e a definitiva, aqui se destacando a passagem em que o autor afirmar que “*la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia*”,⁶¹³ ideia da qual decorreu o consagrado aforisma, de que a instrumentalidade da tutela cautelar é “*cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado*”,⁶¹⁴ consubstanciando verdadeiro *instrumento do instrumento*.

A eventual presença da satisfatividade da decisão – que se opõe ao cariz assecuratório característico da tutela cautelar – pouco importa à conceituação desta, já que os “provimentos cautelares poderiam ser no Código Buzaid tanto assecuratórios como satisfativos. O que interessava era a provisoriedade para delineamento das espécies que entravam no processo cautelar”.⁶¹⁵

Daí percebe-se a influência da doutrina da obra de Calamandrei para a evolução do processo civil brasileiro,⁶¹⁶ como também que sua noção sobre os provimentos cautelares era ampla, abarcando igualmente a tutela antecipatória de urgência que, ostentando índole satisfativa, não é, segundo concepção

⁶¹² *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 40. Como anota Daniel Mitidiero: “Do ponto de vista funcional, o provimento cautelar em Calamandrei visa a assegurar que o processo não venha a sofrer um “dano jurídico”, ocasionado por um perigo de tardança (pericolo di tardivita) ou por um perigo de infrutuosidade (pericolo di infruttuosita) da tutela jurisdicional, enquanto pendente o processo de conhecimento ou de execução, ou quando quaisquer dessas atividades se encontrem prestes a iniciar. O provimento cautelar é, nessa linha, dependente e acessório do provimento do processo de conhecimento ou de execução.” Constitui proteção provisória emprestada aos processos de conhecimento e de execução. E um instrumento do instrumento - e, como tal, constitui o resultado do exercício de uma mera azione”, sem amparo em qualquer espécie de “diritto sostanziale di cautela” (*Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 41).

⁶¹³ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 45.

⁶¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁶¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 48-49.

⁶¹⁶ “O esquema do processo cautelar delineado por CALAMANDREI, CARNELUTTI e LIEBMAN foi recepcionado com todo o vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, no Livro III, no qual se conferiu à função cautelar a dignidade de uma categoria de processo ao lado dos processos de conhecimento e de execução. Processo e não procedimento como acentuava CARNELUTTI para destacar a sua autonomia funcional, como categoria de tutela, em confronto com o processo principal e para distingui-lo dos procedimentos especiais enquanto estes se enquadram como variantes do processo de conhecimento do tipo padrão” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 130).

contemporânea majoritária, tida como cautelar.⁶¹⁷

Essa premissa, claro, é reforçada ao longo da obra. Admitia o processualista italiano, por exemplo, que os efeitos passíveis de obtenção por meio da tutela cautelar eram igualmente declarativos ou executivos, sendo a limitação destes o elemento caracterizador da distinção, que se baseava, portanto, “*no por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos*”.⁶¹⁸

Nem por isso parece justo dizer que Calamandrei baralhava, sob um mesmo conceito, as noções de tutela cautelar e de tutela antecipada, uma vez que naquele contexto histórico-evolutivo da ciência processual não se tinha ainda a noção, hoje já difundida, que associa antecipação de tutela, assim entendida como *técnica* processual, à ideia de satisfatividade precipitada no tempo.

A bem da verdade, nesse ponto parece residir um dos grandes méritos da obra no contexto da época em que concebida, pois o autor foi além da noção de tutela cautelar como restrita à ideia de conservação patrimonial, com vistas ao atendimento de pretensão executiva,⁶¹⁹ alargando, com isso, o espectro de abrangência da prestação jurisdicional urgente.

Os provimentos cautelares foram classificados por Calamandrei em quatro

⁶¹⁷ “La calificación de “cautelares” (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre la providencia principal y se coordina a ella. (...) pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e inovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables” (*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 48).

⁶¹⁸ Idem. p. 36.

⁶¹⁹ “As mais antigas medidas típicas de urgência foram as providências cautelares, cujo objetivo era tradicionalmente mantido no âmbito da conservação de bens úteis ou necessários à maior eficiência da tutela principal, dita tutela satisfativa. Não se concebia o uso de medidas cautelares sumárias para satisfazer, fora do processo principal, pretensão material do litigante. Era certo, porém, que pontualmente ações especiais desfrutavam de liminares cuja eficácia consistia em antecipar, provisoriamente, efeitos da futura e possível tutela principal. Dessa maneira, embora sem generalização, o direito processual convivía com tutelas diferenciadas de urgência tanto no plano conservativo como no satisfativo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu*. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 399.)

categorias: a) instrutórios antecipados; b) assecuratórios de execução forçada; c) decisórios antecipados; d) caucionatórios, na correntia ideia de contracautela prestada pelo beneficiário de uma medida urgente.⁶²⁰

A própria familiaridade que temos com todos os elementos dessa classificação demonstra a antes mencionada influência dessa doutrina sobre o direito processual brasileiro.⁶²¹

A *caução*, embora não prevista como mediana cautelar nominada no CPC de 2015, era assim regulada no diploma anterior (artigos 826 a 838), tal como a produção antecipada de provas (artigos 846 a 851), que na nova legislação permanece possível, mas sem que o perigo da demora seja requisito essencial, já que cabível a antecipação probatória também para propiciar ao interessado o conhecimento dos fatos e viabilizar uma reflexão mais amadurecida sobre a conveniência e a oportunidade de propor uma demanda, ou sobre a formalização de transação envolvendo o objeto do litígio (artigo 381), destacando-se, assim, o valor estratégico da medida.⁶²²

⁶²⁰ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 54-68. Sobre a heterogeneidade dos provimentos cautelares previstos pela lei processual (a referência é ao CPC italiano de 1940), assim se manifestou Salvatore Satta: “Deve-se ainda observar que no elenco do código a expressão procedimentos cautelares atinge vários institutos, e precisamente o sequestro, em sua dúplice configuração de conservativo e judiciário; a nunciação de obra nova ou de dano temido; os processos de instrução preventiva; os de urgência. São reagrupamentos empíricos, que não interessam de algum modo o intérprete quanto à natureza dos comportamentos distintos” (*Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 2. p. 705).

⁶²¹ “A autonomia da função cautelar, como categoria diversa daquelas exercidas pelo juiz, foi identificada por Chiovenda, que, juntamente com Calamandrei, foi dos que mais contribuíram para o desenvolvimento das ideias a respeito dessa modalidade de tutela jurisdicional. Foi deles a primeira tentativa de ampliar a ideia de tutela cautelar, até então restrita às hipóteses de sequestro, para outras situações, concluindo pela necessidade de conceber essa tutela de forma genérica, com o objetivo de garantir o resultado útil do processo. Encontra-se aí, portanto, o germe do poder geral de cautela” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36).

⁶²² No direito norte-americano, em que é intenso o uso de meios alternativos consensuais de resolução das controvérsias, tem-se instituto de evidente cariz estratégico em relação a postura dos interessados a respeito da conveniência de ajuizar a demanda: “O *discovery* pode ser entendido como uma técnica de produção probatória preliminar, a qual possibilita a atuação estratégica de advogados e partes na descoberta de fatos. A sua finalidade é viabilizar a prévia revelação (*disclosure*) das circunstâncias fáticas que poderão embasar uma futura ação principal, possibilitando que as partes obtenham informações recíprocas sobre o caso. Há o adiantamento da reunião de elementos probatórios, antes mesmo da judicialização da controvérsia. Um dos efeitos mais notáveis do *discovery* é acelerar a divulgação de dados, fatos e informações, permitindo que as partes e advogados possam reavaliar as suas posições e definir a melhor estratégia a ser adotada para o caso. A utilização do *discovery* implica a necessidade de que os sujeitos em conflito façam uma análise do custo-benefício de eventual propositura futura de ação judicial, comparando os custos da litigância com as vantagens que seriam obtidas na eventual celebração de um acordo, inclusive em termos de obtenção de maior economia, rapidez e previsibilidade” (GONCALVES, Gláucio Maciel; FRANCO, Marcelo Veiga. As novas

Já os provimentos cautelares assecuratórios e os antecipatórios, que podem ser tidos como os mais importantes se considerada a amplitude de sua utilização prática,⁶²³ são aqueles que, como visto, correspondem à atual feição do das tutelas cautelar e antecipada, respectivamente.

O terceiro aspecto a destacar da obra é a percepção de Calamandrei a respeito do *periculum in mora*, aspecto que traz “*la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto*”.⁶²⁴

Analisando a tipologia das medidas cautelares a partir dessa perspectiva, assim se manifesta Andrea Proto Pisani:

Para comprender los muchos contenidos que las providencias cautelares pueden asumir, se debe distinguir dos diversas especies de *periculum in mora* que la tutela cautelar puede ser llamada a neutralizar: a) el llamado peligro de *infructuosidad* de la providencia a cognición plena; b) el llamado peligro de tardanza de la providencia a cognición plena. Se trata de una distinción magistralmente puesta en evidencia por Calamandrei y adoptada por la gran mayoría de la doctrina sucesiva, esencial para comprender la tipología de la tutela cautelar.⁶²⁵

Para Calamandrei, portanto, havia duas *formas* diferentes de *periculum in mora*, que determinavam a *espécie* de cautelar de que se tratava (ou seja, se meramente conservativa, acautelatória, ou se satisfativa), unidas justamente pela característica fundamental da provisoriedade e por mais esse traço funcional comum.

Por “perigo de infrutuosidade” (*pericolo de infruttuosità*) ressaltou o processualista italiano a ideia de conservação típica da tutela cautelar, para tentar debelar o risco de não satisfação do direito em momento futuro, sendo certo que o “perigo de tardança” (*pericolo de tardivittà*) relaciona-se com o risco de inocuidade,

modalidades de produção antecipada da prova do Código de Processo Civil de 2015: o “Discovery” à brasileira. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (Org.). Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36).

⁶²³ “Embora a doutrina não se tenha preocupado com isso, a verdade é que Calamandrei - o discípulo de Chiovenda que propagou para o mundo latino sua teoria da tutela cautelar - nunca escondeu o caráter “antecipatório” que ele emprestava a esta espécie de tutela processual. Em seu célebre ensaio sobre *provvedimenti cautelari*, Calamandrei dividia-os em quatro grupos, dos quais o mais relevante consistia precisamente nos provimentos que antecipavam efeitos da sentença de mérito, quando não antecipavam o próprio mérito. É o conhecido “terceiro grupo” de provimentos, supostamente cautelares, nos quais, dizia Calamandrei, “*il provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Racionalismo e tutela preventiva em proceso civil. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 137. Publicado originalmente na Revista dos Tribunais n. 801, de julho de 2002.

⁶²⁴ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 40.

⁶²⁵ *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra, 2018. p. 645.

porque tardiamente proferida, da decisão definitiva, descortinando-se aí sua vinculação às medidas antecipatórias *stritico sensu*.⁶²⁶

Ilustrativo exemplo é ministrado pelo próprio autor italiano:

La diferencia entre estos dos tipos de peligro, a los que corresponden, como hemos indicado, diversos tipos de providencias cautelares, resulta evidente de un ejemplo práctico. Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada.⁶²⁷

O maior mérito da teoria de Calamandrei, bem pensadas as coisas, parece ser o vislumbre da necessidade que então se enxergava de, por assim dizer, isolar por completo todas os provimentos jurisdicionais de natureza provisória que justificassem uma antecipação – no sentido *lato*, ou seja, como adiantamento mesmo – da tutela jurisdicional prestada.

Em certa medida formava-se um regime próprio de tutelas provisórias (contraposto ao sistema de tutelas definitivas marcado pela rigidez da fórmula cognição prévia/execução posterior), tal como se vê das quatro categorias antes citadas, nas quais se incluía a tutela provisória de índole satisfativa, que entre nós acabou consagrada pela nomenclatura *tutela antecipada* – já aqui no sentido estrito, entendida como a técnica específica de adiantamento de efeito que advirá da tutela definitiva.⁶²⁸

⁶²⁶ Aborda o tema de forma lúcida Humberto Theodoro Júnior: “Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação de tutela” (Lei 8.952/94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material de parte vencedora (cf. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 55 *et seq.*)” (Tutela Antecipada. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181).

⁶²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945. p. 40.

⁶²⁸ Tão arraigada era a noção de instrumentalidade da tutela cautelar no direito italiano que o artigo 700 do Código daquele país, que prevê uma espécie de *poder geral de cautela* – de natureza “suplementar em relação às previsões legais, nominadas pelo legislador apenas exemplificativamente”

Não se pode ignorar que a noção de cautelaridade no primeiro quarto do século passado, era extremamente apegada à ideia de medidas meramente conservativas,⁶²⁹ com utilização maior nos quadrantes da tutela executiva, na linha do que a doutrina alemã, aqui representada por Leo Rosemberg, chamava de “estado de paz provisional”, a vigorar até a solução da lide por meio de procedimento ordinarizado.⁶³⁰

A bem da verdade, a influência de Calamandrei fez-se sentir, ainda que no aspecto predominantemente *estrutural*, no CPC/2015, que adotou a ideia de tutela provisória como gênero a contemplar, como espécies, a tutela cautelar (assecuratória) e a antecipada (satisfativa), como exposto com maior vagar no capítulo subsequente.

É claro que o *iter* evolutivo da tutela cautelar, no direito brasileiro, não se fez com esse salto, razão pela qual convém destacar, ainda que de maneira não exaustiva, como a doutrina construída sob a égide do CPC de 1973 encarou a tutela

(SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 139) – era visto com estranheza nos casos em que era invocado para a prestação de tutela satisfativa, como testemunha José Carlos Barbosa Moreira: “A aplicação do art. 700 a casos em que faltaria semelhante nota de instrumentalidade é que despertou a oposição de parte da doutrina; não a índole antecipatória, ou, em outras palavras, a eventual coincidência entre o conteúdo da medida de urgência e o da sentença a ser obtida por via ordinária. Que se concedesse, a título provisório, o mesmo *quid* suscetível de concessão definitiva na sentença, e não ura *aliud*, isso não causou estranheza; o que se relutou em aceitar foi que a concessão provisória acabasse por substituir a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de instrumento” (Tutela de urgência e efetividade do direito. *Temas de Direito Processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95).

⁶²⁹ A doutrina argentina passou a denominar de *innovativas* as “cautelares” que, de maneira provisória e antecipada, ensejavam a alteração do estado de direito ou de fato, de maneira *ativa* e, claro, *inovando*: “En materia de medidas cautelares, también todo cambió. La concepción clásica de lo cautelar concibió a la medida precautoria como carente de autonomía funcional, pues su finalidad se limitaba a asegurar la eficacia práctica de la sentencia que deba dictarse en el proceso principal, al cual se encuentra necesariamente vinculada por un nexo de instrumentalidad o subsidiariedad. (...) Pero luego de fructíferas evoluciones doctrinarias y jurisprudenciales, se cayó en la cuenta de que con esta función conservatoria no se abarcaba la multiplicidad de supuestos que la vida presenta y que demandan solución. Aparecieron entonces las medidas innovativas, las que ya no tienden a conservar el estado de cosas existens sino a operar, en via provisoria y anticipada, la conformación de una nueva instalación del mundo exterior, alterando el estado de hecho o de derecho existente antes de su dictado” (de LÁZZARI, Eduardo Néstor. Nuevos paradigmas de lo cautelar. In BERIZONCE, Roberto Omar; QUADRI, Gabriel Hernán (coord.). *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación* – Comentados y Anotados. La Plata: Librería Platense, 2015. t. III, p. 805-6).

⁶³⁰ “La medida cautelar para regular un estado provisional respecto de una relación jurídica controvertida de la posibilidad, como sustitución del anterior *possessorium summaris* mum, de procurar un estado de paz provisional entre las partes o de proporcionársela al solicitante frente a cualquiera, respecto de una relación jurídica de cierta duración que se ha convertido en litigiosa o ha sido violada ya mediante actos, hasta tanto sea resuelto el litigio en el procedimiento de sentencia ordinario, sin que el solicitante necesite tener precisamente un derecho al acto ordenado, a la omisión del prohibido o a la constitución del nuevo estado” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955. t. III. p. 280).

cautelar.⁶³¹

Como bem observado por Donaldo Armelin:

Sempre que existir a possibilidade de ocorrerem danos graves ou irreparáveis para o titular de um direito, ainda que meramente *in statu assertionis* e não houver possibilidade de se incoar o processo veiculador de pretensão à prestação de tutela jurisdicional do tipo satisfativo, ou ainda sempre que o desequilíbrio entre as partes seja gritante, a tutela do tipo cautelar terá seu cabimento e indeclinabilidade garantidos. É o que sucede, v.g. com o arresto, que se defere antes mesmo da exigibilidade do título executivo (cfr. art. 814 do C.P.C.). Mais ainda, por maior que seja a sumariedade do processo, nem sempre terá ele condições de ensejar, sem medida cautelar embutida em seu bojo, providência coibidora da ocorrência de dano grave ou de difícil ou incerta reparação.⁶³²

Recordando que “o processo cautelar evita que o tempo altere o equilíbrio inicial das partes, prevenindo, destarte, eventual dano jurídico”, Sérgio Shimura indica as características da tutela cautelar, a seguir enumeradas de forma sintética: a) *instrumentalidade*, entendida em relação à demanda tida como principal; b) *autonomia*, posto que inserida, a tutela de urgência, ao lado da tutela cognitiva e executiva; c) *provisoriedade*, pois surge com previsão do término de sua eficácia, absorvida ou substituída por outra, definitiva, atinente ao mérito do processo principal; d) *revogabilidade*, decorrente, a rigor, da provisoriedade.⁶³³

Não se desconhece que parte da doutrina criticou a previsão do processo cautelar como um *tertium genus*,⁶³⁴ mas, de todo modo, só se pode compreender a tutela jurisdicional como efetiva, tal como deve ser à luz do que estabelece o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, se aceita a ideia que em algumas situações o papel da jurisdição outro não é senão assecuratório, vindo calhar a lição de Celso

⁶³¹ A abordagem do tema apenas a partir do CPC de 1973 consubstancia mera opção metodológica, que me parece mais adequado à finalidade deste tópico no contexto da pesquisa, sem que se ignore, por evidente, que o tema já era previsto, com perfil e pontos diferentes, no CPC de 1939, no Livro V (“Dos processos acessórios”), sob a rubrica “das medidas preventivas” (arts. 675 a 688), cuja “finalidade não é outra senão a da segurança dos direitos dos litigantes” (LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 4. p. 5), constatação de todo afinada com a ideia, hoje prestigiada, de *tutela dos direitos*. Sobre o tema consultar, com proveito: COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. t. VIII; SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, t. 1º.

⁶³² “A tutela jurisdicional cautelar”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 23, jun.-1985, p. 116. Adiante, formulou seu conceito de tutela cautelar: Nesse sentido será ela a tutela jurisdicional prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional neste reclamada ou reclamanda” (p. 121).

⁶³³ *Arresto cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25-29.

⁶³⁴ Ver, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 230.

Neves:

O direito que se acautela, nesses casos não é o Direito Processual, mas o direito ínsito à lide, ou que dele possa defluir, como consequência do julgamento a ser proferido. Nem a função do processo cautelar está, apenas em assegurar ao juiz, a efetividade de sentença que proferir, em si mesma, mas garantir, à parte, as consequências próprias mediatas e imediatas do julgado em termos que propiciem a realização da justiça. Por isso a cautela estende-se até onde for a limitação objetiva do conflito de interesses ainda mesmo nos casos em que a pretensão deduzida em juízo só envolva parte dela.⁶³⁵

Essa posição doutrinária teve em Ovídio Araújo Baptista da Silva seu principal defensor, apoiado na crítica de que outorgar à tutela cautelar papel meramente acessório, sem qualquer ressalva, dela subtrai elemento fundamental, qual seja a autonomia procedimental, constatando que “para a doutrina brasileira o processo cautelar não protege o direito da parte, senão reflexamente. O processo cautelar, para a doutrina brasileira, protege a sentença de mérito”.⁶³⁶

Vê-se que referido autor não concebia o processo cautelar como meramente assecuratório de outra pretensão, mas sim vislumbrava a existência de um *direito substancial de cautela*, ponto que merece análise mais detida.

A bem da verdade, parece-me que parte Ovídio Araújo Baptista da Silva da ideia de que a *instrumentalidade* da tutela cautelar, enaltecida por Calamandrei (e sua percepção da cautelar como “*instrumento do instrumento*”), “deixa na penumbra as questões ligadas ao *ser* da ação cautelar, à estrutura dessa entidade de direito material e à estrutura de sua expressão processual, limitando-se a definir seu aspecto funcional”, o que apenas comprovaria para que serve o provimento cautelar, “nada nos adiantando sobre o que eles são, sob o ponto de vista ontológico”.⁶³⁷

Em outra obra apontou:

⁶³⁵ *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 145.

⁶³⁶ Teoria da ação cautelar. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 66. No mesmo texto pontuou: “Vejamos então o que eu pessoalmente entendo como tutela cautelar - e confesso aos senhores que meu entendimento é absolutamente divergente entendimento pacífico e tranquilo da doutrina nacional. De modo que eu, frequentemente, sinto-me como um “estranho no ninho”, em matéria de processo cautelar, frente à mansidão doutrinária com que se costuma escrever no Brasil sobre este assunto” (p. 65).

⁶³⁷ *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 31. Na mesma obra ponderou: “O que é instrumento *existe* e, enquanto instrumento destinado a um fim, tem *ser* e, portanto substância. Quando dizemos que os provimentos cautelares servem de instrumentos para garantia de outros provimentos jurisdicionais, em verdade na afirmamos que os defina, em sua essência. A sentença condenatória também é instrumento para a futura ação de execução e nem por isso se há de concebê-la com base nessa peculiaridade, olvidando-se o que ela é em si” (*idem*, p. 30).

O caráter instrumental da proteção cautelar, dessa forma, perde qualquer interesse, mesmo porque, se quisermos aprofundar o raciocínio de Satta, poderemos dizer, tranquilamente, que a propriedade, no contexto meta-jurídico, também é instrumental, na medida em que representa meio para satisfação de uma suposta necessidade humana. E isso nos conduziria por uma efetiva e real “cadeia de instrumentos” até a indagação última da finalidade transcendental da existência humana”.⁶³⁸

A ideia do processualista gaúcho reside na constatação de que a proteção outorgada pela tutela cautelar “não se liga exclusivamente ao resultado de um processo, mas, além disso, tem efeitos e consequências na situação substancial”.⁶³⁹

Essa autonomia da tutela cautelar, que não é abalada, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, pelo seu caráter instrumental – já que este não lhe é essencial⁶⁴⁰ – conduz à ideia de que ela visa a proteção do próprio direito material, o que se afina, em certa medida, à noção de *tutela dos direitos* como finalidade precípua da jurisdição.

Não se pode reputar equivocada tal percepção. De fato, a experiência mostra que algumas medidas cautelares tornaram-se merecedoras do adjetivo “satisfativas” porque se voltavam à proteção do próprio direito material,⁶⁴¹ ocupando espaço que hoje seria destinado, a partir do direito positivo brasileiro, à tutela antecipada, cuja principal característica é justamente a conjugação entre satisfação e urgência.⁶⁴²

⁶³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 33.

⁶³⁹ Idem, p. 35. De tal conclusão tiram-se outras, conectadas à compreensão da referibilidade: “Ai, pois, reside, a autonomia da tutela cautelar: a prestação jurisdicional visa eliminar ou evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, face a uma “situação perigosa”. Não há, assim, porque vincular-se, essa especial tutela jurisdicional, com o resultado de um outro processo que muitos consideram principal” (idem, p. 30).

⁶⁴⁰ “Daí, também, porque a nota de instrumentalidade atribuída à ação cautelar, além de não lhe ser exclusiva, é incompatível com sua autonomia. Com efeito, se dizemos que o provimento cautelar tem caráter instrumental, estamos lhe negando o caráter de prestação jurisdicional autônoma, para indicar que a ação assecurativa estaria irremediavelmente ligada ao direito cautelado, do qual seria simples instrumento. Mas a instrumentalidade que poderá ocorrer, em certas medidas cautelares, não só não lhe é essencial, como, muito menos, lhe é exclusiva” (Idem, ibidem).

⁶⁴¹ “Na realidade, concedia-se tutela satisfativa liminarmente sem previsão legal para tanto. Utilizava-se o procedimento cautelar para contornar a inexistência de mecanismo que admitisse, de forma genérica, a antecipação dos efeitos da sentença, já que essa possibilidade somente existia em determinados procedimentos especiais” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 242).

⁶⁴² Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o sistema processual brasileiro passou a experimentar o uso excessivo da liminar proferida no processo cautelar, “o principal, senão o único, instrumento do sistema jurídico brasileiro capaz de dar uma solução rápida e expedita para o conflito” na presença do risco de dano à situação material ante a natural demora na obtenção da certeza decorrente da declaração definitiva do direito (Efetividade e processo cautelar. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, jul/1994. p. 175).

Por isso, parece assistir razão a Pontes de Miranda ao aludir à *tutela jurídica da segurança*:

Existe – além da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) à cognição completa (à sentença, em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução – a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato ou à segurança da pretensão (*Anspruchssicherung*). A exibição de livro, as vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, asseguradoras da pretensão, talvez só da pretensão.⁶⁴³

Ainda que tal doutrina não corresponda, em sua inteireza, ao direito positivo vigente (que trata de maneira até mesmo procedimentalmente diversa as tutelas cautelar e antecipada, como abordado no capítulo seguinte), é ela sustentável pelo aspecto ontológico, valendo colacionar mais um excerto da doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que ajuda a oferecer luz sobre seu raciocínio, concebida em um dos últimos estudos por ele publicados:

Esta essencial diferença é que empresta à tutela cautelar, sempre, o que tenho indicado como o vínculo de *referibilidade* ou transitividade, entre a tutela cautelar e a subsequente tutela satisfativa. A tutela cautelar protege algum direito (pretensão) a ser tratado, depois, noutro processo. A tutela cautelar "refere-se" a um direito "não satisfeito" no processo cautelar. Ela é "transitiva" porque a tutela cautelar protege algo que será "depois satisfeito noutro processo".⁶⁴⁴

A tese de Ovídio, como fica claro nesse último excerto, gravita em torno da ideia de *referibilidade*, ínsita à tutela cautelar, ou mais propriamente na divergência entre o que se entende por objeto referido por ela: o próprio direito substancial (na ideia do processualista gaúcho) ou uma outra demanda, de cognição ampla, que se terá o efetivo reconhecimento ou a satisfação do direito, ponto do qual não diverge Marcio Louzada Carpena:

O processo cautelar tem hoje a singular função instrumental e auxiliar de outro processo, denominado principal. Seu objetivo não é satisfazer o direito da parte, mas, sim, apenas assegurar eventual resultado positivo ao requerente. Assim, na realidade, não existe um direito substancial a ser declarado na cautela - pois isso é privativo do processo principal -, mas um direito substancial de ter cautela. Vale dizer, o processo cautelar não se dirige ao direito material, mas, sem dúvida, a própria tutela cautelar, enquanto imprescindível, é um direito material do cidadão jurisdicionado. O fato de o processo cautelar não fazer coisa julgada, por si só, não elide a assertiva de que há direito substancial de cautela, pois, para se vislumbrar esse, não se

⁶⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. VIII. p. 293.

⁶⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 630-631.

carece observar uma sentença declaratória definitiva, nem tampouco a imutabilidade de uma decisão, mas apenas o direito à segurança, representado pela garantia de decisão judicial útil e efetiva, caso venha ser reconhecido o direito pleiteado na lide principal.⁶⁴⁵

O direito à segurança propiciado pela tutela cautelar não abala o entendimento de que, apesar de desprovida de autonomia, por vezes invocava-se “o procedimento cautelar para contornar a inexistência de mecanismo que admitisse, de forma genérica, a antecipação dos efeitos da sentença, já que essa possibilidade somente existia em determinados procedimentos especiais”.⁶⁴⁶

Tal quadro modificou-se, com claros reflexos práticos, com a reforma processual de 1994 e a introdução da tutela jurisdicional antecipada como *técnica processual* geral, manejável no âmbito do próprio processo em que deduzida a demanda propriamente dita, tendente ao reconhecimento e à satisfação definitiva do direito material.

Possível afirmar, portanto, que a tutela cautelar surgiu como uma possibilidade de atenuar uma deficiência do processo de conhecimento ou de execução, qual seja sua vulnerabilidade à ação do tempo, cuja nocividade potencial leva a um paradoxo, na medida em que subtrai desse processos um de seus escopos, qual seja a pacificação social.⁶⁴⁷

A necessidade da sujeição do processo ao tempo, e como uma das partes pode aproveitar-se dessa inarredável circunstância acabam, de certo modo

⁶⁴⁵ *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 59. Adiante complementou: “Com a devida venia, só não admitem o direito substancial de cautela aqueles que não conseguem ver na proteção um direito material, independente do fato daquilo que se está protegendo ser ou não existente. A tutela assecuratória pode, sim, proteger algo que não existe, um direito que, no processo principal, não se mostra procedente, mas isto nada tem de novo, sendo já há décadas salientado por Carnelutti” (idem, p. 60).

⁶⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 242.

⁶⁴⁷ Aponta Ramiro Podetti outros aspectos do interesse público que subjaz à existência de um sistema processual que conte com sistemática bem estruturada para a concessão de tutela cautelar: “Como he dicho repetidas veces, todas y cada una de las instituciones procesales responden a fines privados y públicos: el interés individual tutelado por el derecho y el mantenimiento inalterado del ordenamiento jurídico estatal. Así también en las medidas cautelares, donde existe un interés privado o particular de los litigantes, hay un interés de la colectividad en que no se dañen bienes de consumo o se entorpezca la producción, el comercio o los servicios públicos y el genérico del Estado en mantener y restablecer el orden jurídico. No hay duda que en las medidas cautelares existe, pues, un fin privado y un fin público, que dan al ejercicio de las facultades necesarias para obtenerlas, aspectos publicísticos y privatísticos. Pero, en cierta especie de estas medidas, parece predominar la finalidad pública sobre la privada, autorizando al juez a proceder de oficio (guarda y prestación de alimentos, en ciertos supuestos de incapacidad, seguridad de bienes yacientes)” (*Derecho procesal civil, comercial y laboral - IV: Tratado de las medidas cautelares*. 2. ed. (atual. por Victor A. Guerrero Leconte). Buenos Aires: Ediar, 1969. p. 17).

paradoxalmente, por *agudizar* o estado conflituoso, cabendo então ao processo cautelar manter, como aponta o antes citado Leo Rosemberg, esse “estado de paz”, ainda que “provisional”.

E por que não se pode eventualmente chegar a esse “estado de paz” apenas e tão somente com a própria cautelar, dispensando-se o processo principal, se esse é o caminho que conduz à efetiva tutela dos direitos?⁶⁴⁸

Era essa a indagação que no regime original do CPC de 1973 (ou seja, antes das reformas iniciadas em meados dos anos de 1990, que de plano introduziram a possibilidade da antecipação da tutela) lastreava a obtenção, pela via da tutela cautelar, de medidas satisfativas,⁶⁴⁹ cuja necessidade, para além de alterações da lei processual, é e sempre foi constante:

Portanto, o sistema processual conhece medidas que, conquanto sob o rótulo de *cautelares*, ao lado de produzirem efeitos que garantam a utilidade e eficácia do provimento principal, produzem também efeitos substanciais. Por isso, essas medidas são desprovidas de caráter duplamente instrumental, em situação pela qual o provimento satisfaz completa e definitivamente a pretensão do autor- daí a ideia de serem «satisfativas»⁶⁵⁰.

Bem pesadas as coisas, essa posição, por assim dizer, *conciliatória* de Flávio

⁶⁴⁸ “Hoje, no entanto, o processualista vive à luz do Estado constitucional, cujo dever é dar tutela aos direitos fundamentais e, por consequência, desincumbir-se da sua missão de prestar tutela jurisdicional efetiva e tempestiva a todos os direitos. Significa que o processo está submetido à ideia de tutela dos direitos. Ademais, ao contrário da legislação processual à luz da qual Calamandrei escreveu, o Código de Processo Civil brasileiro é bastante claro no sentido de que o juiz pode e deve, quando presentes os pressupostos para tanto, conceder tutela do direito com base em cognição sumária – seja com fundamento em perigo de dano, seja com fundamento na evidência do direito e na inconsistência da defesa. Não fosse isso, atualmente ninguém mais precisa escamotear ou falsear suas elaborações para fingir estar respeitando a regra da *nulla executio sine titulo*. Essa regra, bem como os valores que a inspiraram, não mais valem em termos de teoria do processo civil. A teoria do processo civil, em verdade, não pode deixar de encontrar lugar para o tema da tutela dos direitos e, assim, não pode fingir não ver que a tutela do direito – e não apenas a tutela cautelar – pode ser prestada com base em probabilidade” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 68).

⁶⁴⁹ “Porém, a falta de idoneidade do processo civil para atender às novas situações não impediu a prática forense de utilizar a tutela cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento. Como o procedimento cautelar viabilizava a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas, a prática forense brasileira assistiu ao uso não cautelar da ação cautelar. Isso, porém, não resolvia todas as situações de risco. Muitas vezes, era o próprio bem da vida que estava em risco, e não apenas a utilidade da sentença de mérito. Com isso, surgiram na prática forense as chamadas “cautelares satisfativas”, que se utilizavam do procedimento cautelar para obter, desde logo, um benefício prático. Tal benefício prático, acrescenta-se, consiste em um dos efeitos da decisão de mérito favorável ao requerente da medida” (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 142).

⁶⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1. p. 251..

Luiz Yarshell bem situa a complexidade ínsita à tutela cautelar, cuja amplitude, ditada pela variada gama de situações jurídicas que decorrem das mais diversas espécies de direito material, não permite elevar seu caráter acessório à condição de pressuposto essencial,⁶⁵¹ de tal modo que, em alguns casos, de fato parece possível isolar a existência de um direito substancial de cautela, subsidiário, “que se compraz em atuar os interesses plausíveis, podendo essa plausibilidade referir-se tanto à titularidade desses interesses quanto à plausibilidade da adequação da utilidade perseguida para a satisfação desses interesses”.⁶⁵²

Tem-se, pois, como teoricamente acertada a doutrina que defende a existência desse direito substancial, pois a coerência de seus argumentos não é afetada pela constatação de que ela não se aplica a todas as situações, uma vez que em alguns casos, por outro lado, o caráter meramente acessório da tutela cautelar revela-se de modo inconfundível.

O valor prático da tutela cautelar foi se tornando, ao longo do tempo, cada vez maior, como efeito colateral da própria intensificação do acesso à justiça que se seguiu, no País, após a redemocratização ocorrida em meados dos anos 1980.

Seu uso foi, por certo, marcado pela necessidade de haver um instrumento hábil a viabilizar uma intervenção judicial urgente sobre a crise de direito material alçada à condição de causa de pedir, o que acabou “legitimando” o uso de cautelares inominadas de cunho satisfativo, que Adroaldo Furtado Fabrício, sensível à circunstância de que os operadores do Direito, em especial os advogados, “dificilmente aceitam com resignação a perspectiva de uma demora imprevisível mas certamente longa na obtenção dos resultados que a sentença há de produzir”, chamou de “*falso* processo cautelar”, tido como “artificioso caminho para alcançar, contra a vontade da lei, um provimento judicial *initio litis* sobre matéria que deveria pertencer

⁶⁵¹ “Concluindo essa parte sobre a gênese, evolução e consolidação da tutela cautelar no sistema processual brasileiro, sob a inspiração da dogmática, cabe pois advertir que se apresenta insustentável a noção de que a função cautelar é ontologicamente acessória de um processo principal e que se destina a assegurar a utilidade ou eficácia de um provimento definitivo (cognitivo ou executivo), muito embora possa exercer, eventualmente, no caso concreto essa função, a qual, todavia, não se revela constante, nem necessária” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 233).

⁶⁵² CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 234.

ao processo de conhecimento”, já que satisfativa.⁶⁵³

A crítica contida nesse excerto de doutrina, segundo nos parece, não é endereçada ao uso da medida cautelar inominada, mas sim à falta de instrumento calcado na ideia de tutela jurisdicional de urgência, de cunho satisfativo, que possibilitasse a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional buscada, o que acabou corrigido com a inserção da tutela antecipada no CPC, em 1994.

Em arremate deste tópico, pondera-se que em outros países essa hipertrofia da necessidade de intervenção jurisdicional pela via da tutela cautelar também foi sentida, o que acabou devidamente absorvido (e aplicado) a partir da ideia de compreensão amplificada da tutela cautelar, à semelhança do substrato teórico desenvolvido pela doutrina italiana:

Embora no plano teórico aquele modelo de tutela, com um conteúdo meramente conservatório, fizesse sentido, no plano prático a realidade exigiu e continua a exigir muito mais ao instituto cautelar. O panorama jurídico foi mudando, tornando-se o conteúdo tradicional da providências insuficiente relativamente às necessidades a que passou a ter respostas. Essa circunstância foi dando lugar à prevalência de “uma compreensão mais ampla do conceito de tutela cautelar” que viu alargadas as respectivas possibilidades e necessidades de intervenção. Não obstante a tutela cautelar manter uma função puramente preventiva do *periculum in mora*, o conteúdo do acautelamento, traduzido na manutenção de um estado de coisas existente à data do surgimento do litígio, deixou de ser suficiente para afastar o perigo inerente ao decurso da ação. Em muitas situações, apenas a alteração do *status quo*, traduzida na satisfação antecipada do direito, pode prevenir o risco de dano a esse direito resultante da pendência da ação. A tradicional função cautelar adquiriu assim, por necessidade da realidade prática, novas vestes, ao assumir como próprios conteúdos tradicionais de formas de tutela de realização dos direitos. Assim, a emergência de uma tutela cautelar *antecipatória* tem sido uma realidade marcante das últimas décadas, acabando por constituir uma das respostas ao colapso da justiça

⁶⁵³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimento antecipatórios, cautelares e liminares. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 23. Adiante, de modo mais enfático, assentou: “Paralelamente, vicejou entre nós a ominosa doutrina segundo a qual os provimentos cautelares podem ser “satisfativas”, de sorte que até nas classificações correntes dessas medidas aparece a categoria correspondente, como se a locução cautela satisfativa não envolvesse uma evidente e pasmosa contradição em termos. Pelo que nos diz respeito, falar-se de cautela satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto a idéia de gelo quente. Ou bem se fica com o substantivo ou com o adjetivo; ou se trata de cautela e não satisfaz, ou é medida satisfativa e não pertence ao universo das cautelares. Mas não parece ser esse o pensamento dominante, que aceita sem maiores reservas a esdrúxula simbiose - o que, aliás, é suficiente para evidenciar a falta de uma conceituação segura da tutela cautelar” (*idem*, *ibidem*). Alude Alcides Munhoz Cunha a “expansão patológica dos procedimentos cautelares porque passaram a ser utilizados indiscriminadamente como sucedâneos de sumarização, visando simplesmente antecipar a regulação de conflitos fora das situações extremadas do *periculum*, ou seja, do *periculum damnum irreparabile* que tradicionalmente dá configuração às situações cautelandas” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 143).

civil a que nos temos referido.⁶⁵⁴

3.4.11. A revolução trazida pela tutela antecipada

Em 1994 introduziu-se no Brasil, por meio da Lei n. 8.952), a tutela antecipada genérica, em tese cabível em qualquer demanda,⁶⁵⁵ atendendo-se antiga (e embrionária) proposta de Ovídio Araújo Baptista da Silva, apresentada no “1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil”, realizado em Porto Alegre/RS, em julho de 1983.⁶⁵⁶

Essa característica foi, a bem da verdade, o dado objetivo mais marcante da nova figura, já que a concessão de liminares de cunho satisfativo, embora restrita a alguns procedimentos especiais (como, por exemplo, nas ações possessórias e no mandado de segurança, anteriormente expostas), não era novidade.⁶⁵⁷

Não me parece exagero afirmar que houve uma verdadeira *revolução* no trato das tutelas de urgência,⁶⁵⁸ que passaram a ser em tese cabível em qualquer demanda, mesmo se processada pelo rito comum, suprindo, na visão de Luiz Guilherme Marinoni, um *déficit* de matiz constitucional verificado no Código de

⁶⁵⁴ FARIA, Rita Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português* – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade. Lisboa: Universidade Católica, 2016. p. 74

⁶⁵⁵ Sobre as experiências estrangeiras que inspiraram o legislador brasileiro ver, dentre outros: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-184; SANTOS, Ernane Fidélis do. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22-23.

⁶⁵⁶ Aponta Nelson Nery Júnior que a proposta citada era, dentre as demais apresentadas no mesmo evento, a mais importante, e consistia no acréscimo do parágrafo único ao artigo 285 (cujo *caput* versava sobre a prolação de despacho inicial positivo, quando formalmente em ordem a petição inicial), assim redigido: “Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência” (*Atualidade sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62).

⁶⁵⁷ Outros exemplos fora ministrados por Athos Gusmão Carneiro: “Lembremos, ainda, a liminar na ação autônoma de busca e apreensão, segundo o Decreto-Lei nº 911/69 art. 3º; as liminares nas ações locatícias - Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º, art. 68, II; a liminar na ação popular, Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º, as liminares no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, art. 84, § 3º” (*Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12).

⁶⁵⁸ “Antes de examinar a angústia questão da natureza do novel instituto, mister se afigura proclamar que, dentre as inovações introduzidas no CPC, a antecipação de tutela representa a única, realmente, a merecer a designação de revolucionária” (ASSIS, Araken de. . In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14).

Processo Civil até então.⁶⁵⁹

Como procurei ressaltar nos tópicos anteriores, houve uma crescente busca, ao longo da história do direito processual brasileiro, para a possibilidade de concessão de tutela jurisdicional fundada em cognição sumarizada, tendência que atingiu seu ápice, no século passado, com a introdução da tutela jurisdicional antecipada.⁶⁶⁰

Nas duas décadas anteriores a esse marco, coincidentes com o início de vigência do CPC de 1973, o acesso a uma medida liminar só era possível em razão de expressa previsão legal, de forma interina, no bojo de um procedimento especial, tal como, para além dos exemplos antes citados, dá-se em relação aos alimentos provisórios previstos no rito da Lei 5.478/68.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ “Nessa linha, o Código de 1973, até a reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal. Uma Constituição que se baseia na “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV) exige a estruturação de uma ação processual capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69). Em texto anterior o mesmo autor já ponderara: “O jurisdicionado foi muito beneficiado pela possibilidade de o juiz antecipar a tutela com base em receio de dano. Já a partir de 1994 a prática forense assimilou a novidade e hoje é impossível pensar a justiça civil brasileira sem tal instrumento de tutela dos direitos. Trata-se, sem qualquer dúvida, não apenas de técnica processual que resultou de delicada e criativa tarefa dogmática, mas de mecanismo que trouxe grande contribuição para um melhor rendimento da justiça civil e para a realização das necessidades de tutela dos direitos” (*A evolução da técnica antecipatória e da tutela preventiva no Brasil*. Disponível em: <<https://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil>>. [n.p.]. Consulta em 21.05.2020).

⁶⁶⁰ “A vista de tudo o que já se comentou acerca dos novos valores inseridos pelo Estado Social, é certo que a legislação não teria evoluído para a previsão da antecipação de tutela não fosse a maior liberdade de atuação dos tribunais e a possibilidade de interpretação dos textos legais à luz dos princípios extraídos da Constituição Federal. E, caso se cogitasse da aplicação do art. 273, na dicção que lhe foi conferida pela Lei n. 8.952/94, sob a ótica dos valores liberais, certamente não haveria possibilidade de conceder medidas irreversíveis no plano prático, já que, naquela época, o § 6º do art. 273 não comportaria qualquer margem interpretativa por parte do juiz” (ALVIM, Arruda. *A evolução do direito e a tutela de urgência*. ARMELIN, Donald (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* - Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 174).

⁶⁶¹ Usados por Ovídio Araújo Baptista da Silva como exemplo para ilustrar a distinção entre antecipação da tutela jurisdicional e a tutela cautelar propriamente dita: “Figuremos o exemplo da ação de alimentos. A urgência, em tal caso, é inerente à própria lide. Ela, em si mesma, independentemente de qualquer anormalidade circunstancial, é uma causa urgente. Agora, comparemos com a ação de alimentos, uma reivindicatória que, em si mesma, toleraria a ordinariade, posto que inexistente, na causa, a mesma necessidade de tutela imediata. Poderá, no entanto, ocorrer que, no curso da demanda reivindicatória – ou até mesmo antes de seu ajuizamento –, o possuidor demandado esteja a danificar a coisa litigiosa, ou procure ocultá-la, para dificultar o êxito da demanda, ou esteja na iminência de aliená-la a terceiro. Em tais casos, dada a emergência – não prevista pelo legislador e nem inerente à natureza da lide –, poderá o magistrado sequestrar a coisa litigiosa. Mas o sequestro não se insere na lide reivindicatória como um de seus elementos. Ele constituirá, em relação a ela, outra lide, com seus pressupostos próprios e com finalidade específica, enquanto a sumarização da ação de alimentos, ainda quando se os conceda sob a forma provisional, não implica a duplicação de lides, uma satisfativa e cautelar a outra, de modo que esta última lhe dê, à pretensão alimentar, apenas segurança sem satisfação, sequer provisória. Os alimentos, porque o credor não pode esperar, são antecipados, em virtude do periculum in mora, e se são antecipados, são satisfeitos por antecipação. Já o sequestro, enquanto medida

Outra alternativa, como indicado no tópico anterior, era a tutela cautelar, de cabimento amplo mas sujeita à presença de requisitos específicos e de caráter acessório em relação a uma demanda principal, que havia de ser necessariamente ajuizada, caminho que, à falta de outro mais adequado, era bastante difundido, ainda que com sacrifício da, por assim dizer, *pureza* do processo cautelar.⁶⁶²

Tal uso,⁶⁶³ ditado por questões de ordem prática,⁶⁶⁴ gerava certo esgarçamento da base teórica que sustentou a noção de tutela cautelar prevalente no direito processual brasileiro,⁶⁶⁵ na medida em que não raro verificava-se a total ausência de

jurisdicional tomada para evitar o dano iminente, não satisfaz, de modo algum, a pretensão reivindicatória, que apenas assegura sem satisfazer (ou seja: sem declarar existente o direito e sem realiza-lo)” (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15-16).

⁶⁶² “Somente se admitia a satisfação do direito material através de ação cautelar na época em que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro instituto processual *similar* genérico, destinado a antecipar os seus efeitos (tutela antecipada, arts. 273 e 461 do CPC, redação da Lei n° 8.952/94). A tutela cautelar era feita e usada como ação sumária satisfativa e independente, em vez de veículo de proteção ao processo principal com base na provisoriedade e auxiliaridade, para bem de, sob determinadas situações de periclitância, dar uma resposta efetiva e adequada ao direito material posto em perigo. Aceitavam-se, de forma teratológica, ações cautelares sem qualquer cunho auxiliar, dirigidas ao próprio direito material como medidas únicas a evitarem determinadas injustiças no plano fático” (CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 80-81). No mesmo sentido: FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil* (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 38;

⁶⁶³ “É raro a parte utilizar-se do processo cautelar para pleitear tutela que de cautelar só tem o nome. Durante muito tempo tal prática foi adotada, porque somente esse procedimento possibilitava a antecipação liminar da tutela, o que, ressalvadas algumas exceções, não era admitido no processo de conhecimento” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 206).

⁶⁶⁴ “A inviabilidade desses provimentos no âmbito do processo de conhecimento gerava, os apuros da prática forense, a utilização do processo cautelar (pela disponibilidade de liminares) para obtenção de resultado que não lhe era próprio. Tal uso, aliás, esbarrava muitas vezes em argumentos de ordem formal, no sentido da inadequação do meio processual. O inconveniente era de dupla ordem: primeiro, porque o processo cautelar não fora configurado propriamente pelo legislador brasileiro para contemplar tutela satisfativa, conclusão que deriva da interpretação sistemática da disciplina cautelar do Código de Processo Civil; segundo, porque, mesmo admitida a possibilidade de obter provimento satisfativo via cautelar, era necessária a instauração de ação cautelar, distinta do processo de conhecimento e procedimentalmente autônoma. Ao oferecer disciplina específica para a concessão de antecipação de efeitos executivos da tutela de mérito, a alteração permitiu que tal decisão fosse exarada no âmbito do próprio processo de conhecimento, além de fixar requisitos mais precisos e próximos de sua verdadeira natureza, oferecendo parâmetros de segurança, sem prejuízo do contraditório” (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 92).

⁶⁶⁵ Fenômeno que não era exclusividade brasileira: “No mesmo sentido, após lembrar que o art. 700 – base do poder geral de cautela – do CPC italiano permitiu que os tribunais suprissem a ausência de tutela jurisdicional adequada, o genial Vittorio Denti advertiu que isto ocorreu por ter surgido a necessidade de uma “tutela de urgência com função não cautelar, ou seja, não vinculada *instrumentalmente* com a tutela que o art. 700 define como ordinária”. A necessidade de uma tutela efetiva dos direitos não patrimoniais levou Proto Pisani a insistir na oportunidade de um procedimento sumário não cautelar, o que, segundo Denti, superaria “o equívoco que vicia a atual aplicação do art. 700, submetido a exigências de tutela que não têm a característica da *instrumentalidade, própria das medidas cautelares*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 58).

utilidade no ajuizamento da ação “teoricamente” tida como principal.

Como obtempera Cândido Rangel Dinamarco:

Antes disso, debatiam-se a doutrina e a jurisprudência em temas angustiosos como o da existência ou inexistência de um direito substancial de cautela e o da tutela cautelar satisfativa. É possível, indagava-se, uma tutela cautelar que em si própria satisfizesse o direito, tornando praticamente dispensável a tutela principal a que ela estaria teoricamente ligada? Como definir a medida urgente e liminar que concede ao pai o direito de levar consigo o filho em viagem ao exterior contra a vontade da mãe, sabendo-se que quando o processo principal chegar ao ponto de produzir o julgamento definitivo, o pai e o filho já terão ido e vindo e o benefício estará consumado? E o caso do sujeito que obtém liminarmente um provimento mandando que o Poder Público lhe forneça uma certidão: qual a natureza dessa medida e qual utilidade terá o provimento final de mérito, a ser proferido quando o documento já tiver sido entregue, recebido, utilizado? A chegada do novo art. 273 à ordem jurídica brasileira resolveu em parte essas dúvidas, especialmente pelo aspecto conceitual.⁶⁶⁶

Para Eliana Calmon, “o ponto crucial de utilização das cautelares” no direito brasileiro “veio com o bloqueio dos ativos financeiros do Plano Collor I, da Lei n. 8.024/90”, medida contrastada por milhares de brasileiros, que requereram (e muitos obtiveram), liminares em processo cautelar preparatório, levantando o bloqueio mas “deixando um saldo de milhares e milhares de processos em duplicidade (ação cautelar e ação ordinária) para serem solucionados, em nome de uma formalidade apenas”, quadro decorrente da satisfatividade ínsita à liminar em questão.⁶⁶⁷

Além desse ponto, mais ligado à função de tal figura, em outro aspecto foi revolucionária a introdução da tutela antecipada genérica, consistente na mitigação do princípio que idealizava, de maneira rígida, o sacramental modelo da cognição prévia seguida de execução:

O modelo de tutela dos direitos desenhado pelo Código Buzaid - fundado no binómio cognição-execução forçada e no processo cautelar como válvula de escape para toda e qualquer providência provisória urgente preocupado tão

⁶⁶⁶ *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52. Em sentido semelhante: “Com essa progressão de cautelares satisfativas, outras foram insinuadas e acolhidas na prática pretoriana em geral, desvirtuando-se cada vez mais o processo cautelar. A tutela antecipada deu consciência genérica a tal realidade” (SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. O processo cautelar. A tutela antecipada. Os institutos afins. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1998, p. 43). Ainda na mesma toada, menciona Athos Gusmão Carneiro a medida de sustação de protesto, comumente perseguida por meio de uma medida cautelar “preparatória à ação declaratória de nulidade ou anulatória de título cambial”, mas que, em essência, tem natureza de antecipação de tutela (*Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8).

⁶⁶⁷ Tutelas de Urgência. *Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.11, n. 2, jul/dez – 1999, p. 02. Adiante acrescentou: “Tomou-se consciência, então, de dois aspectos da mais alta relevância: 1) era necessário que fosse o processo brasileiro munido de um meio pronto e eficaz para a proteção do direito instantâneo (aquele que, se não repostado de imediato, quando agredido, perde a utilidade para o seu titular); e 2) a utilização das medidas cautelares assoberbava a Justiça com dois processos simultâneos, ao tempo em que estava a sofrer um desvirtuamento quanto à sua finalidade”.

somente na viabilização de uma tutela repressiva contra o dano - sofreu o seu mais duro golpe com a Reforma de 1994 em que se inseriu no bojo do processo de conhecimento ao mesmo tempo o instituto da antecipação da tutela e o da ação unitária para tutela das imposições de fazer e não fazer. Essa Reforma minou a estrutura do Código Buzaid e abriu espaço para a teorização de um novo modelo para tutela dos direitos.⁶⁶⁸

Tanto a concessão de tutela jurisdicional antecipada, como sua efetivação, ocorriam na mesma relação processual, ainda que sob o regime do cumprimento provisório de sentença e com o uso das técnicas de execução indireta, conforme o caso, previstas como medidas de apoio para a efetivação de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, tudo na forma do que dispunha o artigo 273, § 3º, do CPC revogado.⁶⁶⁹

Sob esse prisma, é possível até mesmo cogitar que dessa primeira etapa da reforma do código anterior (1994/1995), complementada pelas alterações ocorridas na segunda etapa reformista (2001/2002), surgiram as primeiras modificações que culminariam, em 2005 (Lei 10.232), com a adoção do processo sincrético como novo paradigma de prestação da tutela jurisdicional, abolida a rígida separação entre cognição e execução,⁶⁷⁰ rompendo “com o princípio da *nulla executio sine titulo*”, que

⁶⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I. p. 56. Para Teori Zavasacki: “O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade, como, v.g., nos alimentos provisionais (CPC, art. 852)” (Medidas cautelares e medidas antecipatórias técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de processo*, São Paulo, n. 82, abr-jun/1996. p. 56.

⁶⁶⁹ Artigo 273 (...) § 3º: A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

⁶⁷⁰ “É justamente nessa linha de pensamento que, de maneira gradativa, porém sensível, avançaram as reformas do nosso Código de Processo Civil, que passou a reconhecer a classificação quinária das ações e o inarredável sincretismo entre cognição, execução e celeridade, como fórmula de minimização da incidência do fator tempo no processo, em harmonia com os valores não menos importantes e representados pela segurança do juízo, por intermédio do *due process of law* e da incessante busca da decisão justa. Rompem-se, dessa feita, as barreiras do processo civil clássico e institui-se, paulatinamente, um instrumento de resultados e efetivamente voltado à realização do direito material”. (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. A crise do processo civil clássico, a superação pelo sincretismo das ações através do instituto jurídico da antecipação de tutela e a concepção originária de Ovídio Araújo Baptista da Silva acerca do tema. *Tutelas de urgência e cautelares*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 743). Adiante acrescentou: “Com as reformas introduzidas no Código de Processo Civil brasileiro a partir de 1994, notadamente com a absorção das técnicas de antecipação dos efeitos de tutelas genérica e específica em sede de processo de conhecimento de rito comum, somando-se ao reconhecimento legal e expresse acerca das demandas e sentenças mandamentais, demos um salto qualitativamente positivo no que concerne à rapidez e efetivação do processo, em prol da satisfação perseguida pelo jurisdicionado” (idem, p. 747).

sustentava dita separação.⁶⁷¹

Não foi em vão, por exemplo, que o próprio dispositivo antes referido teve sua redação alterada em 2002 (Lei 10.444), para aludir às técnicas de *efetivação* da tutela antecipada, e não mais de “execução” como na redação originária de 1994 (Lei 8.952), evitando qualquer cogitação, à luz do paradigma então vigente, de que seria necessária a instauração de um processo de execução para implementação das medidas ou, o que ressoava ainda mais despropositado, que a antecipação da tutela jurisdicional seria restrita às decisões judiciais de natureza condenatória.⁶⁷²

Além disso, na segunda etapa da reformou acoplou-se, por assim dizer, à tutela antecipada a possibilidade de antecipação do julgamento relativo à parte incontroversa da demanda, cujo alcance é bem demonstrado por Marcelo José Magalhães Bonizzi:

A nova redação do parágrafo 6º do artigo 273 minimizou o rigor da regra da incidibilidade da sentença, ao permitir que o juiz, se não pode julgar antecipada e parcialmente, possa, ao menos, proferir uma decisão interlocutória que antecipa, parcialmente, parte da tutela pretendida pelo autor. Do ângulo daquele que está recebendo a tutela jurisdicional, o consumidor final, por assim dizer, pouca diferença faz que essa tutela tenha ou não caráter definitivo, o fato é que a angústia causada pela longa tramitação do processo não o preocupa mais ou não o preocupa tanto.⁶⁷³

A antecipação propiciada por tal figura não era, claro, da decisão em si (daí a falta de ligação imediata com outros institutos ligados à racionalização de atividade jurisdicional, como o julgamento antecipado da lide), mas sim de seus *efeitos*, razão pela qual, segundo entendimento prevalecente, poderia ela ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive de modo simultâneo à prolação da decisão

⁶⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 124.

⁶⁷² “Faz-se, nesse dispositivo, ajuste terminológico consistente na substituição da expressão “execução” pelo termo *efetivação*, já que *efetivação* é expressão mais abrangente, açambarcando a execução no sentido estrito, que diz respeito ao processo de execução que desemboca na desapropriação de bens e à execução *lato sensu*, ou seja, à transformação do mundo empírico em função daquilo que consta do título. A expressão *efetivação* abrange, evidentemente, a realização ou a concretização de determinação constante de sentença mandamental ou executiva *lato sensu*” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165). No mesmo sentido: SHIMURA, Sérgio Seiji *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 94.

⁶⁷³ Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. especial, jan./dez. 2003. p. 162. Para visão ampla do instituto conferir, com proveito: ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo, Saraiva: 2011. *passim*.

baseada em cognição exauriente, e não apenas no início do processo.⁶⁷⁴

Os requisitos para a concessão da tutela jurisdicional antecipada, previstos pelo artigo 273 do CPC anterior,⁶⁷⁵ foram objeto de intensa abordagem da doutrina ao longo do tempo.

Não é o caso, aqui, de uma aprofundada e pormenorizada análise de todos os requisitos, uma vez que o interesse em resgatar a figura neste capítulo, tal como previsto na legislação revogada, não vai além da intenção de tentar demonstrar, como já externado, a linha evolutiva da busca pela concessão de tutelas que, fundadas em cognição sumária, mostram-se como soluções aptas a bem “atender” o direito material.

Até pela inevitável influência dos pressupostos próprios da tutela cautelar – também estes vislumbrados pelo legislador para aplicação geral (salvo a maior especificidade com que tratados, no CPC de 1973, os requisitos para as cautelares *nominadas* então existentes), é possível afirmar que a verossimilhança da alegação, aferida a partir de prova inequívoca, é o requisito básico previsto no *caput*.

A verossimilhança da alegação dizia respeito não exatamente à aferição de serem ou não verdadeiros os *factos principais*,⁶⁷⁶ componentes do núcleo da causa de

⁶⁷⁴ Em edição publicada na vigência do CPC anterior, assim se manifestou Cassio Scarpinella Bueno: “A chamada “tutela antecipada” deve ser entendida como a possibilidade de precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, isto é, não seriam sentidos no plano exterior ao processo – no plano material, portanto –, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento e julgamento de recurso de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado. (...) É concebível, por isso mesmo, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional até o instante em que a sentença ou o acórdão, por imposição do sistema jurídico, surtirem, eles próprios, seus efeitos no plano material” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 33).

⁶⁷⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

(...)

⁶⁷⁶ “No estudo da causa petendi, faz-se necessária a conceituação de seus elementos constitutivos, pois em sua formação, diferenciam-se os fatos jurídicos essenciais, dos secundários. Na diferenciação entre eles, tem-se que o fato principal (ou jurígeno) é aquele reputado como causa eficiente de uma pretensão processual, e além de constituir o objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial. Já o fato secundário (ou simples) apenas emerge deste fato constitutivo. Dele não derivam diretamente consequências jurídicas, mas torna certa a existência desse mesmo fato principal. Por si só, é insuficiente para gerar consequências jurídicas. Serve e informa a existência de um fato principal” (PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69).

pedir, mas sim, mais do que isso, ligava-se à própria plausibilidade da pretensão – já, portanto, ao influxo também de seus fundamentos jurídicos – verificada pelo juízo, por ocasião da análise do cabimento da antecipação de tutela, de maneira prospectiva, no plano da mera possibilidade.

Como ressaltado por Clayton Maranhão:

A noção de *verossimilhança* tem função essencialmente decisória. Atua como uma espécie de gatilho, a convicção (e justificação) necessária para que se desencadeie atividade jurisdicional voltada a fazer efetiva a tutela do direito. Ao intervir concretamente e alterar a posição fático-jurídica das partes, o juiz busca estabelecer uma situação de justiça material a partir de critérios informados pelo sistema e pelos princípios que o regem. Não vê em telas distintas direito e fato, integrando-os na compreensão do problema. Trata-se de um juízo sobre a “plausibilidade do êxito da ação” em vista dos elementos disponíveis. O juiz, ao decidir sobre a antecipação de tutela, analisa integralmente os fundamentos da pretensão, inclusive os aspectos eminentemente jurídicos, além de projetar as consequências práticas do provimento e do grau de afetação às esferas jurídicas das partes em face do contexto em que se insere a decisão. A fundamentação deverá estabelecer as necessárias vinculações sistemáticas, ciente o juiz do campo de normatividade em que está inserida a atividade decisória.⁶⁷⁷

Esse o requisito fundamental, por assim dizer, da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, até porque, de fato, só se antecipa aquilo cuja ocorrência é certa ou ao menos provável, sendo certo que a alusão a “prova inequívoca”, sempre foi bem interpretada pela doutrina, para afastar o rigor que adviria da literal aplicação do adjetivo usado pela letra da lei.⁶⁷⁸

Nos dois incisos desse mesmo artigo 273 encontravam-se outros dois requisitos, alternativos entre si mas necessariamente ligados à plausibilidade da pretensão, um deles baseado na urgência na obtenção da tutela e outro na evidência do direito material buscado.

No inciso I era previsto, como elemento caracterizador da urgência, o “fundado

⁶⁷⁷ A importância do isolamento das técnicas mandamental e executiva lato sensu para a efetividade da tutela jurisdicional. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307. No mesmo sentido Araken de Assis, para quem “a verossimilhança exigida no dispositivo se cinge ao juízo de simples plausibilidade do direito alegado em relação à parte adversa. Isto significa que o juiz proverá com base em cognição sumária” (Antecipação de tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25).

⁶⁷⁸ Como bem apontado por Joel Dias Figueira Junior, “pouco apropriada a expressão utilizada pelo legislador ao definir como requisito à concessão dos efeitos da tutela antecipatória a existência de prova inequívoca, tendo-se em conta que, se o processo já trouxesse em seu bojo prova clara evidenciando os fatos e o direito alegado pelo autor sobre os quais fundamenta a sua pretensão, por certo causaria ao magistrado um juízo de certeza capaz de convencê-lo a conceder a proteção satisfativa definitiva perseguida, por intermédio da sentença de mérito de procedência do pedido” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, t. I. p. 180).

receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, correspondente ao “risco de tardança” a que aludia Calamandrei, ou seja, a demora do processo como elemento de geração ou agravamento de danos ao interessado.⁶⁷⁹

Embora seja possível antever, dogmaticamente, diferenças (ainda assim sutis) entre o fundado receio de dano aqui exigido e o perigo de demora típico das medidas cautelares, é evidente que ambos guardam marcantes pontos de semelhança, até porque, em última análise, trata-se de situações em que há risco a ser debelado pela via da tutela de urgência, seja ela satisfativa ou acautelatória.

Nesse sentido a lição de Arruda Alvim:

(...) c) receio justificado de ineficácia do provimento final: é o *periculum in mora*, o mesmo concedido para toda e qualquer medida liminar, que se traduz no perigo do dano irreparável ou de difícil reparação, valorados não como a impossibilidade de realização do direito, mas também, e principalmente, como a privação do bem e a sua obtenção desde logo para aquele que provavelmente tem direito. Não fosse esta a melhor interpretação ao requisito em comento, ter-se-ia por frustrada a própria finalidade da antecipação da tutela, que foi e é a efetividade do processo.⁶⁸⁰

Já o inciso II previa outra hipótese, por certo ligada ao requisito constante do *caput* do artigo 273, mas que dispensava a situação da urgência, sendo cabível se ficasse “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, elementos que, tomados em conjunto, destinavam-se a abranger “qualquer espécie de embaraço para postergar, ao máximo, o momento procedimental de proferimento da sentença ou, mais amplamente, das decisões aptas a surtirem, naturalmente, seus efeitos para o plano exterior ao processo”.⁶⁸¹

Trata-se de figura logo identificada como *tutela de evidência*⁶⁸² (nomenclatura

⁶⁷⁹ É conhecida a inspirada ponderação de Italo Andolina a respeito do “dano marginal” causado pela demora na satisfação de um direito subjetivo, como consequência do tempo necessário ao desenvolvimento do processo até sua decisão final: “Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come “danno marginale in senso stretto”, oppure come danno marginale di induzione processuale, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato dalla distensione temporale del processo” (*Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 20).

⁶⁸⁰ Tutela antecipada em ação de despejo. *Soluções práticas de Direito – Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. p. 1141.

⁶⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 43.

⁶⁸² “Nesses casos, conquanto premido por uma cognição superficial, o magistrado defronta-se com uma pretensão de direito material de existência quase certa. Ou seja, apesar de o julgador estar adstrito a um espectro de visão bastante limitado, ainda assim, sua análise não pode ser taxada, simplesmente, de perfunctória, visto que a procedência da demanda salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*. A estreiteza da cognição sumária não é suficiente para ceifar o direito de sua ululante evidência, pois” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71).

consagrada pelo CPC de 2015, no *caput* dos artigos 294 e 311), a desempenhar relevantíssima função no processo:

A tutela antecipatória fundada no art. 273, inciso II, do CPC *visa a promover a igualdade substancial entre as partes*. Trata-se de expediente que 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. Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, ele estava querendo evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao demandante que que seria obrigado a suportá-lo integralmente - e benefício para demandado que não a tem.⁶⁸³

Havia ainda, no parágrafo 2º do mesmo artigo 273, um outro requisito, de cariz negativo e aplicável às duas hipóteses retro mencionadas, consistente na ausência de “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, justificado pela circunstância de que a tutela antecipada, por ser revogável ou modificável a qualquer tempo como previsto pelo parágrafo 4º, não poderia ensejar a produção de efeitos práticos irreversíveis.

Trata-se de medida destinada à manutenção do equilíbrio na posição das partes, a fim de que a concessão da tutela antecipada não gere um risco *reverso*, com comprometimento definitivo dos interesses do réu.⁶⁸⁴

Tal requisito, todavia, devia ser aplicado com parcimônia, principalmente em situações mais graves, carentes da antecipação, em que sua rígida observância acabaria por inviabilizar o atendimento dos interesses do autor, malgrado a patente

⁶⁸³ MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 337. Na mesma direção anota Araken de Assis: “Daí o profundo caráter progressista do instituto sob foco: o provimento antecipatório permitirá uma inovação imediata, redistribuindo entre as partes o ônus temporal do processo, no regime anterior suportado, exclusivamente, pelo autor. É por tal motivo que, a despeito de respeitáveis opiniões em contrário, a circunstância de a antecipação da tutela beneficiar somente o autor nada ostenta de inconstitucional. Ao contrário, o instituto procura debelar uma situação de desigualdade, promovendo uma melhor distribuição do ônus temporal do processo entre as partes” (Antecipação de Tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14).

⁶⁸⁴ “São, no dizer de autorizada doutrina, medidas de salvaguarda, destinada a evitar o abuso da providência, como ocorria com as cautelares inominadas. Ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível, a área de sua incidência” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 371).

necessidade deste em obtê-la.⁶⁸⁵

Para Luiz Fux, é possível catalogar tais requisitos divisando-os entre *substanciais* (a evidência e a periclitacão potencial do direito objeto da ação) e *processuais* (a prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação e o requerimento da parte)⁶⁸⁶

Por fim, aspecto bem apreendido pela doutrina, e que é útil à compreensão da nova feição da tutela antecipada no CPC de 2015 (como adiante melhor abordado), foi ressaltado por Ernane Fidélis dos Santos:

A antecipação nunca é propriamente do provimento jurisdicional em si, no sentido de definir a relação jurídica, mas de efeitos que lhe são próprios, sejam eles principais ou secundários, sem prejudicar o direito em sua essência. Em pedido reivindicatório do bem, por exemplo, a condenação que determina a entrega é efeito necessário do reconhecimento do direito de possuir. Neste caso, na antecipação, se for o caso, o juiz não chega a declarar tal direito, nem provisoriamente, pode-se dizer, mas, ainda que fulcrado em juízo sobre o direito de possuir, o que ele faz é conceder, temporariamente, a tutela referente à efetiva posse do bem, efeito do dito direito.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ “Entendemos que o legislador, em seu constante e compreensível comedimento na disciplina das liminares antecipatórias, neste ponto excedeu-se, ao estabelecer uma regra geral impedindo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, quando a medida liminar possa provocar “efeitos irreversíveis”. Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência –, esta última solução torna-se perfeitamente legítima” (SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142).

⁶⁸⁶ FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996. p. 99. Adiante apontou: “O artigo 273, com a sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objetivo do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obterá se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor” (*idem*, *ibidem*).

⁶⁸⁷ SANTOS, Ernane Fidélis do. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 26. No mesmo sentido: “A tutela antecipatória, conforme já analisado, não se refere à antecipação do provimento jurisdicional final pleiteado, mas somente aos efeitos decorrentes da tutela jurisdicional reclamada em juízo, ou seja, o que o juiz defere não é uma antecipação do próprio julgamento de mérito, mas apenas os efeitos que advirão do futuro e provável provimento jurisdicional” (AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 162). Aspecto interessante foi ressaltado por Athos Gusmão Carneiro: “A evidência, os efeitos antecipados devem ser aqueles que a (provável) sentença de procedência da demanda terá aptidão para produzir. O juiz não pode antecipar efeitos mais amplos do que os que poderão decorrer da futura sentença (“ultra petita”), nem efeitos de outra natureza (“extra petita”); poderá, no entanto, antecipar apenas parcialmente os efeitos esperados, se a antecipação apenas parcial for suficiente para evitar o dano adequadamente redistribuir os ônus do tempo no processo” (*Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39).

3.5. Conclusões parciais

1. A essencialidade do princípio do contraditório não se coloca em discussão, até por ser um dos vetores do *valor* segurança jurídica, mas ele pode ser potencialmente atendido, em qualquer das suas modalidades, mesmo nos processos conducentes à cognição sumarizada no aspecto vertical ou horizontal.

2. O procedimento comum, de estrutura ordinarizada, com franca aptidão para viabilizar a ampla possibilidade de alegações e defesas pelas partes – e, via reflexa, calcado em cognição exauriente – não é uma necessidade ínsita à ciência processual e tampouco a via única para o atingimento de suas finalidades, mas seu uso acabou hipertrofiado por influência, em considerável medida, por questões externas, de índole social e política, senão cultural.

3. A adequação do procedimento ao direito substancial, mais do que fator de racionalização da forma pela qual é prestada a tutela jurisdicional ou de aceleração da marcha processual, é corolário da garantia fundamental de acesso à justiça, por força de seu potencial para influenciar, positiva ou negativamente, no atingimento de grau satisfatório de efetividade processual.

4. A modulação da cognição, mais do que a mera variação procedimental, acaba trazendo, para situações específicas, maiores vantagens, tornando mais efetiva a resposta jurisdicional.

5. A cognição sumária não é instrumento exclusivo da tutela jurisdicional de urgência, mas sim presta-se a viabilizar formas mais efetivas de prestação jurisdicional, de que é eloquente exemplo a ação monitória, iniciada pela expedição de ordem de pagamento pelo juiz independentemente da oitiva do devedor, desde que presentes os elementos eleitos pela lei processual como suficientes (prova documental sem eficácia de título executivo – artigo 700 e seguintes do CPC).

6. A sumariedade da *cognição* (e não a meramente procedimental), é que se mostra como alternativa interessante para algumas situações específicas, carentes de proteção adequada se seguida a fórmula sacramental do procedimento comum.

7. É ocioso pensar em alternativas para a solução dos problemas ligados ao excessivo número de processos, e aos entraves daí decorrentes, sem que se

cogite, principalmente, pela busca de novos modelos processuais, calcados na modulação da cognição desenvolvida.

8. Se a cognição representa a atividade judicial de consideração, análise e valoração das postulações das partes e das provas levadas ao processo, é evidente a íntima ligação e a influência que o princípio do contraditório, alicerçado no trinômio informação/reação/participação, tem sobre ela. Tanto assim é que cortes cognitivos podem gerar, como “efeito colateral” mesmo, restrições e limitações do princípio do contraditório.

9. O desafio é aquilatar um parâmetro para tais limitações, ou seja, divisar o grau de atenuação constitucionalmente válido do contraditório, com sua inversão ou postergação, técnicas que parecem resistir de modo satisfatório a essa “filtragem” constitucional.

10. A noção de tutela diferenciada mais adequada é aquela que contempla processos ou técnicas processuais (e não apenas procedimentos) essencialmente diferentes, com modelos que, em essência, mostrem-se inovadores em relação ao padrão “clássico” da ordinaryness.

11. São os cortes cognitivos, sob o aspecto horizontal ou vertical, que caracterizam a tutela jurisdicional diferenciada, justamente porque só por meio deles é que se pode falar em modelos processuais diferentes, que viabilizem uma prestação jurisdicional, esta sim, de fato diferenciada.

12. O esquema básico que caracteriza o procedimento comum, com a plena disponibilidade de todas as potencialidades ínsitas ao contraditório em fases processuais prévias ao acerto trazido pela sentença, é claramente adequado à formação da coisa julgada, embora gere, como contrapartida, a necessária submissão dos interessados ao transcurso natural do tempo.

13. É indiscutível a utilidade da coisa julgada e sua importância para a solução dos conflitos, ideal perseguido não só pelas partes, mas do qual se vale também o próprio sistema jurídico, na medida em que o Estado não é obrigado a prestar tutela jurisdicional para casos concretos em que já o fez. Ainda assim, não pode ela ser alçada a condição de figura essencial para a prestação jurisdicional ou, por outra, não é correto aceitar que, para toda e qualquer crise jurídica de direito material, seja ela o único remédio possível.

14. Não se quer, com isso, diminuir a relevância e menos ainda a utilidade da coisa julgada, mas apenas ponderar que, a juízo do interessado, outra via pode ser possível, abrindo-se mão da coisa julgada em prol de outro caminho processual que, apartando-se do esquema procedimental conducente à cognição plena e exauriente (e, pois, à coisa julgada), seja mais rápida.

4. A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1. Aspectos gerais

Além dos aspectos já abordados no capítulo anterior, é certo que a tutela cautelar, no sistema processual brasileiro baseado no CPC de 1973, era prestada por meio do correlato *processo cautelar*, assim entendido, na noção doutrinária que subjaz ao tema naquele contexto histórico-cultural, como um terceiro gênero, ao lado do processo de conhecimento e de execução, tal como melhor exposto no tópico 3.4.10, *retro*.

Cerca de vinte anos após a vigência daquele diploma foi introduzida no direito processual pátrio a tutela jurisdicional antecipada genérica, que representou, em termos práticos, a possibilidade de prestação de tutela baseada em cognição sumária, inclusive liminarmente, em qualquer espécie de processo, sempre pressupondo a formulação – necessariamente prévia ou concomitante – do pedido principal, até porque os efeitos do virtual acolhimento deste é que se antecipavam (3.4.11).

As duas figuras, embora ontologicamente diferentes, têm em comum o fato de serem armas em prol da efetividade do processo (e, via reflexa, da tutela dos direitos), tendo havido a opção, pelo Código de Processo Civil de 2015, pela ampla reformulação no modo de sistematiza-las, agrupadas que foram, em atendimento às ponderações de autorizada doutrina,⁶⁸⁸ como espécies de um mesmo gênero,

⁶⁸⁸ “Sabido que ao processo e às medidas cautelares o Código dedica todo um livro composto de noventa e quatro artigos, com muitos incisos e parágrafos (Livro III, arts. 798-889), fica evidente a disparidade de tratamentos e manifesta a necessidade de uma reconstrução sistemática do instituto, pelos juízes e doutrinadores, até quando o legislador se disponha a completar seu serviço inacabado. Cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo, esse dilapidador de direitos de que falou Francesco Carnelutti - mas essa grande similitude ainda não foi bem compreendida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49). Adiante explicitou seu raciocínio: “Daí a legitimidade da recondução das medidas antecipatórias e cautelares a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a das *medidas de urgência*. E 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 as diferenciam” (idem, p. 54). Em obra recente, o autor considerou como “dado positivo no Código o trato harmonioso e sistemático de todas as tutelas provisórias especialmente o das urgentes às quais dita uma disciplina comum para depois descer às especificidades de cada uma delas (arts. 300 ss.)” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. I. p. 43-44).

qual seja a tutela provisória de urgência, unidas pelo traço comum da sumariedade da cognição desenvolvida,⁶⁸⁹ ressaltando-se, em relação à tutela antecipada, que esta também pode fundar-se apenas na evidência (artigo 311, CPC).

Como aponta Luiz Guilherme Marinoni:

A restrição da cognição no plano vertical conduz ao chamado juízo de probabilidade ou às decisões derivadas de uma convicção de probabilidade. É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a tutela jurisdicional do direito ou uma situação concreta que dela depende (tutela cautelar; art. 300 do CPC); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipada; art. 300 do CPC); (c) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo inconsistente, antecipadamente um direito (tutela da evidência; art. 311 do CPC); ou (d) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento comum, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais).⁶⁹⁰

O diploma processual anterior padecia de problemas advindos da circunstância de ter sido objeto de sucessivas reformas processuais, com destaque para as leis que formam a “primeira etapa reformista” (entre 1994 e 1995), à qual se sucederam a segunda (entre 2001 e 2002) e a terceira etapa (2005 e 2006).⁶⁹¹

Tais reformas, embora justificadas por fatores relevantes próprios de cada época, acabaram colaborando para uma quebra da sistematização dos temas e por exigir maior esforço interpretativo dos operadores do Direito, inclusive na busca de “leituras” compatíveis com a ordem constitucional vigente a partir de 1988, sendo

⁶⁸⁹ “Logo as tutelas reguladas no Novo Código de Processo Civil a partir do art. 294, são provisórias porque atreladas a um modo específico de cognição judicial que é a sumária, fundada em juízo hipotéticos e estruturadas e parametrizadas por conceitos juridicamente indeterminados” (DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 35). Em tom ufanista, Lenine Munari Mariano da Rocha anota que o CPC/2015 “tentou adotar uma posição de vanguarda internacional na matéria” (Comentários aos artigos 294 a 311. In MACEDO, Elaine Harzheim; RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto (orgs). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Prisma, 2017. p. 342).

⁶⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 33. Para Ada Pellegrini Grinover: “Conclui-se disso tudo que a visão contemporânea da tutela antecipatória e da cautelar ressalta que, tanto do ponto de vista funcional como do estrutural, o único traço comum entre as duas consiste na sumariedade da cognição, de modo que ambas se inscrevem na denominada tutela jurisdicional diferenciada - no sentido de diferente da cognição profunda e exauriente própria da tutela que deriva do procedimento ordinário. E é bom lembrar que o mito do procedimento ordinário como modelo ideal para fazer face a todas as crises do direito material sucumbiu as novas exigências sociais, haja ou não o requisito da urgência, levando à sumarização do processo” (Tutela antecipatória em processo sumário. *Tutelas de urgência e cautelares*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 20).

⁶⁹¹ Interessante visão panorâmica dessas reformas é fornecida por Carlos Alberto Carmona em estudo publicado em obra coletiva por ele coordenada (Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil. In: *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 01-60).

comum a alusão à figura da “colcha de retalhos” para designar o CPC de 1973.⁶⁹²

Nesse contexto, tirante discussões sobre a necessidade de um novo Código de Processo Civil – as quais, a despeito de sua relevância, restaram superadas pela realidade objetiva consistente no concreto advento do novo diploma processual – o fato é que essa *sistematização* das tutelas de urgência, até então ausente no campo legal, foi oportuna, por melhor coordenar as hipóteses de cabimento de cada uma delas e por dispor, de modo razoavelmente detalhado, sobre o procedimento cabível em um ou outro caso.

Ainda que sem desprezar, por óbvio, a base conceitual já desenvolvida ao longo da evolução da ciência processual, o Código de Processo Civil de 2015, em linhas gerais, preservou os valores que pautaram as três ondas reformistas do diploma anterior, na busca pelo desenvolvimento de institutos e técnicas processuais comprometidos com a efetividade.⁶⁹³

De modo auspicioso (e simbolicamente forte),⁶⁹⁴ o CPC em vigor é inaugurado

⁶⁹² “E aqui fazemos a crítica ao método usado para a reforma do Código de 73: não se atentou para a advertência que Alfredo Buzaid fazia ao responder ao tal dilema. Dizia ele que *O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o País; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor; mas em outras saiu a emenda pior que o soneto*. Antecipamos que tal método de “reformas setoriais”, empregado desde 1992 para a reforma do Código de 73, acabou transformando-o realmente numa colcha de retalhos, a exigir, já nos primeiros anos século XXI, a sua substituição por outro diploma” (CARVALHO, Milton Paulo de. Um processo civil com liberdade. *Revista Jurídica Eletrônica*. v. 1. São Paulo, dez/2017-jan/2018, p. 289). A referido entendimento de Alfredo Buzaid extrai-se da “Exposição de Motivos” do CPC/73.

⁶⁹³ Referindo-se a esse movimento reformista tem-se a eloquente lição de Cândido Rangel Dinamarco: “As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como o objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século do XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana” (*Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11).

⁶⁹⁴ “Um dos frutos mais evidentes dessa nova postura teórica é o Código de 2015 – e, mais especificamente, a previsão de normas fundamentais como compromissos centrais do legislador para com a Justiça Civil (arts. 1º a 12 do CPC/2015). É sintomática essa abertura: se olharmos para a ZPO alemã, de 1877, e para o *Codice di Procedura Civile* italiano, de 1942, perceberemos que em ambos os casos o legislador principia tratando da jurisdição: a ZPO dedica seu § 1º à competência material dos tribunais (“*sachliche Zuständigkeit*”), ao passo que o *Codice* alude em seu art. 1º à jurisdição (“*giurisdizione del giudici ordinari*”). Se, porém, saltarmos no tempo, veremos que o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, de 1975, não inicia da mesma maneira: ele começa enunciando princípios diretores do processo (“*principes directeurs du procès*”, arts. 1º a 24). O legislador inglês igualmente inicia anunciando seu objetivo fundamental (“*overriding objective*”, Rule 1.1). Nosso Código de Processo Civil segue nesse particular esse último caminho: desde o início, o legislador entorna normas fundamentais que servem para densificar o direito ao processo justo previsto na Constituição (art. 5º,

por um capítulo destinado às “normas fundamentais do processo civil”, que formam um arcabouço dogmático fixador de parâmetros mínimos de interpretação e aplicação dos demais dispositivos.⁶⁹⁵

Integram tais normas a “Parte Geral” do Código, aplicável, como tal, a todas as espécies de processo.⁶⁹⁶

A sistematização da denominada tutela provisória vem prevista no Livro V dessa mesma “Parte Geral”, valendo referir que Cassio Scarpinella Bueno entende que a tramitação do projeto de lei a este referente, no Congresso Nacional, inoculou vício de inconstitucionalidade formal no texto, em alguns pontos específicos, incluindo em relação à nomenclatura utilizada neste tópico:

O Projeto do Senado, seguindo os passos do Anteprojeto, propunha em substituição aos dois mencionados dispositivos, disciplina que intitulou “tutela de urgência e tutela da evidência”, veiculada em seus arts. 269 a 286. O Projeto da Câmara propôs, em seu lugar, disciplina denominada “tutela antecipada”, que ocupava seus arts. 295 a 313. O CPC de 2015 se ocupa, em seus arts. 294 a 311, do que acabou chamando de “tutela provisória”. Para aqueles que entenderem se tratar de mera mudança de nome, quiçá mais adequado para descrever a novel disciplina legislativa,

LIV) e dar as linhas-mestras que o estruturam” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 49-50).

⁶⁹⁵ Como advertem Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron: “Assim, o Novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, de sua unidade, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica (substancial). Ademais, não será possível analisar dispositivos de modo isolado, toda compreensão deve se dar mediante o entendimento pleno de seus sistemas, sob pena de se impor leituras apressadas e desprovidas de embasamento consistente” (*Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19).

⁶⁹⁶ “A previsão de uma parte geral constitui inovação em geral elogiada pela doutrina: “A sistematização do novo Código de Processo Civil, entre várias inovações, estabeleceu uma Parte Geral em que são agrupadas as normas comuns aplicáveis a todo o conjunto do ordenamento, e que, portanto, servirão de base à melhor compreensão e à mais adequada aplicação dos procedimentos, remédios e incidentes regulados na Parte Especial” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 66). Para Arruda Alvim: “Do ponto de vista da organicidade, o CPC/2015 aprimorou a divisão do CPC/1973, observando maior rigor técnico e metodológico. O CPC/2015 contém, na Parte Geral do Livro I, que cuida das normas fundamentais aplicáveis ao processo civil. O Livro II se aplica a normatização atinente à ação, à jurisdição, bem como aos limites desta, regulando a competência. O Livro III da Parte Geral trata dos sujeitos do processo, incluindo-se aí a pluralidade de sujeitos em um mesmo polo da demanda, e também a forma como terceiros podem intervir em relação jurídica processual alheia. Em seguida, o Livro IV da Parte Geral dedica-se a regular os atos processuais, incluindo-se a forma como são realizados, bem como o momento processual adequado, o lugar em que devem ser praticados e os prazos que devem ser observados. Trata-se também, neste Livro, da forma de comunicação dos atos processuais e das nulidades que se podem fazer sentir no processo. O Livro V, por sua vez, cuida da tutela provisória, incluída a relevante questão da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. O derradeiro Livro da Parte Geral, de número VI, dedica-se às normas atinentes à formação, suspensão e extinção do processo. Basicamente, o que constava do Livro I do CPC/1973 passou a integrar a Parte Geral do CPC/2015, fracionado, como dissemos, em seis livros. Essa parte geral, aliás, representou na história do Direito uma conquista técnica e, portanto, deve ser preservada e aprimorada” (*Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 82).

não haverá maiores dificuldades de entender que as modificações ocorridas na última etapa do processo legislativo não esbarram no devido processo legislativo (art. 65, parágrafo único, da CF). Diferentemente, para quem entender que a nova disciplina legal vai além de meras questões terminológicas, o vício no processo legislativo é conclusão irretorquível, a começar pelo nome dado ao instituto. Ocorre que a demonstração de ter havido extrapolamento na última etapa do processo legislativo pressupõe, ao menos em larga escala, que haja (ou que houvesse) alguma certeza sobre a interpretação do que fora projeto pelo Senado e pela Câmara para fornecer parâmetros seguros de comparação entre um e outro Projeto e, conseqüentemente, para aferir eventual inconstitucionalidade formal. A conclusão por hora alcançada nesse trabalho não evidencia maiores problemas quanto a esse ponto, lamentando, apenas, a alteração de nome ocorrida na reta final do Projeto do Senado, que corre o risco de limitar o alcance do instituto proposto desde o Anteprojeto a algo que só pode querer ser provisório e, como tal, não definitivo, diferentemente do que já se ensaiava sustentar aqui e acolá. De qualquer sorte, nomes são nomes e, por definição, não podem querer se sobrepor às realidades que eles descrevem. A doutrina e a jurisprudência precisam ter isso claro ao traçar, criando, o regime jurídico desta figura independentemente da nomenclatura que, a final, foi escolhida para descrevê-la pelo CPC de 2015.⁶⁹⁷

Em que pese a relevância da crítica – que atende ao papel destinado à doutrina – é inegável que a sistematização trazida pelo novo sistema processual brasileiro deve ser bem compreendida e, mais do que isso, *aceita*, não só por tratar-se, ao fim e ao cabo, do direito positivado (até porque, se assim não fosse, ter-se-ia um certo “vácuo” normativo a partir de eventual reconhecimento da inconstitucionalidade formal de um ou outro dispositivo).

Além desse aspecto, não se pode negar que pela primeira vez foi possível conciliar, com base nas mais alentadas considerações de ordem doutrinária formadas ao redor das medidas cautelares e das antecipatórias, essas duas *técnicas*, de maneira harmônica (vale explicitar, com cada uma ocupando seu espaço de atuação e com adequada solução prática de eventuais “choques” dessas áreas de abrangência, por meio da manutenção da fungibilidade entre as tutelas de

⁶⁹⁷ *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 300-301.

urgência)⁶⁹⁸ e sistemática.⁶⁹⁹

Os lindes entre a tutela cautelar e a antecipada, sob o aspecto dogmático, estão bem definidos no regime adotado pelo CPC de 2015, fundado em bases doutrinárias construídas ao longo da vigência do diploma anterior.

Não abala tal conclusão a constatação de que o CPC, na previsão das regras de aplicação prática de tais figuras, tenha seguido iniciativa da lei revogada e previsto certa fungibilidade entre elas, aspecto adiante melhor abordado.

As distinções entre a tutela antecipada e a cautelar proposta pelo CPC de 2015 são razoavelmente nítidas e representam uma tomada de posição lúcida do legislador, deixando mais evidente, pela justaposição de tais espécies de tutela provisória sob o mesmo gênero, não por acaso *topograficamente* próximas na lei, as diferenças essenciais entre elas, já percebidas na vigência do diploma anterior, em que tais distinções, obnubiladas pela assistemática disposição da matéria a partir de sucessivas reformas, não eram ditadas pela lei de forma tão explícita.

⁶⁹⁸ “Do mesmo modo que o CPC/1973, estabelece o art. 305, parágrafo único, do CPC/2015, a fungibilidade entre as tutelas provisórias de natureza cautelar e antecipada, concedidas em caráter de urgência. (...) A fim de atingir os desígnios de instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, o exame da possibilidade dessa *conversão* deve ser feito *ex officio* pelo juiz. Assim, o art. 305, parágrafo único, do CPC/2015, determina que, se o autor requerer uma medida cautelar que tiver natureza de medida antecipada, o juiz deve seguir o procedimento desta, e não daquela. Aqui, tal qual no CPC/1973, o juiz é dotado de poderes amplos para, em situações de urgência, evitar que a dificuldade de categorizar a medida prejudique o autor, tolhendo-o de seu direito fundamental à efetividade do processo. Também sob a égide do CPC/2015 a fungibilidade é uma via de mão dupla, no sentido de que tanto poderá ser concedida uma medida antecipatória erroneamente requerida sob a denominação de cautelar, como esta poderá ser concedida se, por um equívoco, for requerida a título de tutela antecipada” (ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 18 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 740 e 741).

⁶⁹⁹ “O Novo Código de Processo Civil ao regular as tutelas provisórias promoveu uma nova sistematização das tutelas não-definitivas. Essa reestruturação, contudo, não é apenas topológica, pelo contrário, a refundação teórica das tutelas de modo a garantir um subsistema orgânico, coerente e efetivo” (DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 31). Essa aproximação entre as duas formas de tutela no âmbito doutrinário, unidas sob o pálio de um gênero comum, mereceu crítica de Daniel Mitidiero: “Em uma visão sistemática, é fácil perceber que toda a teorização de Calamandrei e Proto Pisani - e de muitos outros que seguem suas lições mundo afora - tem por objeto não propriamente a tutela cautelar, mas sim a técnica antecipatória que pode levar a prestação de tutela jurisdicional dos direitos sob cognição sumária. Quando Calamandrei afirma o *periculum in mora* como nota distintiva da tutela cautelar, e Proto Pisani assevera que essa mesma tutela deve ser enquadrada como espécie de proteção que visa a combater os danos que podem emergir da duração do processo, resta absolutamente claro que o objeto de consideração desses autores é a necessidade de aceleração da prestação da tutela jurisdicional - ou, em outras palavras, de antecipação da tutela. É preciso perceber, contudo, que constitui requintada extravagância da doutrina colocar sob o mesmo gênero tutelas jurisdicionais diferentes apenas pela circunstância técnica de ambas se prestarem a realização de forma antecipada sob cognição sumária” (*Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 49-50).

Com isso, além de uma melhor organização sistemática do tema, colhem-se também ganhos no campo prático, já que encarada a prestação dessas formas de tutela como verdadeiras técnicas processuais, cada qual com seus contornos próprios, funções diferentes, mas efeitos semelhantes, facilita-se a recíproca fungibilidade entre elas (“mão dupla”),⁷⁰⁰ tema que na vigência do diploma anterior só foi devidamente pacificado, positivamente, após certo titubeio da doutrina.⁷⁰¹

Antes mesmo de haver previsão legal acerca de tal fungibilidade (pela primeira vez prevista na Lei 10.444/2002), Humberto Theodoro Júnior já indicava a necessidade de sua observância, decorrência das proximidades existentes entre a tutela cautelar e a antecipada:

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio

⁷⁰⁰ “No CPC de 2015, a estrutura criada pela extinção do processo cautelar e a liberdade das formas de tutela da urgência trazida pela possibilidade de fazê-lo tanto antecedente quanto incidentalmente, seja por meio acautelatório, seja por meio antecipatório, teve exatamente a intenção de flexibilizar o sistema das medidas de urgência. Assim agindo, possibilitou-se a fungibilidade entre as técnicas antecipatória e cautelar (parágrafo único do art. 305), trazendo consequências bastante significativas junto ao universo da tutela de urgência. Em verdade, a busca pela instrumentalidade e pela efetividade do processo denota uma clara tendência, cuja constatação chama a atenção pela dialética da vida humana em sociedade: a aproximação entre o processo e o direito material e a volta do sincretismo” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 42).

⁷⁰¹ A regra da fungibilidade entre as tutelas de urgência, no direito anterior, só foi inserida no diploma processual com o advento da Lei 10.444/2002, por meio da introdução do parágrafo 7º ao artigo 273, que tratava da tutela antecipada. Comentando o dispositivo logo após seu advento, assim manifestou-se William Santos Ferreira: “O novo § 7º vem de encontro a um julgado do Superior Tribunal de Justiça que impediu a conversibilidade – antes da reforma ora comentada – assim sendo ementado: “Processual civil – Tutela antecipada – Medida cautelar – Impossibilidade – Pressupostos diversos. 1. O tribunal não pode transmutar o pedido de tutela antecipada em pedido de liminar em ação cautelar. 2. Recurso provido” (1ª T., REsp. 163-854-RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 31.5.1999, p. 84). (...) Obviamente, caso haja a conversão do pedido de tutela antecipada para de natureza cautelar, a decisão do juiz deverá ser proferida à luz dos requisitos específicos da medida cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e não da tutela antecipada, que são inclusive mais rigorosos quanto à probabilidade do direito afirmado pelo autor. O dispositivo tratado representa uma “desburocratização de meios”, extensão da instrumentalidade do processo a serviço da sua efetividade. O inverso, na cautelar haver um pedido de natureza antecipatória e sua conversibilidade, não nos parece possível, pois a antecipação necessita encontrar-se no processo principal (não obrigatoriamente na petição inicial, embora seja o mais comum). Contudo, se a urgência for agônica, nada impede, e pelo menos isto a teleologia do dispositivo nos parece indicar, que o juiz conceda a tutela de urgência, para o que o objeto não pereça, desde que presentes os requisitos para antecipação (art. 273), determinando que o autor ajuíze a ação principal requerendo a tutela antecipada, para se adequar à situação. O que não parece ser razoável é “apenas” pelo formal expor-se o autor a graves riscos” (*Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 212 e 213).

procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Nota-se, no entanto, da parte de alguns julgados, a tendência de adotar-se um excessivo tecnicismo para separar em compartimentos estanques e inflexíveis as hipóteses de tutela cautelar e as antecipações de tutela. É preciso, todavia, muita prudência no tratamento de matéria tão delicada como é a da prevenção em qualquer de suas modalidades, pois o rigor tecnicista pode simplesmente anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional maiores do que os que causava a falta do remédio inovador.⁷⁰²

Esse excerto doutrinário é eloquente, na exata medida em que fornece correto critério hermenêutico, sendo inegável que qualquer interpretação da delimitação legal de certas figuras processuais deve necessariamente atentar para o fato de que, para além de uma bem engenhada construção legal, eventualmente apoiada em posições doutrinárias seguras, deve a interpretação ter resultado adequado à própria função essencialmente pragmática do processo civil e sua conseqüente poder de influência no mundo fático.

É exatamente esse parâmetro que guiará a abordagem dos principais pontos a respeito da tutela provisória, visando estabelecer algumas conclusões gerais sobre as espécies e as formas de concessão da tutela provisória.

Por fim, vale frisar que a tutela provisória aqui abordada é aquela prevista no Livro V da Parte Geral do CPC de 2015, sem prejuízo de verificar-se outras formas de prestação de tutela jurisdicional baseada em cognição sumária, sem pretensões de definitividade.⁷⁰³

De modo mais conectado à sistemática da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, fala-se, por exemplo, em tutela antecipada recursal para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o possui, ou mesmo viabilizar a antecipação da própria providência buscada, adiantando-se, conforme expressa previsão aplicável ao agravo de instrumento, os efeitos do virtual provimento do recurso (art. 1.019, I).⁷⁰⁴

⁷⁰² *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 92.

⁷⁰³ Elenca Eduardo Lamy formas de tutela não-definitiva, tal como a execução provisória, sendo perceptível que a efetividade do processo é ponto comum entre instrumentos unidos pela provisoriedade, mas substancialmente diferentes: “Para o CPC de 2015 a tutela provisória é gênero de tutela jurisdicional e consiste na tutela jurisdicional não definitiva, seja ela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 a 310), de tutela de evidência (art. 311) ou de cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538)” (*Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 2).

⁷⁰⁴ “A expressão “tutela antecipada no âmbito recursal” dever ser compreendida amplamente para abarcar todas as situações em que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional deve ser formulado perante o Tribunal *ad quem*, supondo, conseqüentemente, algum descontentamento com as decisões proferidas pelo juízo *a quo*. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nunca é demais frisar, no sentido de emprestar a uma decisão jurisdicional os efeitos que, de outro modo, não

No campo do processo de inventário, já na fase inicial da etapa da partilha, pode o juiz antecipar efeitos do pedido de quinhão formulado por herdeiro, deferindo-o de forma adiantada o exercício dos direitos de usar e fruir determinado bem, com a condição de que este, ao final do processo, integre a cota desse herdeiro, na forma do artigo 647, parágrafo único, do CPC.⁷⁰⁵ Portanto, claramente antecipa-se a partilha.⁷⁰⁶

Há, também nesse tópico, previsão que parece ostentar natureza cautelar, destinada à reserva de quinhão de herdeiro tardiamente assim reconhecido no processo, tal como prevê o artigo 628 do CPC.⁷⁰⁷ O parágrafo segundo autoriza a reserva de quinhão, até que se resolva, pela via processual própria, a questão de ostentar o interessado, ou não, a condição de herdeiro.

4.2. Regras procedimentais comuns à tutela de urgência e da evidência

Quem se aventura a ler, pela primeira vez, o artigo 294 do CPC/2015⁷⁰⁸ – que

poderiam ser sentidos de imediato ou, quando menos, antes da manifestação do órgão recursal. Trata-se, portanto, de exercício do “dever-poder geral de antecipação” perante o Tribunal recursal competente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 88).

⁷⁰⁵ “Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

⁷⁰⁶ “O Código de Processo Civil trouxe uma inovação no direito das sucessões, ao estabelecer expressamente a possibilidade de antecipação de uso e fruição de parcela do quinhão hereditário por qualquer dos herdeiros. A rigor, não havia óbice sob a égide do Código revogado, a que o herdeiro pudesse usar e fruir de um determinado bem integrante do espólio antes da realização da partilha, inclusive porque o herdeiro poderia formular pedido neste sentido, com fundamento no regime da tutela antecipatória. Ocorre que, neste caso, o herdeiro deveria comprovar o periculum in mora para a concessão da tutela, o que tornava mais difícil a sua concessão. Nas demais hipóteses, era viável, em tese, que o herdeiro apresentasse pedido de alvará, incidentalmente ao inventário aforado, para que pudesse fazer jus à utilização de determinado bem móvel ou imóvel integrante do espólio” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 66).

⁷⁰⁷ Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.

§ 2º Se para solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

⁷⁰⁸ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

inaugura o título destinado às disposições gerais aplicáveis à qualquer espécie de tutela provisória – imagina que está diante de norma propositalmente enigmática, que além de pouco revelar em certa medida faz confusa até mesmo a elaboração de uma primeira “imagem” objetiva da matéria.

É verdade que entender a primeira “mensagem” do dispositivo não é tarefa complexa: a tutela provisória pode ser fundada na urgência ou na evidência, como revela o *caput*. Tutela provisória é gênero, do qual são espécies a tutela de urgência e a da evidência.

O parágrafo único, contudo, turva a percepção dessa primeira leitura ao aludir à tutela de urgência, que na dicção legal tanto pode ser cautelar ou antecipada, como também será formulada, cada qual, de modo antecedente ou incidental.

A partir de novas leituras constata-se que, a despeito da cacofonia quase pueril, de fato existe uma tutela de urgência antecipada antecedente. Mas, mais do que isso, o leitor precisará interpretar os artigos subsequentes para, aí sim, compreender o dispositivo inaugural da disciplina legal da tutela provisória.

Em suma, a ideia é que a tutela de urgência, pela função, possa ser cautelar ou antecipatória. Procedimentalmente, podem ser requeridas de maneira antecipada à formulação do pedido de tutela definitiva, ou mesmo de forma incidental a processo já formado, de natureza cognitiva ou executiva.

Para Leonardo Greco, o CPC de 2015 dá ensejo à classificação da tutela provisória por três critérios distintos: da *natureza*, o *funcional* e o *temporal*, os quais, analisados em conjunto, auxiliam a compreender a matéria:

O critério da natureza da providência pleiteada divide a tutela provisória em tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e tutela de evidência, em que esta se parece distinguir-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição do perigo de dano. É o que acontece, por exemplo, com a liminar possessória ou com a liminar de alimentos provisórios. Pelo critério funcional, é a finalidade preponderante de preservação ou implementação de alguma situação fática ou jurídica, na esfera do direito processual, para garantir a eficácia da prestação jurisdicional na causa principal ou, diversamente, a imediata investidura do requerente no gozo, ainda que provisório, parcial ou total, do bem da vida almejado na causa principal, que subdivide a tutela provisória em cautelar ou antecipada, podendo esta última ainda subdividir-se em tutela antecipada de urgência e tutela antecipada de evidência. Tendo em vista a instrumentalidade intrínseca à tutela provisória, o critério

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

temporal a divide em antecedente e incidente, conforme seja requerida antes ou no curso da ação principal. A tutela provisória antecedente pode ser cautelar ou antecipada de urgência. A tutela provisória incidente antecipada pode ser de urgência ou de evidência.⁷⁰⁹

Essa classificação, por meio de categorias conciliáveis, bem expõe aspectos essenciais da tutela provisória.

A nomenclatura escolhida pelo legislador não é isenta de críticas, fundadas na constatação de que, segundo lições doutrinárias clássicas, “a tutela cautelar é temporária, enquanto a tutela antecipada é provisória”.⁷¹⁰

Esses conceitos, até pela aparente proximidade semântica entre os dois vocábulos (provisório e temporário), foram bem ilustrados por inspirado exemplo ministrado por Alfredo de Araújo Lopes da Costa, em conhecido excerto doutrinário:

“Temporário”, em verdade, é o que dura determinado tempo. “Provisório”, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o “definitivo”. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; “provisório”, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue. Os andaimes da construção são “temporários”. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que nada virá a substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também. O provisório é sempre trocado por um definitivo.⁷¹¹

Ainda que a crítica de fato tenha amparo em lições doutrinárias coerentes, parece correto concluir que a noção de provisoriedade utilizada pelo CPC de 2015 refere-se à decisão propriamente dita (adjetivada como provisória porque fundada, na linha do que já apontamos anteriormente, em cognição sumária), e não exatamente à tutela em si.

⁷⁰⁹ A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 114.

⁷¹⁰ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. p. 118. Adiante acrescentaram: “A cautelar vigora durante o tempo necessário para afastar o perigo. Já a tutela antecipada tem a sua duração ligada ao fato de que deverá ser substituída pela tutela definitiva” (idem, ibidem). No mesmo sentido: “Com efeito, o que o Código chama de tutela provisória nada mais é que uma forma de tutela jurisdicional alicerçada em provimento jurisdicional fundado em cognição sumária e, conseqüentemente, não definitivo. Sem dúvida que o atual CPC peca, do ponto de vista terminológico, ao tentar abraçar, dentro do grande gênero “tutela provisória”, os provimentos destinados à concessão de tutela satisfativa antecipada e à concessão da tutela cautelar, notadamente porque a tutela cautelar não é, na sua essência, provisória, mas, sim, temporária. (...) Ademais, a opção metodológica do Código considera a tutela de cognição sumária como sendo, necessariamente, provisória, o que é, em certa medida, equivocado, pois não há, entre os dois conceitos (sumariedade e provisoriedade) uma relação necessária, mas, sim, acidental” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45).

⁷¹¹ *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958. p. 16.

Por conta disso, essa impropriedade terminológica, além de não causar embaraços à aplicação das duas figuras, não apaga as vantagens que existem na reunião de ambas sob um mesmo regramento geral comum, fixando-se apenas ritos procedimentais distintos, que se revelam compatíveis com as peculiaridades da tutela cautelar e da antecipada.

Ponderação talvez mais pertinente, ainda a respeito da nomenclatura, baseia-se no muito singular regime da estabilização da tutela antecipada (art. 304, CPC), com a franca possibilidade de estabilidade fática desta e da *definitividade* que pode sobre ela recair se nenhuma das partes desejar o julgamento, ao final, da demanda, ideia que se contrapõe, por óbvio, à de *provisoriedade*.

Vale recordar que do projeto de lei apresentado ao Senado Federal ainda em 2010, até a promulgação do CPC de 2015, a matéria foi agrupada, sucessivamente, sob as seguintes denominações: “tutela de urgência e tutela de evidência” (PLS 166/2010), “tutela antecipada” (PL n. 8.046/2010) e, finalmente, no texto final do Senado, “tutela provisória”.⁷¹²

A opção terminológica final do CPC, todavia, tem o mérito de ser expressiva, mormente se encarada, como deve ser, em contraposição à tutela definitiva, de cariz cognitivo ou executivo.

A provisoriedade da decisão que concede a tutela acautelatória ou satisfativa apenas indica que esta pode vir a ser modificada ou revogada por outro pronunciamento judicial, baseado em cognição exauriente, a indicar, portanto, o seu menor grau de estabilidade.⁷¹³

Parece assistir razão, nessa quadra, a Igor Raatz ao apontar que a expressão tutela provisória é ambígua e “não diz respeito necessariamente aos possíveis efeitos fáticos porventura causados pela decisão jurisdicional. Provisório, para o

⁷¹² Para análise comparativa de outros aspectos ligados ao tema nos dois projetos de lei: BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156/167.

⁷¹³ “A revogabilidade e a modificabilidade da tutela provisória são corolários da base cognitiva sumária, que ocorre durante o desenvolvimento do procedimento, quando é possível às partes trazer novos elementos capaz de alterar a convicção judicial sobre o direito postulado em juízo. Porém, a revogação ou a modificação da tutela provisória também podem ocorrer na hipótese de alteração posterior no estado de fato, devido ao caráter *rebus sic stantibus* da medida. Para a revogação ou modificação é necessário que haja decisão fundamentada, analisando os argumentos que determinam a alteração na tutela” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Comentários ao artigo 296. In ARRUDA ALVIM, Angélica *et. al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 395).

CPC, é o ato jurisdicional, é a decisão”,⁷¹⁴ daí sua revogabilidade.

Superado esse aspecto, ressalvo que a intenção, neste capítulo, não é esgotar todas os pontos de dúvida e interessantes indagações que a matéria, como um todo, enseja, mas sim analisar, de maneira breve (mas que se espera logicamente coerente), essas diferentes espécies de tutela de urgência, incluindo as, por assim dizer, “subespécies” que podem advir da forma como pleiteadas no processo.

Para tanto, a pontual análise das regras gerais é aqui levada a efeito, com a mesma intenção antes indicada.

Nesse contexto, pouco importa à presente pesquisa a regra do artigo 295, por exemplo, no sentido de que “a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”,⁷¹⁵ a não ser para reforçar que se tratam de meras técnicas processuais e que o requerimento incidental de tutela provisória – feito por simples petição – não enseja o estabelecimento de uma nova relação processual, tal como se tinha, no regime legal anterior, com as medidas cautelares incidentais.

O perfil da tutela provisória é bem revelado pelo artigo 296 do CPC, que trata de sua eficácia temporal.

A tutela provisória, como é intuitivo, consubstancia ferramenta destinada a combater a perniciosa influência do *tempo* sobre a relação processual e o atingimento de seus objetivos.⁷¹⁶

Nessa medida, é correto admitir que na tentativa de suprimir, por assim dizer, os efeitos negativos do inevitável transcurso do tempo, a tutela provisória acaba por

⁷¹⁴ *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 51.

⁷¹⁵ Há, sobre a validade do dispositivo, dúvida relevante: “Resta saber se a lei federal pode impor à Justiça dos Estados a isenção de custas (que tem natureza tributária). É uma questão multidisciplinar interessante e de efeitos práticos indesmentíveis a ser debatida entre processualistas e tributarista” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 303).

⁷¹⁶ “O juiz, ao conceder a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) com base na cognição sumária, nada declara em relação ao direito material, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impeça que o juiz assevera que o direito que supõe existir na verdade nunca existiu. No âmbito da análise do pedido da tutela de urgência, a cognição não tem por função declarar o direito, mas apenas uma função de formulação de hipóteses. Assim, a concessão de eventual tutela de urgência fica limitada a um juízo de plausibilidade ou probabilidade e não de verdade ou inequívocidade que é pressuposto para a prolação de uma decisão que possa gerar coisa julgada material” (SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 137).

ensejar a criação de ambiente em que aquele seja “abstraído”, por meio da antecipação da tutela jurisdicional, locução aqui empregada em seu sentido *lato*.

Por isso é que o dispositivo indicado alude a conservação da eficácia da tutela provisória “na pendência do processo”, como também à possibilidade de revogação ou modificação da medida, tudo consequência da sumariedade da cognição desenvolvida.⁷¹⁷

Assim sendo, a provisoriedade da tutela jurisdicional, como há pouco visto, é referida em relação à sua própria (e, ao menos em termos potenciais, *futura*) *definitividade*, atributo que só advirá ao final do arco procedimental e que substituirá o primeiro.

A *revogabilidade* e a *modificabilidade* da tutela provisória são características que lhe são até mesmo essenciais, figurando como verdadeira contrapartida à circunstância de ser emitido provimento jurisdicional baseado em cognição sumária, como há pouco ressaltado.

Se a plausibilidade da pretensão, constatada em análise superficial *initio litis*, desaparece para o julgador no curso do processo – em apreciação já então baseada em cognição apoiada em novos elementos, ou por vezes até plena e exauriente (como se tem na revogação da tutela provisória pela sentença que rejeita a pretensão, por exemplo) – é natural que a tutela provisória antes concedida possa ser alterada ou revogada.⁷¹⁸

A forma de efetivação da tutela provisória é prevista pelo artigo 297, que dá ao magistrado liberdade para determinar “as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” e, segundo Cassio Scarpinella Bueno:

O *caput* do art. 297, que vem para ocupar o lugar do art. 798 do CPC de

⁷¹⁷ “O que há de comum entre essas espécies é em primeiro lugar a suficiência de uma cognição sumária como requisito para conceder qualquer das tutelas provisórias (por urgência ou por evidência) com a consequente provisoriedade dos efeitos do provimento jurisdicional que as concede, sendo explícito o art. 296 na determinação da possibilidade de serem revogados a qualquer tempo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 253).

⁷¹⁸ “O juiz, ao conceder a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) com base na cognição sumária, nada declara em relação ao direito material, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impeça que o juiz assevera que o direito que supõe existir na verdade nunca existiu. No âmbito da análise do pedido da tutela de urgência, a cognição não tem por função declarar o direito, mas apenas uma função de formulação de hipóteses. Assim, a concessão de eventual tutela de urgência fica limitada a um juízo de plausibilidade ou probabilidade e não de verdade ou inequivocidade que é pressuposto para a prolação de uma decisão que possa gerar coisa julgada material” (SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 137).

1973, trata, no plano infraconstitucional, do que merece ser chamado de “dever-poder geral de cautela”. Importa também lê-lo ao lado da parte final do art. 301 para alcançar, generalizando-a, essa mesma conclusão. Vantagem inegável do CPC de 2015 está em que este “dever-poder” pode ser empregado tanto para fins de cautelar, isto é, como quer o próprio Código, de asseguramento do resultado útil do processo, como também para fins de satisfação imediata de um direito que, pelo que se pode depreender do art. 294, é caso de “tutela antecipada”.⁷¹⁹

Claro que não teria sentido construir todo um arcabouço teórico para justificar, à luz de garantias constitucionais, a possibilidade do juiz prolatar decisões que antecipem os efeitos da tutela definitiva ao final buscada ou assegurem o direito material enquanto não é possível a emissão de decisão baseada em cognição plena e exauriente, se essa atuação permanecesse apenas no plano declaratório, por assim dizer.

É necessário que haja a possibilidade de fazer com que a decisão proferida em sede de tutela provisória gere, quando necessário, alterações no plano fático, sendo efetivada de acordo com algumas das técnicas aplicáveis ao cumprimento de sentença, a depender da natureza da decisão proferida.

Não se duvida que a suspensão de uma negativação em órgão de restrição creditícia, por exemplo, efetiva-se de modo singelo: basta um documento que veicule a ordem do julgador nesse sentido, endereçado à entidade competente. Já se a realização da obrigação consubstancia medida mais complexa (como impedir o funcionamento de uma casa noturna em zona residencial, por hipótese), é necessário dotar o juiz dos mesmos instrumentos que ele dispõe para o cumprimento dessa obrigação, como a fixação de multa diária ou, em último caso, até mesmo a determinação para lacrar o estabelecimento.

A proporcionalidade, como fator operativo de conciliação de interesses conflitantes, deve nortear aqui a atuação do magistrado, para que o *caput* do artigo 297, com sua necessária amplitude, não represente elemento que porventura autorize medidas exageradas, que sacrifiquem a parte sujeita à tutela provisória além do necessário para sua efetivação.⁷²⁰

⁷¹⁹ *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 304.

⁷²⁰ “Na verdade, a grande problemática do tema diz respeito aos limites judiciais para a efetivação da tutela provisória. Há, por um lado, um dever por parte do magistrado em empregar os mecanismos que forem necessários e adequados para a efetivação da tutela provisória, o que, por outro lado, significa que a parte em cujo favor ela foi concedida tem o direito de ver efetivada a tutela provisória a partir dos mecanismos inerentes à função jurisdicional. Porém, há um grave problema teórico a ser destrinchado quando o legislador não economiza sua confiança no juiz e utiliza conceitos vagos como

O parágrafo único do artigo 297 alude à observância das “normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”, a fim de deixar claro que as normas daquele regime, por si só conciliadoras da necessidade de adiantar-se a execução de uma decisão não transitada em julgado com esta própria circunstância, indicativa de que a decisão ainda pode ser modificada, posto que não definitiva.⁷²¹

A expressa previsão do artigo 298, no sentido de que “na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”, não pode ser encarada como extravagância da lei processual, embora normativamente desnecessária a disposição diante do dever de motivar as decisões judiciais já previsto pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Melhor interpretar a previsão não como um dado de direito positivo quase pleonástico, mas sim como um reforço, de colorido didático, da exigência de motivação, que deverá ser obrigatoriamente qualificada à luz do que dispõe o artigo 489, § 1º, do CPC. Com isso visa a lei processual eliminar decisões, já menos comuns cotidianamente no cotidiano forense, baseadas na concessão ou no indeferimento de uma medida de urgência a partir da lacônica fórmula que se resume à indicação da presença ou ausência dos “requisitos legais”.

Até porque, com efeito, a atual feição do contraditório, sensível ao influxo do princípio da cooperação, impõe que o juiz desenvolva, como analisado no capítulo

"medidas que considerar adequadas", o que impõe ao magistrado um ônus argumentativo de explicitar, no caso concreto, as razões que o levou a utilizar esta ou aquela medida, bem como que a medida utilizada é adequada para realizar o direito do autor, ao mesmo tempo em que não viola nenhum direito fundamental da parte-ré. Somente nessa perspectiva, em que se prioriza uma espécie de autocontenção judicial, torna-se possível falar de um dever geral de efetivação da tutela provisória" (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 135).

⁷²¹ "O dispositivo faz sentido, na medida em que estamos falando em tutela provisória (isto é, não-definitiva), o que significa que a medida concedida poderá ser revogada no futuro. Assim, é razoável se entender que os efeitos da medida implementada (em caráter provisório) possam vir a ser desfeitos. Caso contrário, não estaríamos falando em provisoriedade, e, sim em definitividade. Uma construção histórica, demolida por uma medida de antecipação de tutela, provavelmente não seria reversível, caso a decisão que a determinou viesse a ser revogada. Ocorre que, embora esta ideia seja substancialmente correta, algumas ressalvas são importantes. A primeira, mais evidente, é que essa irreversibilidade não deve ser entendida em caráter absoluto. Se fôssemos considerar qualquer mínimo possibilidade de não se poder retornar exatamente à situação anterior, a tutela antecipada praticamente nunca poderia ser concedida. A antecipação, como vimos, importa satisfação e, portanto, em alguma medida, modificação de uma situação. A partir do momento em que se modifica algo, existe um risco potencial de o retorno, no futuro, não seja possível na exata medida da modificação" (ASSIS, Carlos Augusto de. LOPES, João Batista. *Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. p. 130).

2, ambiente processual propício ao estabelecimento de verdadeiro “diálogo” com as partes, sendo certo que a motivação da decisão, sem prejuízo de suas funções próprias,⁷²² consubstancia uma forma de *comunicação* entre tais sujeitos do processo.⁷²³

A questão da competência para conhecer do requerimento de tutela provisória é prevista pelo artigo 299, que não enseja grandes dúvidas.

Se incidental a tutela provisória, por evidente que o juízo competente já estará definido, pois ela pressupõe um processo já formado ou em formação (nos casos em que a tutela provisória é requerida de modo concomitante com o pedido propriamente dito, referido à tutela definitiva).

Já na modalidade de tutela provisória antecedente, à semelhança do que se tinha com as cautelares preparatórias, a competência do juízo deve ser aferida pelo interessado de maneira prospectiva, de acordo com a natureza e os elementos do pedido de tutela definitiva. Ou seja, o juiz que será competente para este é que deverá conhecer do requerimento de tutela provisória.

O parágrafo único trata da tutela provisória requerida em sede recursal, nas ações de competência originária e também nos recursos, mas sem novidade substancial: será competente o órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito recursal, ou seja, o juízo *ad quem*.

Pode a tutela provisória ser concedida de ofício?

⁷²² “Podem conceber-se diversas razões que teriam levado a esta obrigatoriedade [de fundamentação pelo magistrado]. Duas razões fundamentais de ordem técnica: é necessária a motivação, para poder precisar-se e delimitar-se minuciosamente o âmbito do *decisium*; e a impugnabilidade tem como pressuposto a fundamentação do objeto impugnado. Outro enfoque que pode ser concebido, típico de nossa época, é o que vê na noção de garantia a fonte básica de inspiração da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais. (...) O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, o quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificara intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 210-211).

⁷²³ “Antes de qualquer coisa, como deriva da própria noção geral de signo linguístico em sentido próprio, semelhante perspectiva propõe-se a individualizar, entre todos os possíveis significados que podem ser reconduzidos à motivação em consonância com os diversos tipos de interpretação, o seu significado próprio. Isso pressupõe que a motivação seja compreendida como discurso elaborado pelo juiz com o objetivo de tornar expresso certo conjunto de significados – e isso determina a configuração da motivação como instrumento de comunicação, inserido dentro de um procedimento comunicativo que tem origem no juiz e encontra-se direcionado a informar as partes – e também o público em geral – a respeito daquilo que o juiz quer exprimir” (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 114).

A doutrina majoritária responde negativamente a essa questão, uma vez que além do artigo 299 do CPC dispor que a “tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”, vigora em nosso sistema processual os princípios da inércia da jurisdição e do dispositivo, a indicar que a intervenção jurisdicional, mesmo que provisória, deve ser pleiteada pelo interessado.

Apenas em situações de urgência, como defende parte da doutrina, poder-se-ia cogitar de concessão de tutela provisória de ofício, quadro que não se tem na tutela da evidência.

Outra alternativa, que me parece mais correta sob o aspecto sistemático, é que o juiz, ao constatar a presença de uma possível situação urgente carente de tutela jurisdicional, possa *consultar* a parte e colher seu interesse na concessão da medida, em sempre bem vinda aplicação do princípio da cooperação.⁷²⁴

Dessas reflexões surge a questão da legitimidade para pleitear a tutela provisória, que é vinculada ao polo ativo da demanda, abrangendo precipuamente o autor, como também outros sujeitos processuais ligados à pretensão deduzida direta (o assistente simples) ou indiretamente (o Ministério Público ao atuar como fiscal da ordem jurídica, de acordo com o artigo 178 do CPC), e ainda, claro, aqueles que se encontram em posição jurídica idêntica (p. ex.: o denunciante em relação à denunciação da lide, na forma dos artigos 125 e seguintes do CPC).

Embora seja verdadeiro que também o réu recebe tutela jurisdicional nos casos de improcedência ou procedência parcial do pedido, a mim parece pouco coerente sustentar que ele teria legitimidade para requerer a tutela provisória, principalmente a antecipada, de cunho satisfativo, pois não há sentido lógico em adiantar “efeitos” de uma sentença de improcedência, cuja natureza é declaratória negativa,⁷²⁵ e que como

⁷²⁴ “Ainda a esse respeito, embora não possa o juiz estabelecer a tutela provisória de ofício, o que parece possível e até recomendável no sistema do novo Código de 2015 é que, diante de uma situação de urgência flagrante e da inércia da parte, seja esta intimada para se manifestar sobre seu interesse ou não na concessão de tutela provisória. Esse, aliás, é um dos exemplos práticos das diretrizes normativas de cooperação e participação explicitadas no novo Código (art. 6º), que preconizam a criação de uma verdadeira comunidade de trabalho por todos os sujeitos processuais no intuito de promover um processo mais efetivo” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183).

⁷²⁵ “A sentença desfavorável que se refere ao mérito da ação proposta e julga improcedente é sentença declarativa negativa, pois que se nega a existência da ação e se afirma a improcedência. Não importa a eficácia preponderante que teria a sentença, que se desejava (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva). A desfavorabilidade da decisão final fá-la declarativa negativa” (PONTES

tal em regra não proporciona, mesmo transitada em julgada, nenhuma alteração significativa no campo fático.

Não se argumente que ao formular reconvenção poderia o réu deduzir pedido de tutela provisória, pois nesse caso, ao “manifestar pretensão própria” (artigo 343 do CPC), como é da essência dessa espécie de defesa, o réu ocupará, no particular, posição processual ativa.

Se há uma necessária ligação entre o pedido de tutela provisória e o de tutela definitiva deduzido no mesmo processo, não há como o réu, que nada pleiteia de *positivo* no julgamento da demanda, pretender adiantar uma eficácia que não consubstanciará qualquer alteração no quadro fático existente entre as partes.

Possível excepcionar esse entendimento nos casos, de pouco incidência prática, em que o réu pleiteia a concessão de tutela cautelar para adiantar alguma providência de instrução ou de saneamento do processo, como anotam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.⁷²⁶

O art. 299 afirma que a tutela “provisória” pode ser requerida ao juiz da causa e, quando antecedente, ao juiz competente para conhecer do pedido principal. É certo que o art. 299 contém um erro de redação, na medida em que apenas a tutela de urgência pode ser requerida na forma antecedente. Seria absurdo admitir tutela da evidência na forma antecedente. Quer dizer que, no lugar de tutela provisória, deve-se ler tutela de urgência.⁷²⁷

Aspecto relevante, que merece ser tratado nesta “parte geral” da tutela provisória (ainda que mal alocado em capítulo referente à tutela cautelar), diz respeito à aplicação da *fungibilidade* entre as duas formas de tutela de urgência, não parecendo correta a afirmativa de que se trata de “uma espécie de “correção” de procedimento”.⁷²⁸

Ainda que o parágrafo único do artigo 305 sinalize nesse sentido,⁷²⁹ ele

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I. p. XXXX).

⁷²⁶ “A tutela cautelar submete-se a similares parâmetros. No entanto, como sua função precípua não é a de adiantar a tutela final, podem conceber-se, ainda que também excepcionalmente, mais situações em que haja interesse processual do réu em pedir medida cautelar (por exemplo, para a preservação de uma prova)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 932).

⁷²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 131.

⁷²⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência – do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 139.

⁷²⁹ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

apenas explicita uma das consequências práticas da aplicação da fungibilidade, qual seja a necessidade de adaptação do procedimento, já que este varia conforme a hipótese seja de antecipação de tutela (art. 303 e 304) ou de cautelar (art. 305 a 310).

A fungibilidade entre as tutelas de urgência, portanto, não conta com previsão expressa, que a rigor não seria mesmo necessária.

A proximidade entre as duas formas de tutela (espécies de um mesmo gênero), a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em sua total amplitude – ademais pautada pela clara opção do CPC de 2015 em simplificar o desenvolvimento da relação processual e a aplicação das variadas técnicas existentes⁷³⁰ – como também o influxo de regra da cooperação (art. 6º), com os deveres do juiz dela decorrentes, apontam para a possibilidade do julgador conceder esta ou aquela forma de tutela de urgência, ainda que outra tenha sido indicada pelo requerente, procedendo-se, então, as adaptações procedimentais acaso necessárias.

Essa sistemática, baseada na ideia de tomar-se determinada figura processual por outra, contornando-se equívoco escusável da parte diante de “zonas cinzentas” causadoras de dúvida objetiva, e adaptando-a formalmente para que não haja prejuízos desenvolvimento do processo decorrente de eventual inadequação procedimental, é o cerne da noção de *fungibilidade*, sendo prevista pelo CPC em outras passagens.

É a conclusão que se tira, aqui à guisa de exemplo, da leitura do artigo 1.032 do CPC,⁷³¹ que impõe ao relator do recurso no Superior Tribunal de Justiça, na

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁷³⁰ “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa” (Exposição de motivos. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal - Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 25). A orientação para que esse seja o norte do estudioso e do aplicador do direito processual civil não é nova: “O ideal assignado pela sciencia do Direito Judiciario e que todas as legislações têm vindo procurando realizar, é o da diminuição quantitativa e simplificação qualitativa das formas destinadas a reger os actos da lucta juridica, no convívio social” (GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I. p. 16).

⁷³¹ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

apreciação de recurso especial que acabe tratando de questão constitucional, a concessão de prazo para que o recorrente faça as adaptações necessárias no recurso, “transformando-o” em um recurso extraordinário com a inserção da abordagem da matéria constitucional a ele afeita e a exposição da presença da repercussão geral, com posterior remessa ao Supremo Tribunal Federal para julgamento.⁷³²

Já o artigo 1.033 impõe sistemática semelhante,⁷³³ mas na rota inversa: caso o recurso extraordinário seja tido como baseado em ofensa meramente reflexa à Constituição Federal, sob o argumento de que haveria, em verdade, afronta a norma infraconstitucional, deverá remeter o processo ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial, sem necessidade de adaptação procedimental ante a similitude entre os pressupostos processuais intrínsecos dessas espécies recursais.

Não se argumente que a fungibilidade, no âmbito do processo civil, é restrita à esfera recursal, apenas porque essa foi a origem da introdução da regra na legislação processual nacional,⁷³⁴ mais exatamente no artigo 810 do CPC de 1939.⁷³⁵

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.
⁷³² “Os arts. 1.032 e 1.033 do Novo CPC consagram a fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário, contrariando jurisprudência que aponta sua inviabilidade em razão de erro grosseiro (STJ, 2a Turma, AgRg no AREsp 571.026/PE, rei. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/10/2014, DJe 28/10/2014). Trata-se de salutar medida, em especial para aquelas hipóteses de verdadeiro limbo jurisdicional, quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial alegando tratar-se de decisão violadora de norma constitucional e o Supremo Tribunal Federal, não conhecer recurso extraordinário interposto contra a mesma decisão afirmando que a violação ao texto constitucional é reflexa (STJ, 2a Turma, EDcl no REsp 1.364.167/RS, rei. Min. Og Fernandes, 26/11/2013, DJe 09/12/2013 e STF, 2a Turma, RE 808.931 AgR/RS, rei. Min. Teori Zavascki, j. 05/05/2015, DJe 18/05/2015; STJ, 3a Turma, AgRg no AREsp 307.887/SC, rei. Min. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014 e STF, 2a Turma, ARE 736.569 ED/ES, rei. Min. Carmen Lúcia, j. 17/09/2013, DJe 14/10/2003)” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 537).

⁷³³ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

⁷³⁴ Alguns Códigos de Processo Civil estaduais traziam regras nesse sentido, com o do então Distrito Federal (Decreto n. 16.752, de 31 de dezembro de 1924): “Art. 1.143. Nos casos, em que não se houver firmado a jurisprudência a respeito do recurso cabível, se a Camara de Aggravos decidir, no caso, que o recurso é de apelação, a parte não será com isso prejudicada; e, devolvidos os autos, poderá interpor o recuso julgado competente e prosseguir no processo de acordo com os respectivos tramites”.

⁷³⁵ “Recorrível que seja a decisão, é mister que, no elenco dos recursos, se escolha o adequado. Essa regra sofre ponderável atenuação no seu rigor por força do disposto no artigo 810 do estatuto processual civil, consoante o qual, “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou

Parece-me claro que a intenção da lei, em relação à fungibilidade entre as tutelas de urgência, é que a dogmática não cause embaraços de ordem prática,⁷³⁶ impedindo que o órgão jurisdicional indefira requerimento de tutela provisória unicamente porque invocada, pelo interessado, a espécie “errada”, sem que com isso seja possível afirmar, ainda sob influência da doutrina de Piero Calamandrei (3.4.9), que “tanto a tutela provisória cautelar quanto a tutela provisória antecipatória têm os traços gerais da cautelaridade, pois, estão sempre a garantir a eficácia, seja no reconhecimento, seja no gozo do direito”.⁷³⁷

4.3. A tutela de urgência

Como visto, o CPC de 2015, ao estruturar a tutela provisória, prevê uma parte geral, que se presume aplicável tanto à tutela de urgência como da evidência (artigos 294 a 299).

Já o Título II desse Livro V do CPC de 2015, destinado à tutela de urgência, possui ele próprio um capítulo dedicado à previsão de disposições gerais aplicáveis à tutela de urgência (arts. 300 a 302), seguindo-se, posteriormente, normas meramente procedimentais (arts. 303 a 310), mas que ajudam a compreender o perfil de tais figuras.

A intenção do CPC, portanto, é prever regras gerais aplicáveis a qualquer espécie de tutela provisória e, separadamente, outro conjunto de regras gerais, mas que se presumem aplicáveis apenas à tutela de urgência, sem englobar, portanto, a tutela da evidência, cujo tímido regramento, ademais, é restrito a um único (mas suficiente) dispositivo legal (art. 311).

Não me parece acertada essa opção, sendo mais conveniente que todas as

Turma, a que competir o julgamento” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968).

⁷³⁶ “Afim, se o fundamento da tutela de urgência é a garantia constitucional da efetividade e da tutela jurisdicional, admitir a fungibilidade entre medidas que têm como pressuposto a urgência, traduz a preocupação com a correta administração da justiça” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar na perspectiva do – adequado – tratamento do tema no CPC de 2015. In BUENO, Cassio Scarpinella et al (coords.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447).

⁷³⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 489.

regras gerais, indistintamente, fossem agrupadas sob um mesmo tópico, com o quê restaria facilitada a compreensão global do tema.

Até porque qualquer norma jurídica de caráter geral, a ser aplicável às espécies do mesmo gênero, já traz em si a implícita ressalva de que sua incidência condiciona-se à compatibilidade entre seu comando e as peculiaridades de cada uma dessas espécies.

Seja como for, o fato é que a tutela de urgência, conforme já abordada previsão do parágrafo único do artigo 294 do CPC, divide-se em tutela cautelar e tutela antecipada.

Reproduziu o CPC a conhecida dicotomia, inaugurada com maior vigor no direito processual brasileiro com o advento da previsão genérica da possibilidade de antecipação de tutela (1994),⁷³⁸ entre as duas formas de proteção de situações jurídicas que reclamem intervenção jurisdicional urgente.

No CPC de 1973, era reservado à tutela cautelar uma espécie de *processo* para tal fim, como um terceiro gênero, justaposto à tutela cognitiva e à tutela executiva (cf. 3.4.10, *retro*). Com a introdução da tutela jurisdicional antecipada genérica no direito brasileiro,⁷³⁹ como mera técnica processual prevista no artigo 273 daquele mesmo diploma, reforçou-se a ideia de que se tratavam de institutos substancialmente diversos.

Em que pesem as diferenças, havia ponto de contato essencial, consistente justamente na aceitação da *urgência* como elemento unificador que as conduzia a tronco comum indisfarçável, até porque não há como conceber o atendimento do

⁷³⁸ “Registre-se, por oportuno, que a generalização da antecipação de tutela não teve o propósito de neutralizar ou mesmo diminuir a tutela cautelar; pelo contrário, a ideia foi a de complementar o gênero das tutelas de urgência – de que são espécies a cautelar e a antecipação – destinadas a atender, de modo mais adequado (acautelando ou satisfazendo, dependendo do caso), situações de urgência” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência* – do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73).

⁷³⁹ “As mais antigas medidas típicas de urgência foram as providências cautelares, cujo objetivo era tradicionalmente mantido no âmbito da conservação de bens úteis ou necessários à maior eficiência da tutela principal, dita tutela satisfativa. Não se concebia o uso de medidas cautelares sumárias para satisfazer, fora do processo principal, pretensão material do litigante. Era certo, porém, que pontualmente ações especiais desfrutavam de liminares cuja eficácia consistia em antecipar, provisoriamente, efeitos da futura e possível tutela principal. Dessa maneira, embora sem generalização, o direito processual convivía com tutelas diferenciadas de urgência tanto no plano conservativo como no satisfativo” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu*. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 399).

compromisso constitucional com a efetividade da jurisdição sem a disponibilização de meios para obtenção de tutela jurisdicional urgente.⁷⁴⁰

Nessa medida, a tutela de urgência apresenta íntima ligação com a proteção de uma situação de perigo que, a rigor, reside no plano do direito material e que reclama a prestação de tutela adequada.⁷⁴¹

Encarava Ovídio Araújo Baptista da Silva a tutela cautelar e todas as técnicas de sumarização que conduzam à execução, ainda que provisória (ou seja, de caráter *satisfativo*, típico da tutela antecipada),

como espécies pertencentes, no fundo, ao mesmo gênero, posto que todas respondem a uma exigência comum de conciliação entre a busca constante da maior perfeição e justiça na prestação da tutela jurisdicional e a necessidade de tornar efetivo esse objetivo, o que, muitas vezes, pressupõe uma maior celeridade na obtenção de tal resultado, pois a realização tardia do Direito pode significar a mais imperfeita e inútil realização do próprio Direito.⁷⁴²

Também José Carlos Barbosa Moreira, cujo pensamento nem sempre se alinhava ao de Ovídio Araújo Baptista da Silva (é célebre o debate doutrinário travado entre ambos, a respeito do conteúdo da sentença e da coisa julgada),⁷⁴³ entendia de

⁷⁴⁰ “Este é o fundamento da tutela de urgência porque, modernamente, não se concebe o acesso à Justiça como uma mera formalidade, a exigir do Estado que apenas permita o exercício do direito de ação. Muito além disso, é preciso que o Estado aja de modo a permitir que o direito de ação seja exercido de maneira efetiva, atribuindo-se ao vencedor, efetivamente, o bem da vida pleiteado” (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 145). No mesmo sentido: “A violação do direito ou a ameaça de violação é uma anomalia social equiparável à doença que deve ser combatida quanto antes. Da mesma forma em caso de doença se não houver socorro imediato o tratamento tardio poderá se tornar inútil, em caso de violação ou ameaça ao direito, exige também providência saneadora do mal imediatamente, sob o risco de providência tardia não produz todos os efeitos pretendidos” (SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela diferenciada e a efetividade do direito (urgência e definitividade). In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 289).

⁷⁴¹ “Avulta dessa constatação a noção de que a tutela de urgência é caracterizada por uma *situação de perigo*, a qual, no mais das vezes, reside no direito material e não no plano do direito processual. Nesse sentido, trata-se de uma definição de tutela jurisdicional aderente à condição do direito material que ela visa a proteger” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência – do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73).

⁷⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

⁷⁴³ Os estudos por meio dos quais foi travado o debate são os seguintes, apresentados em ordem cronológica de publicação: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual – Primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 82 (publicado originalmente no volume 429 da Revista dos Tribunais, de julho de 1971); BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Eficácias da sentença e coisa julgada. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 98 (publicado desde a primeira edição da obra, de 1979); BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99 (publicado na Revista Brasileira de Direito Processual, n. 32, de março/abril de 1982); BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Sentença e*

maneira similar:

Não sei se vale a pena, aliás, insistir nessa preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, que separe esses institutos como se tratasse de compartimentos estanques, de fronteiras sem poro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.⁷⁴⁴

Parece-me acertado o trato da matéria pelo CPC/2015, pois embora seja possível distinguir diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada,⁷⁴⁵ as quais ficarão mais claras no subtópicos que se seguirão, o fato é que a *função* desempenhada por cada uma delas é, em última análise, pautada na necessidade de debelar situações de urgência, sendo nesse sentido o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco:

No estágio atual do pensamento processualístico que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria medidas de urgência, pondo em plano inferior as distinções entre suas subespécies (CPC, arts. 300ss.).⁷⁴⁶

coisa julgada. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 205 e 206 (publicado na Revista de Processo, n. 37, de janeiro/março de 1985); BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual* – Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 182 (primeira publicação na Revista Brasileira de Direito Processual, n. 46, de abril/junho de 1985). Aspecto fulcral do debate foi exposto por Eduardo Talamini: “Para Ovídio B. da Silva, Liebman acertou ao afirmar que a coisa julgada não é um efeito da sentença. Por outro lado, o processualista gaúcho concorda com Barbosa Moreira na constatação de que a coisa julgada não é qualidade que torna imutáveis todos os efeitos da sentença. Porém, discorda da idéia de que a coisa julgada consista na imutabilidade do conteúdo do comando jurisdicional. Segundo Ovídio Baptista da Silva, a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai apenas sobre a declaração contida na sentença. Aquilo que Barbosa Moreira denominou de ‘conteúdo’ da sentença, que se torna imutável, seria, a rigor, o seu *elemento declaratório*” (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37- 8).

⁷⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, v. 81, jan./mar.1996. p. 201.

⁷⁴⁵ Ainda que tal diferença, em muitas situações, sejam sutis: “Daí concluir-se que, mesmo que se conceba a distinção entre providências de urgência cautelares e antecipadas, tal diferenciação é feita, no mais das vezes, tomando-se em conta o conteúdo preponderante da medida (conservativa ou antecipador)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 924).

⁷⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 256. Adiante, acrescentou: “A unificação sistemática das tutelas de urgência reduz a utilidade prática de indagações acerca da natureza específica de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Talvez a maior utilidade prática da distinção entre umas e outras seja aquela consistente na possibilidade de estabilização dos efeitos das medidas antecipatórias (CPC, art. 304), o que não se dá com referência às cautelares” (p. 258).

A mencionada presença de diferenças entre a tutela cautelar e a antecipada são hoje bem menos relevantes do que eram por ocasião do advento da tutela antecipada genérica na legislação pátria (1994).⁷⁴⁷

Para ilustrar, de maneira significativa, o principal aspecto da distinção, valho-me da construção atribuída a Pontes de Miranda,⁷⁴⁸ mas melhor difundida por Ovídio Araújo Baptista da Silva, que aclara a distinção entre “segurança para satisfação” (tutela cautelar) e “satisfação para segurança” (tutela antecipada), partindo de exemplo construindo com base em uma ação de alimentos e uma ação reivindicatória.

Na ação de alimentos, “a urgência, em tal caso, é inerente à própria lide. Ela, em si mesma, independentemente de qualquer anormalidade circunstancial, é uma causa urgente”, enquanto a reivindicatória “em si mesma, toleraria a ordinaryidade, posto que inexistente, na causa, a mesma necessidade de tutela imediata”.⁷⁴⁹ Todavia, ressalva, é possível que no curso desta demanda, ou até antes de seu ajuizamento, o possuidor requerido esteja danificando ou tentando ocultar a coisa, para evitar os reflexos práticos de eventual êxito da pretensão de direito material que indiscutivelmente toca ao proprietário, descortinando-se, nesse caso, a possibilidade de sequestro da coisa.

Para o processualista gaúcho:

Em tais casos, dada a emergência – não prevista pelo legislador e nem inerente à natureza da lide –, poderá o magistrado sequestrar a coisa litigiosa. Mas o sequestro não se insere na lide reivindicatória como um de

⁷⁴⁷ Também se colhe essa visão, que aproxima tais figuras por razões de ordem pragmática, na doutrina portuguesa contemporânea: “Não obstante essa distinção formal entre dois tipos diferentes de tutela dos direitos – a *prevenção* do *periculum in mora* e a *realização* do direito – a prática revela frequentemente que os contornos entre as duas figuras não são estanques. Embora a prevenção do dano resultante do decurso da ação possa, em grande parte das situações, bastar-se com a manutenção de um estado de coisas diferente da satisfação do direito, não pode negar-se que a realização imediata do mesmo também poderia permitir evitar o *periculum in mora*. Sendo certo o princípio de que *aquilo que previne o mais previne o menos*, uma vez satisfeito o direito, o risco de lesão pode ficar automaticamente afastado. De certo modo, a função da realização do direito também acaba por incluir uma função preventiva. A diferença é que vai muito para além dela” (FARIA, Rita Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português* – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade. Lisboa: Universidade Católica, 2016. p. 73).

⁷⁴⁸ “A tônica distintiva, destarte, parece (ainda e pertinentemente) recair na aptidão de a tutela provisória poder satisfazer ou apenas assegurar o direito (material) do seu requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar. Trata-se, nesse sentido, da lição imorredoura de Pontes de Miranda, cultuada e divulgada por Ovídio Araújo Baptista da Silva: execução para segurança e segurança para execução, respectivamente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 302).

⁷⁴⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

seus elementos. Ele constituirá, em relação a ela, outra lide, com seus pressupostos próprios e com finalidade específica, enquanto a sumarização da ação de alimentos, ainda quando se os conceda sob a forma provisional, não implica a duplicação de lides, uma satisfativa e cautelar a outra, de modo que esta última lhe dê, à pretensão alimentar, apenas segurança sem satisfação, sequer provisória. Os alimentos, porque o credor não pode esperar, são antecipados, em virtude do *periculum in mora*, e se são antecipados, são *satisfeitos por antecipação*. Já o sequestro, enquanto medida jurisdicional tomada para evitar o dano iminente, não satisfaz, de modo algum, a pretensão reivindicatória, que apenas *assegura sem satisfazer* (ou seja: sem *declarar* existente o direito e sem *realiza-lo*).⁷⁵⁰

Essa tão bem ilustrada construção tem origem na concepção de Pontes de Miranda que classifica as *pretensões à tutela jurídica* (ou seja, a demanda concretamente considerada) em três categorias: a) pretensão à cognição completa; b) à execução; c) à segurança. Destaca-se:

Existe, além da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) à cognição completa (à sentença, em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato, ou à segurança da pretensão (*Anspruchssicherung*). A exibição de livro, as vistorias e as inquirições *ad perpetuam rei memoriam* são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, asseguradoras da pretensão, talvez só da prestação, o que é comum a todas elas é que o devedor não se libera, por elas, da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. Ou se assegura prova do fato, ou se assegura a pretensão, portanto à prestação a ser exigida, de futuro. Não se alude à execução forçada. O que importa é a distinção entre “executar” e “assegurar”.⁷⁵¹

Importante referir que também Celso Neves alinhava-se a esse entendimento:

Além da pretensão à tutela de declaração e executória, há, ainda, a chamada pretensão cautelar, calcada no interesse ou à segurança da prova, ou à segurança dos resultados práticos a que tenda a ação já ajuizada ou em vias de ser proposta. Pode ela, teoricamente, ou ser exercível mediante ação, ou pelo *iter* simplesmente procedimental. Tratada como objeto de ação o *periculum in mora* entra como elemento do interesse de agir. Regulada

⁷⁵⁰ Idem, p. 16. Em outra obra, mais recente, retomou o tema: “Essa assimilação entre medidas antecipatórias e cautelares parte do errôneo pressuposto de que, para a concessão de qualquer delas, as exigências (*fumus boni iuris e periculum in mora*) sejam idênticas, não obstante saber-se que o *periculum in mora* nada tem a ver com “tutela de simples segurança”, portanto, com o uma forma de tutela não *satisfativa*, como o são as antecipatórias. Como temos mostrado em obras anteriores, o “pericolo nel ritardo” (*periculum in mora*), desde as fontes medievais, mas até mesmo no atual direito italiano, nada tem a ver com as autênticas medidas cautelares, pois a tutela nos casos de “perigo na demora” deve contar, necessariamente, com medidas antecipatórias, de resultar, também necessariamente alguma forma de execução provisória (urgente). É o que, de resto, vem expresso no inc. 2º do Código de Processo Civil italiano, que indica o “pericolo nel ritardo”, como pressuposto para a execução urgente que Pontes indicava como “execução-para-segurança”. Portanto execução, embora urgente. Logo, não simples medida cautelar” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 110-111)

⁷⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. XII. p. 12). O mesmo posicionamento já era externado em sua exegese do CPC de 1939 (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. VIII. p. 293).

procedimentalmente, incluir-se-ia, como acidente, seja nas ações de conhecimento - ou preparatórias destas, ou nelas incidentais - seja nas ações de execução também preparatória ou incidentalmente, tendo por pressuposto sempre o *periculum in mora*.⁷⁵²

A atualidade de tal concepção vem da sua adequação ao modelo processual brasileiro, com duas espécies de processos: a) de conhecimento (tutela jurídica baseada em cognição completa e, como tal, apta a produzir coisa julgada); b) o de execução *lato sensu* (tutela jurídica executiva).

Ainda que não amparada por nenhuma forma de processo – mas sim referindo-se, de maneira antecipada ou incidental, a alguma das duas formas anteriormente citadas – tem-se as tutelas provisórias, em clara correlação com a pretensão à tutela jurídica à segurança, ainda que esta possa manifestar-se, como visto, de duas formas distintas (“segurança para execução” e “execução para segurança”).

A ligação entre a tutela antecipada, como concebida na cultura processual brasileira, e a ideia de “execução para segurança”, é novamente indicada por Ovídio Araújo Baptista da Silva em outra obra:

Ao contrário dessa doutrina, para nós tudo o que importe em realização, ainda que por tempo limitado, do direito a que se deveria conceder proteção apenas cautelar ultrapassa o nível da mera cautelaridade para tornar-se tutela satisfativa, sob alguma forma de execução provisória. Se a antecipação de algum efeito da futura sentença de procedência se der em virtude de *periculum in mora* – porque a demora na satisfação do direito coloca-o sob risco de perecimento -, então esta espécie de execução provisória qualifica-se como ‘execução-para-segurança’, ou seja, execução urgente que, não obstante ser urgente, conserva sua natureza de tutela executória.⁷⁵³

Possível estabelecer a premissa de que a tutela antecipada terá, em termos substanciais (e, assim sendo, sem qualquer ligação com o momento em que concedida), o conteúdo próprio da tutela de conhecimento ou de execução.

A tutela cautelar, por seu turno, continua sendo baseada, na concepção do CPC de 2015, na ideia de “segurança para execução”.⁷⁵⁴

⁷⁵² NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 139. Ressalta Araken de Assis a ligação umbilical entre a tutela cautelar e a pretensão à segurança: “É certo, absolutamente certo, que a pretensão à segurança, que informa a autêntica e a verdadeira tutela cautelar é autônoma. Isto significa que há processo (art. 270), iniciado por demanda da parte (art. 262), através de petição inicial (v.g., o arrolamento de bens, a teor do art. 857, caput: Na petição inicial...), e culminado com sentença, indispensável para extinguir a relação processual (art. 162, § 1.º)” (Antecipação de Tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997. p. 16).

⁷⁵³ *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55.

⁷⁵⁴ “Vimos, já, que as ações cautelares nada têm de acessórias, como vimos também que o caráter de provisoriedade do provimento cautelar não está referido a uma pretensa ação definitiva, mas, ao

Essa noção clássica de tutela cautelar (conservativa), com função significativamente distinta daquela própria da tutela antecipada (satisfativa), não goza da irrestrita aceitação de José Roberto dos Santos Bedaque.

Com influência marcante da teorização clássica de Calamandrei, e, portanto, da tendência seguida até hoje pelo direito italiano,⁷⁵⁵ referido autor não vê relevância na formulação de rígidas distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada, justamente porque ambas são espécies de tutela de urgência:

Essa dicotomia [entre tutela antecipada e cautelar] não contribui para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional, cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade. Como já procurei destacar em outra oportunidade, ao lado das tutelas definitivas, destinadas a eliminar as crises verificadas no plano do direito material e aptas à imutabilidade, existem outras, cuja função no sistema é simplesmente assegurar a utilidade prática daquelas. Essa característica é comum às cautelares conservativas e às antecipatórias satisfativas. Nenhuma delas implica a “imediate realização do direito”, como pretendem alguns, até porque efetivadas antes do reconhecimento de eventual direito. Mesmo a tutela antecipada proporciona tão somente a possibilidade de fruição de efeitos do possível direito, cujo reconhecimento depende da cognição exauriente, a ser realizada durante o devido processo legal. Em síntese, antecipar a possibilidade de o titular de direito provável gozar de seus efeitos não significa reconhecer antecipadamente sua existência. Assegura-se-lhe apenas que, acolhida definitivamente a pretensão no momento oportuno, a respectiva tutela jurisdicional tenha utilidade. É exatamente o mesmo resultado proporcionado pela cautelar conservativa, mediante providências de outras naturezas, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária essa antecipação

contrário, se existe provisoriedade nelas é porque a situação jurídica tutelada, quer por mudanças circunstanciais, muitas vezes independentes da vontade das partes, quer como decorrência de uma sentença proferida no processo em que se tenha examinado o próprio interesse, objeto da prestação assecurativa – sofreu modificações, desaparecendo o motivo determinante da cautela. Ou o direito cuja segurança se pretendeu, inexistia ou, existindo, recebeu proteção por outra forma jurisdicional, de tal modo que a proteção cautelar perdeu a razão que a motivava” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 28). Adiante arrematou: “Sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma situação perigosa que ameaça fazer periclitar um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar” (idem, p. 29).

⁷⁵⁵ “A autonomia da função cautelar, como categoria diversa daquelas exercidas pelo juiz, foi identificada por Chiovenda, que, juntamente com Calamandrei, foi dos que mais contribuíram para o desenvolvimento das ideias a respeito dessa modalidade de tutela jurisdicional. Foi deles a primeira tentativa de ampliar a ideia de tutela cautelar, até então restrita às hipóteses de sequestro, para outras situações, concluindo pela necessidade de conceber essa tutela de forma genérica, com o objetivo de garantir o resultado útil do processo. Encontra-se aí, portanto, o germe do poder geral de cautela” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36). Como obtempera Daniel Mitidiero: “A influência das ideias de Calamandrei na doutrina posterior e na construção legislativa dos provimentos cautelares em vários quadrantes da tradição romano-canônica não pode ser seriamente contestada. Nos países latino-americanos em geral, o pensamento de Calamandrei foi verdadeiramente determinante para a doutrina e para a legislação. Nos Novecentos, o caso brasileiro - do emblemático e revogado Código Buzaid - é eloquente, mas está longe de ser notado nesse particular por sua originalidade, já que vários outros ordenamentos seguiram igualmente o mesmo alvitre” (*Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 43).

para ao escopo pretendido.⁷⁵⁶

Essa aproximação propiciada pelo CPC de 2015 levou a um melhor delineamento dos requisitos necessários à concessão de tutela de urgência, previstos pelo artigo 300 do CPC, sendo certo que o *caput* alude a “probabilidade do direito”, como também a “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo”.

Como anota José Roberto dos Santos Bedaque, o tratamento dado ao tema pelo CPC de 1973, com redações distintas para os requisitos da tutela cautelar e da tutela antecipada, gerava margem a dúvidas, havendo parcela da doutrina que entendia, por força da alusão à “prova inequívoca da verossimilhança” prevista para a tutela antecipada, que tal requisito significaria grau de probabilidade mais intenso do que o *fumus boni iuris* característico da tutela cautelar.

Tal conclusão, segundo o autor:

(...) foi expressamente afastada pela nova lei processual. A tutela provisória, seja ela cautelar ou antecipada, depende da probabilidade do direito, ou seja, da verossimilhança das afirmações, competindo ao juiz, em cada caso concreto e motivadamente, deliberar sobre a presença ou não desse requisito.⁷⁵⁷

Ainda que seja possível estabelecer gradações entre uma mera afirmação de fato e o reconhecimento deste como verdadeiro pelo julgador,⁷⁵⁸ parece certo que todas as fórmulas eleitas pela lei, ao longo do tempo, para designar a plausibilidade da pretensão – verossimilhança da alegação, “fumaça do bom direito”, etc. – reduzem-

⁷⁵⁶ Comentários ao artigo 294. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 917/918. Tanto assim que em obra anterior, de caráter monográfico, defendia a sistematização que veio a ser adotada pelo CPC de 2015: “Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar, ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 310).

⁷⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 300. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 931.

⁷⁵⁸ “Pero estas diferencias no tienen una precisa correspondencia en el vocabulario de los juristas: a lo más, si se toma como término de referencia la comprobación de la verdad, se puede decir que esas tres calificaciones (posible, verosímil y probable) constituyen, en ese orden, una gradual aproximación, una progresiva acentuación, hacia el reconocimiento de lo que es verdadero. Quien dice que un hecho es verosímil, está más próximo a reconocerlo verdadero que quien se limita a decir que es posible; y quien dice que es probable, está todavía más avanzado que quien dice que es verosímil, ya que va más allá de la apariencia, y comienza a admitir que hay argumentos para a ver creer que a la apariencia corresponda a la realidad. Pero se trata de matices psicológicos que cada juzgador entiende a su modo” (CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. III. p. 325).

se, por ocasião da avaliação da presença de tal requisito, à probabilidade de existência do direito material afirmado em juízo.

Dito de outra forma, embora teoricamente sustentável a busca pela diferenciação entre os requisitos, o fato é que a aplicação prática da técnica antecipatória e da tutela cautelar, a partir da narração da situação de direito material carente de proteção, não é potencializada pelo prestígio a tal diferenciação.

Nesse sentido, abordando diferentes formas de tutela prestada liminarmente à época da vigência do CPC de 1973, a posição de Eduardo José da Fonseca Costa:

Pois bem. Para que a tutela de urgência acautelatória seja concedida, necessário é que estejam presentes dois pressupostos: a "demonstração sumária do direito alegado" e o "receio da lesão" (CPC, art. 801, IV). Para conceder-se a tutela de urgência antecipatória genérica, é necessário que haja a "prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente" e o "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (CPC, art. 273, caput e I). Já para conceder-se a tutela liminar em mandado de segurança, exige-se a "relevância do fundamento alegado pela parte" e o "risco de que do ato impugnado resulte a ineficácia da medida" (Lei n. 1.533, de 31.12.1951, art. 7º, II). Como se nota, os textos são diferentes. Tal heterogeneidade linguístico-textual na descrição dos pressupostos impressiona uma parcela considerável dos processualistas brasileiros, que têm envidado largos esforços dogmáticos para diferenciar essas expressões entre si.⁷⁵⁹

Possível sintetizar esse primeiro requisito, portanto, na ideia da plausibilidade jurídica da pretensão material, expressão que, ela mesma, pode ser descrita de outras formas:

A plausibilidade da existência do direito invocado, a provável existência do direito a ser tutelado, oportunamente, é o primeiro dos requisitos da tutela provisória. Não há razão para a concessão da tutela provisória quando a pretensão principal, de plano, for identificada como improcedente. Para análise do requisito, o magistrado não se aprofunda na verificação da existência do direito invocado ou a ser invocado. Sendo a sumariedade da cognição característica das tutelas provisórias, basta um juízo hipotético, de probabilidade, a respeito da pertinência da pretensão principal.⁷⁶⁰

Já o segundo requisito, atinente à urgência, é descrito pelo já mencionado

⁷⁵⁹ *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37. Adiante acrescentou: "Contudo, embora tenha elegância teórica, essa diferenciação não possui valor prático. Melhor dizendo: se bem que teoricamente seja possível classificar os graus de intensidade de convencimento, os juízes não atrelam, na prática, as modalidades de tutela de urgência a cada um desses graus. Em outros termos: a depender do grau de periculum in mora apresentado no caso, qualquer uma das modalidades de medi da de urgência pode ser concedida, com base na "relevância do fundamento alegado", na "prova inequívoca da verossimilhança das alegações" ou na "demonstração sumária do direito alegado" (idem, p. 38). No mesmo sentido, com expressa alusão ao regime do CPC de 1973: ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.

⁷⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 300. In _____ *et al. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 874.

caput do artigo 300 de forma alternativa, consistindo no “perigo de dano” ou a “risco ao resultado útil do processo”. A distinção, aqui, parece justificável,⁷⁶¹ e embora o CPC não seja expresso nesse sentido, ele alinha-se a já mencionada distinção *calamandriana* entre o “perigo de infrutuosidade” e o “perigo de tardança”, a que correspondem, respectivamente, cada uma daquelas expressões.⁷⁶²

O prejuízo irreparável ao direito, em razão do tempo necessário à sua efetivação pela via ordinária, revela a necessidade de tutela de urgência. A irreparabilidade do dano deve ser aferida em cada caso concreto. Não existe fórmula genérica para identifica-la. Nem parece correto restringi-la aos direitos absolutos, não patrimoniais. Também os obrigacionais estão sujeitos a prejuízos irreparáveis.⁷⁶³

Essa opção do CPC, se por um lado atende bem aos critérios de diferenciação entre tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada, por outro mereceu crítica de Daniel Mitidiero, baseada em dois argumentos significativos.

O primeiro diz respeito à alusão a “perigo de dano”, uma vez que “o direito não merece tutela tão somente diante do dano”, ressaltando-se, ainda, que o “próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito (...).⁷⁶⁴

A segunda ponderação, voltada à locução “risco ao resultado útil do processo”, refere-se à noção do já antes mencionado *direito substancial de cautela*, a partir da qual o autor conclui que a tutela cautelar tem “por finalidade tutelar o direito material

⁷⁶¹ Para José Roberto dos Santos Bedaque, mais do que isso, a distinção “é fundamental para o correto entendimento da tutela de urgência, mesmo porque, com base nela, as medidas serão classificadas em meramente conservativas e antecipatórias” (Comentários ao artigo 300. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 932).

⁷⁶² “Sob o ponto de vista semântico, o *fumus boni iuris* da tutela antecipada é idêntico ao *fumus boni iuris* da tutela cautelar: é mero juízo de aparência, verossimilhança ou probabilidade sobre a existência da pretensão de direito material objeto da lide principal. Todavia, o *periculum in mora* da tutela antecipada não é idêntico ao *periculum in mora* da tutela cautelar. Na tutela antecipada, há a necessidade de “execução para segurança” [Pontes de Miranda]: é preciso satisfazer adiantadamente a pretensão material para afastar-se risco à esfera do requerente. Ou seja, a aludida esfera é acometida por um “*pericolo di tardività*” [Piero Calamandrei]. Em contrapartida, na tutela cautelar, há necessidade de “segurança para execução” [Pontes de Miranda]: é preciso assegurar a pretensão material para afastar-se o risco de que não possa ser futuramente satisfeita. Enfim, a mencionada pretensão é ameaçada por um “*pericolo de infrutuosità*” [Piero Calamandrei]. Essa distinção não tem valor puramente teórico, porém: ela ajuda a identificar- o que nem sempre é fácil – quando se está diante de pedido de tutela antecipada ou de pedido de tutela cautelar (os quais se submetem a regimes procedimentais distintos)” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Artigo 300. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 412-413).

⁷⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 300. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 932.

⁷⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Comentário ao artigo 300. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 782.

diante de um dano irreparável ou de difícil reparação”, concluindo que tudo se resolveria se tivesse o legislador lançado mão de “um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo na demora (“*periculum in mora*”).⁷⁶⁵

A crítica é pertinente. Melhor seria que o pressuposto da urgência fosse também sintetizado, para ambas as figuras, em um requisito único, nos moldes em que sugerido o parágrafo anterior e no esteio do que o mesmo dispositivo legal fez ao aludir à “probabilidade do direito”.

Ainda assim, especificamente em relação à primeira crítica, não me parece que a redação do *caput* do artigo 300 amesquinhe, por si só, a aplicação prática da antecipação de uma tutela de cariz inibitório, voltada à prevenção ou à remoção do ilícito, em boa hora explicitada pelo artigo 497 do CPC.⁷⁶⁶

O artigo 300 prevê, em seu parágrafo 3º, um requisito negativo que inviabiliza a concessão de tutela de urgência se “houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, na exata dicção da lei, que reproduz lição de Athos Gusmão Carneiro em crítica endereçada à redação do artigo 273, § 2º, do CPC de 1973, exatamente no sentido de que “a “irreversibilidade” não se refere propriamente ao “provimento” antecipatório, mas sim aos efeitos do provimento”.⁷⁶⁷

Isso equivale a compreender que a eficácia preponderante da decisão buscada, por si, não é antecipável, mas sim suas *consequências*, ou seja, a parcela do mundo dos fatos efetivamente atingida pelos efeitos da decisão.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ Idem, p. 783.

⁷⁶⁶ “O art. 497, parágrafo único consagra a necessidade de tutela jurisdicional *contra o ato contrário ao direito*, ou melhor, de tutela jurisdicional *contra o ilícito*. A norma elenca duas formas de tutela jurisdicional: (i) a *tutela inibitória*, que pode se voltar contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e (ii) a *tutela de remoção do ilícito*, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita. Mais do que isso, a norma afirma a dissociação entre ato contrário ao direito e fato danoso, deixando claro que tais tutelas não têm como pressuposto o dano e os critérios para a imputação da sanção ressarcitória, ou seja, a culpa e o dolo. Tais elementos não podem ser invocados e discutidos na ação em que se pede contra o ilícito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: Inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 15). Adiante pontuou: “A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano” (idem, p. 25).

⁷⁶⁷ *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 79.

⁷⁶⁸ “Antes de esmiuçar as considerações acima tecidas, faz-se importante a análise da justificativa pela qual é exigida a reversibilidade da medida antecipatória concedida. Para tanto, importa reafirmar que somente os efeitos práticos da decisão final almejada é que podem ser antecipados, não se podendo,

É natural que sendo a tutela provisória revogável ou modificável no curso da demanda, sua concessão não deve, regra geral, propiciar a geração de efeitos que se mostrem perenes.

Por outro lado, desde os primeiros anos de aplicação da tutela antecipada genérica introduzida pela reforma processual de 1994 a doutrina aponta que tal requisito não pode ser entendido como absoluto, sob pena de inviabilizar-se essa relevante forma de prestação de tutela jurisdicional.

Como obtempera, já sob a égide do CPC de 2015, Arruda Alvim:

Em que pese a dicção do dispositivo ora analisado (art. 300, § 3º), é preciso ressaltar que, em certas hipóteses, o requisito da reversibilidade fática da medida deve ser superado em prol do acesso efetivo à Justiça, pois nesses casos, que não são raros, o risco será de perecimento do direito ou da ocorrência de dano só evitável pela medida requerida. Nessas hipóteses, cremos que a revogação, reforma, anulação ou modificação da decisão que concedeu a tutela de urgência ensejará, no máximo, a conversão da obrigação específica (restabelecimento do status quo ante) em obrigação genérica (perdas e danos).⁷⁶⁹

A não concessão da antecipação, ao pretexto de que não se pode impor ao réu, com base em cognição sumária, intervenção jurisdicional que gere efeitos práticos irreversíveis, pode consubstanciar prejuízos irreparáveis ao requerente da medida, nos casos em que a negativa de tutela equivaler, ela mesma, à imposição ou à manutenção de uma situação fática danosa à esfera jurídica de interesses daquele. Alude-se, nesse caso, à *irreversibilidade recíproca*.⁷⁷⁰

A regra da probabilidade, também aqui, tem papel de destaque.⁷⁷¹

jamais, antecipar, por cognição sumária, o próprio acerto do direito, como se pode verificar com clareza nas ações meramente declaratórias, por exemplo" (ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 169).

⁷⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Tutela provisória no código de processo civil de 2015. Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 151.

⁷⁷⁰ "Sob essa perspectiva, a dogmática processual vem assentando que a irreversibilidade fática pode ser recíproca, vale dizer, o indeferimento também poderá gerar uma situação irreversível em prejuízo do autor, do mesmo modo como o seu deferimento é capaz de estabelecer uma situação irreversível em face do réu. Nesses casos, não seria crível que, diante da "irreversibilidade recíproca", o autor tenha que sair sempre prejudicado, mesmo quando o seu direito seja provável. A situação, no mínimo, redundaria em manifesto tratamento desigual sem que, para tanto, existisse critério justificável. Afinal, conforme aguda crítica de Marinoni, "admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável" (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 98).

⁷⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 79.p. 81. No mesmo sentido, à luz do CPC/2015: ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183.

Bem se vê, por aí, que a noção de irreversibilidade é um tanto *elástica*, na medida em que, além de modulada, por assim dizer, caso a caso, com parâmetros bem calibrados pelo princípio da proporcionalidade, ela também não estará presente nos casos em que se mostrar viável a recondução da parte ao estado anterior por meio do pagamento de verba ressarcitória.⁷⁷²

Dito de outra forma, a possibilidade de indenizar o requerido, na hipótese de eventual revogação de tutela antecipada já efetivada, é elemento relevante na incidência do princípio da proporcionalidade, atuando como um dos vetores de sua aplicação.

Tem-se, ademais, que a responsabilidade civil do requerente, nesse caso, é “objetiva, de modo que ele responde pelos danos causados pela efetivação da medida, independentemente da prova de dolo ou culpa”,⁷⁷³ bastando, assim, a prova da efetivação da tutela de urgência e do dano, aliada à demonstração do nexo de causalidade entre ambos.

Há, no ponto, uma ressalva relevante, no sentido de que não parece razoável compreender a hipótese do inciso I do artigo 302 como geradora, em todos os casos, de responsabilidade civil, nas hipóteses em que o pedido de tutela definitiva vier a ser desfavorável ao requerente da medida.

A circunstância do juiz, após aprofundada análise da demanda e dos fatos que lhe são subjacentes, vir a julgar improcedente o pedido não conduz, em todos os casos, à conclusão de que houve antijuridicidade no requerimento de tutela provisória de urgência.

Sujeito a requisitos específicos e combináveis (plausibilidade da pretensão e urgência), é bem possível que o quadro fático exposto, desde que com boa-fé, na petição inicial, tenha recomendado a concessão da medida urgente, principalmente nos casos em que a hipertrofia, por assim dizer, de algum dos elementos acaba

⁷⁷² “A reversibilidade que exige a lei pode ser *in natura*, o que é sempre preferível. O que se deseja é que seja possível a volta ao *status quo ante*, que haja reposição do estado de coisas tal quais essas existiam antes da providência. Mas também pode ser considerado reversível a tutela provisória toda vez que puder haver indenização e que essa seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 933).

⁷⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 300. In _____ *et al. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 887.

induzindo tal concessão. A razoabilidade desta não será eliminada apenas porque ao final, após cognição ampla e exauriente, julgou-se improcedente o pedido.

Assim, parece correto afirmar que, nesse caso, a responsabilidade do requerente pode estar presente, mas deve ser aferida com base na culpa ou dolo, ou seja, de forma subjetiva.⁷⁷⁴

Em arremate deste item, a concessão da tutela de urgência pode dar-se tanto liminarmente – ou seja, com a cognição sumária exercita pelo juiz apenas com base na descrição dos fatos narrada pelo autor e com as provas pré-constituídas que acompanham a petição inicial – ou após justificação prévia (art. 300, § 2º, CPC), “ato processual destinado tão somente à produção de prova da verossimilhança e do perigo”.⁷⁷⁵

4.3.1. A tutela cautelar

Logo ao início da vigência do CPC de 1973, Ovídio Araújo Baptista da Silva, mesmo ressaltando a ideia de que “um código não é uma obra de doutrina, mas um instrumento de adaptação social”, criticou a opção pela “vastíssima enumeração de medidas cautelares específicas” adotada por aquele diploma.⁷⁷⁶

Para ele, havia mesmo uma contradição entre a assertiva lançada na Exposição de Motivos daquele Código – segundo a qual se pretendia colocar o sistema processual brasileiro em consonância com o progresso científico daquele tempo, e a atitude de “voltar as costas às mais modernas conquistas da ciência

⁷⁷⁴ “Todavia, não é possível reconhecer a existência de responsabilidade objetiva quando a parte logra obter antecipação da tutela – seja cautelar, seja satisfativa – e posteriormente o pedido final é julgado definitivamente improcedente. Fazê-lo importaria apagar a existência de um efetivo juízo de cognição sumária sobre a probabilidade de existência do direito. Se a tutela sumária é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juízo, torná-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar a efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houve existido, apagando-o retroativamente. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa. Vale dizer: é subjetiva, e não objetiva” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 188).

⁷⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 300. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 933.

⁷⁷⁶ *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 81 e 82.

processual europeia”,⁷⁷⁷, que já bem compreendia a indeterminação do conteúdo dos provimentos cautelares.

O Código de Processo Civil de 2015 seguiu essa diretriz, eliminando a previsão de procedimentos cautelares específicos e reforçando, com isso, a ideia de que a *tutela cautelar*, embora ostente, ela mesma, relevância tão significativa quanto as tutelas de conhecimento e de execução, não precisa de uma categoria específica de *processo* para ser prestada, ressaltando-se, assim, a prevalência da *técnica processual* como meio de obtenção da tutela cautelar.

Um das justificativas para essa opção é bem exposta por Arruda Alvim:

Outro aspecto interessante do Projeto de Novo Código de Processo Civil é a eliminação das cautelares nominadas. Evidentemente isto responde a uma tendência do Direito brasileiro, em que se expandiram as medidas cautelares e de urgência, de tal modo que não se justifica a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir, adjudicada ao Judiciário. O PLS 166/2010 consagra a ampliação dos poderes concedidos aos magistrados na concessão de medidas destinadas à tutela da urgência e da evidência, que, como já se disse, passam a ser tratadas em conjunto.⁷⁷⁸

No CPC de 1973 os *procedimentos cautelares específicos* eram enfeixados sob essa categorização ao longo de quinze seções do capítulo II do seu livro III (artigos 813 a 888), destacando-se, dentre outros, o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens, a busca e apreensão, a exibição de coisa móvel ou documento, a produção antecipada de provas e o atentado.

Embora realmente a reformulação da tutela jurisdicional cautelar tenha sido, ao menos procedimentalmente, significativa, essa impressão inicial desvanece em parte a partir de uma análise mais detida, vez que boa parte de tais procedimentos cautelares continuam a ter previsão expressa na lei processual de 2015, ainda que

⁷⁷⁷ Idem. p. 81. Indagava o professor gaúcho, com a agudeza de espírito crítico que caracteriza seus escritos, se, acaso suprimida toda a disciplina das medidas cautelares típicas, “ficariam as partes e os juízes perdidos, sem bússola e sem rumo, numa espécie de mar desconhecido?” (p. 82).

⁷⁷⁸ ARRUDA ALVIM. Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 191, jan/2011, p. 307. Em sentido contrário: “Desde já posicionamo-nos pela discordância quanto à eliminação completa de todas as medidas cautelares do Livro III do Código de Processo Civil/1973. Algumas medidas mereciam manutenção, como as cautelares típicas de *arresto* e *sequestro*. A longa maturação histórica quanto ao nascimento destas medidas e à formação dos seus pressupostos foi eliminada sem justificativa plausível. As medidas executivas de congelamento do patrimônio do réu/devedor, ainda que concedidas para a segurança da futura execução, são invasivas e de elevado risco. A previsão da tipicidade e dos requisitos para sua concessão consiste em modo de prever requisitos ponderados para tanto” (ARAÚJO, Fábio Caldas. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I. p. 81).

sob diferentes *roupagens*.

O atentado (ou melhor, a sua *não* prática) passou a ser dever das partes e de todos aqueles que participam do processo (art. 77, VI), outorgando-se ao juiz poderes para sua remoção incidental (§ 7º do mesmo dispositivo), enquanto que as notificações e interpelações foram alocadas no âmbito dos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 726/729), atendendo a reclamo de parcela da doutrina.⁷⁷⁹

Já o protesto e apreensão de título de crédito (cuja presença no CPC/73 deitava raízes no Regulamento 737, de 1850, já sendo então consideradas “totalmente obscuras”, por Ovídio Araújo Baptista da Silva, as razões de sua permanência naquele diploma),⁷⁸⁰ a caução,⁷⁸¹ a posse em nome do nascituro e os alimentos provisionais deixaram de ter previsão específica, reservada ao interessado, como é curial, a possibilidade de invocar a tutela de urgência se presentes os requisitos necessários.

A homologação do penhor legal passou a ser prevista como procedimento especial de jurisdição contenciosa (artigos 703 a 706), enquanto que o arresto, o sequestro e o registro de protesto contra alienação de bem, como já visto, passaram a ser encarados como *técnicas* para efetivação da tutela de urgência, como tal meramente exemplificadas pelo artigo 301, estruturado com claro caráter *didático*.

Também como *técnica* processual, e ainda que sem se cogitar de urgência, deve ser encarada a exibição de documento ou coisa (artigos 396 a 404), esta no âmbito da fase instrutória e, em certa medida, a busca e apreensão de pessoas e coisas, ainda que com previsão restrita, a princípio, ao cumprimento de sentença e ao processo de execução (art. 536, § 1º).

Já a produção antecipada de provas e a justificação – passíveis de reunião por tratarem-se de *providências jurisdicionais de índole probatória* que podem ser obtidas independentemente da existência de processo em curso (ainda que apenas eventualmente de índole urgente) – foram agrupadas nos artigos 381 a 383.

⁷⁷⁹ Leonardo Greco classificava tais providências, já no âmbito da jurisdição voluntária, como *procedimentos receptícios*, assim entendidos como “aqueles em que a atividade do juiz se limita a documentar, registrar ou comunicar manifestações de vontade dos particulares, sem exercer propriamente uma atividade cognitiva ou decisória, a não ser em caráter instrumental de uma daquelas” (*Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 63).

⁷⁸⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986, v. XI, p. 656.

⁷⁸¹ Também mal alocada como cautelar pelo CPC/73, conforme doutrina majoritária (ver, por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III. p. 141).

Além da própria falta de previsão de cautelares nominadas, o artigo 301 do CPC de 2015 deixa clara sua opção ao mencionar de forma meramente exemplificativa algumas delas,⁷⁸² com clara índole conservativa (arresto, sequestro etc.), cabendo entender tais figurais, à falta de definição legal de suas características e requisitos, à luz da cultura jurídica acumulada ao longo do tempo de vigência daquele diploma. Nesse sentido:

O dispositivo quer ilustrar as medidas passíveis de concessão à guisa de tutela de urgência de natureza cautelar ou, de forma mais completa, tutela provisória fundamentada em urgência de natureza cautelar. Com o devido respeito, tais medidas só fazem sentido para quem conhecia o CPC de 1973 e compreendia, à luz dele, o que era arresto, sequestro, arrolamento de bens e protesto contra a alienação de bens, cautelares nominadas (típicas) disciplinadas no Capítulo II do Livro III daquele Código (...) Seria melhor – se a proposta era a de descrever medidas a serem adotadas pelo magistrado para proteger direitos (e não satisfazê-los) – indicar sua finalidade e não o *nomen iuris* pelos quais aquelas técnicas foram disciplinadas pelo CPC de 1973 que era, quando devidamente compreendido o alcance dos arts. 798 e 799 do CPC de 1973 e, conseqüentemente, do “dever-poder geral de cautela” no plano infraconstitucional. A parte final do art. 301, neste sentido, ao assinalar a pertinência de “qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito”, mostra-se suficiente para desempenhar o papel do “dever-poder geral de cautela”. Tanto mais se ela for interpretada ao lado do art. 297 e do “dever-poder geral de antecipação” lá assegurado.⁷⁸³

Em que pese a reformulação proposta pelo CPC de 2015 quanto ao tema, a noção de *cautelar*, ditada pela sua própria finalidade, parece ser aquela clássica, forte na ideia de *prevenção* ou *asseguarção*:

O sentido etimológico da palavra *acautelar*, subjacente à tutela cautelar, tem na sua origem a ideia da prevenção. Prevenir significa evitar um dano. No plano cautelar, trata-se de evitar o dano, para o direito, resultante do decurso da ação principal. Mas a *prevenção* deste dano difere necessariamente da reposição da legalidade e conseqüente *realização* do direito, própria da ação principal. Ou seja, a prevenção cautelar do *periculum in mora* não implicaria, como regra, a satisfação do respectivo direito, bastando-se com uma intervenção mais reduzida, sem que tal conduzisse à alteração substancial do estado de coisas existente. Já a realização do direito exigirá uma atuação mais forte, dado que implica uma modificação da situação jurídica no sentido

⁷⁸² Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

⁷⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 314. Vê essa dificuldade na aplicação do dispositivo Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “O novo Código de Processo Civil, ao mesmo tempo que não prevê mais as cautelares típicas, cita-as ao mencionar, no seu art. 301, que a tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada “mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem”. O rol é exemplificativo, mas traz consigo uma dificuldade, pois não define o que seja arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem” (*Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 107). Adiante aponta a mesma solução: “Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 1973, mesmo revogado, segundo pensamos, tem um importante papel histórico, a auxiliar o operador do direito a compreender o que é um arresto, um sequestro, um arrolamento e um protesto contra alienação de bens” (Idem, p. 114).

de conceder ao respectivo titular o bem jurídico objeto do seu direito.⁷⁸⁴

A autonomia da tutela cautelar, no sistema revogado, manifestava-se duplamente. Tanto decorria de sua finalidade, essencialmente distinta daquelas próprias do processo de conhecimento e de execução, como formalmente, na exata medida em que havia um *processo* próprio para que fosse alcançada, tido como *tertium genus*, tal como antes abordado (item 3.4.10).⁷⁸⁵

O *processo* cautelar é que ostentava autonomia em relação ao processo principal, fosse *preparatória* a medida (ou, na linguagem atual, *antecedente*) ou incidental. Havia, portanto, duas relações processuais.

O CPC/2015 eliminou a autonomia *formal* da tutela cautelar, já que está é prestada no mesmo processo, mas *substancialmente* não se discute sua existência.⁷⁸⁶

Como anota Igor Raatz:

Sucedem que, a despeito da autonomia material de que gozam as mencionadas tutelas cautelares, o atual Código de Processo Civil brasileiro deixou de conferir autonomia formal à cautelar, que, a despeito de contar com um procedimento próprio na sua forma antecedente, tende a ser embutida no procedimento destinado à concessão da tutela satisfativa. Trata-se daquilo que Adriano Soares da Costa chamou de exercício da ação cautelar por embutimento binário: "há no processo duas pretensões diferentes, a primeira embutindo-se na subsequente, cujo rito será o seguido". Por sinal, a exigência da formulação do pedido de tutela satisfativa no prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da tutela cautelar (art. 308, CPC), sob pena de cessação da sua eficácia (art. 309, I, CPC), somente vem a reforçar a conclusão a respeito da falta de autonomia formal da tutela cautelar.⁷⁸⁷

Assim, permanece possível a invocação da *tutela* cautelar, ainda que se tenha eliminado a ideia de um *processo* cautelar, confirmando-se o vaticínio de Eduardo José da Fonseca Costa ao comentar a fungibilidade entre as tutelas de urgências

⁷⁸⁴ FARIA, Rita Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português* – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade. Lisboa: Universidade Católica, 2016. p. 73.

⁷⁸⁵ Distinto é o entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: "Nessa ordem de ideias, bem se vê que a propalada característica da autonomia trazida pelo Código de Processo Civil de 1973 na tutela cautelar, mas sim no processo colocado à disposição para veiculá-la" (*Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência* – do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 133).

⁷⁸⁶ "Estudo da cautelar deve ser feito a partir da ideia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar incidente, são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar. Importa, pois, descobrir a natureza dessa modalidade de proteção jurisdicional, que não se confunde com as demais formas de tutela: cognitiva e executiva ou satisfativa" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126).

⁷⁸⁷ *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p.177.

previstas pelo parágrafo 7º do artigo 273 do CPC de 1973, introduzido em 2002:

Daí por que a Lei n. 10.444/2002, ao acrescentar o § 7 ao art.273 do CPC, outra coisa não fez senão ratificar essa tese. Ao prescrever que a pretensão de segurança pode ser também deduzida na "ação principal, o aludido dispositivo praticamente certifica o âmbito do processo cautelar: o juízo pratico dos advogados tenderá a deduzir todos os pedidos - cautelares, antecipatórios e principais - numa única petição inicial, salvo nos casos de pedido cautelar de asseguaração de fato, de vantagem para a parte requerente ou de conveniência da instrução.⁷⁸⁸

Vai daí que a pretensão cautelar segue admissível, a rigor havendo, como anota Araken de Assis, cumulação de pretensões:

Era inadmissível, igualmente, a cumulação, no mesmo processo, da ação cautelar e da ação principal, conforme o STJ, repelindo a aplicação do rito comum (então, "ordinário"). Essa dificuldade, proveniente da estrutura autônoma (processo cautelar), desapareceu na sistemática do CPC de 2015. É admissível a formulação do pedido principal e do pedido cautelar conjuntamente (art. 308, § 1º), na tutela provisória cautelar incidente, e, no caso da antecedente, a inserção da ação principal *in simultaneo processu* (art. 308, caput). Completamente diversa era a hipótese de antecipação da tutela, hoje chamada de tutela provisória antecipada: não ocorria, aí, qualquer cumulação, mas adiantamento dos efeitos da(s) ação(ões) proposta(s). E ainda inexistia qualquer cumulação se o autor pleiteia providência que lhe antecipe, no todo ou em parte, o bem da vida almejado.⁷⁸⁹

A tutela cautelar, no CPC de 2015, não experimentou alteração em seu perfil dogmático ou em sua função, a não ser para melhor delimitar seu campo de atuação, mais voltado à sua vocação acautelatória, elemento que fica bem nítido a partir do cotejo entre a tutela cautelar e tutela antecipação, distinção esta atenuada, é verdade, pela já ressaltada regra da fungibilidade.

Não há mais espaço, dito de outra forma, para as então denominadas “cautelares satisfativas”, já que a tutela antecipada, com sua maior imbricação com o pedido principal, é técnica que bem supre eventual necessidade nesse sentido.

Todavia, foi reformulada a *forma* de obtê-la, na medida em que dispensou-se o

⁷⁸⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Razões estruturais da fungibilidade procedimental das tutelas de urgência. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 204.

⁷⁸⁹ *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 256. Refere Eduardo Lamy a divergência existente sobre o ponto: “Causa espécie, inclusive, a opinião de autores que, mesmo na atual sistemática da urgência no direito processual, continuam a afirmar que a natureza da medida urgente acautelatória e antecipatória de pedido de efeitos em recursos especial ou extraordinário no CPC de 2015 é uma ação. Tal afirmação consiste em evidente confusão entre meios e fins de autores que não conseguem ligar com a reestruturação promovida pelo CPC de 2015; que não percebem a inexistência de uma pretensão puramente urgente! Ora, é exatamente pelo fato de não existir um fim cautelar que a medida cautelar é, essencialmente, uma técnica, um meio; não um fim; não uma pretensão; não um direito substancial que mereça ser respeitado por terceiros; não uma ação” (*Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 61).

estabelecimento de uma nova relação processual para veiculá-la, sendo ela invocada já na própria petição inicial, como também no curso do processo, por simples petição, havendo, ainda, a possibilidade de sua concessão prévia à própria dedução da pretensão à tutela jurídica de conhecimento ou de execução cristalizada no pedido, aspectos abordados adiante

4.3.2. A tutela antecipada

Em relação à tutela cautelar, como visto no tópico precedente, o CPC de 2015 trouxe mudança importante, representada pela ressignificação de sua finalidade e o consequente retorno, por assim dizer, à sua feição essencialmente assecuratória.

Já no que tange à tutela antecipada, quiçá por se tratar de inovação relativamente recente e, em geral, de contornos bem apreendidos pela cultura jurídica nacional, não se verificou, em termos substanciais pelo menos, grande reformulação.

A principal característica da tutela antecipada continua sendo, portanto, sua umbilical ligação com o pedido principal, justamente por viabilizar a precipitação, no tempo, dos efeitos que adviriam da tutela definitiva. Antecipam-se alguns efeitos da decisão final, mas, claro, não ela própria.⁷⁹⁰

Por isso é que, mesmo na vigência do CPC anterior, mas em lição que segue atual, Cassio Scarpinella Bueno indicou o *critério da coincidência* como significativo na aproximação de um conceito de tutela antecipada:

O critério que me parece mais útil para distinguir a tutela antecipada da cautelar é verificar em que condições aquilo que se pretender “antecipar” coincide ou não com o que se pretende a final. Na exata medida em que houver coincidência total ou parcial – a tutela antecipada, diz o art. 273, *caput*, pode ser concedida total ou parcialmente –, o caso será de tutela antecipada. Na ausência dessa coincidência, seja ela total ou parcial, a

⁷⁹⁰ “Há razoável consenso na doutrina, ao tratar da natureza da antecipação de tutela, no sentido de que esta implica o adiantamento dos efeitos do provimento definitivo. Não se trata, pois, de antecipar a própria tutela (o provimento judicial que definirá a relação jurídica), nem tampouco de apenas assegurar o seu resultado. A tutela antecipada está no meio-termo entre essas duas providências, e, justamente por isso, presta-se à concessão antecipada do bem da vida, do pedido mediato e não do pedido imediato (a tutela em si mesma), que será apreciado na sentença” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência* – do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 117).

hipótese é de tutela cautelar.⁷⁹¹

Esse aspecto é sem dúvida o mais importante na caracterização da tutela antecipada, e revela a íntima ligação de tal figura com o direito material, pois na apreciação de requerimento dessa natureza o juiz, necessariamente, deverá raciocinar em termos prospectivos, vislumbrando a probabilidade de acolhimento do pedido principal, tarefa que não se exerce de maneira adequada senão com os olhos voltados à relação jurídica de direito material.⁷⁹²

Além da coincidência entre o conteúdo do requerimento de antecipação a tutela antecipada e o do pedido principal, a *satisfatividade* continua sendo outro dado característico da tutela antecipada,⁷⁹³ apartando-se do caráter *assecuratório* da tutela cautelar.

Outros caracteres específicos da tutela antecipada serão melhor expostos adiante, quando indicada a dinâmica de aplicação do instituto (tópico 4.5), uma vez que a forma como ela atua no processo e sua relação com o pedido de tutela definitiva revelam muito a seu respeito.

4.4. A tutela da evidência

Não só a urgência sustenta a tutela provisória, pois também a evidência, como revela o já mencionado artigo 294, *caput*, do CPC, pode fundamentar requerimento dessa natureza.

Tem-se a urgência como dispensável porque a tutela da evidência não exige “demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo” (art. 311,

⁷⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 27.

⁷⁹² “Em se tratando de antecipação de efeitos, somente se poderia atuar quando se reconhecesse que, em tese, o direito alegado pela parte teria condições de tutelabilidade e, assim, de gerar efeitos pelo deferimento do pedido contido na decisão definitiva. Portanto, na antecipação dos efeitos da tutela, tem-se uma relação com direito material extremamente significativa, porque, na verdade, o juiz, ao analisar os requisitos específicos, faz um exame da relação de direito material sob a ótica da procedência, ainda que contingente” (DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 57).

⁷⁹³ “Tutela antecipada é o nome que o legislador deu à tutela satisfativa (declarativa, constitutiva ou condenatória) concedida no processo de forma antecipada e provisória em decisão de natureza interlocutória. Tutela de evidência também é tutela satisfativa. A novidade é que a tutela satisfativa pode ser autônoma, sem necessidade de vir acompanhada do pedido de tutela definitiva, e estabilizar-se, a depender da não reação do réu, em procedimento de caráter antecedente” (DONEL, Pedro Roberto. *Solução Liminar do Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 60).

caput), ou seja, não há necessidade de sequer alegar-se a urgência, mesmo nas hipóteses em que ela pode ser concedida liminarmente.

Sua finalidade é anteciparem-se os efeitos de julgamento definitivo, nos casos em que é *evidente* o direito material buscado pelo autor, atributo singular que justifica a prestação jurisdicional baseada em cognição sumarizada.⁷⁹⁴

Para melhor entender esse aspecto, devemos partir da premissa de que, mesmo que não se esteja diante de uma situação marcada pela urgência, o tempo

não pode ser considerado algo neutro ou indiferente ao autor e ao réu. Se o autor precisa de tempo para receber o bem da vida que persegue, é lógico que o processo – evidentemente que no caso de sentença de procedência – será tanto melhor ao réu quanto mais demorado.⁷⁹⁵

Assim, possível estabelecer que a tutela da evidência possui por finalidade “dar tratamento racional ao tempo processual, permitindo a sua distribuição igualitária”, viabilizando, com isso, “que decisões sobre o mérito sejam tomadas no curso do processo quando caracterizadas a evidência do direito e a inconsistência da defesa”,⁷⁹⁶ justamente por não ser razoável impor ao autor que tem razão o ônus de suportar a demora no desfecho do processo.

A tutela da evidência já era prevista no CPC de 1973, sem essa nomenclatura

⁷⁹⁴ Alude à gestão processual do tempo e a necessidade de uma justiça oportuna, adequada e plena, como elementos autorizadores da tutela sumária baseada em urgência ou evidência Alvaro Perez Ragone: “En la visión del escritor argentino Jorge Luis Borges reproducida al inicio de este trabajo, considera a la fatalidad de la característica del género literario. Algo en común parece tener la tutela sumaria, que tiende a ser recurrente en la preocupación histórica y comparada sobre el proceso judicial, apostando o no en ella, siempre considerando la necesidad e una justicia oportuna, adecuada y plena. Lo sumario se refiere a diferentes modalidades para la gestión del riesgo tiempo en el proceso. Es una variable más para distribuir entre las partes la duración de un proceso para lograr una mejor planificación y previsibilidad, en otros casos para una oportuna protección judicial de los derechos. La posibilidad de acceder a lo sumario en cualquiera de sus modalidades ya mencionadas no solo se funda en casos de (i) “urgencia” y necesidad de una respuesta jurisdiccional rápida, (ii) sino que también el criterio de un derecho evidente alegado por el demandante o una conducta determinada del demandado justifican también distribuir el riesgo en favor del que requiere esa tutela a sus derechos” (Tutela sumaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, n. 4, jan/jun/2016, p. 17).

⁷⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 129. No mesmo sentido: “Portanto, a tutela da evidência, apesar de não estar atrelada ao *periculum in mora* sob qualquer perspectiva, encontra seu fundamento, por esta ótica, na necessidade de prevenir ou ao menos reduzir o dano marginal, que, por ser oriundo do tempo natural para o trâmite processual percorrido sob o rito ordinário, acaba atingindo sistematicamente aquele autor que está amparado por um direito verossímil, provável, e que, assim, é obrigado a suportar sozinho o ônus deste lapso temporal” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 29).

⁷⁹⁶ Idem, *ibidem*. Para Eduardo Lamy, “é uma tutela que reconhece que a própria estrutura de maturação do processo requer tempo, e que por isso visa dispensar esse tempo e essa estrutura tradicionalmente seguida nas hipóteses excepcionais previstas no ordenamento, para que nelas se satisfaçam os direitos evidentes de forma liminar” (*Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 14).

explicitamente indicada na lei e como um dos requisitos para a concessão de tutela jurisdicional antecipada, indicado no inciso II do artigo 273,⁷⁹⁷ alternativo em relação ao fundado receio de dano de difícil ou impossível reparação (inciso I), mas que deveria ser coexistente à plausibilidade da pretensão.

No CPC de 2015 a tutela da evidência passou a ter previsão mais consistente e *status* de modalidade de tutela provisória que, ao menos formalmente, deve ser entendida de modo apartado da tutela antecipada “clássica”, destinada, segundo modelo que parece ter sido vislumbrado pela lei, à proteção de situações urgentes.⁷⁹⁸

A lei processual não deixa espaço para que o juiz defina, livremente, o que seria uma pretensão evidente, prevendo quatro hipóteses taxativas que retratam situações em que o legislador busca antever quadro fático-jurídico compatível com a ideia de evidência,⁷⁹⁹ que passa, então, a ser objeto de especial (porque *antecipada*) forma de tutela.⁸⁰⁰

Esta é outra diferença entre a tutela de urgência e a da evidência, pois enquanto a primeira, como já abordado neste capítulo, é aplicável a partir de previsão

⁷⁹⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...).

⁷⁹⁸ “Terminologicamente, a “tutela de evidência” assume, no atual Código de Processo Civil, ares de novidade. Ela não existia, com essa designação, no antigo Código. Do ponto de vista conceitual, porém, a “evidência” consistia em uma das hipóteses de cabimento da tutela antecipada, que se desdobrava, por tanto, em tutela antecipada fundada na urgência e tutela antecipada fundada na evidência. Optou-se por dar autonomia à “tutela de evidência” reservando à “tutela antecipada” as situações de urgência” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 189).

⁷⁹⁹ Anota Eduardo Arruda Alvim, com razão, que também a técnica que caracteriza a tutela monitoria é lastreada na evidência: “Parece-nos tratar-se de hipótese específica de tutela da evidência, aquela prevista no art. 701 do CPC/2015, apesar de não se enquadrar nas hipóteses previstas pelos incisos do art. 311. Para a expedição da ordem de pagamento, não há obrigatoriedade de que tenha o réu agido maliciosamente - abusando de seu direito de defesa ou externando intuito protelatório -, não há necessidade de que o direito alegado pelo autor tenha fundamento jurídico em tese firmada por tribunal, não é preciso que a relação jurídica material trate de contrato de depósito e, além disso, não é caso de inexistir contraprova por parte do réu. Especialmente com relação aos incisos I e IV do art. 311, sequer poder-se-ia aproximá-los da previsão contida no art. 701, caput, do CPC/2015, porquanto as condutas descritas naqueles incisos exigem ação do réu posteriormente à instauração do processo, ao passo que, no caso específico da tutela da evidência na ação monitoria, sua concessão se dá liminarmente, sendo desnecessária qualquer conduta do réu, caracterizada pela defesa inconsistente” (*Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117-118).

⁸⁰⁰ “Nesses casos, conquanto premido por uma cognição superficial, o magistrado defronta-se com uma pretensão de direito material de existência quase certa. Ou seja, apesar de o julgador estar adstrito a um espectro de visão bastante limitado, ainda assim, sua análise não pode ser taxada, simplesmente, de perfunctória, visto que a procedência da demanda salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*. A estreiteza da cognição sumária não é suficiente para ceifar o direito de sua ululante evidência, pois” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71).

genérica, com abandono das antigas cautelares nominadas e outorgando-se maior liberdade ao juiz para investigar a presença de seus requisitos, a segunda restringe a atuação daquele, submetendo seu cabimento a hipóteses com alto grau de determinação.⁸⁰¹

A leitura dos incisos que compõem o artigo 311, combinada com a regra do seu parágrafo único,⁸⁰² revelam que as quatro hipóteses previstas podem ser agrupadas de duas maneiras, conforme seja cabível, ou não, a concessão de liminar.⁸⁰³

Analisando-se os incisos I e IV vê-se que a distinção feita pela lei processual não foi arbitrária, mas sim justifica-se pelas diferentes maneiras eleitas pelo CPC para determinar a existência de um alto grau de evidência do direito reclamado.

Tais dispositivos aludem a: a) caracterização do abuso do direito de defesa; b) manifesto propósito protelatório; c) falta a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Tais posturas do réu parecem mesmo suficientes a que se analise de modo diferente o requerimento de concessão de tutela da evidência, pois muitas das dúvidas que podiam surgir da análise da razoabilidade da pretensão são de plano debeladas pela falta de oposição sólida pelo réu.

Não compartilho do entendimento de parcela da doutrina,⁸⁰⁴ no sentido de que tais hipóteses, previstas com redação semelhante no CPC de 1973, ostentariam caráter punitivo, mas sim que são eloquentes representações de situações que tornam

⁸⁰¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência* – do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 128.

⁸⁰² “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

⁸⁰³ Embora, substancialmente, de fato as quatro hipóteses possuam “denominador comum capaz de amalgamá-las”, qual seja “a noção de defesa inconsistente” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 160).

⁸⁰⁴ Ver, por todos, a monografia de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006. *passim*).

adequada a antecipação fundada na evidência do direito.

Nesse sentido:

A antecipação nessa hipótese não tem caráter punitivo. Destina-se simplesmente a redistribuir o peso da demora do processo. Como não é uma punição, não é necessário examinar se o réu está agindo dolosamente. Cabe apenas o exame objetivo da sua defesa. Se ela não é “séria” – para usar expressão adotada em leis estrangeiras –, se não é consistente, isso vem a reforçar o juízo de verossimilhança – autorizando a tutela antecipada.⁸⁰⁵

Ainda sobre essas duas hipóteses, claramente se vê porque elas não podem fundamentar a concessão *liminar* da tutela da evidência, uma vez que atreladas à análise da postura do réu e da maneira como ele exerce seu direito de defesa.

Fazendo-o com afronta a deveres da boa-fé processual – esta alçada à condição de norma fundamental do processo civil brasileiro pelo artigo 5^o do CPC – independentemente da conduta estar ou não arrolada dentre os atos tipificadores da litigância de má-fé, ou pura e simplesmente defendendo-se de maneira ineficiente, a ponto de não elidir o valor probatório de documentos produzidos pelo autor, o réu deixa claro que não pode oferecer resistência séria à pretensão.

Aí está campo fértil para atuação da tutela da evidência, como bem ressaltado por José Roberto dos Santos Bedaque:

De fato, a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistente em apresentar defesa despida de seriedade, não está ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão somente a agilizar o resultado do processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta, ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados na defesa.⁸⁰⁶

Nesses casos, convém ressaltar que a fragilidade da defesa deve ser entendida, por óbvio, não isoladamente considerada, mas sempre à luz da pretensão

⁸⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 958. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 158. Na vigência da legislação anterior era esse o entendimento de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela” (*Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 142).

⁸⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 311. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 955.

deduzida, até porque este elemento é o que deve prevalecer, ainda que *reforçado*, ou mesmo *caracterizado*, pela postura negligente do réu. Do contrário, isto é, estivesse o juiz atrelado apenas à fragilidade da defesa, poder-se-ia tutelar direito inexistente ou pretensão desprovida, ela mesma, de razoabilidade.

Vale referir que, nesse caso, presume-se que o juiz perceba a necessidade de fazer com que o processo ingresse em sua fase instrutória (até porque, se assim não fosse, ele proferiria o julgamento antecipado, total ou parcial, da lide, na forma dos artigos 355 e 356 do CPC) e, por isso, antecipe a tutela jurisdicional, a pedido do autor, baseado na alta probabilidade de acolhimento da pretensão.

Já no outro grupo aqui proposto situam-se as duas hipóteses restantes, que podem ensejar a prestação de tutela da evidência liminarmente, embora seja igualmente certo que esta pode ocorrer também no curso do processo.

O traço comum que lhes une, além desse (formal), é a suficiência da eficácia probatória dos documentos processualizados pelo autor (consistente, portanto, em prova documental pré-constituída, à semelhança do que se tem no mandado de segurança), de modo a permitir que o juiz exerça a cognição sumária com maior grau, por assim dizer, de convicção em relação ao material fático da demanda. É desse elemento que se extrai segurança suficiente para autorizar-se a prestação de tutela jurisdicional calcada na evidência.

O inciso II do artigo 311 retrata hipótese que exige, além do já citado pressuposto da prova documental pré-constituída, a existência, em relação aos fundamentos jurídicos da pretensão, de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, requisitos estes que, segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça, são cumulativos.⁸⁰⁷

A alusão a casos repetitivos representa uma aparente impropriedade técnica

⁸⁰⁷ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PETIÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA CONCEDIDA NA ORIGEM. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DEFERIMENTO DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A concessão de tutela de evidência, em caráter liminar, antes do escoamento do prazo para oferecimento de defesa, nos termos do art. 311, II, do Código de Processo Civil, exige não somente a comprovação documental das alegações de fato, mas também a existência cumulativa de tese firmada em julgamento de repetitivos ou em súmula vinculante, requisito não observado na hipótese. 2. Agravo interno provido para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial” (AgInt. na Pet 12.363/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/03/2019).

do legislador, como bem exposto por Daniel Mitidiero:

O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 a 987, CPC, e recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041, CPC) ou em “súmula vinculante”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência dotada de razões apropriadas formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, isto é, jurisprudência formalmente vinculante. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Estes precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter suas razões adequadamente retratadas em súmulas vinculantes.⁸⁰⁸

Nem poderia ser diferente, em nome da preservação de coerência e da integridade da lei processual, já que o artigo 332 do CPC,⁸⁰⁹ ao prever hipóteses de julgamento liminar de improcedência do pedido, expressamente indica os precedentes vinculantes citados no excerto, dessa vez fazendo-o expressamente.

Esse entendimento, cujo valor advém da circunstância de ser extraído a partir de interpretação sistemática, é o melhor possível, sendo certo que parcela da doutrina chega à mesma conclusão aludindo ao emprego da interpretação extensiva.⁸¹⁰

Já o inciso III exige “prova documental adequada do contrato de depósito” para autorizar, em ação em que se busque a restituição do bem depositado, a tutela da

⁸⁰⁸ *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 160.

⁸⁰⁹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241 .

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

⁸¹⁰ “Por este aspecto, não se pode afirmar que apenas as hipóteses previstas expressamente no art. 311, II, autorizam a comprovação da verossimilhança do direito alegado pelo autor, o que equivale dizer que se trata de rol não exaustivo e que comporta interpretação extensiva, já que outras decisões que espelham o posicionamento dos tribunais - independentemente de ser exaradas em julgamentos repetitivos ou dar origem a súmulas vinculantes - mostram-se igualmente aptas a demonstrar a probabilidade da tese jurídica apresentada pelo autor” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 95).

evidência consistente na “ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

Aqui, fica evidente o “diálogo” do direito processual com o direito material, não só porque o artigo 646 do Código Civil estabelece que o depósito voluntário deve ser contratado necessariamente por escrito, mas principalmente porque, pelas características de tal negócio jurídico, o depositário tem duas obrigações a cumprir, umbilicalmente ligadas à essência de tal modalidade de contrato: conservar a coisa depositada e restituí-la ao contratante, quando este exigir (art. 629, CC), ainda que em momento anterior ao prazo de restituição porventura avençado (art. 633, CC).

No CPC de 1973 havia a previsão de procedimento especial para a ação de depósito, caracterizada justamente pela formulação de pedido de “restituição da coisa depositada” (art. 901), na linha do que já dispunha, ademais, o artigo 366 do CPC de 1939.⁸¹¹

Tal procedimento, tido por Ernane Fidélis dos Santos como “um dos mais importantes do Código, em razão de ser aplicável aos contratos de alienação fiduciária, dos quais se faz largo uso, na vida comercial do País”.⁸¹² Essa aplicação, acrescento, a rigor era residual, efetivando-se apenas quando frustrada a busca e apreensão deferida, também com base em cognição sumária, no procedimento previsto pelo Decreto-Lei 911/69 (art. 4^o, com redação, hoje já modificada, determinada pela Lei 6.071/1974).

Para além de tais previsões legais, a exigência de prova documental pré-constituída, como pressuposto para a utilização da ação especial de depósito, remonta às Ordenações Manoelinas, como anota Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Se o depósito estivesse incluído nos casos em que as Ordenações exigiam a escritura pública, o libelo haveria de ser formado por escrito, observando-se em tal caso – e aqui reside a questão de nosso interesse – as disposições pertinentes às demandas fundadas em escritura pública, para as quais as

⁸¹¹ A manutenção do procedimento especial da ação de depósito no CPC de 1973 foi celebrada por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A ação de depósito é uma das que tem resistido, na história do direito brasileiro, aos propósitos uniformizadores e generalizantes que ainda presidem nossas concepções jurídicas e que, no campo do direito processual, preconizam a universalização do “procedimento ordinário”, e consideram simples anacronismo a conservação de “ações especiais” em códigos modernos. Esta posição científica tem sido, no entanto, criticada, nos últimos anos, a partir de inúmeras perspectivas, tanto de filosofia e teoria geral do direito, quanto, particularmente, de novas concepções processuais agora preocupadas não tanto com a beleza de suas próprias construções teóricas, quanto com a “efetiva” adequação do processo às suas funções instrumentais de técnica de realização do direito material” (*Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 71).

⁸¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. VI, p. 38

Ordenações concediam uma ação especial depois chamada *decendiária*, que, além de especial, era *sumária*!⁸¹³

A principal característica do procedimento especial, além da expedição liminar de ordem para entrega do bem depositado em 5 dias (baseada, portanto, em cognição sumária), mesmo prazo em que o réu poderia contestar a ação (art. 902, CPC/1973), era a possibilidade de, ao final acolhida a pretensão, ser decretada a prisão do depositário se ele não entregasse a coisa ou seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas (art. 904, CPC/1973).

A súmula vinculante n. 25, editada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária realizada em 16 de dezembro de 2009, esvaziou esse procedimento especial, na medida em que dele subtraiu (em boa hora, convém frisar), a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.⁸¹⁴

O enunciado tem a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, sendo certo que ele já foi submetido a processo visando sua alteração, em proposta formulada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que pretendia a inserção de ressalva que permitisse a prisão civil do depositário judiciário infiel (e não aquele decorrente de contrato), no âmbito geral ou, em pleito subsidiário, ao menos na Justiça do Trabalho. O pleno do Supremo Tribunal rejeitou a proposta, à unanimidade (ausentes os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux), em sessão realizada no dia 24 de

⁸¹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 13. p. 109.

⁸¹⁴ A edição dessa súmula vinculante, além do estabelecimento da regra extraída de seu enunciado, representou a consagração do entendimento que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reposicionou a posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, como se vê de excerto do voto condutor de um dos precedentes que ensejaram a edição do enunciado: “A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do PIDCP (art. 11) e da CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido” (STJ, 2ª T., HC 95.967, rel. Ministra Ellen Gracie, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008).

setembro de 2015.

Nesse contexto, acertada a previsão do CPC de 2015, uma vez que, não sendo possível a adoção da medida de execução indireta consistente na prisão civil, é importante, pelas características de tal espécie de relação jurídica, a previsão legal do artigo 311, III, do CPC, que viabiliza a rápida concessão de ordem de restituição do bem depositado.⁸¹⁵

4.5. Dinâmica de aplicação da tutela provisória

Diferentemente da tutela da evidência – cujo perfil procedimental está todo contido em único dispositivo legal, claramente indicativo de que se trata de técnica processual utilizada sempre de forma incidental a processo já existente (ou em formação, como nas hipóteses em que requerida já na petição inicial) – a tutela de urgência pode ser pleiteada tanto de maneira incidental a processo já existente, como de forma antecipada, o que modificará sua relação com o processo de conhecimento ou de execução a que se referir a medida.

Esse é o objeto dos próximos dois tópicos, em arremate deste capítulo.

4.5.1. A tutela de urgência deduzida de forma incidental

Eliminada, como visto, a existência do *processo* cautelar, a tutela (conservativa) por ele prestada, como também a antecipação (satisfativa) da própria tutela final (quanto a esta mantendo-se a sistemática vigente no regime anterior), serão requeridas no âmbito da mesma relação processual por meio da qual se busca a tutela definitiva, seja antecipadamente, com posterior aditamento da petição inicial

⁸¹⁵ “Feitas essas ressalvas, o referido dispositivo segue a lógica de que as possibilidades de reversão da tutela provisória pelo réu serão pouco prováveis, razão pela qual não seria justificável que o autor tivesse que arcar com o tempo do processo. Embora seja necessário cuidar para não cair numa perspectiva “eficienticista”, na qual a eficiência é colocada acima das garantias inerentes ao modelo democrático-constitucional de processo, não se pode negar a tutela de evidência do art. 311, III, do CPC, poderá consistir num importante mecanismo para intensificar o primado da jurisdição voltada à realização do direito material no plano prático, ficando em segundo plano a busca incansável pela certeza supostamente subjacente à coisa julgada material” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 197).

para inclusão do pedido final, ou de forma *incidental*.⁸¹⁶

A terminologia eleita pela lei pode sugerir, em um primeiro momento, que apenas a tutela de urgência requerida após a formação do processo, em requerimento específico, seria incidental. Mas não, também o requerimento formulado de modo *concomitante* com o pedido de tutela definitiva, já na petição inicial portanto, insere-se nessa noção, como cogita o artigo 308, § 1º, CPC.⁸¹⁷

Ainda que não haja norma expressa nesse sentido, é o que se extrai da interpretação harmônica dos dispositivos legais relativas à tutela de urgência, uma vez que o reverso da tutela incidental, ou seja, a tutela antecedente, é regulada pelo CPC para fins meramente procedimentais ou, para ser mais exato, restringe-se a coordenar a relação que se estabelece entre o requerimento de tutela de urgência (notadamente nos artigos 303 e 308) e o pedido final de tutela definitiva,⁸¹⁸ seja no modo como deduzi-lo, seja para torná-lo dispensável, se assim desejar o autor, em hipótese restrita à tutela antecipada (arts. 303 e 304).

A rigor o CPC não regulamenta a tutela de urgência em caráter incidental, mas apenas dela cogita no artigo 294, parágrafo único, parte final.

Tal elemento parece indicativo seguro de que não há maiores especificidades na forma de requerer a tutela de urgência incidental, a ser pleiteada por simples

⁸¹⁶ “O esboço também modifica, do ponto de vista procedimental, a outorga da tutela cautelar. Em se tratando de medida antecedente, após a propositura da demanda principal, os despachos e as decisões referentes à tutela cautelar passam a ser proferidos nos autos da demanda principal. Quanto à medida incidental, ela será sempre pleiteada nos autos da demanda (única) principal, dispensando um processo e um procedimento cautelares autônomos” (ARAÚJO, Luciano Vianna. A tutela cautelar no “esboço de reformulação legislativa da tutela de urgência”. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 432).

⁸¹⁷ “Registre-se que uma das modalidades em que se pode pedir a tutela de urgência de forma incidental se dá na hipótese em que o autor, ao invés de usar o procedimento preparatório, já apresenta de uma vez a ação principal, e pleiteia a tutela cautelar ou tutela antecipada de forma incidente, junto com a própria petição inicial. Aliás, não obstante a possibilidade geral da busca da medida de urgência em caráter incidente (art. 294, par. único), se tem a confirmação desta perspectiva no novo CPC, art. 308, § 2º, para a cautelar, quando se admite que se cumule com a cautelar o pedido principal; e no art. 303, § 5º, ao se prever que o autor deve indicar expressamente que está usando o procedimento antecedente antecipatório” (NUNES, Dierle. ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER JR. et al (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 79).

⁸¹⁸ Na vigência do CPC de 1973 assim se manifestou José Maria Rosa Tesheiner: “Na verdade, entre o processo cautelar e o processo dito principal não há relação de dependência, relação de servo e senhor, de dominante e dominado. Existe, sim, comunicação, de tal sorte que ato praticado num deles pode projetar os seus efeitos sobre o outro. Para salvar a afirmação do legislador, podemos concluir dizendo que, existindo um processo cautelar e outro principal, relativos à mesma lide, entre ambos se estabelece uma relação de dependência mútua” (*Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 12).

petição, que será analisada pelo juiz, claro, à luz da pretensão tendente à tutela definitiva, que já então terá sido deduzida, previa ou concomitantemente a esse requerimento.

Dito de outra forma, se inserido na petição inicial que veicula o pedido de tutela definitiva (cognitiva ou executiva) não há mesmo grandes dúvidas quanto ao requerimento de tutela urgente, bastando que este seja articulado, por imposição da boa técnica processual, preferencialmente em capítulo próprio.

Se, por outro lado, já iniciado o processo, o requerimento incidental será formulado em petição simples, que se ocupará, em termos dialéticos, a demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da tutela de urgência, correlacionando-se com os elementos da demanda deduzida.

O CPC sinaliza, de forma segura, para a circunstância de que a tutela de urgência, nesses casos, será tida como técnica processual, não se tratando de nova ação ou de processo incidente, tanto assim que, na forma do artigo 295 do CPC, a “tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”.

Era essa, vale o registro, a única forma de dedução de tutela antecipada no sistema processual revogado,⁸¹⁹ pois não se cogitava da possibilidade de ser ela encarada com autonomia como no regime atual,⁸²⁰ devendo o respectivo

⁸¹⁹ “Na vigência do CPC/73, a tutela antecipada não poderia ser requerida em caráter antecedente. Para a formulação do pedido antecipatório, o autor deveria desde logo trazer ao juízo competente todos os elementos de fato e de direito necessários à apreciação do pedido final, e por isso o pedido antecipatório era sempre formulado em caráter incidental, como parte apenas de uma demanda que deveria já reunir todos os elementos para a apreciação definitiva da causa” (MACHADO, Fábio Cardoso. Comentários ao artigo 303. In MELLO, Rafael Corte; GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli (orgs.). *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: [s.n.], 2015. p. 160).

⁸²⁰ A possibilidade de concessão de tutela antecipada antecedente não retira o valor e o interesse na obtenção, conforme o caso, da tutela antecipada incidental, sendo a opção pela observância de uma ou outra fórmula opção do autor: “A possibilidade de requerer a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente é uma mera faculdade atribuída ao autor. Nada impede que o autor formule o seu pedido de tutela antecipada de modo incidental, conforme entender conveniente. Trata-se de uma questão de estratégia processual, a ser considerada pelo advogado quando da formulação do pedido de tutela antecipada. Com efeito, caso não esteja diante das três situações aventadas no tópico anterior, quais sejam: (i) a falta de elementos para a confecção definitiva da petição inicial, (ii) o desinteresse no prosseguimento da ação na hipótese de indeferimento da tutela provisória, ou (iii) o interesse na obtenção de provimento jurisdicional destinado somente a atuar no plano prático sem a formação de coisa julgada material (jurisdição sem finalidade cognitiva), contentando-se com a estabilização da tutela antecipada, é bem provável que o autor venha a formular o pedido de tutela antecipada em caráter incidental, no bojo, portanto, da petição inicial definitiva” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p.166). A opinião de Cândido Rangel Dinamarco não é diferente: “A unificação sistemática das tutelas de urgência reduz a

requerimento, sempre, ser deduzido de forma concomitante ou posterior ao de tutela definitiva, justamente porque antecipava-se, então, efeitos do pedido *já concretamente deduzido*, e não apenas considerado de forma prospectiva.

Já a tutela cautelar podia ser, na vigência do CPC de 1973, formulada tanto de modo *preparatório* como *incidental*, sempre com a instauração de nova relação processual, na linha do indicado no tópico 3.4.10, *retro*.

Parece não haver, enfim, maiores discussões a respeito do requerimento de concessão de tutela de urgência incidental, já o CPC de 2015 não se preocupou em detalha-lo, deixando de prever regras procedimentais específicas, diferente do que se verifica em relação à tutela de urgência antecedente.

4.5.2. A tutela de urgência deduzida de forma antecedente

O CPC de 2015 regulou, de forma detalhada, os requerimentos de tutela de urgência deduzidos de forma antecedente, a eles destinando dois capítulos do Título II (“Da tutela de urgência”) do seu Livro V (“Da tutela provisória”). Consigno que a previsão de regras procedimentais distintas para a tutela cautelar e a tutela antecipada atende à circunstância de que ambas, embora unidas sob o signo da urgência, são essencialmente diferentes.⁸²¹

A tutela cautelar antecedente, como anotado no tópico anterior, não representa novidade concreta,⁸²² pois já era da sistemática do CPC de 1973 a

utilidade prática de indagações acerca da natureza específica de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Talvez a maior utilidade prática da distinção entre umas e outras seja aquela consistente na possibilidade de estabilização dos efeitos das medidas antecipatórias (CPC, art. 304), o que não se dá com referência às cautelares” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 258).

⁸²¹ Por isso não parece correta a crítica de Eduardo Talamini: Mas, a partir desse ponto, estabelece-se parcial dicotomia de disciplinas, que em grande medida põe a perder o propósito de unificação de regimes das medi das urgentes. Ainda que admitindo tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada em caráter antecedente, o Código previu regras distintas para uma e outra, no que tange ao ônus de formulação de pedido principal, depois de efetivada a medida urgente (Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 175).

⁸²² “O atual Código de Processo Civil admite que tanto a tutela antecipada, quanto a tutela cautelar sejam requeridas em caráter antecedente. Embora, no domínio da tutela cautelar, não se trate de nenhuma novidade a possibilidade de que ela seja postulada antes da formulação do pedido de tutela satisfativa (nominado pelo Código de “pedido principal”), a grande novidade, no trato da tutela provisória, está na possibilidade de a parte ir a juízo somente para formular o pedido de tutela

possibilidade de ajuizamento de ação cautelar antes da formulação do pedido final, a qual era então denominada como “preparatória”.⁸²³

O artigo 305 impõe ao requerente da tutela cautelar antecedente o ônus de desde logo indicar “a lide e seu fundamento”, a demonstrar que a análise de seu cabimento será realizada a partir desse primeiro parâmetro inicial, ou seja, é preciso que o interessado explicita o *contexto* em que se dirige ao Poder Judiciário invocando tutela jurisdicional de urgência, já expondo, então como mero referencial, a espécie de tutela que será requerida como definitiva (se cognitiva ou executiva).⁸²⁴ Reforça tal ideia, de todo coerente com o caráter assecuratório da medida, outra expressão usada pelo mesmo dispositivo: “direito que se objetiva assegurar”.⁸²⁵

Essa ligação entre o pedido de tutela provisória e o de tutela definitiva não elimina a circunstância de que são, ambos, coisas distintas, tanto assim que eventual indeferimento da tutela cautelar não influenciará no julgamento da pretensão tendente à tutela definitiva, ressalvada, expressamente, pelo artigo 310 do CPC os casos de “reconhecimento de decadência ou de prescrição”.

A demanda, portanto, inicia-se com petição inicial que veicula apenas o pedido de concessão liminar da tutela cautelar, sendo certo que a exposição da causa de pedir deve abranger os fatos e os fundamentos jurídicos que evidenciem quadro fático compatível com a necessidade de proteção jurisdicional urgente,⁸²⁶ na medida

antecipada, postergando-se a formulação definitiva e completa do pedido de tutela final para um segundo momento” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 165).

⁸²³ “Medidas preparatórias, conforme a nomenclatura do art. 800, são as que antecedem a propositura da ação principal. Melhor seria qualificá-las de antecedentes ou precedentes, porque a expressão preparatória não se harmoniza bem com o conceito de atividade cautelar” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2010. p. 76).

⁸²⁴ “O requisito da indicação da lide e seu fundamento, diversamente do que se possa imaginar, não cuida da lide cautelar. Na verdade, pretende o legislador, tal como já ocorria no CPC/1973 (art. 801, III), que o requerente da medida decline qual será a pretensão principal, isto é, qual o pedido a ser apresentado em caráter principal, possibilitando, assim, ao juiz antever a pertinência da medida (inclusive sob o aspecto do interesse, legitimidade e competência)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 305. In _____ et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 905).

⁸²⁵ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁸²⁶ “As medidas de urgência têm mérito e objeto litigioso. O mérito do processo visando à obtenção de tutela cautelar, *initio litis*, é a pretensão à segurança. Fórmulas variam, mas não se mostra correta a inexistência de mérito” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Volume II – parte Geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. II. p. 565).

em que esse será, ao menos nessa *etapa* inicial do processo,⁸²⁷ o objeto da cognição do juiz.

Os artigos 306 e 307 tratam da participação do réu, que uma vez citado terá prazo de cinco dias para contestação, voltada apenas ao cabimento da tutela cautelar, na medida em que, tratando-se de requerimento formulado de forma antecedente, ainda sequer haverá pedido de tutela definitiva.⁸²⁸

Não havendo contestação, tem-se como presente o efeito material da revelia, notadamente a presunção de que os fatos articulados pelo requerente serão “aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias”, a qual, pelas mesmas razões expostas no parágrafo anterior, deve ser aceita com reservas, já que o conflito propriamente dito, com seus fatos principais e secundários, estes sim passíveis de contradição, será descrito por inteiro no aditamento da petição inicial que veiculará a pretensão definitiva.

Embora o parágrafo único aponte que com a contestação impõe-se a observância do procedimento comum, o fato é que mesmo em caso de revelia o caminho a ser observado não diverge daquele que se verifica em tal procedimento, que seguirá para a produção de eventuais provas e sentença, salvo se já aditada a petição inicial para inclusão da pretensão à tutela definitiva, quando então serão, ambas as pretensões, julgadas em conjunto.

Mas a rigor, será que essa menção ao procedimento comum como modelo a ser observado para o prosseguimento da demanda cautelar, faz com que não seja

⁸²⁷ Parece aludir à mesma ideia de isolamento da apreciação do requerimento de tutela cautelar antecedente como uma *fase* inicial do processo José Roberto dos Santos Bedaque: “Convém destacar que, até então, o processo encontra-se na fase destinada À verificação do direito à tutela provisória. A definitiva será requerida no prazo do art. 308, sob pena de cessação dos efeitos da cautelar (art. 309, I)” (Comentários ao artigo 307. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 950).

⁸²⁸ “A contestação poderá versar sobre defesa processual ou de mérito, mas apenas sobre os temas discutidos na inicial sumarizada em que requerida a tutela cautelar, reservada a defesa relativa à pretensão principal para a contestação da ação de conhecimento ou para impugnação/embargos à execução” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 306. In _____ et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 908). De modo mais direto a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “Nessa medida, a resposta do réu deve ater-se à impugnação do direito à tutela de urgência cautelar, apontando a ausência dos requisitos necessários à sua concessão. Os argumentos da contestação, portanto, visam a tornar controvertidos a verossimilhança do direito a ser postulado em caráter definitivo e a inexistência de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo” (Comentários ao artigo 306. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 949).

cabível a tutela cautelar antecedente no âmbito de um procedimento especial?

A resposta, à luz da garantia fundamental do acesso à justiça, só pode ser negativa, bastando, para tanto, lançar mão de exemplo representado pela ação de exigir de contas, que é prevista no artigo 550 e seguintes e representa um típico procedimento especial, justamente porque modificado o rito, em comparação com o comum.

Sua principal característica é a divisão da cognição exercida em duas etapas processuais sucessivas, que assim podem ser sintetizadas: na primeira julga-se se há a obrigação de prestar contas (art. 550, § 5º), enquanto que na segunda analisam-se as próprias contas, constituindo-se título executivo caso haja saldo favorável ao autor (art. 552).

Nesse contexto, evidenciado o caráter condenatório que predomina nessa ação de procedimento especial, não antevejo motivo para negar a possibilidade, se houver necessidade no plano fático, de prévio manejo de requerimento de cautelar antecedente, para obtenção de uma medida como o arresto, por exemplo.

Independentemente da especialidade do procedimento, o fato é que se trata de processo de conhecimento tendente à tutela definitiva, como tal *coordenável* com eventual necessidade prévia de obtenção de tutela de urgência.

A efetivação da tutela cautelar, tratada no tópico 4.2, é o marco inicial para a fluência do prazo de 30 dias reservado à formulação do pedido de tutela definitiva (denominado pelo *caput* do artigo 308, com apego à sistemática anterior, como “principal”),⁸²⁹ que ocorrerá “nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar” (*caput* do mesmo dispositivo), com possibilidade de aditamento da causa de pedir (§ 2º), adequando-a à natureza da nova pretensão deduzida.⁸³⁰

⁸²⁹ “Entendemos que o prazo previsto no art. 308 do NCPC é de natureza processual, sendo, portanto, peremptório. Logo, o mesmo se suspende nas férias e no recesso forense. Deverá ser contado, inclusive, apenas em dias úteis, de acordo com o artigo 219 do NCPC. Se o réu da ação em que for deduzida a lide cautelar requerida em caráter antecedente, arguir a incompetência absoluta ou relativa, na forma dos artigos 64 e seguintes, não há que se falar em suspensão do prazo para a apresentação do pedido principal, pois, o NCPC revogou a exceção de incompetência e também a disposição que previa a suspensão do processo no caso de apresentação da mesma. O artigo 339, § 3º, prevê apenas a suspensão da realização da audiência de conciliação ou mediação, se tiver sido designada, caso seja alegada a incompetência absoluta ou relativa” (SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 147).

⁸³⁰ “O § 2º do art. 308, em continuação, admite que a causa de pedir seja aditada quando da formulação do pedido principal. O que o dispositivo do CPC de 2015 está a admitir é que o pedido “principal” encontre sua razão de ser em fundamentos de direito e de fato diversos daqueles que justificam o

Com a formulação do pedido de tutela definitiva o processo seguirá seu fluxo usual, sendo as partes intimadas para a audiência de conciliação ou mediação prevista pelo artigo 334 do CPC (§ 3º) ou, se não designada esta por expresse desinteresse das partes ou porque indisponível o direito em litígio (art. 334, § 4º), ou mesmo outro motivo indicado pelo juiz, para o ato processual seguinte, que pode ser a apresentação de contestação ou, tratando-se de processo de execução baseado em título extrajudicial, o pagamento do débito em três dias (art. 829, *caput*) e, a critério do réu, a apresentação de embargos à execução (art. 915, *caput*).

Não deixa de chamar atenção o fato do artigo 308, ao prever os atos processuais sucessivos à formulação do pedido de tutela definitiva, limitar-se a aludir ao trâmite típico do procedimento comum, destinado à prestação de tutela cognitiva, deixando de contemplar o processo de execução, como se este fosse infenso à tutela cautelar, o que claramente não é o caso.

A coordenação entre a tutela cautelar concedida em caráter antecedente e o pedido de tutela definitiva verifica-se, de maneira evidente, no artigo 309, que prevê a cessação da eficácia da primeira caso não formulado este (inciso I), como também se não for efetivada a medida no prazo de 30 dias (II). O mesmo efeito haverá se julgado improcedente o pedido de tutela definitiva ou extinto o processo sem exame de mérito.

Como pondera José Roberto dos Santos Bedaque:

A tutela cautelar, espécie de tutela provisória de urgência, caracteriza-se por sua eficácia meramente conservativa. As medidas judiciais que compõem essa categoria não implicam antecipação de qualquer dos efeitos da tutela final. Limitam-se a assegurar a produção desses mesmos efeitos, se concedida a tutela definitiva. Requerida e concedida antes de formulado o pedido destinado a solucionar a controvérsia (cautelar antecedente), sua eficácia perdurará, em princípio, até o final do processo. Mas há fatos que, verificados, impõem a revogação da tutela cautelar e, conseqüentemente, fazem cessar seus efeitos (art. 296).⁸³¹

pedido de “tutela cautelar”. Tal aditamento, aliás, muito provavelmente ocorrerá com enorme frequência graças à compreensão que o próprio Código tem sobre o que é qual é a finalidade da tutela cautelar” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 329).

⁸³¹ Comentários ao artigo 309. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 951. Vale registrar, ainda assim, a bem lançada ressalva de Daniel Mitidiero: “Assim como ocorria em relação ao direito anterior, pode acontecer de excepcionalmente a sentença de improcedência não levar à cessação da eficácia da tutela cautelar. Isso porque existem situações em que o dano pode ser tão grave e ocorrer automaticamente depois da sentença de improcedência que pode o juiz decidir julgar improcedente o pedido, mas manter a proteção cautelar, mormente se vislumbra a possibilidade de o tribunal modificar sua decisão”

Já a possibilidade de formulação de requerimento de tutela antecipada previamente à dedução do pedido de tutela definitiva (antecedente) representa novidade relevante, valendo destacar que Cândido Rangel Dinamarco, na vigência do CPC de 1973, já defendia ideia semelhante, naturalmente apegado à terminologia então correnteia (“caráter preparatório”):

Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentalmente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, caput e inc. I). O cumprimento integral de garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízes, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos.⁸³²

Chama a atenção essa nova figura porque a tutela jurisdicional antecipada, no perfil conhecido da cultura processual (tópico 3.4.11), consubstancia o adiantamento dos efeitos da decisão buscada ao final do processo, baseada em cognição exauriente.

Assim, no sistema do CPC de 1973 a concessão da tutela antecipada pressupõe, necessariamente, a existência de um pedido já formulado, que serviria de parâmetro para a avaliação do cabimento da aplicação da técnica da tutela antecipada.

A *coordenação* entre tal requerimento e o pedido propriamente dito (tutela definitiva) era evidente, até porque simbiótica: a tutela antecipada partia do pedido de tutela definitiva, mas para reforça-lo, por assim dizer, eliminando ou diminuindo o risco inerente à natural demora do processo.

Já no regime atual é possível a dedução de requerimento de tutela antecipada de maneira autônoma,⁸³³ *antecedente* à formulação do pedido de tutela definitiva, em

(Comentário ao artigo 309. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 794).

⁸³² *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-74.

⁸³³ “O novo CPC trilhou enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada. Assim, o CPC-2015, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, passou a admitir a estabilização e sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material,

inédita aproximação com a tutela cautelar e a forma de sua prestação.

Essa possibilidade de formular, com autonomia, o pedido de tutela antecipada transfere ao requerente, uma vez concedida a medida, o ônus de aditar a petição inicial, a fim de efetivamente deduzir o pedido de tutela definitiva (o mesmo antes apenas indicado, na exata dicção do *caput* do artigo 303), seguindo o processo, a partir daí, o destino do procedimento comum.

Se o juiz, por outro lado, indefere o requerimento, esvaziando essa parcela do objeto do processo, outra alternativa não há para o seu prosseguimento senão a determinação de emenda da petição inicial, aqui no prazo de cinco dias (art. 303, § 6º), a fim de que seja deduzido o pedido principal, pois, do contrário, será extinto o processo.

Em um caso ou no outro, o aditamento da petição inicial não ensejará novo recolhimento de custas processuais (§ 3º), que já terão sido pagas por ocasião do ajuizamento, não sendo por acaso a determinação constante do parágrafo 4º desse mesmo artigo 303, no sentido de que o valor da causa, baseado na pretensão à tutela definitiva, deve ser desde o início indicado.

A possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente faz dela uma hipótese de tutela provisória significativamente distinta das demais. Porém, essa bipartição de regime jurídica não se presta a reforçar o discurso da dicotomia “cautelar x antecipatório”. Não é o que se tem. Considerando-se a disciplina jurídico-positiva, a contraposição que se estabelece é entre tutela antecipada antecedente, de um lado, e, de outro, todas as demais modalidades de tutela provisória (tutela antecipada incidental, tutela cautelar incidental, tutela cautelar antecedente e tutela da evidência).⁸³⁴

Sem embargo do aprofundamento do tema nos dois capítulos subsequentes, o fato é que a *estrutura* da tutela antecipada antecedente, sinteticamente descrita nos parágrafos anteriores, dependerá da *função* a ela reservada, pois não é viável interpretar as normas procedimentais a ela inerentes sem atentar para tal ponto.

Com efeito, parte da doutrina entende que a função essencial da tutela antecipada antecedente é viabilizar, por força da alusão à urgência “contemporânea

mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente” (NUNES, Dierle. ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 82).

⁸³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2. p. 928.

à propositura da ação”, a possibilidade de elaboração de uma petição inicial simplificada, que permita o pronto acesso à tutela de urgência.⁸³⁵

Essa parece ser uma possibilidade, ou seja, diante de uma situação de urgência, pode o interessado ver-se premido a elaborar petição inicial simplificada, que se limite a apontar a presença dos requisitos autorizadores da tutela de urgência e referir a pretensão à tutela definitiva que depois, equacionada a questão da concessão (ou não) da antecipação, poderá ser melhor exposta, com observância da regra do artigo 319 do CPC.

A leitura do artigo 303 efetivamente conduz a essa conclusão e evidencia mais uma utilidade importante da tutela antecipada, que no particular acaba ocupando parte do campo antes destinado à medida cautelar preparatória.

O dispositivo subsequente, todavia, abre um novo campo para outra possibilidade, ao aludir à estabilização da tutela de antecipada de urgência.⁸³⁶

Nessa sistemática, uma vez concedida a tutela antecipada podem as partes optar, cada qual no momento processual adequada, por não prosseguir com a tramitação do processo, abrindo mão, por assim dizer, de uma decisão final de mérito nesse primeiro momento.

⁸³⁵ “Sob um primeiro aspecto, a *faculdade* de requerer, em caráter antecedente, a concessão da tutela antecipada, prestar-se a permitir que, em situações de excepcional urgência, possa o autor formular o pedido de tutela antecipada e, posteriormente, complementar a sua petição inicial, com o aporte de novos argumentos e documentos. Pode-se mencionar o caso do autor que necessita realizar, imediatamente, um procedimento médico, cuja cobertura é negada pelo plano de saúde. Nesse caso, é possível que o autor não disponha de tempo para juntar toda a documentação necessária para a propositura da ação ou até mesmo de tempo para a elaboração completa da petição inicial. Diante dessas circunstâncias, a possibilidade de formular, num primeiro momento, o pedido de tutela antecipada para, somente depois, complementar sua petição inicial, afigura-se bastante vantajosa” (RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 165).

⁸³⁶ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

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

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

Com isso, extingue-se o processo mas a decisão concessiva da antecipação continua a gerar efeitos, até que venha a ser revista, novamente a critério das partes, por meio de ação autônoma, no prazo de dois anos.

Trata-se de figura sem correlação no CPC de 1973, justamente porque permite a concessão de tutela por meio de decisão baseada em cognição sumarizada, mas que não precisará, necessariamente, de posterior confirmação pelo juízo, fundada em cognição exauriente.

Não por acaso fala-se em *autonomização* da tutela antecipada,⁸³⁷ como também em sua *monitorização*.⁸³⁸

Foi correta a posição do legislador, de reservar a estabilização apenas para a tutela antecipada - e não para a outra forma de obtenção da tutela de urgência, a cautelar – pois o perfil meramente assecuratório desta parece incompatível com a possibilidade de vislumbrar-se um provimento que pudesse ter existência *autônoma*,⁸³⁹ despregada da tutela definitiva.⁸⁴⁰

A sucinta descrição da estabilização da tutela antecipada até aqui realizada gera, como é natural, diversos questionamentos, inclusive em relação à aparente *dispensa* da coisa julgada, elemento que, como visto anteriormente (tópico 3.3), é

⁸³⁷ “Diz o dispositivo que se for concedida a tutela no procedimento previsto no art. 303 e, além disso, não houver recurso por parte do réu, o processo será extinto (art. 304, § 1º), mas a decisão antecipatória de tutela continuará a produzir efeitos. Há, portanto, a autonomização da tutela antecipada, que se desliga, ao menos momentaneamente, à decisão de mérito da qual é, de ordinário, subordinada” (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 156).

⁸³⁸ “Com relação ao regime da tutela de urgência antecipada antecedente, o novo código adotou um procedimento muito similar à técnica monitoria, consistente na possibilidade de sua estabilização por tempo indeterminado, o que confere autonomia a este provimento sumário, especialmente se o autor não aditar a petição inicial no prazo assinado pelo juiz” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 40).

⁸³⁹ Como advertido por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A exigência de que a tutela cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar enquanto dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta”. (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 89).

⁸⁴⁰ “Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma tutela acessória meramente conservativa. Afinal, com a concessão da medida cautelar, o direito da parte não estará satisfeito, não havendo sentido falar-se em sua estabilização” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 512).

muitas vezes encarado, por força da tradição mesmo, como necessário à prestação judicial.

O contexto até aqui descrito, vale o testemunho, foi aquele que vislumbrei nas primeiras leituras do CPC de 2015, e que acabou despertando o interesse na presente pesquisa e na tese que se desejará, ao final, propor, como melhor descrito no capítulo seguinte.

4.6. Conclusões parciais

1. O Código de Processo Civil de 2015 optou pela ampla reformulação no modo de sistematizar a tutela cautelar e a tutela antecipada, agrupadas que foram como espécies de um mesmo gênero, qual seja a tutela provisória de urgência, unidas pelo traço comum da sumariedade da cognição desenvolvida, ressaltando-se, em relação à tutela antecipada, que esta também pode fundar-se apenas na evidência (artigo 311, CPC).

2. As distinções entre a tutela antecipada e a cautelar proposta pelo CPC de 2015 são razoavelmente nítidas e representam uma tomada de posição lúcida do legislador, deixando mais evidente, pela justaposição de tais espécies de tutela provisória sob o mesmo gênero e, portanto, topograficamente próximas na lei, as diferenças essenciais entre elas, já percebidas na vigência do diploma anterior.

3. Tutela provisória é gênero, do qual são espécies a tutela de urgência e a da evidência. A tutela de urgência, pela função, pode ser cautelar ou antecipatória. Procedimentalmente, qualquer delas pode ser requerida de maneira antecipada à formulação do pedido de tutela definitiva, ou mesmo de forma incidental a processo já formado ou em formação, de natureza cognitiva ou executiva.

4. A tutela antecipada terá, em termos substanciais (e, assim sendo, sem qualquer ligação com o momento em que concedida), o conteúdo próprio da tutela de conhecimento ou de execução. Já a tutela cautelar, por seu turno, continua sendo baseada na ideia de “segurança para execução”, com função (conservativa) significativamente distinta daquela própria da tutela antecipada (satisfativa).

5. A tutela cautelar, no CPC de 2015, não experimentou alteração em seu

perfil dogmático ou em sua função, a não ser para melhor delimitar seu campo de atuação, mais voltado à sua vocação acautelatória, sendo possível concluir que não há mais espaço para as denominadas (na vigência do CPC de 1973) “cautelares satisfativas”, já que a tutela antecipada, com sua maior imbricação com o pedido principal, é técnica que bem supre eventual necessidade nesse sentido.

6. No CPC de 2015 a tutela da evidência passou a ter previsão mais consistente e status de modalidade de tutela provisória que, ao menos formalmente, deve ser entendida de modo apartado da tutela antecipada “clássica”, destinada, segundo modelo que parece ter sido vislumbrado pela lei, à proteção de situações urgentes.

7. Não há maiores especificidades na forma de requerer a tutela de urgência incidental, a ser pleiteada por simples petição, que será analisada pelo juiz, claro, à luz da pretensão tendente à tutela definitiva, que já então terá sido deduzida, previa ou concomitantemente a esse requerimento.

8. Se inserido na petição inicial que veicula o pedido de tutela definitiva (cognitiva ou executiva), basta que o requerimento seja articulado, por imposição da boa técnica processual, preferencialmente em capítulo próprio; por outro lado, se já iniciado o processo, o requerimento incidental será formulado em petição simples, que se ocupará, em termos dialéticos, a demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da tutela de urgência, correlacionando-se com os elementos da demanda deduzida.

9. A tutela cautelar antecedente não representa novidade concreta, pois já era da sistemática do CPC de 1973 a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar antes da formulação do pedido final, que era então denominada como “preparatória”.

10. A estrutura da tutela antecipada antecedente, sinteticamente descrita nos artigos 303 e 304 do CPC, dependerá da função a ela reservada, pois não é viável interpretar as normas procedimentais a ela inerentes sem atentar para tal ponto.

11. A tutela antecipada antecedente é figura sem correlação no CPC de 1973, justamente porque possível sua concessão por meio de decisão baseada em cognição sumarizada, mas que não precisará de posterior confirmação pelo juízo,

fundada em cognição exauriente. Não por acaso fala-se em *autonomização* da tutela antecipada, como também em sua *monitorização*.

5. A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SATISFATIVA: O DIREITO A UMA MERA PROVIDÊNCIA JURISDICIONAL

5.1. A necessária busca por alternativas ao modelo comum

No capítulo 3 expus o caminho percorrido, por diferentes vias, na busca de um instrumento processual brasileiro capaz de atender pretensões de direito material que reclamassem, mais do que uma rápida “resposta” da jurisdição, uma pronta *intervenção* jurisdicional, a fim de que, além de reconhecida ao menos a plausibilidade da existência do direito material reclamado, houvesse a efetivação fática da medida.

Não fosse, por exemplo, a doutrina brasileira do *habeas corpus* – surgida a partir de necessidades concretas sentidas pelos cidadãos em geral – não se chegaria ao mandado de segurança, da mesma forma que o uso da medida cautelar inominada, amplificado para além de sua função inicial ao longo do tempo, redundou na inserção da antecipação da tutela jurisdicional em meados da década de 1990.

A evolução do sistema processual encontra no estabelecimento de técnicas diferentes, ou de novas formas de processo, campo fértil para que se criem caminhos alternativos ao modelo estruturado a partir de cognição plena e exauriente, potencializando a utilidade da tutela jurisdicional para situações concretas que reclamem intervenção jurisdicional diferente.

Um dos caminhos, somente agora abordado neste trabalho, é aquele trilhado pela doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, a partir da constatação de que “o extraordinário crescimento das formas de tutela satisfativa urgente em nosso direito, posterior ao Código de 1973, deve-se fundamentalmente à consagração da *ordinariedade*”,⁸⁴¹ crítica que permeia sua obra como um todo, na exata medida em que tal fenômeno veio acompanhado da “redução, até o limite do possível, das ações especiais que pudessem oferecer alguma forma de tutela sumária (não-plenária)”.⁸⁴²

⁸⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2, p. 67.

⁸⁴² Idem, *ibidem*. O autor também aponta que a previsão, no passado, de procedimentos especiais que contemplavam a possibilidade de concessão liminar de provimento jurisdicional permitiam que a tutela cautelar servisse à sua função original: “As mais antigas medidas típicas de urgência foram as providências cautelares, cujo objetivo era tradicionalmente mantido no âmbito da conservação de bens

O autor aludia à “tutela satisfativa urgente”, entendendo-a como a forma de tutela que reclama uma base procedimental que, por óbvio, fosse *diferenciada* em relação ao procedimento ordinário (ou, na dicção atual do CPC, *comum*):

A universalização da ordinariedade, como seria de prever, potencializou, em grau certamente não imaginado pelo legislador, a utilização do processo cautelar como instrumento para a realização de pretensões cuja natureza se mostre inconciliável com a morosidade natural do procedimento comum (ordinário ou sumário). Nosso processo cautelar passou então, por força dessas contingências, a servir de via alternativa para todas as ações (de direito material) que demandem uma resposta jurisdicional imediata.⁸⁴³

Vê-se que a cautelar inominada era o instrumento colocado à disposição do interessado na “tutela autônoma de urgência”, ainda que não tivesse sido esse o campo de incidência idealizado para ela pela lei processual vigente.

As cautelares inominadas, no regime do CPC de 1973, eram assim entendidas em contraposição às *cautelares nominadas* (também denominadas como procedimentos cautelares específicos, previstos entre os artigos 813 a 887 daquele diploma).

Como aponta Humberto Theodoro Júnior:

Os temos em que o novo Código [de 1973] colocou o problema da tutela cautelar genérica ou inominada são, sem dúvida, muito mais adequados do que os usados pelo legislador de 1939. Revelam, a toda evidência, que a enumeração das medidas arroladas no Capítulo II, sob a epígrafe de “procedimentos cautelares específicos”, é meramente exemplificativa. Poderá surgir, a qualquer momento, a necessidade de a parte solicitar do juiz providências acautelatórias, assecuratórias, não especificamente mencionadas neste livro. E o juiz poderá deferi-las, tendo em vista, evidentemente, a situação do caso, aplicando o seu poder cautelar geral.⁸⁴⁴

Essa amplitude outorgada pelo legislador de 1973 à tutela cautelar era inevitável, ante a evidente impossibilidade de serem previstas, principalmente em se tratando de situações de urgência, todas as hipóteses em que cabível intervenção jurisdicional desse matiz.⁸⁴⁵

úteis ou necessários à maior eficiência da tutela principal, dita tutela satisfativa. Não se concebia o uso de medidas cautelares sumárias para satisfazer, fora do processo principal, pretensão material do litigante. Era certo, porém, que pontualmente ações especiais desfrutavam de liminares cuja eficácia consistia em antecipar, provisoriamente, efeitos da futura e possível tutela principal. Dessa maneira, embora sem generalização, o direito processual convivia com tutelas diferenciadas de urgência tanto no plano conservativo como no satisfativo” (Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 399).

⁸⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 67.

⁸⁴⁴ *Processo cautelar*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2010. p. 97/98.

⁸⁴⁵ “A tutela de urgência que era estranha as ações ordinárias (*non actiones ordinarias*) já era, portanto,

Não se quer, com isso, apontar que todas as cautelares inominadas se destinavam à prestação da “tutela satisfativa urgente” aqui abordada, pois tal assertiva seria equivocada.

Mas, indubitavelmente, a difusão das cautelares inominadas,⁸⁴⁶ atreladas apenas aos requisitos genéricos cristalizados na noção de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, acabava contemplando hipóteses em que claramente seguir-se-ia uma demanda cognitiva ou executiva, tida como principal, na típica feição originária das cautelares e de sua índole meramente conservativa e instrumental. Contudo, em outros casos igualmente sobressaia a ideia, essencialmente diferente, de “tutela satisfativa urgente”.⁸⁴⁷

A “tutela satisfativa urgente”, tal como concebida por Ovídio Araújo Baptista da Silva, deveria ser entendida, na sistemática original do CPC de 1973, ao lado da tutela cautelar propriamente dita, abrangendo tanto a “tutela satisfativa urgente *autônoma*”

bem conhecida dos processualistas setecentistas, como é o caso de Böchmeri, tendo ficado relegada durante as codificações processuais modernas, que tinham na busca da certeza e da indiscutibilidade a finalidade do processo. Como o perigo de dano irreparável gerava a pretensão à segurança e provocava medidas preventivas assegurativas, as cautelares terminaram sendo a via aberta para o resgate, na prática do foro, da tutela de urgência, através da adoção do *periculum in mora* como um dos seus pressupostos. A tutela cautelar passou a mascarar, então, o uso da técnica da antecipação da tutela, em que nada se assegurava, senão que já satisfazia por meio de adiantamento de cognição - nessa fase - sumária. Então, ao invés da proteção contra a anomalia circunstancial causada pelo perigo de dano irreparável, usou-se as cautelares inominada para a proteção do atraso do procedimento em razão da *própria natureza da causa* que reivindicava um tratamento sumário, é dizer, sem natureza cautelar” (COSTA, Adriano Soares da. Estabilização da tutela de urgência. In CÂMARA, Helder Moroni *et. al* (coords.). *Aspectos polêmicos do novo código de processo civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 456-457).

⁸⁴⁶ Fenômeno verificado também na Itália: “Em geral, pode-se dizer que não houve problema de grande relevância social ou política na qual a medida cautelar atípica não tenha sido invocada e frequentemente concedida. Os direitos garantidos pela Constituição ou por outras disposições fundamentais têm frequentemente encontrado tutela nessas medidas: assim, por exemplo, o direito de associação, de liberdade de palavra e de imprensa, o direito à saúde, à instrução, o direito à imagem, ao nome, à *privacy*. Mas igualmente os provimento de urgência são utilizados para a defesa contra a concorrência desleal, para a tutela dos direitos reais ou daqueles originário das relações contratuais mais variadas e também de certas relações com a administração pública” (TARZIA, Giuseppe. Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 99, jul/set-2000. p. 208).

⁸⁴⁷ “Somente se admitia a satisfação do direito material através de ação cautelar na época em que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro instituto processual *similar* genérico, destinado a antecipar os seus efeitos (tutela antecipada, arts. 273 e 461 do CPC, redação da Lei n° 8.952/94). A tutela cautelar era feita e usada como ação sumária satisfativa e independente, em vez de veículo de proteção ao processo principal com base na provisoriedade e auxiliaridade, para bem de, sob determinadas situações de periclitância, dar uma resposta efetiva e adequada ao direito material posto em perigo. Aceitavam-se, de forma teratológica, ações cautelares sem qualquer cunho auxiliar, dirigidas ao próprio direito material como medidas únicas a evitarem determinadas injustiças no plano fático” (CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 80-81).

como a “tutela satisfativa urgente *provisional*”.⁸⁴⁸

Esta última corresponde à ideia de “tutela antecipada” já bem arraigada em nosso direito, sujeita a posterior confirmação por decisão forjada a partir de cognição exauriente e que, no CPC de 2015, corresponde à versão incidental do instituto.

Já pela “tutela satisfativa urgente autônoma” o autor designa toda medida que, malgrado baseada em cognição sumária, não dependesse de posterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente:

O ordenamento processual vigente prescreve a emissão de provimentos satisfativos, plasmados pela urgência e sumariedade material (cognitiva), mas deferidos no bojo de procedimentos formalmente cautelares, nos quais não se desenvolve, ulteriormente, cognição sem limitações sob o prisma vertical. Convergimos em relação à impossibilidade de tal provimento possuir o condão de irradiar efeitos imutáveis, bem assim que esta espécie de tutela urgente satisfativa, *dada sua autonomia procedimental*, não se enquadra na classificação proposta pela maioria da doutrina nacional. A divisão da tutela provisória entre satisfativa e cautelar - contrariamente ao pressuposto de que deve “estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde sua razão de ser”, nas palavras da doutrina - admite uma tutela urgente, satisfativa e autônoma, não dependente de um processo plenário em que se desenvolva ulterior cognição plena e exauriente, dotada de coisa julgada material.⁸⁴⁹

A grande diferença, portanto, está na circunstância de que essa “tutela urgente satisfativa autônoma” dispensa a prolação de decisão posterior, concebida em uma “ação principal” que a ratifique.

Tal circunstância, por si só, representa a quebra de um paradigma que condiciona a eficácia da tutela jurisdicional baseada em cognição sumária à sua posterior confirmação por provimento jurisdicional fruto de cognição exauriente.

Partindo da premissa, ora reafirmada, de que não foi intenção do CPC de 1973 inserir, no sistema de Justiça brasileiro, esse *modelo processual diferenciado*, como então admitir que seu uso tenha, como regra geral, sido amplamente difundido e bem aceito pelo Poder Judiciário, ainda que sob a “roupagem” das cautelares

⁸⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 67/88. Como aclara Daniel Mitidiero: “Por força da doutrina de Ovídio Baptista da Silva deixa-se de compreender toda tutela sumária como tutela cautelar. No seu pensamento, a tutela sumária passa a ser entendida com tutela de urgência, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal (tutela antecipada). Como é notório, foi por conta de suas lições que o direito processual civil positivo brasileiro em determinado momento passou a distinguir tutela cautelar e antecipação da tutela” (*Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 52).

⁸⁴⁹ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: RT, 2008. p. 191-192.

inominadas?⁸⁵⁰

Seguramente porque a necessidade daquele que se vê impellido a buscar a tutela jurisdicional assim determinou, sendo certo que a análise particular de cada caso concreto por vezes conduz, dada a variedade de relações jurídicas e de direitos existentes, à imprescindibilidade de uma imediata *providência jurisdicional*.

Bem pensadas as coisas, não são raras as hipóteses em que o interesse jurídico da parte só será adequadamente tutelado, com pleno cumprimento da promessa constitucional de efetividade do processo,⁸⁵¹ se houver a imediata *intervenção jurisdicional* outorgando-lhe a fruição, no todo ou em parte, dos efeitos que decorreriam do virtual acolhimento da pretensão de direito material indicada. O mero reconhecimento do direito e a segurança jurídica de que é penhor a coisa julgada, nesses casos, revela-se como interesse meramente secundário, quando não ausente.

Mas de onde surgiu essa realidade? Há, à força da insuperável incidência da cultura na dogmática processual, motivos concretos que sinalizem para a existência dessa necessidade, ainda que apenas para alguns casos específicos que reclamem a imediata intervenção do Poder Judiciário por meio da realização de uma providência que satisfaça o direito subjetivo do requerente da tutela jurisdicional?

Ainda na vigência do CPC de 1973, Athos Gusmão Carneiro apontava as “novas realidades sociais e econômicas do país” como justificativa para a marcante utilização da tutela cautelar fora do campo de incidência para ela desenhado pelo sistema processual brasileiro anterior,⁸⁵² aludindo Luiz Guilherme Marinoni à distorção

⁸⁵⁰ “O fenômeno da ligação entre as instituições jurídicas e as determinantes sociais que lhe dão sustentação e legitimidade tem um exemplo significativo no que se passou com a tutela cautelar, em nosso direito. Tínhamos, no revogado Código de Processo Civil de 1939, uma disciplina da tutela cautelar inominada, se não excelente, provavelmente te melhor que a criada pelo Código de 1973. Entretanto, nossos tribunais apenas em casos raros foram chamados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional. Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, houve uma “descoberta” da tutela cautelar, que provocou um movimento de constante expansão de sua aplicabilidade prática, cujo limite, ao que parece, ainda não foi atingido” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2, p. 9).

⁸⁵¹ ‘A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*’ (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12-13).

⁸⁵² “No CPC de 1973, à falta de previsão legal específica, as medidas “satisfativas” de urgência, a maior

no uso da tutela cautelar, justificada pela necessidade de atender novas necessidades da sociedade.⁸⁵³

Realmente as cautelares inominadas, mais exatamente as usadas para o fim aqui abordado, não poderiam ser essencialmente entendidas como *cautelares* em sentido estrito, já que nada asseguravam, mas sim satisfaziam o direito, tendo Ovídio Araújo Baptista da Silva correlacionado tais casos ao que hoje conhecemos como *tutela antecipada*, por enquadrá-los dentre as medidas que, não sendo de mera segurança, “visam a acelerar a satisfação do direito, contra o risco da “tardività”, natural do procedimento ordinário. São todas elas medidas de cunho nitidamente satisfativo do direito” que se pretendia tutelar por meio da cautelar.⁸⁵⁴

A tônica do desenvolvimento dessa tendência prática, avalizada pela doutrina e admitida pela jurisprudência, pautou a vigência do CPC de 1973, na medida em que não havia a previsão legal de outro instrumento que permitisse, para além de alguns procedimentos especiais que contavam com a possibilidade de concessão de liminar, a prestação de tutela jurisdicional efetiva, ainda que baseada em cognição sumária.

Mas, como já visto no capítulo 3, mesmo antes tivemos consistentes movimentos nesse sentido.

A tese advogada por Tomás Para Filho (item 3.4.5), da criação de mandado de

parte delas surgidas sob o impacto das novas realidades sociais e econômicas do país, se foram inserindo no dia-a-dia das realidades forenses debaixo do amplo manto de “*cautelares inominadas*”, ou de “*cautelares satisfativas*” (*Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8).

⁸⁵³ “A transformação da sociedade e do Estado fez surgir novas situações substanciais carentes de tutela. A necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico, evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade. Porém, a falta de idoneidade do processo civil para atender às novas situações não impediu a prática forense de utilizar a tutela cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento. Como o procedimento cautelar viabilizava a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas, a prática forense brasileira assistiu ao uso não cautelar da ação cautelar” (*Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 56). Em outra obra, com apoio na doutrina italiana, o autor aludiu à “nítida constatação de que a tutela cautelar perdeu a sua fisionomia para permitir a adequada proteção de direitos que, de outra forma, não encontrariam adequada resposta em nível de tutela jurisdicional no ordenamento italiano” (*Tutela contra o ilícito: Inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44).

⁸⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2, p. 70. Valho-me novamente da constatação de Luiz Guilherme Marinoni: “Essa distorção do uso da ação cautelar consistiu na invocação do provimento cautelar para atender aquilo que poderia e deveria ser tutelado pelo processo de conhecimento – desde que este tivesse as particularidades técnicas do procedimento cautelar, especialmente a técnica antecipatória e a possibilidade de uso de meios executivos capazes de imediatamente realizar o direito ou constranger a vontade da parte” (*Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 56-57).

segurança aplicável também contra atos omissivos ou comissivos de particulares, revela que não é novo o anseio por *alternativas* processuais diferentes, principalmente quando o direito é facilmente demonstrável, tal como aquele que satisfaz a noção de “líquido e certo” característica do mandado de segurança, cuja ausência na esfera privada também foi lamentada por Ovídio Araújo Baptista da Silva.⁸⁵⁵

É mesmo instigante tentar especular porque não se desenvolveu, na prática, instrumento ao menos aproximado ao mandado de segurança, para uso genérico e, claro, atrelado a requisitos objetivos.

Que o mandado de segurança tenha sido concebido como instrumento destinado a refrear eventuais abusos por parte do Poder Público contra o cidadão não se discute. Mas é difícil compreender o porquê de não ter sido introduzido em nosso sistema processual, ainda que sob outra nomenclatura se a preocupação fosse não descaracterizar o instrumento, esse *modelo* de processo diferenciado assemelhado ao mandado de segurança, fruto da linha evolutiva que contempla outros institutos com vocação similar (ver subtópicos 3.4.3 a 3.4.5, *retro*).⁸⁵⁶

Estaria à base dessa constatação o vislumbrado desequilíbrio que se tem entre o Poder Público, com seus atos administrativos dotados de autoexecutoriedade,⁸⁵⁷ e

⁸⁵⁵ “É interessante comparar estas duas premissas, por meio das quais limita-se o conceito de jurisdição apenas à função declaratória, como que acontece no direito contemporâneo, particularmente no direito brasileiro, por exemplo, com o mandado de segurança que, não obstante ser reconhecido e elogiado como um instrumento de alto valor prático, em nossa experiência judiciária, não foi capaz de estender seu campo de incidência às relações jurídicas privadas, entre particulares” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27). Em estudo mais recente apontou um dos possíveis motivos para tal quadro: “Este elogiado e utilíssimo instrumento processual, quebra a ordinaryness e despreza o princípio da “plena defesa”. Com uma importante condição, no entanto: o mandado de segurança só é cabível contra a “autoridade coatora”, ou seja, contra um agente do Estado. Não temos mandado de segurança contra particulares. Este é o cariz liberal do sistema, que revela a sua face ao conceber o direito como uma arma privada contra o Estado” (Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas* (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin). São Paulo, Saraiva, 2009. p. 643).

⁸⁵⁶ “Note-se que não é necessário dizer que o mandado de segurança, compreendido como direito-garantia previsto na Constituição, deva ser estendido aos particulares. Basta afirmar que o particular deve ter à sua disposição, para usar contra o particular, um procedimento da espécie daquele desenhado na lei do mandado de segurança, sob pena de não existir procedimento efetivo contra o particular ou de se concluir que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente incide em relação ao Estado e não diante dos particulares” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73).

⁸⁵⁷ “É praticamente unânime na doutrina a referência à autoexecutoriedade ou à executoriedade como um atributo do ato administrativo. Não é, porém, comum a percepção de uma ambiguidade. Dessarte, a palavra pode ser empregada em dois sentidos: 1) um amplo – possibilidade de execução material do ato pela própria Administração; 2) outro estrito – possibilidade de coação material do destinatário do ato para que cumpra o dever a ele imposto, também pela própria Administração. Pelo primeiro, a executoriedade não pressupõe o descumprimento do ato; ao revés, refere-se ao seu pleno

o cidadão, a reclamar a existência de um remédio específico? Parece-me que sim.

Mas, ainda assim, é evidente que mesmo em relações jurídicas de direito material havida entre particulares não é incomum haver desequilíbrio entre as partes, de que é exemplo eloquente a relação de consumo, a ponto da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) prever a hipossuficiência do consumidor como um dos pressupostos para a facilitação de seus direitos em juízo (art. 6º, VIII).⁸⁵⁸

A doutrina, ao identificar a existência de uma “tutela satisfativa autônoma” passiva de concessão por meio da invocação da tutela cautelar expressamente prevista em lei (e, em certa medida, desvirtuando-a sob o aspecto dogmático), ou mesmo buscando a adaptação de um processo especial já existente, para criação de uma nova figura (o alentado mandado de segurança contra particular), nada mais fez senão constatar a insuficiência do arsenal de procedimentos e técnicas processuais que, calcadas em cognição sumariada, pudessem atender ao *ideal* da efetividade, mostrando-se, portanto, *úteis* ao cidadão.

Igualmente importante mencionar que há vinte anos, recordando melancólica passagem da vida política brasileira do início dos anos 1990, José Carlos Barbosa Moreira ponderou que após o bloqueio de ativos financeiros determinado no âmbito do Plano Collor (Medida Provisória n. 168, de 15.03.1990, posteriormente convertida na Lei 8.024/90), várias medidas cautelares inominadas foram ajuizadas, invocando-se o poder geral de cautela, a fim de obter liminar que ordenasse a liberação imediata dos valores retidos, mas ensejando um problema posterior, consistente em delimitar o objeto do processo “principal”, uma vez que, tendo obtido a *providência* pretendida, nada restava ao requerente que lhe pudesse interessar, revelando que

há boa quantidade de casos em que ou se consegue *incontinenti* providência capaz de tutelar o direito em jogo (admitida, por hipótese, a respectiva existência), ou qualquer decisão que demore, embora favorável, se mostrará

cumprimento; pelo segundo, a executoriedade pressupõe o descumprimento do ato, consiste numa reação do ordenamento à violação aos deveres estatuídos” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>>>, consulta em 12.09.2020.

⁸⁵⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

inútil, porque incapaz de proporcionar satisfação efetiva ao titular.⁸⁵⁹

Apontou, adiante, que “o ordenamento processual brasileiro ainda não prevê, em seu receituário, medicamento específico para casos semelhantes ao recordado no presente trabalho”, e que

um possível passo no sentido de complementar o sistema, embora por via indireta, poderia consistir em nova modificação do art. 273, para estabelecer que, no caso de concessão integral da tutela antecipada, a omissão da parte adversas em impugná-la converteria de imediato a providencia antecipatória em sentença, encerrando-se, assim, o processo. A concessão da tutela revestiria, dessa maneira, feição de autêntica medida auto-satisfativa.⁸⁶⁰

Chega a ser curioso, diante da eloquência dos excertos doutrinários aqui colacionados, imaginar como o sistema processual brasileiro conviveu (ou, para alguns, ainda conviva) com a ausência de instrumento que, independentemente de tratar-se de medida cautelar ou de tutela antecipada, fosse passível de ser concedida de maneira autônoma, ou seja, desvinculado da dedução de outra demanda “principal”, tendente à tutela definitiva calcada em cognição exauriente, de natureza cognitiva ou executiva, que então permaneceria como opção dos litigantes.

Essa percepção da doutrina, claramente informada por necessidades práticas, não se fez sentir apenas em solo brasileiro.

Em estudo publicado em 2007, Italo Andolina propôs que o processo civil contemporâneo, ao invés de ser centrado no pronunciamento de mérito, fruto de cognição exauriente – e, portanto, de certeza – deveria ser focado na preocupação da justiça rápida.⁸⁶¹

O texto começa por uma recapitulação da vocação do processo (ao menos idealizada) para a produção de certeza e o conseqüente papel de centralidade assumido pela coisa julgada, mesmo nos casos em que há concessão de alguma

⁸⁵⁹ A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira. *Temas de Direito Processual* – Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34. Neste ponto houve concordância entre esses dois dos maiores processualistas brasileiros da história: “Já quanto à ação “cautelar” para obter a liberação dos cruzados (exemplo sub d), ninguém poderá duvidar de seu caráter rigorosamente satisfativo e definitivo, a dispensar uma ação principal posterior, que onere o autor. Em verdade, bem examinadas as coisas, a decisão que, sob a forma de liminar, houver ordenado a liberação dos cruzados, nas circunstâncias descritas, constitui desenganadamente uma sentença de mérito, quem nem mesmo é provisória” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2, p. 73).

⁸⁶⁰ Idem. p. 37.

⁸⁶¹ Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 150, ago-2007. p. 70/80.

medida cautelar, que de todo modo é instrumental e cujos efeitos estão ligados ao futuro julgamento pretendido.⁸⁶²

Após recordar a crescente busca pela efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, aponta a existência de duas soluções práticas possíveis: a) adoção de processos de conhecimento fundados em cognição sumária, visando à constituição de título executivo judicial, mesmo que sem a formação da coisa julgada; b) previsão de medidas preventivas, de cunho antecipatório, mas sem função instrumental em relação ao julgamento de mérito, ou seja, sem natureza cautelar.⁸⁶³

A esta última figura denomina *tutela provisória de mérito*, que explicita tratar-se de medidas fundada em procedimentos sumarizados, dotadas de eficácia executiva muito embora inaptas à formação de coisa julgada. Indica, como exemplo precursor de tal medida no direito italiano, a proteção que o presidente do tribunal pode outorgar, no interesse da prole ou de um dos cônjuges, dentro da decisão definitiva de separação, com eficácia estável mesmo após o fim do processo.⁸⁶⁴

Tais medidas, menciona o texto, voltam-se à proteção dos “interesses substanciais em jogo” e, embora *funcionais* em relação ao processo, não são instrumentais em relação a ele, preservando a respectiva eficácia executiva mesmo com a extinção daquele, posto que mantida “uma certa estabilidade”.⁸⁶⁵

O processualista italiano constata que naquele país convivem dois “modelos” de processo civil: um vocacionado à formação da coisa julgada e outro preordenado à produção, imediata e provisória, de efeitos práticos, desvinculados da ideia de trânsito em julgado, com diferenças *procedimentais* quanto: a) à forma do processo; b) ao papel do juiz; c) ao regime da prova; d) ao desenrolar das fases processuais e ao regime de preclusão. Como diferenças *essenciais* aponta que um é orientado para a definição da controvérsia por meio do acerto definitivo da relação controvertida e a certeza outorgada pela coisa julgada enquanto o segundo, baseado em julgamento de mera verossimilhança, visa à composição imediata do conflito, privilegiando e implementando o “valor” da efetividade da tutela jurisdicional.⁸⁶⁶

⁸⁶² Idem. p. 71.

⁸⁶³ Idem. p. 72.

⁸⁶⁴ Idem. p. 73.

⁸⁶⁵ Idem. p. 74.

⁸⁶⁶ Idem. p. 75.

Refletindo, por fim, se esse “duplo binário” é “*un bene o un male*”, conclui que se trata apenas de uma necessidade imposta pelos novos tempos, em que a sociedade exige respostas rápidas e eficazes da justiça,⁸⁶⁷ contentando-se, em alguns casos, mais com a eliminação oportuna do conflito do que com a produção de coisa julgada.⁸⁶⁸

Na doutrina portuguesa, Miguel Teixeira de Sousa, em texto de 2008, vaticinava que “a evolução do processo sumário ainda não terminou”, apontando como questão merecedora de reflexão “saber se faz sentido manter a relação de instrumentalidade entre as providências cautelares e a ação principal”, isto é, avaliar se devem ser adotadas providências urgentes autônomas.⁸⁶⁹ Para ele:

Talvez seja chegado o momento de encarar essas providências também como um meio de obviar aos inconvenientes da falta atempada de tutela, isto é, como um meio de obter, em situações de urgência, a indispensável tutela. Se, por exemplo, o proprietário de um terreno vê surgir nele um prédio construído por um terceiro, não é evidente a razão pela qual, depois de ele obter, através de um procedimento cautelar, o embargo da obra, ainda lhe seja exigível a propositura de uma ação principal destinada a reconhecer seu direito de propriedade sobre o terreno e a ilicitude da construção alheia. Pode assim imaginar-se que, em função da prova produzida, o juiz da providência possa determinar que, nas providências que tenham sido decretadas com observância do contraditório, elas só caduquem através da demonstração pelo requerido de que o direito do requerente não existe ou se extinguiu.⁸⁷⁰

De volta à América do Sul, os peruanos Juan Monroy Gálvez e Juan José Monroy Palacios, após ponderarem que no transcorrer do século passado foi ganhando força a ideia de sociedade de massas e, via reflexa, da importância das coletividades, com o surgimento de novos direitos sociais (em contraposição aos direitos fundados na vontade do indivíduo), a exigir novos modelos de provimentos jurisdicional, concluem:

El tiempo - esa "cueva de ladrones" como lo llamó Benedetti - se va a tragar a todos los nuevos derechos si se pretende que su eficacia se concrete a través de un proceso con cognición plena. Digamos que los nuevos derechos le plantean al procesalista un reto de supervivencia: o se cambia sustancialmente el proceso a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias de la

⁸⁶⁷ Como advertido por Piero Calamandrei: “Hay tiempos de estancamiento social, en que el juez puede limitarse a ser el fiel escudero del legislador, el secuaz que lo acompaña paso a paso; pero hay tiempos de transformación rápida en que el juez debe tener el valor de ser su precursor, su heraldo, su conductor” (*Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. III. p. 241). No parágrafo exatamente anterior, pontuou, com igual sensatez, que a interpretação evolutiva, a analogia e os princípios gerais são “janelas abertas ao mundo”, por meio das quais o juiz pode experimentar “o ar oxigenado da sociedade que se renova” (idem, p. 240).

⁸⁶⁸ Idem, p. 79.

⁸⁶⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: *a la recherche du temps perdu?* *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, jul/2008. p. 216.

⁸⁷⁰ Idem. p. 217.

sociedad, o se le hace perecer. En este contexto, resulta indispensable que surja una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria.⁸⁷¹

Em estudo recente, Francisco Verbic chama a atenção para a necessidade de se estabelecer “*nuevas estructuras procesales*”, não baseadas na redefinição de institutos já conhecidos para alcançar um processo mais econômico e eficiente, mas sim abrangendo a discussão de “*nuevas estructuras orgánico - funcionales, nuevas modalidades de organización y distribución del trabajo y nuevas herramientas para la gestión del conflicto*”.⁸⁷²

Dentre as medidas que propõe destaco a intensificação do uso do processo monitorio, apoiado em duas vantagens: o *secundum eventum contradictionis* e a inversão do contraditório, de tal sorte que a possibilidade de discussão e do estabelecimento sacramental do processo de conhecimento fica sujeita à iniciativa e ao pedido expresso do devedor.⁸⁷³

Para Eduardo Oteiza, as limitações enfrentadas pelo Estado para dotar o processo civil de instrumentos destinados a assegurar sua efetividade acaba criando pontos de tensão com a permanente expectativa que a sociedade deposita no sistema de justiça civil,⁸⁷⁴ não sendo difícil imaginar quão socialmente deletéria é a perda de prestígio do Poder Judiciário em relação ao povo

A preocupação pela busca de novos modelos processuais também permeia a obra de Andrea Proto Pisani, que após reafirmar sua ênfase na noção de *tutela jurisdiccional diferenciada* associada a processos baseados na sumariedade da cognição desenvolvida, premissa nesta pesquisa adotada no capítulo 3, *retro* (embora

⁸⁷¹ Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In CARBONE, Carlos Alberto (coord.). *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 176-177.

⁸⁷² Nuevas Estructuras Procesales. In *XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal - Ponencias Generales. Ponencias Seleccionadas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2019. p. 177. Em sentido semelhante: “Só identificando-se e, conseqüentemente, reconhecendo-se em inúmeros casos a inaptidão do sistema normativo para o *verdadero alcance* da tão almejada e necessária *efetividade* (o que não é de forma alguma uma postura prejudicial, ao contrário!) é que será possível criar e aprimorar *mecanismos (rectius: instrumentos)* que possibilitem alcançá-la” (FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73).

⁸⁷³ Idem. p. 181.

⁸⁷⁴ “Las limitaciones que con mayor o menor grado enfrentan los Estados para brindar una justicia civil eficiente se encuentran en tensión con las altas expectativas sociales sobre su funcionamiento, ya que los valores individuales y sociales puestos en juego constituyen la base del reconocimiento del poder estatal de coerción” (Reforma a la justicia civil en América Latina. Perspectivas generales. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords.). *Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual - XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 221).

igualmente admitindo que também nessa categoria se inserem os procedimentos especiais de cognição exauriente),⁸⁷⁵ estabelece parâmetros para que a adoção da tutela sumária seja considerada “racionalmente justificada”, sem constituir-se injustificado privilégio. Em síntese, exige-se que seja ela destinada:

- a) a evitar o custo do processo de cognição ampla, nos casos em que faltar ao requerido a possibilidade de apresentar oposição séria à pretensão (do que seria exemplo a ação monitória);
- b) a impedir que o requerido abuse do direito de defesa e aproveite-se da duração típica do procedimento comum, por meio da adoção de técnicas como a medida cautelar meramente conservativa, fundada nos seus requisitos típicos, ou a condenação com reservas de exceções;
- c) a garantir a efetividade da tutela jurisdicional relativa a todas as situações substanciais de vantagem, ou seja, aos direitos que tendo conteúdo e/ou função, exclusiva ou predominantemente não patrimonial, estejam ameaçados de prejuízo irreparável se sujeitos ao procedimento comum.⁸⁷⁶

Todos esses excertos, mesmo que relativos a sistemas jurídicos distintos, trazem em comum a circunstância de que a busca pela implementação de novos modelos processuais, apoiado em técnicas e vias procedimentais *diferentes*,

⁸⁷⁵ “Aquí es necesario, sin embargo, aclarar el equívoco terreno de fondo: c.1) Una cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, entendida como la predisposición de varios procedimientos de cognición plena y completa algunos de los cuales son modelados con base a la particularidad de cada situación sustancial controvertida: sobre la legitimidad (y oportunidad de la previsión de una tutela diferenciada de esa especie con referencia a las controversias laborales yo tuve ocasión de detenerme en 1973 en un largo artículos. c.2) otra cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con tal término se intente teorizar la predisposición de formas típicas de tutela sumaria (cognitiva o también meramente ejecutiva); para quien no se adhiere a estos misterios sacros del proceso civil, la distinción puede ser bizantina, pero no lo es de hecho, y existe una grandísima importancia donde se quiera desarrollar un discurso técnicamente correcto (y, por lo tanto, políticamente utilizable em una reforma prospectiva)” (PISANI, Andrea Proto. Notas mínimas sobre la denominada tutela diferenciada. *La tutela jurisdiccional*. Trad. de Giovanni F. Priori Posada e Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2014. p. 191-192). Ainda que o ensaio citado não seja recente (foi publicado originalmente em 1978, idêntica construção consta de sua obra de caráter geral, recentemente editada também no Peru, em tradução da edição italiana de 2014 (PISANI, Andrea Proto. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra, 2018. p. 585).

⁸⁷⁶ Idem, p. 192-193. Em outro texto, publicado originalmente em 2011, tornou ao tema com eloquência: “Desde el punto de vista histórico surge con absoluta seguridad que la tutela sumaria ha constituido siempre un componente imprescindible del sistema de tutela jurisdiccional civil entendido como un complejo: de ello se desprende la oportunidad de no emprender con prejuicios desfavorables al análisis de los procesos sumarios, sino más bien de comprender los motivos por los cuales las legislaciones de cada tiempo y lugar han tenido que acudir a la tutela sumaria, conscientes -y es bueno anticiparlo desde ahora - de lo esencial de un adecuado sistema de tutela sumaria con el objeto de asegurar la eficacia y la efectividad del sistema jurisdiccional entendido como un todo” (La tutela sumaria en general. Trad. Giovanni F. Priori Posada. In *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014. p. 327).

tendentes à obtenção de resultados mais significativos para a adequada tutela dos direitos, é uma constante preocupação que deve permear as investigações dos estudiosos do processo civil comprometido com *resultados concretos*.⁸⁷⁷

A já ressaltada efetividade do processo, mais do que um *standard* largamente proclamado pelos estudiosos e operadores da ciência processual, deve ser encarada como o principal valor a ser perseguido por todos, na medida em que atende ao postulado essencial, por assim dizer, que justifica a própria existência da relação processual, qual seja o atingimento de um quadro generalizado de reconhecimento e satisfação dos direitos subjetivos, da forma mais rente à realidade, buscando aproximar-se da situação que se teria verificado se atendido espontaneamente tal direito.⁸⁷⁸

Esse quadro, de adequado atendimento do postulado da efetividade do processo, pode eventualmente ser atingido por meio de procedimentos especiais, os quais são moldados para obter-se, de forma mais rápida e/ou simplificada, a tutela jurisdicional prestada por sentença judicial,⁸⁷⁹ aspecto abordado no tópico 1.3.

⁸⁷⁷ “Como se verá no capítulo seguinte, a instrumentalidade do processo pode ser de duas espécies: finalística, no sentido de que o processo deve ser instrumento de atuação do direito material; e metodológica, no sentido de que o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade (de índole individual ou coletiva), para que se obtenha a tutela jurisdicional (ou processual) adequada (ou seja, a resposta justa e alinhada com as pretensões das partes) e a tutela processual adequada só pode ser obtida por intermédio do procedimento adequado, ou seja do procedimento apropriado à solução de cada conflito surgido no plano sociológico” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 16). Adiante acrescentou: “A sociedade contemporânea é altamente conflitiva. O adensamento populacional, o caráter finito e a conseqüente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. E quando os conflitos precisam ser solucionados pelo processo, deste deve resultar a justa tutela de interesses e direitos” (idem. p. 33-34).

⁸⁷⁸ Contemporaneamente à introdução da tutela antecipada no Brasil, assim se manifestava Luiz Guilherme Marinoni: “Para a adequada teorização da questão da efetividade do processo, necessário realizarmos um approach entre os planos processual e de direito material. Se o processo visa à efetividade da tutela do direito, imprescindível e que a tutela jurisdicional corresponda exatamente aquilo que se verificaria se a ação (= o agir) pudesse ser realizada no plano social. Ou seja, a tutela jurisdicional deve ser uma espécie de realização da tutela privada, isto é, da tutela que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição” (*Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 38).

⁸⁷⁹ “A partir do final da década de 1970, sobretudo pelos estudos de Andrea Proto Pisani, os procedimentos especiais passaram a ser justificados na ideia de tutela jurisdicional diferenciada. Foi um movimento de permitir maior adaptação das formas de tutela para ramos do direito em que as especificidades do direito material não coubessem nas estruturas do procedimento ordinário. Trata-se do reconhecimento de um direito ao procedimento adequado. O legislador deveria nesse contexto, criar procedimentos específicos atentando para que fossem idôneos à prestação jurisdicional quando em disputa os “novos” direitos, para os quais deveria haver novas formas de tutela. Era, enfim a busca por uma diversificação legislativa dos procedimentos” (JUNIOR, Fredie Didier. CABRAL, Antonio do Passo.

Essa “estratégia”, contudo, já foi testada no direito brasileiro, mas padece de dois problemas básicos.

O primeiro é a limitação dos procedimentos especiais a determinadas espécies de relação jurídica de direito material. Por exemplo, a ação de exigir contas, embora satisfatoriamente desenhada pelos artigos 550 e seguintes, que a desdobra em duas fases bem situadas sob o aspecto lógico (a primeira destinada à verificação judicial da existência da obrigação de prestar as contas, e a segunda, sucessiva, reservada à apuração da obrigação de pagar, como reflexo das contas prestadas) só tem lugar para atender situações em que se estabelece, no plano do direito material e por força de lei ou contrato, a obrigação de alguém prestar contas a outrem.

O segundo é a constatação de que os procedimentos especiais, ao fim e ao cabo, tratam-se de variações do procedimento comum, como se tem com a ação de alimentos, em que as fases típicas daquele são aglutinadas em um único ato, já que a audiência de conciliação, instrução e julgamento que lhe é característica mostra-se como o momento adequado para a tentativa de autocomposição, oferecimento de resposta pelo réu, instrução probatória e a prolação da sentença, tal como decorre dos artigos 8º a 12 da Lei 5.478/68.

Por conta de tais elementos é que me parece possível afirmar ser o momento de pensar-se em novos *modelos* de processo,⁸⁸⁰ que dentro das salutares limitações impostas pela cláusula constitucional do *due process* e seus desdobramentos, permita alcançar-se a satisfação do direito por uma via menos complexa e tortuosa do que aquela tendente à prolação de um julgamento solene, por sentença acobertável pela coisa julgada.⁸⁸¹

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 27-28).

⁸⁸⁰ “A conclusão segundo a qual não é possível descortinar nas numerosas alterações em recentes legislações processuais civis nenhuma alteração radical de paradigma está longe de querer significar que o processo civil já tenha atingido o “fim da história” e que seja impensável que venha a existir algo de diferente daquilo que é conhecido actualmente” *A conclusão segundo a qual não é possível descortinar nas numerosas alterações em recentes legislações processuais civis nenhuma alteração radical de paradigma está longe de querer significar que o processo civil já tenha atingido o “fim da história” e que seja impensável que venha a existir algo de diferente daquilo que é conhecido actualmente” (SOUZA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, jul/2008. p. 205.

⁸⁸¹ Ainda que ostentando a decisão determinativa da providência alguma estabilidade, mesmo que distinta da coisa julgada: “A função fundamental da proteção jurisdicional provisória é a de estabelecer uma forma de segurança e, portanto, de estabilidade jurídica em face de uma situação de perigo. A segurança jurídica, tanto quanto o desejo de se evitar o abarrotamento dos tribunais por demandas reiteradas, determina que a decisão provisória tenha uma certa estabilidade, sob pena de tornar-se

Essa forma de pensar, por vezes com diferentes fundamentos, é adotada por parcela significativa da doutrina, aqui destacando-se, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover,⁸⁸² José Roberto dos Santos Bedaque,⁸⁸³ Jaqueline Mielke Silva,⁸⁸⁴ Leonardo Faria Schenk⁸⁸⁵ e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro.⁸⁸⁶

A ideia original de Ovídio Araújo Baptista da Silva, sobre a “tutela satisfativa de urgência autônoma”, reúne todos os predicados indicados nas posições doutrinárias expostas neste tópico.

Poder-se-ia cogitar, nesse contexto, que a tutela cautelar pudesse seguir

uma fonte inesgotável de chicana processual. Trata-se de uma decisão provisória, mas não efêmera” (PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 155).

⁸⁸² “A sociedade contemporânea é altamente conflitiva. O adensamento populacional, o caráter finito e a consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. E quando os conflitos precisam ser solucionados pelo processo, deste deve resultar a justa tutela de interesses e direitos” (*Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 33-34).

⁸⁸³ “Talvez já esteja na hora de refletirmos sobre a conveniência de instituir no sistema processual, de forma mais abrangente, a tutela final não dotada de imutabilidade, porque precedida de cognição sumária. Constitui técnica destinada a inverter os ônus a serem suportados pela demora do processo. Se, após exame não exauriente da relação substancial e com contraditório adequado a essa limitação cognitiva, o direito afirmado pelo autor mostrar-se verossímil, talvez seja mais justo conceder-lhe a tutela, transferindo ao réu o ônus de, em outra via processual, desconstituir esse resultado. Não há explicação para que o autor deva suportar as consequências da demora inerente aos processos de cognição exauriente, nas situações em que afirma direito altamente provável” (*Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 172). Adiante o processualista tempera sua posição: “Trata-se de solução tecnicamente possível, mas cuja adoção e adequada regulamentação dependem do conhecimento, pelo processualista, da realidade jurídico-substancial sobre que incidirão essas tutelas sumárias. Elas devem ser admitidas em situações especiais, pois generalizá-las implica abandonar, completamente, a segurança, o que também pode revelar-se prejudicial à efetividade do processo” (idem, *ibidem*).

⁸⁸⁴ “Na sociedade pós-moderna, o Direito Processual Civil não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo adaptar às condições atuais da sociedade, observando princípios éticos e morais. Este é o principal desafio do Direito Processual Civil contemporâneo. O Direito Processual Civil contemporâneo deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma estratosfera distante do mundo da vida. De nada adianta o processo, se ele não é capaz de resolver os impasses do mundo cotidiano” (*A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 291).

⁸⁸⁵ “Momento vivido pelo sistema processual civil tende a lançar os procedimentos que asseguram a cognição plena permitindo o debate necessário à perenização jurídica da decisão final, em uma via residual. Os procedimentos que viabilizam uma tutela jurisdicional célere, por meio da técnica da sumarização da cognição sinalizam, para os observadores atentos, os rumos do processo civil do futuro” (*Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19).

⁸⁸⁶ “Dessa forma, além de estruturar o Judiciário para atender à crescente demanda, há que se viabilizar, no plano processual, meios processuais aptos a tutelar tempestivamente todos os direitos. Trata-se de verdadeiro desafio, sendo certo que a noção *chiovendiana* de efetividade não basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, fazê-lo de uma forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possível, traduzindo uma preocupação social” (*Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência: Do CPC 1973 ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 70).

ocupando esse espaço, situação em que continuaria invocando um atributo que, por essência, não é seu: a satisfatividade.

O CPC de 2015, todavia, previu um novo *modelo* de processo, que independe da coisa julgada na exata medida em que não é vocacionado à declaração da existência e exigibilidade de determinado direito – como é o processo de conhecimento, qualquer que seja a espécie de tutela jurisdicional a ele relativa (declaratória, condenatória etc.) – mas sim destina-se a viabilizar a uma “mera” *providência jurisdicional*.

Ocultou-o, todavia, sob a aparente roupagem de uma mera técnica processual, o que conduz ao risco de interpretações que diminuem seu potencial.

Trata-se, no nosso sentir, da tutela antecipada antecedente prevista pelos artigos 303 e 304 do CPC, conclusão que representa a tese central desta pesquisa e que se apoia nos elementos já expostos, mas também nos aspectos abordados nos tópicos subsequentes.

5.2. A tutela antecipada antecedente e a possibilidade de sua estabilização como modelo processual destinado à consagração do direito à uma simples providência jurisdicional

O ponto nodal do processo civil contemporâneo diz respeito às “oportunidades e estruturas”, na linguagem de Hazel Genn,⁸⁸⁷ oferecidas aos cidadãos que procuram a tutela jurisdicional.⁸⁸⁸

Que possa haver, com alguma variação entre os diferentes Tribunais que compõem a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, obstáculos e deficiências de

⁸⁸⁷ “The civil justice system is partly about substantive rights, but perhaps more importantly it is about the provision that society makes for citizens and business to bring civil suits the right of action and the machinery to make good that right. A critical question for those interested in civil justice is not what rights do we give? But having given those rights, having imposed duties and obligations, having devised a policy for enforcing behavior or ameliorating some social ill, what opportunities and structures do we provide for the public to enforce those rights and obligations or make good their entitlements?” (*Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 11).

⁸⁸⁸ “A ciência em si é neutra. Cumpre, porém, ao cientista dar-lhe um sentido humano, para que ela seja útil à humanidade, na maior extensão e profundidade possível. E no campo do direito não tem sentido nenhum agir sem atentar para o homem, já que se trata de ciência de comportamento humano, engendradora para aperfeiçoar o convívio social” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *A nova lei de execução fiscal*. São Paulo: LEUD, 1982. p.173).

ordem material, ligadas à infraestrutura, carentes de solução e investimento, não se discute.⁸⁸⁹

O que me parece relevante averiguar é, a partir da realidade que se apresenta como quadro de difícil (ou vagarosa) solução – e que engloba as limitações materiais antes referidas – o que pode ser realizado pelo processualista com base nos instrumentos fornecidos pelo direito processual positivado ou, por outra, da melhor interpretação que a ele se pode emprestar.⁸⁹⁰

Como obtempera José Roberto dos Santos Bedaque:

Determinadas situações da vida não comportam a cognição plena e exauriente do procedimento comum, pois requerem uma tutela sumária urgente. Não só a morosidade da tutela tradicional, mas principalmente o desenvolvimento das relações sociais gerou novas necessidades que não para as tutelas provisórias, que, se corretamente empregadas, constituem meios eficazes de acesso à ordem jurídica justa. O processo precisa adequar-se a tais exigências, pois a função jurisdicional somente atingirá plenamente seus escopos se assegurar ao titular de um direito a tutela desejada. Para tanto, não se pode pretender que um modelo processual sirva para conferir proteção a toda espécie de relação substancial.⁸⁹¹

O CPC de 2015 introduziu algumas inovações que, a seu tempo, tendem a trazer resultados significativos no âmbito da administração dos conflitos, como a previsão ampla de realização de negócios processuais (art. 190) e a melhor sistematização de normas que enaltecem o valor de pronunciamentos judiciais vinculantes (arts. 926-928), o que é essencial para racionalmente manejar a litigiosidade repetitiva. Tanto assim é que um determinado pedido pode ser julgado liminarmente improcedente se contrário a precedente (art. 332), como também pode receber, de plano, tutela antecipada baseada na evidência, se alinhado a pronunciamento vinculante porventura existente (art. 311, II).

⁸⁸⁹ Lúcida a ressalva de Rogério Aguiar Munhoz Soares: “A preservação do substrato teórico que se encontra à base do processo civil brasileiro, lastreado fundamentalmente na estrita separação entre conhecimento e execução; na eliminação dos conceitos de pretensão de direito material e de ação de direito material do horizonte conceitual; na concepção iluminista do poder jurisdicional; no conceito normativo de mérito que só admite a satisfatividade jurídica e só admite definição (*dictio*) por ocasião da sentença etc., e muitos outros pontos, muito mais do que se imagina, são causas maiores de inefetividade do processo que as próprias questões extraprocessuais” (SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.71).

⁸⁹⁰ “Razões ligadas à economia processual, à aceleração dos processos, bem como à inflação do contencioso, como visto, conduzem o direito processual a percorrer uma via nova, valendo-se de instrumentos de tutelas diferenciadas, com a criação de remédios que não substituem o processo de cognição plena, mas a ele se colocam como uma alternativa plausível, conforme o objetivo buscado em juízo pelas partes” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 256).

⁸⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 163.

Igualmente oportuna a ressignificação da postura dos sujeitos processuais diante do litígio, que deve desenrolar-se sob o pálio da boa-fé e a partir da atuação cooperativa de todos (artigos 5º e 6º), bem como o incentivo à mediação e à conciliação como formas de solução autocompositiva do conflito levado a efeito pelo CPC (art. 3º), ainda que também aqui muito se precise avançar, em termos estruturais, para fazer valer a ideia do legislador, de já iniciar o processo com a tentativa de conciliação (art. 334), buscando com isso a resolução da lide pela neutralização do conflito a partir de solução conciliatória construída pelos envolvidos.⁸⁹²

Diversas são as “linhas de frente” de que se vale o CPC/2015 na busca da construção de um sistema processual que consiga cumprir o fim a que se destina, ainda que com deficiências ou falhas pontuais, cujo aprofundamento transbordaria os limites deste trabalho.

Possível identificar, outrossim, um *novo modelo de processo*, calcado na realização prática do direito, pela antecipação de todos ou alguns efeitos de uma virtual decisão final do litígio, que pode até não ocorrer, a depender da postura processual das partes (artigos 303 e 304 do CPC).

Dito de outra forma, tal modelo dispensa a formação de coisa julgada, contentando-se com a pronta intervenção do juiz, que lhe concederá não um pronunciamento judicial passível de perenização pelo manto da imutabilidade propiciada pela coisa julgada, do qual extrair-se-iam efeitos jurídicos, mas sim uma *providência jurisdicional* apta a viabilizar mudanças no mundo fático.

Mas será essa a função da tutela antecipada deduzida de forma antecedente?

A indagação é pertinente, na medida em que parcela da doutrina vislumbra outra finalidade para ela.

Entende Milton Paulo de Carvalho Filho que a tutela antecipada antecedente serve ao interessado que, em razão da urgência, vê-se forçado a elaborar uma petição inicial simplificada.⁸⁹³

⁸⁹² “Também não é propósito destas linhas cuidar de formas alternativas para a composição de litígios, como por exemplo a mediação, não obstante todo seu potencial inovador e a esperança de que o processo venha a ser um ponto de convergência de interesses, mais do que uma forma de aprofundamento de divergências” (CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Uma deusa chamada justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 43).

⁸⁹³ Comentário ao artigo 303. In SANTOS, Silas Silva *et al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da Magistratura*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 361.

No mesmo sentido o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior:

Assim, a novidade trazida pelo Código de 2015 é mera faculdade concedida ao autor para, em razão da peculiaridade do caso em que há urgência diante do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo e a dificuldade existente em expor a pretensão emergencial com a principal e final, formular então, no mesmo processo e na mesma ação, pedido fracionado primeiramente voltado à obtenção de liminar, com a subsequente complementação (aditamento) da peça preambular com fatos e fundamentos jurídicos que se fizerem necessários, bem como a juntada de documentos (se for o caso), somando a formulação de confirmação de tutela final. (...) Contudo, se todos os elementos fáticos, jurídicos e probatórios estiverem à disposição do autor, no momento da propositura da ação, para que articule a peça em toda a sua inteireza e completude, formulando pedido de tutela de urgência e, simultaneamente, o principal, sem a necessidade de aditamento, sem dúvida, mais prático e simples será para o próprio postulante.⁸⁹⁴

Tais posicionamentos, isoladamente considerados, não são equivocados, embora de plano perceba-se que eles limitam o potencial da tutela antecipada antecedente.

Revelam, parece certo, *uma* possibilidade de utilização da tutela antecipada pelo interessado, aquela que parte da aceitação de uma petição simplificada (justificada, na linha do exposto pelos citados autores, em razão da urgência) para requerer a antecipação, de antemão sabendo-se que sobrevirá o aditamento, elaborado sem o afogadilho ditado pela urgência.

Nessa situação, é nítido que o interessado pretende, ao final, pronunciamento judicial definitivo, passível de transitar em julgado, e apenas se aproveita da autorização, justificada pela urgência, para dar início ao processo com uma petição inicial que se restrinja ao requerimento de antecipação.

A leitura isolada do artigo 303 revela mesmo tal possibilidade. Mas essa *função*, por assim dizer, da tutela antecipada antecedente é meramente secundária, menor.

Entender que a isso resume-se a tutela antecipada antecedente é equivocado e revela apego ao sistema processual anterior, que ressaltava o caráter meramente instrumental da tutela antecipada, e por isso gera percepções que se distanciam da

⁸⁹⁴ *Código de processo civil sistematizado em perguntas e respostas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134. No mesmo sentido: "O que queremos dizer é que se o perigo de a demora da outorga da providência jurisdicional acarretar um dano irreparável, ou de difícil reparação, é muito intenso e demanda urgência "urgentíssima" - enquadrável, é claro, na "urgência (...) contemporânea", - a opção dada pela lei é a formulação exclusiva de requerimento de tutela antecipada deste art. 303, com mera "indicação do pedido de tutela final", o que permite ao titular do direito sob risco acionar o Judiciário imediatamente e obter uma medida liminar sem ter de preparar uma inicial de ação de conhecimento, que pode, às vezes, levar dias ou semanas" (MACHADO, Costa. *Tutela provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 61).

potencialidade contida na nova figura e conduzem a interpretações desacertadas sobre o alcance dos artigos 303 e 304 do CPC.

Para Maria Carolina de Medeiros Redi, o aditamento da petição inicial que veicula requerimento de tutela antecipada antecedente “é apenas para complementação da argumentação e a juntada de novos documentos, facultado em razão da urgência decorrente do perigo contemporâneo”, mas não permite, complementa a autora, “que seja alterado o pedido final, já que a indicação efetiva na inicial é limitadora e vinculante, como se infere do termo empregado “confirmação””.⁸⁹⁵

Na petição inicial destinada à formulação do requerimento de tutela antecipada antecedente o pedido de tutela final é meramente indicado, mas não efetivamente *formulado* – até porque ele, ao fim e ao cabo, pode nem vir a existir – razão pela qual não parece correto cogitar de *alteração* do pedido, a não ser a partir de interpretação isolada e literal do dispositivo.

Esse posicionamento acaba sendo um tanto *reducionista* ao continuar, como faz nas entrelinhas, relegando a tutela antecipada a mera técnica que *servirá* ao pedido “principal”, antecipando seus efeitos e com isso atendendo, ainda que sob a marca da provisoriedade, o interesse do autor.

Na mesma direção aponta Fábio Caldas Araújo, para quem a tutela antecipada antecedente “representa uma situação temporal atípica em que a parte poderá não dispor de todos os elementos necessários para realizar a propositura da demanda completa”.⁸⁹⁶ É até mesmo curioso notar que o mesmo autor, alguns tópicos adiantes, alude à existência da “tutela satisfativa autônoma”, que corresponde “a uma forma de prestação da tutela jurisdicional de urgência em que há cognição sumária com solução adequada ao pedido da parte”,⁸⁹⁷ mas sem relacioná-la com a tutela antecipada antecedente estabilizável.

A principal potencialidade da tutela antecipada antecedente é justamente representar *novo modelo de processo*, destinado à obtenção de uma *providência* jurisdicional e que tem na cognição inicial sumarizada, ao menos num primeiro

⁸⁹⁵ Comentários ao artigo 303. In CAMPOS, Rogério *et al.* (coords.). *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 475.

⁸⁹⁶ *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I, p. 996.

⁸⁹⁷ *Idem*. p. 1.003.

momento, sua principal *vantagem prática*.⁸⁹⁸

Fala-se em um modelo diferente de processo justamente porque desvinculado da ideia de encontrar na coisa julgada, ao menos no que pertine ao módulo cognitivo do processo, o objetivo maior buscado pelo jurisdicionado, tendência apreendida por Artur César de Souza:

O fenômeno mais significativo de referida linha de tendência observa-se, ainda, pelo crescente aumento da tutela provisória de mérito, vinculada à sumariedade do plano cognitivo, condicionada à cláusula rebus sic stantibus, e, portanto, suscetível de perene modificação e ou revogabilidade; inidônea a formação do julgado, e todavia dotada de uma elevada taxa de efetividade na medida em que é provida de imediata força executiva e de ultratividade de efeitos. Por essa via está-se delineando, e ganhando cada vez mais corpo, um modelo alternativo de tutela jurisdicional: não mais centrada no julgado final e na cognição plena; não mais finalizando ao acerto incontestado da coisa deduzida em juízo. Um processo sumário, que não ambiciona ao acerto da verdade, mas se aquieta a um juízo de verossimilhança ou de probabilidade; é todavia capaz de conseguir, em breve tempo, um resultado judicial efetivo, idôneo a incidir com força executiva sobre os diversos aspectos dos interesses em conflito.⁸⁹⁹

O foco desse novo modelo é deslocado da *certificação* do direito para a *produção de efeitos concretos* no mundo dos fatos, nos limites da cognição material e formalmente sumária que lhe norteia,⁹⁰⁰ intercedendo o juiz sobre a relação de direito material existente entre as partes pela viabilização do que aqui denomino como uma *providência jurisdicional*.⁹⁰¹

⁸⁹⁸ “Há, sem dúvida, razões históricas, filosóficas e acima de tudo políticas, a justificar o retorno às ações sumárias. Estas razões podem ser resumidas, de um lado, na exigência, cada vez mais vagarosa, de uma justiça efetiva e condizente com os tempos da civilização eletrônica; de outro no completo fracasso, que o sonho racionalista prometera, de um direito “científico”, tão previsível e exato quanto um teorema matemático” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268).

⁸⁹⁹ *Tutela Provisória*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 32-33.

⁹⁰⁰ “O art. 303 é uma inovação do CPC e regula o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, justificada pela urgência. Trata-se de uma sumarização formal para a tutela da sumarização material. Com efeito, basicamente, pode-se dizer que a sumariedade do processo significa a abreviação procedimental (sumariedade formal) e a adoção de técnicas que tornem mais ágil a prestação da tutela jurisdicional (sumariedade material)” (GODINHO, Robson Renault. Comentário ao artigo 303. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

⁹⁰¹ “Alguém poderia dizer que não é conveniente dar ao juiz um poder tão amplo. Entretanto, se o juiz da Itália, da França, da Alemanha, da Inglaterra e de outros países – em que os jurisdicionados, em tese, podem suportar com mais facilidade o tempo de demora da Justiça – podem conceder tutelas antecipadas ou sumárias que causem prejuízos irreversíveis ao réu, por que o juiz brasileiro estaria impedido de assim proceder? Na verdade, aqueles que temem o juiz brasileiro com o poder necessário para bem cumprir a sua função partem de uma premissa – não revelada – não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura. Está por detrás do raciocínio que pretende ver o juiz amarrado a ideia de que a Magistratura brasileira não é suficientemente preparada para ter poder. Tal maneira de pensar não só é arbitrária, como também primária. Ora, se o juiz brasileiro, apenas em virtude da diferença entre a situação social do Brasil e a dos países europeus, não tem poder para aplicar um remédio essencial para a boa prestação da justiça, o médico brasileiro (apenas para tomar um exemplo)

Claro que o juiz exercerá cognição sobre o cabimento da medida e a presença dos requisitos necessário à sua concessão, e isso estará à base da decisão que versar sobre a tutela antecipada, mas essa atividade intelectual do magistrado não levará à *declaração* do direito, passível de perenização após a formação da coisa julgada, mas apenas à consecução fática de algum(ns) efeito(s) que *decorreriam* de tal declaração, pela singela razão de que, a juízo do requerente da tutela, basta a almejada *providência jurisdicional*, em que sobressai o aspecto da jurisdição mais ligado à ideia de *coerção*, palavra aqui empregada no sentido de intervenção forçada no mundo dos fatos.⁹⁰²

Convém explicitar esse ponto, a partir dos citados dispositivos legais, posto que fulcral à tese defendida.

Na forma do que dispõe o artigo 303, *caput*, o autor da demanda, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação”, pode limitar sua pretensão processual “ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final”, desde que nessa mesma petição inicial exponha a lide como um todo, o direito que pretende realizar, como também o perigo de dano ou o “risco ao resultado útil do processo”.

A primeira premissa da qual o intérprete não pode afastar-se é que o dispositivo legal refere-se exclusivamente à tutela antecipada antecedente, ou seja, regula o ajuizamento de demanda judicial que, ao menos em um primeiro momento, tem objeto restrito à concessão da medida antecipatória, já que necessariamente não deduzido pedido de tutela definitiva, normalmente categorizado como “principal”.

Se o autor optasse, ao contrário, por formular desde logo seu pedido de tutela definitiva e, simultaneamente, requeresse a antecipação dos efeitos dessa mesma tutela, seria tal requerimento categorizado como *incidental* (4.5.1, *retro*).

deveria estar impedido de utilizar instrumentos – que podem trazer riscos aos pacientes quando mal administrados e que, por isso, também supõem profissionais bem preparados – necessários para a manutenção da vida dos brasileiros” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 125).

⁹⁰² “O processo civil brasileiro passou do regime da universalização da ordinarização, que traduzia um compromisso formal com o máximo da segurança jurídica (ampla defesa, igualdade das partes, certificação de direitos em cognição ampla e exauriente), para o regime da efetividade, generalizando a via das ações sincréticas, combinando *notio* e *imperium* (cognição e execução) e prevendo novas técnicas de antecipação de tutela em cognição sumária, obtidas no curso de um procedimento ordinario ou, então, mediante procedimentos autônomos, absolutamente sumarizados” (CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set/2008, p. 359).

A partir de tal premissa é possível interpretar o dispositivo, que alude a contemporaneidade da urgência como requisito inicial para adoção de tal sistemática. Parece-me, a rigor, dispensável tal menção, segundo a qual a urgência haverá de ser, na dicção da lei, atual, nova, presente quando do ajuizamento da demanda.

Bem pensadas as coisas, uma invocada situação de urgência anterior ao requerimento, ou seja, já superada, antiga, não mais poderia ser tida como urgência – estado caracterizado justamente pela premência de algo – da mesma forma que a urgência virtual, ou seja, apenas projetada, prevista e, portanto, futura, tampouco seria tida como tal, a partir do único parâmetro possível de aferição desse elemento – não por força da desnecessária previsão legal, mas sim por estar ele contido na própria essência do conceito de urgência – que é o da *atualidade*.

Como obtempera Daniel Mitidiero:

A qualificação da urgência como contemporânea no *caput* do art. 303, embora à primeira vista possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo incentivo que o legislador dá ao autor para sumarizar formal e materialmente o processo com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela provisória.⁹⁰³

A lei processual apenas restringe a antecipação deduzida de forma antecedente às hipóteses de tutela de urgência, excluindo de seu âmbito de incidência a tutela da evidência, opção questionável, como adiante melhor exposto.

O segundo requisito é a mera indicação, construída a partir do requerimento de tutela antecipada, do “pedido de tutela final”, o que é de todo consentâneo com a natureza satisfativa da medida antecipatória.

Vale ressaltar que o dispositivo não deixa dúvidas de que a tutela antecipada é desde logo requerida, enquanto o pedido de tutela definitiva é meramente indicado (e, claro, não desde logo formulado), sendo certo que a intenção da lei é permitir que o juiz aprecie o requerimento antecipatório tomando em conta o contexto do conflito de interesses como um todo, mesmo que jamais venha a ser apresentado o cogitado pedido final.

Confirma tal assertiva a parte final do *caput*, que determina a indicação do

⁹⁰³ Comentários ao artigo 303. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 787.

direito a realizar e do perigo de dano, elementos necessário à aferição dos requisitos gerais de qualquer modalidade de tutela de urgência (expostos com maior detalhamento no tópico 4.2), vinculados à ideia de plausibilidade da pretensão e ao risco que advém da demora, com o que se revela a filiação do CPC, no particular, à corrente doutrinária que vislumbra ligação entre a tutela antecipada, tal como construída no Brasil desde 1994 e a ideia de “execução para segurança”.⁹⁰⁴

O artigo 303 do CPC contém, ainda, uma locução significativa, ao mencionar a indicação “do direito que se busca realizar”, deixando claro que a tutela antecipada prende-se à *realização*, e não à *certificação* do direito, ainda que subjacente àquela esteja o reconhecimento do juiz, a partir da cognição sumarizada que exerce, da plausibilidade da pretensão de direito material.

O objeto mediato da tutela antecipada, não vai aqui nenhuma novidade, é a *efetivação* de alguma *providência*, a produção de efeitos concretos, ideias decorrentes da satisfatividade que lhe é característica, sendo certo que na sistemática prevista no CPC de 1973 (e atualmente vigente para a tutela antecipada incidental), vislumbrava-se simultaneamente o *objeto do processo* como um todo, cristalizado no pedido de tutela definitiva, a ser necessariamente formulado já na petição inicial.

A convivência entre ambos objetos era harmônica, complementar (já que eventual acolhimento do pedido ratificaria a tutela antecipada concedida *initio litis*), apresentando-se mesmo como uma relação de *conteúdo* (requerimento de tutela antecipada) e *continente* (tutela definitiva).

Mas será cabível conceber a convivência autônoma do objeto da tutela antecipada, isoladamente, ou seja, sem que deva necessariamente formulado o pedido de tutela final?

Indubitavelmente sim, sendo essa, convém repetir, a principal *função* destinada

⁹⁰⁴ “Embora escrevendo antes da regulamentação da antecipação de tutela em caráter geral no processo civil brasileiro, já observava, com propriedade, OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, serem absolutamente inconfundíveis as medidas cautelares (que representam, simplesmente, medidas de segurança para a execução) e as medidas antecipatórias (medidas de execução para segurança). Cautelares propriamente só são as que criam condições para garantir a futura execução. As que antecipam a execução, para satisfazer direito substancial da parte, “de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In *Tutela jurisdicional de urgência – medidas cautelares e antecipatórias*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 09).

à tutela antecipada antecedente pelo Código de Processo Civil em vigor,⁹⁰⁵ como se vê da articulação de tais premissas com a regra do artigo 304, cujo *caput* deixa claro que a antecipação, “concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

A regra é eloquente por dois motivos: sinaliza com a possibilidade de *estabilização* da antecipação e elege a vontade do réu,⁹⁰⁶ representada pela omissão em interpor o recurso cabível, como determinante para o desfecho a ser dado ao processo.

⁹⁰⁵ “El fenómeno actual de la introducción de nuevas y siempre más numerosas figuras de tutelas provisionarias de mérito, connotados por la sumariedad de la cognición aunque dotadas de elevada efectividad, en cuanto provistas de inmediata fuerza ejecutiva no es sino un imperativo de la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente. Se ha delineado, en verdad, como se expresara con justeza, un modelo alternativo de tutela jurisdiccional ya no más asentado sobre la cosa juzgada y la cognición plena; no más encaminado a la comprobación incontrovertible de los hechos deducidos en juicio. No se trata de una simple medida de anticipación, sino de un proceso sumario, en sentido estricto, capaz de arribar en tiempos breves a un resultado judicial efectivo, preordenado a la producción inmediata aunque provisional de efectos prácticos. La justicia civil transita, de ese modo, por un sistema de “doble binario”, uno de velocidad reducida, de cognición plena, que privilegia el “hacer bien” y otro de alta velocidad que persigue “hacer pronto”, de soluciones provisionales aunque efectivas, sujetas a revisión cuando no aquedan estabilizadas por la voluntad de las propias partes” (BERIZONCE, Roberto Omar. De las medidas anticipatorias a las tutelas provisionarias autónomas: una evolución necesaria. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 1, 2017, p. 131. Para Eduardo Oteiza, “lo decidido preventivamente cada día tiene mayor color de definitividad” (Las cautelares con alcances de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. p. 01. Disponibilizado pelo próprio autor em <<https://www.academia.edu/15350564/Las_cautelares_con_alcances_de_definitividad_seg%C3%BAn_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Naci%C3%B3n>> consulta em 20.08.2019).

⁹⁰⁶ “A razão de ser do instituto prende-se à ideia de que se a parte prejudicada pela medida não se insurge é porque o direito alegado, cuja satisfação imediata foi pedida e atendida, muito provavelmente existe, o que justifica, então, a sumarização do processamento e da solução do conflito mediante a estabilização dos efeitos produzidos. Em outras palavras, a omissão do demandado frente à tutela antecipada (ou satisfativa) outorgada é tão significativa, processualmente falando - pela intensa exacerbação da probabilidade do direito que representa, que a lei consente com o afastamento da possível e futura discussão da causa que o seu processamento permitiria (afastamento do contraditório), para se contentar com a solução do conflito já operada mediante a estabilização dos efeitos liberados pela decisão irrecorrida. A sumarização do conflito e da sua resolução, a que nos referimos, não afasta, no entanto, a rediscussão da causa, mas isso passa a depender de uma iniciativa futura, do prejudicado ou do próprio beneficiário da medida, por meio de outra ação e de outro processo voltado à revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada (§§ 2º e 4º), e assim mesmo dentro do prazo de apenas dois anos (§ 5º). Veja-se que a técnica de sumarização aqui empregada pelo legislador é semelhante à da ação monitória, inclusive pela inversão da iniciativa do contraditório para a discussão do ato decisório, com a diferença, dentre outras, de que aqui a iniciativa pode ser do próprio demandante originário” (MACHADO, Costa. *Tutela Provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 76). Em sentido análogo: “O direito brasileiro volta-se, portanto, para as modernas ideias que surgiram no direito europeu, no sentido de permitir à tutela sumária absorver nova configuração, não só para resolver as situações de urgência, mas para atuar também em prol da economia processual, economizando o juízo de cognição plena quando, deferida ou indeferida a tutela sumária, a parte ré, já tem a percepção que seu direito não é forte o bastante para ser levado adiante. Ao réu, portanto, também é salutar a tutela sumária, pois ao ficar silente, entendeu que sua defesa não é séria suficiente para seguir adiante com o processo de cognição plena” (DONEL, Pedro Roberto. *Solução Liminar do Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 104-105).

Dito de outra forma, caso o réu opte por não interpor o recurso de agravo de instrumento, cabível justamente por tratar-se de decisão referente a tutela provisória (art. 1.015, I, CPC), essa sua *vontade* somar-se-á àquela externada pelo autor ao limitar sua pretensão processual ao requerimento de tutela antecipada antecedente (que a lei, de forma desnecessária, exige ser expressa - § 5º do art. 303), definindo ambos, portanto, que o *objeto do processo* será coincidente com o *objeto da tutela antecipada*, até porque restrito a ele.

Tanto assim que, não por acaso, o parágrafo 1º do artigo 304 expressamente indica que, estabilizada a tutela antecipada, “o processo será extinto”.

Ora, se o autor pretende apenas a tutela antecipada, é evidente que ele abre mão do reconhecimento, por sentença, de seu direito. Ele externa que não precisa da *certificação* do direito, mas sim deseja apenas a sua *realização*, ou seja, pretende o que venho denominando como “mera” *providência jurisdicional*.

A utilização do substantivo, com aspas, é para que não se levantem dúvidas em relação à extrema relevância desse novo *modelo* de processo, que tem concreto potencial para solucionar conflitos de interesses caracterizado por pretensões que são aptas de serem satisfeitas com a simples produção de *efeitos concretos*.

Diz-se “mera” providência porque não haverá, se assim optarem as partes, decisão que, a partir de seu conteúdo declaratório (mesmo que mínimo), *certifique a* existência ou inexistência do direito material buscado.

A *opção* que se coloca ao autor é entre esse modelo e o processo de conhecimento baseado em cognição plena e exauriente, mas como duas formas distintas de obter-se a tutela jurisdicional, cada qual com suas vantagens e desvantagens. Ressoa equivocado, nesse contexto, o entendimento de que a tutela antecipada antecedente se resume a servir de opção para o interessado que ainda *não pode* promover ação de conhecimento.⁹⁰⁷

A efetividade da tutela jurisdicional, mais do que um valor teórico, é um estado

⁹⁰⁷ Tal como, por exemplo: “A tutela de urgência satisfativa (antecipada) antecedente é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido da tutela final. Essa modalidade, porém, deve ser concebida como opção, quando a parte não puder, desde logo, requerer tal provimento com o pedido de tutela final” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/73. In Costa *et al* (coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm. 2 ed. 2018. p. 37-38).

ideal cujo atingimento, salvo por pretensões de cariz preponderantemente declaratório, opera no mundo dos fatos, valorizando-se a capacidade de determinado provimento jurisdiccional fazer-se sentir, como alteração significativa para as pessoas, na prática, o que Giovanni F. Priori Posada denominada como “satisfação plena da situação jurídico-material lesada ou ameaçada de lesão”:

Con ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante.⁹⁰⁸

Vale ressaltar que os dispositivos legais comentados veiculam várias regras jurídicas, notadamente em seus parágrafos, mais ligadas ao *modo de ser* da tutela antecipada antecedente, tema de que se ocupa o capítulo subsequente.

A ideia, neste tópico, é evidenciar a existência de substrato legal e teórico que conduz à constatação de que há, no arsenal de medidas previstas pelo processo civil brasileiro, espaço para esse novo modelo de tutela satisfativa de urgência autônoma,⁹⁰⁹ sendo certo que a colação de alguns exemplos concretos, colhidos de julgados, reforçam o valor da nova figura.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento a agravo de instrumento e concedeu a tutela antecipada antecedente em demanda movida contra administradora de plano de saúde com quem o autor mantém vínculo contratual, concedendo-lhe o tratamento médico inicialmente negado pela requerida:

Agravo de Instrumento – Plano de saúde – Tutela Antecipada Antecedente – Diagnóstico de Leucemia Mielóide Aguda (CID C92.0) – Prescrição médica de tratamento de quimioterapia, bem como dos medicamentos Decitabina e Venetoclax – Urgência comprovada – Aplicação das Súmulas 95 e 102 deste

⁹⁰⁸ La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, n. 26, 2003. p. 281. Em texto mais recente o mesmo autor ponderou: “El proceso, por ende, no debe ser un obstáculo, sino um vehículo para la obtención de la protección prevista por el ordenamiento jurídico para la específica protección del derecho. Por ello, la efectividad de la tutela jurisdiccional reclama del proceso que este sea diseñado y llevado a cabo de modo que la tutela material que brinda el ordenamiento jurídico se de en sus mismos términos, de modo de obtener aquella satisfacción que con él se quiere dar” (Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, n. 49, dez-2014. p. 281).

⁹⁰⁹ “Pode o legislador, portanto, em caráter excepcional, admitir a concessão de tutelas sumárias, sem natureza cautelar. Basta conferir-lhes natureza definitiva, ou seja, reconhecer-lhes aptidão para solucionar a crise de direito material, ainda que não possuam condições de adquirir a imutabilidade decorrente do trânsito em julgado. Admitem-se, portanto, tutelas sumárias e definitivas, não obstante passíveis de modificação ulterior, em outro processo, por força de nova demanda” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 162).

E. Tribunal – Plano de saúde não pode negar a cobertura ao tratamento e medicamentos prescritos pelo médico, se a doença estiver coberta – Multa diária fixada mantida – Decisão mantida – Recurso improvido (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, AI n. 2196959-12.2020.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 13/10/2020).

Em Minas Gerais o Tribunal local entendeu plausível pretensão de sociedade empresária que teve suspenso o fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento:

Agravo de instrumento – Tutela antecipada antecedente – Requisitos da tutela de urgência – Suspensão do fornecimento de energia elétrica – Ausência de notificação – Empresa – Risco de danos – Preenchimento dos requisitos. Os requisitos para a concessão da tutela antecipada de caráter antecedente são os mesmos consubstanciados no art. 300, do Código de Processo Civil. Para possível deferimento de Tutela de Urgência devem ser observadas as hipóteses autorizadoras do art. 300, do CPC. O referido artigo autoriza a concessão da tutela requerida na petição inicial, desde que presente a prova inequívoca, em que fique demonstrada a verossimilhança das alegações e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Nos termos dos artigos 172 a 174 da Resolução 414/2010 da ANEEL, a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência deve ser precedida de notificação escrita ou impressa em destaque na fatura, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias anteriores ao ato. Em análise sumária dos documentos juntados aos autos, não se constatando a prévia notificação, se vislumbra suspensão indevida do serviço - de modo que resta preenchida a probabilidade do direito. Considerando que a parte interessada se trata de sociedade empresária, que emprega mais de uma centena de pessoas, a manutenção da interrupção do fornecimento de energia elétrica afeta o seu aspecto financeiro, inclusive, com grande repercussão social, o que configura o requisito do perigo da demora. (TJMG, 8ª Câmara Cível, AI n. 1.0000.19.171848-5/001, Rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, j. 08/05/2020).

Um julgado do TJRJ interveio em relação locatícia de natureza não-residencial, mantendo a redução do aluguel em 70% tal como ditado pela decisão de primeiro grau, em razão da situação de excepcionalidade ditada pelo isolamento social imposto pela pandemia do Sars-CoV-2 e do conseqüente impacto sobre o faturamento da locatária:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. Decisão que deferiu parcialmente a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de modo a suspender a exigibilidade de 70% (setenta por cento) do valor do aluguel devido pela agravada. Agravante que pleiteia a reforma da decisão para restabelecer o valor integral do aluguel, argumentando que: (i) a redução estabelecida comprometeria seu sustento, visto que depende do aluguel para o suprimento de necessidades básicas; (ii) o agravado não estaria cumprindo a prestação, mesmo em valor reduzido e (iii) o comércio teria reaberto em 26.06.2020, tornando imperativo o reestabelecimento do aluguel originário. Ausência de comprovação efetiva da reabertura do comércio e em que circunstâncias; tampouco de que estaria havendo descumprimento da medida imposta pelo juízo de piso. Parte que não comprovou degradação patrimonial decorrente da redução do aluguel ou que este constitui sua única fonte de renda. Reversão do decisum que prejudica o resultado útil do processo, na medida em que antecipa o próprio

mérito da lide, o qual consiste justamente em aferir o cabimento ou não do pleito revisional. Necessidade de desenvolvimento regular do feito, com instrução probatória que trará elementos suficientes de convicção ao julgador. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (TJRJ, 3ª Câmara Cível, AI n. 0063372-20.2020.8.19.0000, Rel. Desa. Helda Lima Meireles, j. 26/10/2020).

Sem que a ideia seja analisar a razoabilidade das decisões, mas atendo-me ao aspecto processual delas, ficam claras algumas características comuns, com destaque para a *suficiência* da medida antecipatória para resolver o conflito entre as partes.

No primeiro exemplo, fundado na negativa de cobertura da administradora de plano de saúde, vê-se que ao autor interessava apenas *providência jurisdicional* que viabilizasse a internação, e não uma sentença que, após cognição exauriente, *declarasse* a abusividade da conduta da empresa e/ou *condenasse-a* ao cumprimento de obrigação de fazer (realizar a internação).

Já no segundo, igualmente não há necessidade de uma sentença judicial que *declare* a ilegalidade da conduta da empresa concessionária do serviço e, como reflexo de tal declaração, determine seja retomado o fornecimento de energia elétrica. Basta, à evidência, essa ordem, ainda que subjacente a ela, mas sem declaração judicial nesse sentido, esteja a cognição judicial que concluiu pela necessidade de afastamento do ato ilícito.

No terceiro exemplo, mesmo tratando-se de tutela jurisdicional constitutiva (já que incide diretamente sobre relação jurídica havida entre as partes, modificando-a), é plenamente possível que a pretensão deduzida seja restrita ao seu *efeito* prático, ou seja, visando decisão judicial que imponha *providência* prática, qual seja a modificação do valor do aluguel, e que a tanto fique restrita a atividade jurisdicional desenvolvida.

Caso a parte passiva de qualquer desses três processos entenda que a discussão é complexa e mereça ser objeto de processo tendente à cognição exauriente, que se oponha à estabilização pela via recursal adequada ou promova, após a extinção do processo em que concedida a tutela antecipada antecede, demanda judicial nesse sentido.

Esse é o campo de incidência da tutela jurisdicional antecipada antecedente e sua estabilização, valendo apontar o posicionamento de Eduardo Lamy:

O objetivo da estabilização é desvincular o mecanismo de tutela sumária à decisão final, obtida pela cognição exauriente. Dessa forma, obtido o provimento provisório que cria à parte uma situação fática desejável, prescinde-se da própria decisão final e, evitando gastos de tempo e de valores, põe-se fim ao processo, sem a decisão final típica da cognição exauriente. Retira-se do autor, como a prática por vezes demonstra, o ônus de dar continuidade ao processo "somente para ver confirmada a tutela concedida". Dá-se autonomia à tutela sumária que agora não mais se vincula, obrigatoriamente, a uma posterior validação, revisão, modificação ou mesmo a revogação por outra decisão, esta última com pretensão de juízo de verdade. Privilegiam-se juízos calcados em probabilidade, possibilitando que decisões desta natureza governem a situação fática dos litigantes, independentemente de um juízo de certeza final.⁹¹⁰

Em qualquer dos três exemplos, seria possível que o autor preferisse, em nome da segurança, submeter sua pretensão ao processo de conhecimento que conduza, ao final, à tutela jurisdicional definitiva, baseada em cognição plenária e com aptidão para a formação de coisa julgada? Evidentemente que sim, até mesmo com a formulação do requerimento de tutela de urgência de maneira incidental.

Mas, ao lado dessa opção, é a ele reservada a possibilidade de invocação da tutela antecipada antecedente, que viabilizará seu direito a uma mera *providência jurisdicional*.⁹¹¹

Analisando-se os três exemplos verifica-se que o requerido, diante da concessão da tutela antecipada, tem a possibilidade de analisar a viabilidade de defender judicialmente sua postura pré-processual ou, a partir da realidade concreta representada pelo deferimento da antecipação, resignar-se e não estender o conflito, calculando a possibilidade e a necessidade de reverter a medida à luz das

⁹¹⁰ *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 86-87. Essa busca não é nova: "Ao lado da tutela cautelar, que é por definição e estrutura rigorosamente sumarizada, persegue a doutrina a descoberta de técnicas procedimentais onde a ordinariedade e a plenitude de cognição do ente processual, extenso, complicado e moroso, ceda lugar à sumarização, ainda que com prejuízo da incompletude do conhecimento, objetivando a obtenção de resultados mais céleres e efetivos quanto à solução dos litígios, embora essa cognição parcial das questões litigiosas, pela razão mesma de não ser exauriente de todos os pontos da controvérsia, venha a ensejar a proponibilidade de novas demandas" (NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66).

⁹¹¹ "O objetivo da estabilização é desvincular o mecanismo de tutela sumária à decisão final, obtida pela cognição exauriente. Dessa forma, obtido o provimento provisório que cria à parte uma situação fática desejável, prescinde-se da própria decisão final e, evitando gastos de tempo e de valores, põe-se fim ao processo, sem a decisão final típica da cognição exauriente. Retira-se do autor, como a prática por vezes demonstra, o ônus de dar continuidade ao processo "somente para ver confirmada a tutela concedida". Dá-se autonomia à tutela sumária que agora não mais se vincula, obrigatoriamente, a uma posterior validação, revisão, modificação ou mesmo a revogação por outra decisão, esta última com pretensão de juízo de verdade. Privilegiam-se juízos calcados em probabilidade, possibilitando que decisões desta natureza governem a situação fática dos litigantes, independentemente de um juízo de certeza final" (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 86-87).

circunstâncias do caso concreto.⁹¹²

O artigo 304, § 2º, prevê, ainda, que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”.

Ainda que situada no campo da mera possibilidade outorgada as partes, essa regra auxilia na revelação da função principal da nova figura, ao bem *situar* o campo destinado à submissão da medida à cognição exauriente *fora* do processo em que concebida, limitada tal possibilidade ao prazo de dois anos (§ 5º do artigo 304), contados da extinção do primeiro.

Ora, se mesmo com a extinção do processo reserva-se outro campo para que qualquer das partes mova ação de conhecimento tendente à ratificação ou cassação da medida antecipatória concedida em *processo anterior*, é porque o objeto deste processo não se relacionou com a cognição exauriente, ficando restrito, via reflexa, à cognição sumária que determinou a antecipação, ou seja, à *providência jurisdicional* buscada pelo interessado.

Acrescente-se, ainda, que o parágrafo sexto do mesmo dispositivo anuncia, de maneira textual, que não há coisa julgada, mas sim “estabilidade dos respectivos efeitos”, sendo essa mais uma evidência, por assim dizer, da real intenção do legislador, por vezes obnubilada por um exercício de exegese que se revela por demais preso ao sistema processual revogado.⁹¹³

Como há pouco referido, questões processuais ligadas à nova figura existem e são relevantes, sendo certo que dela se ocupará o próximo capítulo.

Nos próximos tópicos buscarei contrastar a tutela antecipada antecedente com outros institutos a ela umbilicalmente ligados, para verificar se as conclusões aqui

⁹¹² “A estabilização, portanto, torna autônoma a antecipação de tutela concedida em procedimento antecedente, tornando desnecessária a prolação de decisão de mérito. Com isso, quis o legislador, ao que nos parece, resolver o problema prático dos litigantes, sem submetê-los ao tempo necessário à tramitação do processo” (ALVIM, Arruda. Tutela provisória no código de processo civil de 2015. *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 157).

⁹¹³ “Finalmente, es comprensible, que en una sociedad donde la cultura está mutando, en la que, la temporalidad, es preferible a la perpetuidad y la relatividad a la certeza, producto de los cambios científicos y nuevas realidades que instantes superan nuevos paradigmas que en segundos se convierten en lo antiguo, se reclame una justicia más oportuna, ágil, y “eficiente”. Pero ello, conlleva de uno o otro modo a la destrucción de los antiguos paradigmas” (BENAVENTE, Omar Sumaria. Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada. *Revista de Ius et Ratio*, Huancayo, ano 2, n. 1, 2015, p. 17).

lançadas ultrapassam, para além da redação dos dois dispositivos legais mencionados, o filtro da constitucionalidade, como também se encontram guardada em análise histórica e interpretação sistemática do tema.

5.3. A adequação desse modelo processual ao sistema processual vigente

5.3.1. Argumento histórico: a tentativa de introdução da tutela de urgência autônoma pelo Projeto de Lei do Senado n. 186/2005

A Professora Ada Pellegrini Grinover, em artigo publicado em 2005, ponderou:

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, um deles já convertido 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. Com as reformas pontuais do Código de Processo Civil e com leis extravagantes (como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei dos Juizados Especiais e o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras) o Brasil já deu largos passos adotando técnicas processuais que assegurem a efetividade da tutela jurisdicional (que se insere, em última análise, na questão de acesso à Justiça). O processo brasileiro soube adaptar os princípios fundamentais do processo civil clássico às novas questões que surgem na sociedade contemporânea: e assim reviu os tradicionais esquemas da legitimação, da coisa julgada, dos poderes do juiz, dos controles pelo Ministério Público. Agora é hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias.⁹¹⁴

A proclamada “hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada”, indicada no último parágrafo da transcrição retro, referia-se à apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2005, cuja proposta de anteprojeto partiu de Grupo de Trabalho constituído pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e integrado pela própria Ada Pellegrini Grinover, mas também por José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni.⁹¹⁵

⁹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 121, mar-2005. p. 34.

⁹¹⁵ Não foi essa a primeira tentativa de avançar-se no tema a partir de reforma legislativa: “Ainda em 1997, tivemos a oportunidade de apresentar uma proposta legislativa ao Instituto Brasileiro de Direito

Da justificativa da proposição, elaborada pelo grupo de trabalho (e utilizada pelo Senador Antero Paes de Barros no encaminhamento do projeto de lei),⁹¹⁶ colhem-se dados reveladores do perfil então pensado para essa forma especial de antecipação, quais sejam, em síntese:

a) a estabilização da tutela antecipada procura tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória, seja esta total ou parcial;

b) razões eminentemente pragmáticas, mas dotadas de embasamento teórico, recomendam que as próprias partes decidam sobre a conveniência da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais (instrução, cognição plena e exauriente do juiz, sentença de mérito);

c) se as partes conformam-se com a tutela antecipada prestada e deixam isto claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a ação de conhecimento (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento da ação (quando a antecipação é concedida no curso do processo de conhecimento), tem-se por solucionado o conflito, ficando coberta pela coisa julgada a decisão proferida;

d) a existência, no passado, de "cautelar satisfativa" é dado revelador de que o procedimento antecipatório antecedente será de grande utilidade, daí a proposta de tornar autossuficiente a tutela antecipada;

e) no sistema processual brasileiro, o mandado monitório não impugnado estabiliza a tutela diferenciada. Simetricamente, a mesma coisa deve ocorrer com a decisão antecipatória em relação à qual as partes deixam evidente que se satisfizeram ou se conformaram com a decisão;

f) a instauração ou o prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandante e do demandado, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade da sentença de mérito.

Processual, visando à estabilização da tutela antecipada e à execução provisória. No entanto, à época o Instituto só levou adiante a proposta no tocante à execução provisória, já transformada em lei pela modificação dos arts. 520, VII, e 588 do CPC. Em relação à estabilização da antecipação da tutela, preferiu-se deixar o assunto para época mais oportuna" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 121, mar-2005. p. 34).

⁹¹⁶ Disponível em <<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4587740&ts=1594038856827&disposition=inline>>>, consulta em 15.10.2020.

g) se a ação de conhecimento for ajuizada ou continuada, eventual extinção do processo sem julgamento do mérito não torna ineficaz a antecipação, ressalvada a hipótese de carência da ação, se incompatíveis as decisões.

O anteprojeto era composto por três dispositivos, sendo certo que o terceiro limitava-se a fixar em 90 dias o prazo de *vacatio*.

O artigo primeiro reformulava a os parágrafos 4º e 5º do artigo 273 do CPC de 1973, para enaltecer a importância da preclusão da decisão concessiva da tutela antecipada – que a partir de então não poderia mais ser revogada ou modificada – e também para disciplinar a possibilidade de concessão da tutela sem a oitiva da parte contrária (“caso de extrema urgência ou quando [o juiz] verificar que o réu, citado, poderá tomá-la ineficaz”).

Mais do que isso, suprimia-se a norma extraível do parágrafo 5º do artigo 273, segundo a qual, “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

Sinalizava-se, portanto, que haveria duas formas de coordenação entre a tutela antecipada e a tutela final, já que também a existência autônoma da primeira passava a ser prevista.⁹¹⁷

A importância da preclusão, no âmbito desse primeiro anteprojeto, era confirmada por seu artigo 2º, que acrescentaria os artigos 273-A, 273-B, 273-C, 273-D ao CPC, aqui analisados individualmente, ainda que de forma compatível com essa breve recuperação histórica.

⁹¹⁷ “Dois pontos são aqui dignos de destaque: o relevo que se dava a preclusão da decisão concessiva da tutela antecipada e a eliminação da regra geral de que, sendo a antecipação mera técnica a ser utilizada no bojo do processo de conhecimento, baseada em cognição sumária, ela deveria ser necessariamente confirmada ou revogada ao final do processo. Em segundo lugar, a *provisoriedade* da tutela cautelar não é requisito essencial à tutela antecipatória. Embora o sistema brasileiro tenha feito essa opção (§4º do art. 273), outros ordenamentos conferem à antecipação característica de definitividade. Assim é, desde sempre, no *référé* francês (arts. 848 a 850 do *Code de Procédure Civile*) - que leva a um provimento de natureza executiva; assim é, a partir de datas mais recentes, no sistema italiano, primeiro pela disciplina dada à matéria no processo societário (art. 23 do decreto legislativo n. 5, de 17 de janeiro de 2003, em atuação da lei de delegação n. 366, de 3 de outubro de 2001) e, depois, com a reforma de 2005, introduzida pela Lei n. 80, pelo art. 669-*octies*, inciso 6º, do *Codice di Procedura Civile*, aplicável somente as medidas antecipatórias, desfazendo a dúvida criada pelo art. 23 da lei societária. Com o art. 699-*octies*, inciso 6º, do CPC, como regra geral do ordenamento, o provimento antecipatório (e não o cautelar, definido no art. 700 do CPC) conserva sua eficácia independentemente do ajuizamento da demanda de mérito, pelo que a doutrina fala em *instrumentalidade atenuada*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19).

Os dois primeiros desses dispositivos deixavam claro que a antecipação poderia “ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo” – propondo-se, no particular, a sistemática que viria a ser preconizada, uma década depois, pelo artigo 294, § único, do CPC de 2015 – como também que tal “procedimento” era informado, em termos subsidiários, pelas “disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código”, que correspondia aos artigos 796 a 812 daquele diploma, conjunto referente às disposições gerais do processo cautelar, dado decorrente da aproximação, imposta pela prática (item 5.1.), da antecipação com as cautelares inominadas.

A possibilidade de tutela antecipada “requerida em procedimento antecedente” era uma relevantíssima novidade, pois claramente consagrava a possibilidade de ela ser concebida, em dado caso concreto, de maneira autônoma.

A ressaltada importância da preclusão da decisão concessiva da tutela antecipada, que decorreria da não interposição ou do não provimento definitivo do recurso cabível (agravo de instrumento), era prevista pelo artigo 273-C, representando verdadeiro marco temporal para o início de outro prazo, de 30 dias, para as partes requererem o prosseguimento do processo, “objetivando o julgamento de mérito”.

A opção pelo não prosseguimento do processo, a rigor, abrir-se-ia sempre que concedida a tutela antecipada e preclusa a possibilidade de recorrer-se da decisão, mesmo que houvesse pedido de tutela definitiva já formulado (vez que a antecipação, como já abordado, poderia ser formulada de maneira incidental).

Parece correto afirmar que o projeto vislumbrava na concessão da tutela antecipada – e, via reflexa, na alteração fática que ela poderia proporcionar – um dado de importância marcante, que instava as partes a repensarem a conveniência e a necessidade de prosseguir-se com a demanda.

Optando-se pelo não prosseguimento do processo, o parágrafo único do artigo 273-C determinaria que “a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”, regra que seria juridicamente viável, posto que inserida no limite de disponibilidade, por assim dizer, outorgado ao legislador sobre o tema, sob a influência de diversos caracteres.⁹¹⁸

⁹¹⁸ “En gran medida, la respuesta a tales interrogantes [a respeito de limites e alcances da coisa julgada] la tiene la concreta opción de política legislativa que se escoja. Como ya dicho en otro lugar, establecer

Já o artigo 273-D, por fim, determinava que optando qualquer das partes pelo prosseguimento do processo, “sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões”, a deixar evidente, no meu sentir, que a já ressaltada *autonomia* da tutela antecipada não era meramente formal, mas sim material, já que em regra ela ostentaria “vida própria”, regulando, nos seus limites (definitivamente demarcados com o advento da preclusão), o conflito de interesses.

Não consta que o projeto tenha sido apreciado por qualquer Comissão, tendo sido arquivado ao final daquela legislatura, por força de norma regimental (art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal)

5.3.2. A coisa julgada é essencial à ideia de processo?

A possibilidade de aceitar um novo modelo de processo, coexistente mas alternativo ao processo de conhecimento ordinarizado tal como já conhecido, e baseado na ideia de prestação jurisdicional voltada não à certificação do direito material, mas sim à adoção de alguma providência prática suficiente ao atendimento do interesse do autor, passa pela averiguação da essencialidade da coisa julgada para a atuação da jurisdição.

Ao passo que seria impensável imaginar um sistema processual *sem* coisa julgada, é possível pensar, por outro lado, em modelos processuais que, salvaguardando valores outros, ligados a um processo não apenas mais célere, mas a rigor mais simples, contemple a *possibilidade* de prestação de tutela jurisdicional *sem* a coisa julgada.⁹¹⁹

el ámbito de cobertura de la cosa juzgada ha de tener por fuerza una dimensión relativa que dependerá de la propia concepción que se tenga del proceso y de la función jurisdiccional en cada sistema jurídico y en cada momento histórico” (FERNANDÉZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. La Ley: Madrid, 2000. p. 136).

⁹¹⁹ “O longo e custoso procedimento comum ordinário ou sumário, já não se presta à resolução de todos os conflitos da sociedade contemporânea, guiada pelo tempo presente com laços e comunicações quase sempre instantâneos, em um ritmo de vida vertiginoso em que o real interesse das partes envolvidas no litígio pode estar ligado, como reflexo dessa realidade não à maturação de uma decisão judicial capaz de se tornar juridicamente definitiva com a formação da coisa julgada material, mas sim à entrega no momento e por um momento, de uma tutela jurisdiccional menos estável capaz de indicar, sem maiores formalidades, com apoio nos elementos de convicção disponíveis a melhor solução para o conflito outorgando ao vencedor os meios necessários para realizá-la”

Como indica Luiz Guilherme Marinoni:

A ideia de ligar jurisdição a coisa julgada material desapareceu em vista das novas e recentes exigências de tutela jurisdicional, que não podiam esperar o tempo para a declaração relevante – que somente pode ser produzida pela cognição exauriente. Não é apenas a qualidade da coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento, nem é somente a tutela marcada pela coisa julgada material que incide sobre as relações substanciais. A tutela satisfativa de cognição sumária realiza o direito material afirmado pelo autor ou, em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, obviamente incidindo – ainda que, na angulação processual, de forma provisória – sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito mediante a técnica antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente.⁹²⁰

E assim é não só porque determinadas decisões judiciais, destinadas à debelar uma “crise de certeza”,⁹²¹ encontram na coisa julgada que recairá sobre a tutela jurisdicional declaratória o bem maior a ser buscado, mas principalmente porque, em outras situações (ou seja, mesmo que se trate de tutela condenatória ou mandamental, por exemplo), a estabilidade oferecida pela coisa julgada efetivamente interessa ao cidadão, ainda que o caminho a percorrer seja mais longo (procedimento comum).

Ademais, outras formas de estabilizações processuais que não a própria coisa julgada, podem ser criadas e aplicadas pelo legislador, preservando o interesse público, ínsito ao sistema de justiça, em dotar a decisão de alguma forma de proteção contra futuros questionamentos.

A coisa julgada não é o ápice, por assim dizer, de uma figurativa pirâmide de inspiração *kelsiniana*, que traria em seus níveis inferiores figuras assemelhadas, como

(SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18-19.

⁹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 109.

⁹²¹ “A mais simples dessas situações da vida que o sujeito lamenta ao demandar em juízo, é a crise de certeza, representada por dúvidas objetivas criadas no meio social no tocante a direitos e obrigações ou à existência, inexistência ou modo de ser de relações jurídica. (...) A tutela jurisdicional adequada para dirimir essa situação da vida das pessoas eliminando a incerteza que incomoda, é aquela que a ordem processual outorga mediante as sentenças meramente declaratórias. Essas sentenças de mérito não alteram situações jurídicas nem mandam pagar, entregar, fazer ou não fazer, e não preparam alguma futura execução, como faz a sentença condenatória. Simplesmente afirmam ou negam a existência de direitos, obrigações etc., caracterizando pois a tutela *meramente* declaratória. Consiste essa tutela na oferta de um bem juridicamente relevante na vida das pessoas, que é a certeza jurídica – certeza da existência ou certeza da inexistência da relação jurídica substancial, ou ainda certeza quanto ao modo de ser dessa relação (valor da obrigação, condições de sua exigibilidade, etc.). Onde havia a crise de certeza, como efeito da sentença meramente declaratória passa a haver certeza” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 244).

a preclusão ou a coisa julgada formal.

Como há pouco apontado, outras formas de *estabilidades* processuais existem e cumprem seu compromisso no atendimento do princípio “tronco” que lhes é comum, qual seja a segurança jurídica.⁹²²

Aponta Antonio do Passo Cabral que embora pareça a doutrina aceitar, em linhas gerais, a ideia de que existem estabilidades garantidas por vários “institutos processuais, definidos num grupo de sintagmas bem conhecido de todos os juristas: coisa julgada material, coisa julgada formal, preclusão, efeito preclusivo da coisa julgada etc.”,⁹²³ não os trata como espécies de um mesmo gênero, acabando por indevidamente apartá-los por meio da tentativa de estabelecer rígidas diferenças entre coisa julgada e preclusão, por exemplo.⁹²⁴

Para referido autor:

Na minha visão, o fenômeno das estabilidades processuais deve ser visto em conjunto. Isso nos leva à segunda ideia-chave para compreender o problema, que é admitir que o conceito de “estabilidade processual” deve ser incorporado à processualística, para que bem se possa teorizar sobre as diversas formas e os vários institutos pelos quais o sistema normativo atribui estabilidade aos atos do processo, impedindo rediscussão. “Estabilidade processual” é um gênero que compreende várias espécies. Para trabalhar com o conceito de “estabilidades processuais”, deve-se, entretanto, afastar a suposição equivocada, comum à quase integralidade da doutrina de matriz romano-germânica, de que a coisa julgada é a estabilidade processual “por excelência” (veja-se que, normalmente, as discussões sobre a estabilidade de um ato processual começam pelo questionamento de se aquela estabilidade é a coisa julgada ou não). Na verdade, a coisa julgada deveria ser entendida apenas como mais uma das inúmeras manifestações do fenômeno, uma das várias espécies de estabilidade processual.⁹²⁵

⁹²² “Razões de política legislativa podem recomendar a adoção de procedimentos de cognição sumária, com redução de garantias, para que o acesso à justiça de uns não seja prejudicado pelo direito de defesa de outros, mas, em contrapartida, aqueles que tiverem sido atingidos por provimentos proferidos sem o respeito ao devido processo legal, ao contraditório prévio e à ampla defesa, devem dispor de meios eficazes para que tais provimentos sejam revistos no mesmo ou em outro procedimento com a plenitude de todas as garantias. Talvez fosse melhor não se falar mais em uma única coisa julgada, mas em diversas coisas julgadas, conforme seja mais ou menos rígida a imutabilidade dos provimentos judiciais; ou, ainda, para não trair o sentido da expressão latina *res judicata*, falar em diferentes graus de estabilidade dos provimentos judiciais” (GRECO, Leonardo. A sumarização do processo de conhecimento e a ação monitória. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 494).

⁹²³ *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 305.

⁹²⁴ Idem, *ibidem*.

⁹²⁵ Idem, p. 306. Adiante arrematou: “Compreender as estabilidades processuais como um fenômeno geral, comum a todos os atos de qualquer processo, permite pensar outras formas de estabilidade que não a coisa julgada, o que será um grande passo na ultrapassagem dos métodos tradicionais que procuravam testar a aplicação da coisa julgada a outros atos ou procedimentos” (p. 314).

Nesse contexto, embora a estabilização da tutela antecipada, prevista pelo artigo 304, não equivalha à formação de coisa julgada, ela satisfatoriamente protege a decisão concessiva da tutela.⁹²⁶

Vale ressaltar que, no campo da aplicação do instituto, as relações entre a estabilização e a coisa julgada são novamente abordadas no tópico 6.7, a partir de discussão que envolve a verificação do cabimento de ação rescisória.

O segundo ponto antes destacado, alusivo à busca da verdade, embora ela consubstancie, à força do substrato ético que deve pautar a atuação dos sujeitos processuais no desenrolar da relação processual, mais um valor a ser perseguido, não há qualquer garantia de que, atingido o momento de recair sobre a decisão o manto da coisa julgada, esta incida sobre decisão que, necessária e fatalmente, tenha revelado a verdade.⁹²⁷

Após citar lição de Adolf Wach, no sentido de que todas as provas produzidas no processo, a rigor, são provas de verossimilhança, Calamandrei aponta que nem mesmo a superveniência da coisa julgada afasta essa realidade:

No sería, pues, exacto decir que el paso en cosa juzgada transforme el juicio de verosimilitud en juicio de verdad: el efecto de la cosa juzgada recae sobre las relaciones jurídicas, no sobre los hechos. Los hechos, aún después del fallo, continúan siendo lo que eran: pese al antiguo aforismo, aun después del paso en cosa juzgada, lo blanco sigue siendo blanco y el cuadrado no se hace redondo. La cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad: la cosa juzgada sólo crea la irrevocabilidad jurídica del mandato, sin cuidarse de distinguir si las premisas psicológicas de las cuales ese mandato ha nacido, son premisas de verdad o solamente de verosimilitud.⁹²⁸

⁹²⁶ “O fenômeno mais significativo de referida linha de tendência observa-se, ainda, pelo crescente aumento da tutela provisória de mérito, vinculada à sumariedade do plano cognitivo, condicionada à cláusula rebus sic stantibus e, portanto, suscetível de perene modificação e ou revogabilidade; inidônea a formação do julgado, e todavia dotada de uma elevada taxa de efetividade na medida em que é provida de imediata força executiva e de ultratividade de efeitos. Por essa via está-se delineando, e ganhando cada vez mais corpo, um modelo alternativo de tutela jurisdicional: não mais centrada no julgado final e na cognição plena; não mais finalizando ao acerto incontroverso da coisa deduzida em juízo. Um processo sumário, que não ambiciona ao acerto da verdade, mas se aquieta a um juízo de verossimilhança ou de probabilidade; é todavia capaz de conseguir, em breve tempo, um resultado judicial efetivo, idôneo a incidir com força executiva sobre os diversos aspectos dos interesses em conflito” (SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 32-33).

⁹²⁷ “Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie a obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18).

⁹²⁸ *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. v. III. p. 321. A menção à *pensata* do processualista alemão está na página 317 desse mesmo volume.

Refere Vittorio Denti que nas últimas décadas o direito processual civil italiano vem assistindo uma progressiva extensão da área destinada à jurisdição sem coisa julgada, mas com provimentos jurisdicionais aptos à geração de efeitos executivos, acrescentando, mais, que tais procedimentos distinguem-se da jurisdição voluntária (em que a ideia de atuação jurisdicional sem trânsito em julgado é melhor aceita) justamente porque a ausência de coisa julgada, nesses casos, é eventual, condicionada à postura do réu.⁹²⁹

Significativas, à guisa de fecho deste tópico, o posicionamento de Sérgio Cabral dos Reis:

Após a análise dos tópicos anteriores, conclui-se que a coisa julgada material não é mais um pressuposto absoluto para a adequada tutela de direitos no sistema jurídico brasileiro, sendo a estabilização da tutela antecipada um exemplo evidente. Em alguns litígios contemporâneos, o desenvolvimento do rito ordinário não é algo absolutamente desejável pelo jurisdicionado que, a exemplo das situações que envolvem a manutenção da própria vida, precisa apenas da concessão de uma liminar. Essas situações não são raras na realidade em que se vive, o que se impõe reconhecer a existência do direito fundamental à tutela de urgência e seus limites, rompendo sempre com o paradigma racionalista liberal que ainda se encontra enraizado na cultura jurídica brasileira. É certo também, nesse contexto, que a Fazenda Pública também é destinatária do direito fundamental à obtenção de provimentos de urgência dotados de satisfatividade, inclusive por meio da técnica da estabilização da tutela antecipada. Nas situações de extrema urgência, havendo racionalidade decisória, deve-se conceder medida satisfativa em favor do jurisdicionado, sob pena de inconstitucional negativa de prestação jurisdicional. Conclui-se, enfim, que a tutela de urgência, modalidade de tutela sumária de direitos, é uma garantia fundamental do cidadão, pois o direito à técnica antecipatória correlaciona-se à tutela adequada e efetiva de seus direitos.⁹³⁰

⁹²⁹ “Nei più recenti interventi legislativi, invero, si assiste ad una progressiva estensione dell'area della giurisdizione senza giudicato: lo speciale procedimento sommario previsto dalla recente riforma del processo societario costituisce uno degli esempi più significativi di questa tendenza verso la configurazione di provvedimenti giurisdizionali decisori idonei a produrre effetti esecutivi, ma non la definitività della decisione. Per le controversie di più agevole soluzione (e così in particolare per quelle che hanno ad oggetto il pagamento di una somma di denaro o la consegna di cosa mobile determinata), l'art. 19 d.lgs. n. 5/2003, infatti, consente alla parte di attivare un procedimento di tipo sommario e di ottenere, in caso di manifesta infondatezza delle difese avversarie, un'ordinanza di condanna immediatamente esecutiva, la quale costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, ma non è idonea a produrre gli effetti di stabilità di cui all'art. 2909 c.c. (cfr. art. 19, ultimo comma). A differenza di quanto avviene nell'ambito della giurisdizione volontaria, tuttavia, in questi casi l'assenza di giudicato è condizionata ed eventuale: nel caso in cui l'ordinanza venga impugnata dalla controparte, infatti, la decisione pronunciata al termine dell'appello (sia essa di conferma o di riforma della statuizione sommaria) potrà generare gli effetti del giudicato” (*La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 132).

⁹³⁰ REIS, Sérgio Cabral dos. Tempo e processo: da lógica liberal-racionalista à tutela sumária de direitos como fundamento do Estado Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, abr/2019, p. 219. Adiante acrescentou: “Com efeito, e isso ainda ocorre nos dias atuais, pretende-se eternizar categorias e conceitos, no intuito de manter as coisas como estão, em benefício de uma parte privilegiada da sociedade. Um dos exemplos desse fato é o que diz respeito à tutela dos direitos apenas após a obtenção da segurança jurídica, com a formação da coisa julgada material. (...) Impõe-se perceber, contudo, que essa tese deve ser repensada, pois as novas exigências sociais evidenciam a

O posicionamento aqui defendido, convém ressaltar, não subtrai o *valor* ínsito à coisa julgada e tampouco menospreza-a.⁹³¹ Apenas bem situa sua *utilidade*, sem sacralizar a coisa julgada.

5.3.3. O atendimento do princípio do contraditório

Como ressaltei no tópico 2.3.2, o princípio do contraditório atua como elemento legitimador da atuação da jurisdição, sendo representado por um trinômio: informação, reação e participação,⁹³² que se desdobra na possibilidade de *influenciar* o julgamento da demanda, aspecto mais conectado a ideia de Estado Constitucional,⁹³³ referido no tópico 2.1.

necessidade de sumarização do processo como forma de tutela dos direitos, ou seja, demonstram que, haja ou não o requisito da urgência, o mito do procedimento ordinário não é mais o modelo ideal para fazer face a todas as crises de direito material” (idem, *ibidem*).

⁹³¹ Vale registrar interessante posicionamento doutrinário que *reposiciona* a noção de segurança jurídica no âmbito da tutela de urgência: “Estas ponderações levam à conclusão de que há, hoje, uma imposição da sociedade no sentido de que os problemas jurídicos que representem um dano de gravidade sejam prontamente atendidos. Em nossos dias, a palavra “segurança” encontra-se extremamente valorada e passou a ter uma conotação jurídica diferente daquela dada pelo positivismo legal que lhe atribui a ideia de previsibilidade do comportamento das pessoas e previsibilidade das decisões. Havia, no Direito, um sentido de permanência que permitia prever os resultados. Assim, dado um determinado caso, para o qual já havia um precedente jurisprudencial ou, dado um artigo de lei, que já havia sido interpretado, as possibilidades de mudanças nas novas decisões eram remotas. Atualmente, está se deslocando a ideia de segurança por previsibilidade, para a segurança no sentido de celeridade e evitação de danos e prejuízos irreparáveis” (MACHADO, Luiz Mebílio Uiraçaba. *Medidas cautelares. Finalidade e alcance*. In GUIMARÃES, M. A. Miranda (coord.). *Liminares e cautelares: estudos em homenagem ao desembargador José Faria Rosa da Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991. p. 94-95).

⁹³² Entende Cassio Scarpinella Bueno que “o ‘princípio do contraditório’ ganha novos contornos, uma verdadeira atualização, transformando-se em ‘colaboração’, ‘cooperação’ ou ‘participação’. E ‘colaboração’, ‘cooperação’ ou ‘participação’ no sentido de propiciar, em cada processo, condições ideais de decisão a partir dos diversos elementos de fato e de direito trazidos perante o magistrado para influenciar sua decisão” (Comentários ao artigo 138. In _____ (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.v. 1. p. 594).

⁹³³ “O contraditório, a meu sentir, pode ser mais compreendido levando-se em consideração seu desenvolvimento através dos tempos, vale dizer, ao longo de três fases marcantes. A primeira, que denomino formal e está caracterizada pela necessidade de informar; a segunda, material, que se caracteriza pela possibilidade de participação, e a terceira, constitucional, identificada pelo direito de influenciar. A terceira e atual fase, que denomino constitucional e está reconhecida no direito de influenciar, ou como quer N. Trocker no “principio di partecipazione”, pode ser bem apreendida por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), em especial esta, segundo a qual: “Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279])” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC*”. In STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:*

Mesmo assim, não se trata de direito fundamental de amplitude absoluta, pois deve ser entendido de forma *coordenada* com as garantias constitucionais que se conectam à efetividade da tutela jurisdicional, como a da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).⁹³⁴

Se assim é, possível concluir que a aplicação do princípio do contraditório não deve ficar restrita à aceitação de seu exercício de forma *prévia* - modalidade sem dúvida mais usual – na medida em que tal concepção *estática* desafia o caráter *dinâmico* da relação processual (e da própria crise de direito material que lhe é subjacente).⁹³⁵

O contraditório em sua forma *prévia*, além de ser a regra geral para o direito brasileiro (art. 9º e 10, CPC), de fato atende, ao menos em tese, um nível de alta preservação dos valores ínsitos a essa garantia fundamental, mas, por outro lado, em muitos casos acaba gerando uma estrutura *desequilibrada* de prejuízos:

Un ejemplo puede ayudar a comprender la importancia de la tutela de urgencia. Pedro - propietario de un predio - interpone demanda de desalojo contra José a los efectos de recuperar la posesión de su casa, que arrendó al primero por un plazo ya vencido. Toda la construcción clásica de la dogmática procesal enseña que Pedro y José se encuentran en igualdad de condiciones y posibilidades en el proceso descrito. Sin embargo, más allá de la identidad de los plazos para ejercer los mismos derechos y otros aspectos similares, ún análisis medianamente riguroso muestra una estructura de perjuicios desequilibrada. En efecto, el tiempo del proceso - aquel al que nos referimos al inicio - se convierte irremediabilmente en una carga que es soportada de manera desigual. Mientras el demandante – a pesar de la contundencia de su mejor derecho a poseer – debe esperar la conclusión del proceso para acceder a la posesión discutida, el demandado - contra lo que

anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013.p. 43/44).

⁹³⁴ “Portanto, em certas hipóteses, é preciso postergar o contraditório, em benefício do acesso efetivo à Justiça. Isso, evidentemente, não exclui o contraditório, afinal ambos – contraditório e acesso à Justiça – são princípios constitucionais que, por esta razão, não se excluem, mas apenas cedem espaço, momentaneamente, uns aos outros” (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 149).

⁹³⁵ “As Reformas do Código de Processo Civil [de 1973] tiveram como o objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século do XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11).

se espera de su posición jurídica precaria se va a mantener en la posesión del predio durante todo el curso del proceso. Esta es una situación que debe ser enfrentada por la doctrina procesal dado que, de no hacerlo, la tutela jurisdiccional efectiva sería letra muerta.⁹³⁶

Nesse contexto, assegurada a *informação* sobre os atos processuais praticados em determinado processo, propiciada a possibilidade de *reação* contra aqueles que forem desfavoráveis, como também viabilizada a *participação* com potencial efetivo de *influir* na instrução da causa e no julgamento do pedido, claramente admitem-se outras formas de manifestação da garantia.⁹³⁷

Até porque, como pondera Leonardo Faria Schenk:

Pode-se afirmar, com apoio em tais premissas, que a Constituição da República de 1988, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos inerentes em qualquer processo judicial e administrativo como corolário do devido processo legal, conferiu às partes o direito e a escolha de ao menos em uma oportunidade, ter a casa debatida e decidida em Juízo em cognição plena.⁹³⁸

Além do contraditório prévio, admite-se também sua manifestação de duas outras formas: *diferida e eventual*.

Nem poderia ser de outra maneira, já que a tutela jurisdiccional prestada a partir de cognição sumária justifica-se, dentre outros elementos, pela necessidade de optar-se por *modelo* diferente de prestação jurisdiccional, em prestígio à celeridade ou mesmo por força de características ligadas ao direito material.

Ademais, essas formas de expressão do contraditório pressupõem sua previsão legal,⁹³⁹ alocadas em modelos processuais ou procedimentais cujo perfil não coincide com o “clássico” procedimento comum.

⁹³⁶ GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In CARBONE, Carlos Alberto (coord.). *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 188.

⁹³⁷ “Se nos fosse dado ver além de nossas limitações ideológicas, seria fácil descobrir que o contraditório *prévio* não é a única expressão deste princípio e ver que os sistemas processuais históricos conheceram outras formas de contraditório” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152).

⁹³⁸ *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

⁹³⁹ “Se uma moderada flexibilidade é inevitável, para adequar a marcha do processo às exigências de uma cognição adequada e da plenitude de defesa, a predeterminação do procedimento na lei é uma garantia fundamental, imposta pela segurança jurídica e pela previsibilidade de que devem desfrutar as partes para poderem ditar as suas estratégias. Conforme observa José Aurélio de Araújo, em dissertação de mestrado por mim orientada, a doutrina italiana, com certa frequência, tem condenado os procedimentos sumário e cameral, justamente porque permitem ao juiz fixar as regras do procedimento, tornando-o imprevisível” (GRECO, Leonardo. *Cognição sumária e coisa julgada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X, julho-dezembro/2012. p. 279).

A característica marcante do contraditório diferido é sua postergação em relação à decisão que presta a tutela jurisdicional, sendo certo que o contraditório eventual impõe o deslocamento de sua manifestação para outra demanda ou etapa processual, a ser instaurada pelo requerido, de forma independente mas, em maior ou menor grau, ainda assim conexa com a anterior.⁹⁴⁰

O contraditório diferido é previsto pelo artigo 9º do CPC,⁹⁴¹ sendo expressamente autorizado em situações que rendem ensejo a decisões baseadas em cognição sumária, sob o aspecto da profundidade: tutela de urgência, casos de tutela da evidência que admitem liminar, e não ação monitória, deixando clara a ligação de tal figura com a tentativa de eliminar ou mitigar a influência do fator tempo no processo, como anota Cândido Rangel Dinamarco:

Em homenagem a outros valores distintos do contraditório e com este conviventes na própria Constituição, em alguns casos o parágrafo do art. 9º do Código de Processo Civil opõe algumas ressalvas à exigência do diálogo entre juiz e partes. Cada uma delas a seu modo e cada uma em certa medida, todas essas ressalvas relacionam-se com o fator tempo, destinando-se a permitir a oferta da tutela jurisdicional com a maior brevidade possível. Em todas elas vê-se a influência da preocupação pela tempestividade da tutela jurisdicional, abrigada pela garantia constitucional do acesso à justiça, contida no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.⁹⁴²

O contraditório eventual, por seu turno, encontra exemplo na ação possessória, que apresenta limitações na cognição horizontal, pela via da redução das matérias de defesa possíveis, com destaque para a impossibilidade de discussão do domínio no

⁹⁴⁰ “Também a sumarização da cognição pode operar de mais de um modo. Concebe-se, por exemplo, que o contraditório, em vez de necessário, se faça eventual: somente se instaurara se a iniciativa for tomada por aquele em face de quem se pede a prestação jurisdicional. Assim, na “ação monitoria”, apenas se discutirá o alegado crédito caso o réu ofereça embargos, na falta dos quais, desde que haja instruído a inicial com prova escrita, o autor obterá sem mais delonga o título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 1.102c, caput, 2ª parte)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de Direito Processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92).

⁹⁴¹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 .

⁹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I. p. 121. Interessante notar que em alentado texto anterior o autor deixa claro que a *participação* ínsita ao contraditório não se refere apenas à parte, mas também ao juiz, ainda que sob outro prisma: “A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. 5º, inc. LV) –, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório, exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz” (O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I. p. 124).

âmbito de demanda destinada à defesa da posse ou mesmo na pendência dela, por via autônoma, regra reproduzida pelo artigo 557 do CPC.⁹⁴³

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, essa característica da demanda possessória revela que a “ordem jurídica pode cortar em duas uma determinada ação, para atender à necessidade de tutela imediata de algum interesse capaz de ser sacrificado pelo *periculum in mora*”,⁹⁴⁴ o que entende como “técnica de sumarização” que pulveriza as questões litigiosas em “lides parciais, distribuindo por muitas ações aquelas questões formadas da imaginada lide total” e criando, com isso, demandas de menor complexidade, “capazes de permitir soluções rápidas e seguras”.⁹⁴⁵

Assim, o autor que vença a demanda possessória obtém a tutela jurídica de seu interesse em um contexto simplificado, posto que restrito o objeto de cognição do juiz aos fatos ligados à posse, relegando-se eventual exceção baseada no domínio para outra demanda, cuja iniciativa, a cargo do vencido, nada mais é senão fruto da noção de *contraditório eventual*, posto que invertido.

Raciocínio semelhante apresenta Galeno Lacerda, a partir da premissa de que a perda da eficácia da medida cautelar, se não proposta a ação principal no prazo de trinta dias, “abrange as cautelas que importam segurança quanto a bens materiais, destinadas a garantir execução”, mas não “às providências que implicam antecipação provisória da prestação jurisdicional”, que “soem acontecer em matéria de família, de amparo a menores e incapazes, e em grande número de cautelas inominadas”.⁹⁴⁶

A partir de tal ideia, cogita do prejuízo que poderia advir para o requerido com a manutenção da medida cautelar diante da não propositura da ação “principal” pelo autor, apresentando solução baseada no *contraditório eventual*:

Se, acaso, o réu se julgar injustiçado pela decisão cautelar, e prejudicado pela demora do autor em aforar a demanda principal, a solução é muito simples: ele que tome a iniciativa e proponha a ação principal contrária, com

⁹⁴³ Norma sujeita a crítica de parte da doutrina, valendo conferir, por todos: ARAÚJO, Fábio Caldas de. Comentários ao artigo 557. In ARRUDA ALVIM, Angélica et. al. (coords.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 705/706.

⁹⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268.

⁹⁴⁵ Idem. p. 269. Adiante detalhou que o contraditório eventual “pode apresentar-se sob duas modalidades distintas”, isto é, por meio da transformação do requerido em “autor de uma demanda incidental” (tal como, segundo apontava, os embargos de devedor em relação ao processo de execução) ou, ainda, pela necessidade de o demandado ajuizar “uma ação autônoma (não incidental) subsequente” (p. 275).

⁹⁴⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. VIII. t. I. p. 273.

vistas, p.ex., a exonerar-se da prestação alimentar.⁹⁴⁷

Claro que a propositura de outra demanda, cuja decisão tenha potencial para infirmar o juízo de cognição sumária antes realizado, representa ato de maior complexidade do que a singela apresentação de contestação ou de algum recurso, no âmbito da mesma relação processual.

Mas, de todo modo, não se pode taxar de inconstitucional as duas formas de contraditório aqui indicadas,⁹⁴⁸ não sendo outro o modelo usado, claramente desde a vigência do CPC de 1973, no trato da execução de título extrajudicial.⁹⁴⁹

Essas formas de modulação, por assim dizer, da incidência da garantia do contraditório são essenciais ao ideal desenvolvimento dos processos baseados em cognição sumária, como observado por Alcides Munhoz da Cunha:

As situações especiais de cognição sumária exigem entretanto um cuidado particular para a sua disciplina jurídica como tutela diferenciada ou excepcional ao padrão da ordinarização, exigindo de modo concomitante uma disciplina quanto ao modo de integração do contraditório e os modos de estabilização do provimento que propende à definitividade. Isso porque em homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição não se pode simplesmente desprezar princípio da segurança jurídica. Ao contrário, esses princípios devem ser harmonizados.⁹⁵⁰

Aspecto interessante auxilia a melhor apreender a possibilidade de convivência harmônica, no sistema processual, dessas duas formas de manifestação da garantia do contraditório, associando-as à espécie de cognição desenvolvida: se superficial (ou seja, limitada sob o aspecto vertical) é adequada a invocação do contraditório diferido, que tem lugar, como ressaltado, na mesma relação processual; se parcial a cognição (vale explicitar, recortada no eixo horizontal), o contraditório será eventual “em toda a sua extensão, conforme a vontade daquela parte a quem o exercício dos demais

⁹⁴⁷ Idem. p. 274.

⁹⁴⁸ “La China reconhece e reafirma a legitimidade constitucional do contraditório diferido, verdadeira técnica de manipulação da garantia, há muito presente nos ordenamentos processuais e orientada, sobretudo, por razões práticas. A técnica do diferimento serve para remediar e recuperar *ex post* o contraditório legitimamente suprimido *ex ante*. Não se tem, com isso o enfraquecimento ou mesmo o contorno à garantia fundamental que simplesmente passará a operar sobre outro objeto, a própria decisão judicial e não apenas sobre a manifestação das partes” (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193-194)

⁹⁴⁹ “Mas as exceções não ficam por aí. O mandado de segurança, outro instrumento elogiado e amplamente praticado, também não se curva à ordinariedade e nem exigência constitucional de “contraditório e ampla defesa”. Nele - que é demanda rigorosamente sumária, quanto aos limites do conflito -, o contraditório ainda pode ser “diferido”, ouvindo-se a autoridade indicada como coatora somente depois de concessão da medida liminar” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas* (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin). São Paulo, Saraiva, 2009. p. 643).

⁹⁵⁰ *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 366.

poderes dele decorrentes aproveita”.⁹⁵¹

Essa formulação não é negada pela sistemática própria da tutela antecipada antecedente estabilizável, pois mesmo sendo ela caracterizada, em uma primeira análise, pela cognição superficial (atraindo o contraditório diferido representado pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento), a previsão do manejo de ação autônoma, como alternativa de estratégia processual para o requerido, evidencia a possibilidade do contraditório eventual, justificado exatamente pela limitação cognitiva, no plano horizontal, das matérias a serem analisadas no processo em que concedida a tutela, já que não formulado, pelo autor, pedido de tutela definitiva, o que torna mais simples o objeto do processo.

O contraditório eventual não significa, propriamente, que ele seja necessariamente posicionado em dimensão temporal longínqua em relação à antecipada de tutela.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a possibilidade de manejo de mandado de segurança contra a decisão concessiva de liminar em processo cautelar (cabível diante da ausência de recurso dotado de efeito suspensivo à época, já que o texto é anterior à ampla reforma do agravo de instrumento pela Lei 9.139/1995, que generalizou tal possibilidade em relação a essa espécie recursal) e, mais do que isso, o fato de o remédio constitucional viabilizar, também ele, a concessão de liminar suspensiva da eficácia daquela, eliminava os inconvenientes que poderiam decorrer da utilização de medida cautelar, já que se facultava “um autêntico contraditório imediato, não apenas o diferido mencionado pela doutrina europeia”.⁹⁵²

A tutela antecipada antecedente, de fato, é incompatível com o contraditório prévio. Todavia, tal garantia longe está de ser tida como abalada pelo novo modelo de processo, uma vez que não uma, mas as duas outras formas de contraditório são disponibilizadas ao requerido: o diferido, por meio da possibilidade de manejo de agravo de instrumento contra a decisão concessiva de tutela, e o eventual, representado pela ação autônoma de impugnação que pode ser ajuizada no

⁹⁵¹ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163. Sobre a cognição e sua modulação nos eixos vertical e horizontal ver item 3.2, *retro*.

⁹⁵² Efetividade e processo cautelar. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, jul/1994. p. 177.

confortável prazo de dois anos.⁹⁵³

Como anota Leonardo Faria Schenk:

Pode-se afirmar, com apoio em tais premissas, que a Constituição da República de 1988, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos inerentes em qualquer processo judicial e administrativo como corolário do devido processo legal, conferiu às partes o direito e a escolha de ao menos em uma oportunidade, ter a casa debatida e decidida em Juízo em cognição plena.⁹⁵⁴

Refere Ovídio Araújo Batista da Silva o caso clássico de medida cautelar preparatória (denominação usual na vigência do CPC de 1973), ponderando que se a opção do sistema fosse impor ao réu o ônus de propor demanda tendente a rever tal decisão (concebendo-se então, nas palavras do autor, caso de “ação sumária autônoma”), ainda assim:

o contraditório também seria assegurado ao réu, porém com a diferença de que, neste caso, o autor que fora vitorioso no sumário ficaria dispensado de iniciar o plenário subsequente, cabendo ao sucumbente no sumário a iniciativa do conflito. Esta inversão do contraditório reproduz a estrutura da cláusula solve et repete, mas o contraditório, com plenitude de defesa, seria igualmente assegurado, porém a critério do demandado, através das duas demandas conjugadas. Esta singela técnica processo poderia transformar-se no instrumento milagroso, capaz de oferecer a buscada efetividade ao processo, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional da plenitude de defesa, evitando que o réu, como acontece em nosso sistema, desfrute das vantagens da mora processual, sem qualquer ônus”.⁹⁵⁵

⁹⁵³ “Aliás, trata-se de verdadeira homenagem ao devido processo legal, tendo em vista o cumprimento da garantia constitucional da duração razoável do processo, garantindo um processo justo e uma tutela efetiva, adequada e tempestiva” (PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 190).

⁹⁵⁴ *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149. No direito italiano, Vittorio Denti sustenta a legalidade do contraditório diferido no processo de injunção (equivalente ao nosso processo monitório): “Del resto, per quanto concerne il processo civile, la ritenuta legittimità della previsione di un contraddittorio solo eventuale e anche differito - basti pensare al procedimento di ingiunzione disciplinato dagli artt. 633 ss. c.p.c. - appare ribadita anche alla luce del nuovo art. 111 Cost., in ragione del necessario soddisfacimento delle esigenze di efficienza della giurisdizione. Dunque è «giusto anche un processo che di fatto si svolga e si concluda senza la previa instaurazione di un pieno ed effettivo contraddittorio tra le parti (os-sia inaudita altera parte), purché venga comunque garantita in modo effettivo la possibilità di esercitare il diritto di difesa in via differita: ovvero nell'ambito di una fase diversa e successiva, che tuttavia appartenga - è opportuno aggiungere - allo stesso grado di giudizio, latamente inteso” (DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 90).

⁹⁵⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 283. Vale referir que essa ponderação do processualista gaúcho tem como premissa sua percepção sobre o que denominava como “direito substancial de cautela”, daí porque concebível esse processo cautelar autônomo: “Por que a cautelar que dispensasse um processo principal deixaria de ser cautelar? Por que passaria a ser satisfativa? À primeira vista, o salto da cautelaridade para a satisfatividade - pela simples via da autonomia - parece incompreensível. Que poderia impedir que o sequestro se bastasse a si mesmo, sem obrigar o sequestrante a promover uma ação principal, destinada a dar ao juiz e ao sequestrado a bendita certeza de que realmente fora legítimo o sequestro? Que faria com que o sequestro perdesse sua essência de tutela de simples segurança, tornando-se “satisfativo”, por não mais depender de um processo

Força é concluir que a tutela antecipada antecedente, tal como encarada nesse estudo – corporificando verdadeira forma de tutela de urgência autônoma – atende ao princípio constitucional do contraditório, que é oferecido ao requerido, como visto, em duas oportunidades distintas: de modo *diferido* (agravo de instrumento) e/ou *eventual* (ação autônoma de impugnação).

5.3.4. A utilidade desse modelo de processo de acordo com a medida do interesse do autor

Que não se obterá, pela via da tutela antecipada antecedente, o mesmo que se pode obter por meio do processo baseado em cognição plena e exauriente, não se discute. Obtém-se coisa diferente, mas que, a critério exclusivo do requerente da tutela jurisdicional, melhor atenda seu interesse.

Esse é o lugar passível de ser ocupado pela tutela jurisdicional antecipada antecedente.⁹⁵⁶

A melhor explicação para a criação dessa nova figura repousa na ideia, já antes exposta nesta pesquisa, de direito a uma “mera” *providência jurisdicional*, que pode ser definida como a especial manifestação do poder jurisdicional, calcada na concretização de um dos efeitos que poderiam advir de uma virtual tutela definitiva prestada por sentença.

Altera-se o *foco* da atuação jurisdicional, deslocando-o da função de reconhecer e declarar direitos, com aptidão para a perenização proporcionada pela coisa julgada, para a viabilização de uma *intervenção jurisdicional* no campo dos fatos, mais conectada com a *realização* de efeitos jurídicos do que com a construção de provimentos jurisdicionais de conteúdo *normativista*, de que é exemplo a tutela

principal? Seria o sequestro satisfativo de quê? Os praticantes do paradigma, também aqui, não se aventuram a prosseguir, afirmando que o sequestro não satisfaz o "direito assegurado", não realiza o "direito protegido". Apenas o protege "satisfazendo uma pretensão à segurança" do direito que, assim protegido, poderá, depois, ser realizado (satisfeito)" (Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 641).

⁹⁵⁶ Como advertia João Batista Lopes: “O processo cautelar surge não para ocupar o lugar reservado para o processo de conhecimento e o processo de execução, mas para cobrir outros espaços, *ad instar* do que ocorre com o “Juizado de Pequenas Causas”, que não pretende substituir a jurisdição comum, mas atender às situações de “litigiosidade contida””(Medidas cautelares inominadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 605, mar/1986, p. 17).

jurisdicional meramente declaratória.⁹⁵⁷

Essa espécie de tutela jurisdicional, que tem na coisa julgada material o fim último a ser buscado,⁹⁵⁸ pode ser tida como o oposto do direito a uma mera providência jurisdicional, já que ela atua em plano distinto, da *normatividade*, enquanto que a tutela antecipada antecedente tem como fim precípua a alteração que viabiliza no plano *fático*, concreto.⁹⁵⁹

Bem situou a tutela antecipada antecedente, nesse contexto, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

A decisão que antecipa a tutela pode ficar estabilizada nos termos do art. 304 está fundada em um juízo de cognição sumária a respeito dos fatos e do direito que amparam a pretensão do autor. O julgador avalia o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e, concluindo pela presença de ambos os requisitos, concede a medida pleiteada. A decisão limita-se à concessão de medida para debelar um perigo de dano, com fundamento na probabilidade de que o direito existe. Em nenhum momento a decisão declara que o direito existe e, portanto, o que se antecipa não é a própria tutela que poderia ser prestada no futuro em um juízo de cognição exauriente sobre a existência do direito, mas apenas efeitos práticos dessa tutela.⁹⁶⁰

Por isso é que essa nova modalidade de processo, no direito brasileiro, valeu-se de bases teóricas e práticas, já bem fixadas, da tutela antecipada, principalmente em relação ao entendimento de que são os *efeitos* da tutela definitiva igualmente

⁹⁵⁷ “Sentença declaratória, em sentido próprio, é aquela que acolhe a demanda do autor, declarando a relação jurídica pedida, ou autenticidade ou falsidade do documento, sem tender, entretanto, à realização efetiva do direito, ou melhor à execução forçada” (BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 339/340).

⁹⁵⁸ “A eficácia preponderante da sentença declarativa é a de coisa julgada material. A eficácia imediata, de regra, é a eficácia mandamental. Na ação declarativa, a sentença que passa em julgado tem eficácia para preceito e a execução do que houver sido declarado somente pode promover-se em virtude da sentença condenatória” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 2. p. 41).

⁹⁵⁹ Não por acaso refere Nathaly Campitelli Roque que, na sua primeira previsão legal no direito brasileiro, tenha restado evidenciado que a tutela declaratória não se presta à “execução compulsória”, ou seja, não se faz sentir, no mundo dos fatos, como vetor de alterações relevantes: “Em termos legislativos, o primeiro diploma processual brasileiro a consagrar expressamente a ação declaratória foi o Código de Processo Civil do Distrito Federal (Decreto 16.572, de 31 de dezembro de 1924). A ação, neste estatuto, estaria subordinada à demonstração de um interesse legítimo e atual (art. 577) e deveria tomar a forma sumária (art. 323, XXIV). Seu objeto era previsto no art. 576: “Especialmente destinada a obter por sentença, desprovida de execução compulsória, a declaração da existência ou inexistência de um direito, ou de uma relação jurídica, ou da falsidade ou da autenticidade, de um documento” (Tutela declaratória. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/202/edicao-1/tutela-declaratoria>>>, consulta em 28.09.2020).

⁹⁶⁰ LOPES, Bruno. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 688.

buscada (na tutela antecipada incidental) ou *cogitada* (na antecedente) que se perseguem, e não a *declaração* do direito em si.⁹⁶¹

O que o CPC de 2015 fez, de maneira elogiável, foi *reformular*, em parte, o regime da tutela antecipada, sob o aspecto procedimental, para viabilizar a aplicação de sua forma autônoma, pela via da formulação antecedente (= isolada) do requerimento de antecipação.⁹⁶²

Trata-se, vale repetir, de mera possibilidade, ou seja, de mais um instrumento processual a disposição do cidadão, nos casos em que seu interesse jurídico, na medida da vontade do autor, possa ser atendido por uma simples *providência jurisdicional*.⁹⁶³

A existência dessa espécie de processo é importante e, a rigor, tardou a ser introduzida no direito processual pátrio. Em algumas situações, mais *valerá* para o requerente da tutela jurisdicional uma pronta intervenção no mundo dos fatos do que uma sentença bem fundamentada, sendo esse outro instrumento que visa aproximar elementos que, ao menos idealmente, sempre deveriam coexistir, o *processo* e a *justiça*.⁹⁶⁴

⁹⁶¹ “Antecipar, portanto, significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos” (ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de processo*, São Paulo, n. 82, abr-jun/1996. p. 63).

⁹⁶² “Por fim, é preciso dizer que não será estabilizável a decisão antecipatória da tutela pelo que ele é, mas sim pelo modo como foi processualizada. Em rigor, para ser estabilizável, a decisão antecipatória haverá de ter se submetido ao procedimento do art. 303, CPC/2015, independentemente de, na prática, ela ter função satisfativa ou cautelar. Se o caso é de verdadeira cautelar, como as cauções por dano iminente (art. 1.280, CC, por exemplo), mas foi recepcionada como pedido de concessão de tutela satisfativa, pelo rito do mencionado artigo, ela, presentes os pressupostos, será estabilizada. Do contrário, uma verdadeira medida satisfativa, como a sustação de protesto (que consiste na eficácia mandamental da sentença com força declaratória de inexistência de dívida), se processualizada pelo rito cautelar antecedente dos arts. 305 e ss., CPC/2015, poderá ser estabilizada. A estabilização está, pois, no meio processual, e não na essência da ação processualizada” (FILHO, Roberto Pinheiro Campos Gouveia. PEIXOTO, Ravi. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Silva et al (coord.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 321/322).

⁹⁶³ “É tempo de se reconhecer a existência de uma função jurisdicional prática, voltada à obtenção de resultados e que não tem qualquer relação com a declaração definitiva, apta à produção de coisa julgada material” (DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 72).

⁹⁶⁴ “Insomma, la nostra era assiste alla diffusione del “processo” in tutti i settori. A mio avviso il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno. È, peraltro, innegabile che il cammino del processo nell'evo

Na doutrina italiana, referindo-se a procedimentos semelhantes, Francesco Paolo Luiso anota que a função deles não é formar um título executivo, mas sim simplificar a etapa de conhecimento e alcançar, em tempo breve, um provimento judicial equivalente a sentença, notadamente nos casos em que pode vislumbrar que a outra parte pode invocar seu direito a cognição exauriente,⁹⁶⁵ de que é exemplo, também naquele país, a técnica da condenação com reserva de exceções.⁹⁶⁶

Essa *equivalência* em relação à sentença, por certo, diz respeito a alcançar-se, pela via da tutela antecipada antecedente, força vinculante que seria característica daquela, o que é plenamente possível, como antes demonstrado, por meio de processo baseado em cognição sumarizada.⁹⁶⁷

Imaginar hipóteses de cabimento da tutela antecipada antecedente é adentrar vasto campo de possibilidades, senão igual em amplitude, ao menos semelhante ao que se pode pensar como campo de atuação da própria jurisdição. Não é, portanto, factualmente possível e nem mesmo necessário.

Se as características do litígio, ditada por diversos fatores (natureza do direito material controvertido, grau de intensidade de relações havidas entre os sujeitos,

moderno è stato tutt'uno con lo svolgimento delle attività di giustizia, fino a creare la sinonimia (che ora, per quanto rilevato, dobbiamo considerare imperfetta) fra "processo" e "giustizia". L'impiego del processo nella e per la giustizia sembra far ri splendere il primo, per la qualità che vogliamo attribuire alla seconda: la realtà potrebb'essere inversa, nel senso che sia la giustizia a trarre vigore e valore dall'impiego del processo" (FAZZALARI, Elio. Valori permanente del proceso. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLIV, n. 1, jan-mar/1989. p. 05).

⁹⁶⁵ "La funzione dei due procedimenti in esame non è quindi quella di formare un titolo esecutivo, ma quella di semplificare la fase di cognizione del giudice, e di arrivare in tempi brevi ad un provvedimento equivalente alla sentenza, nella ipotesi in cui (e ciò è molto importante) vi è motivo di ritenere che la controparte non farà uso del suo diritto di pretendere una cognizione ordinaria. Infatti, se è prevedibile che la controparte richieda la cognizione ordinaria, è inutile ricorrere al procedimento speciale, perché si andrebbe incontro solo ad una perdita di tempo" (*Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2000. v. IV. p. 98).

⁹⁶⁶ "Las garantías ofrecidas por el proceso a cognición plena, dada la estructura sofisticada que lo caracteriza, pueden ser instrumentalizadas en el momento en el cual vienen puestas en marcha actividades defensivas con el fin único de posponer en el tiempo la emanación de la providencia de condena. La técnica que puede satisfacer las exigencias de evitar el abuso del derecho de defensa es la de la condena con reserva de las excepciones: en base a esa, el juez, conociendo solo los hechos constitutivos del derecho, emite una providencia jurisdiccional de mérito, reenviando a una fase procesal sucesiva la cognición respecto a las excepciones del demandado; la providencia es inmediatamente ejecutiva, pero su eficacia está resolutivamente condicionada al acogimiento de las excepciones" (PISANI, Andrea Proto. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra, 2018. p. 610).

⁹⁶⁷ "Direito e processo devem ser aderentes à realidade de sorte que as normas jurídico-materiais que regem estas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente à axiologia social atual, criando mecanismos de segurança e proteção que reajam com agilidade as agressões e ameaças de ofensas existentes neste seio social complexo da contemporaneidade" (BRAUN, Paola Roos. *Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 117).

análise da probabilidade de êxito a partir dos elementos disponíveis ao requerente da medida, etc.), tornar mais adequado a utilização do modelo de processo fundado em cognição exauriente e vocacionado à coisa julgada, terá o pretendente à tutela jurisdicional o processo de conhecimento baseado no rito comum ou especial (conforme o caso) à disposição.

Por outro lado, se suficiente a intervenção jurisdicional por meio da imposição de providência fática, de natureza positiva ou negativa – independentemente de posterior ratificação – é imprescindível que haja um *caminho* processual a tanto destinado.⁹⁶⁸

Ao passo em que se vislumbra, inicialmente, a tutela preventiva (ou inibitória) como campo adequado para a tutela antecipada antecedente⁹⁶⁹ - na linha do perfil conservativo clássico que costuma ser destinado às tutelas de urgência – também outras formas de tutela (repressiva, ressarcitória etc.) podem ser invocadas.

A rigor, se determinada providência pode ser alcançada por meio de uma sentença propriamente dita, ao final do processo – e a regra da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) sinaliza quão amplo, senão indeterminável, é esse campo – algum ou todos os seus efeitos poderão ser alcançados por meio de processo tendente à tutela de urgência sumária autônoma, alternativa que, talvez com certo atraso, está à disposição do processo civil brasileiro, sob a forma da tutela

⁹⁶⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni: “É por isso que se deve abandonar a ideia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Este modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que dizem respeito ao tema da “tutela dos direitos”, que traz em si a superação da ilusão de que o processo poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material” (*Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58). Adiante acrescentou: “O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas o direito de ir ao Poder Judiciário, mas o direito de utilizar a técnica adequada para que direito material possa ser efetivamente tutelado. O direito à tutela jurisdicional, nesse sentido, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva tutela do direito material” (p. 61).

⁹⁶⁹ “Ao contrário, volto ao tema por considerar que nosso direito processual não poderá prescindir, no futuro próximo, da tutela preventiva. À medida que pudermos superar os compromissos com o processo civil romano que nos foi transmitido e o racionalismo que potencializou o seu divórcio das questões existenciais, para confiná-lo num mundo conceitual; enfim, à medida que pudermos absorver os influxos do constitucionalismo moderno, compreenderemos a necessidade da tutela preventiva, para responder às exigências impostas pelo Direito, neste início do novo milênio. Pensemos nos direitos fundamentais e na proteção ao meio ambiente. Para eles a tutela repressiva sempre será insatisfatória” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629).

antecipada antecedente.

5.4. O direito a uma mera providência jurisdicional no quadro geral da tutela jurisdicional

5.4.1. O microssistema da tutela monitoria

Em conferência realizada no “XII Congresso Mundial de Direito Processual”, que teve lugar na Cidade do México entre os dias 22 e 26 de setembro de 2003, Ada Pellegrini Grinover apresentou resultados de interessante pesquisa, cujo relatório foi publicado sob o título “Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia”.⁹⁷⁰

Referido relatório compilou impressões colhidas junto a processualistas de onze países (Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Colômbia, Espanha, Grécia, Itália, Japão e Uruguai), sobre tema que considerou “moderno e atual”, qual seja o relativo a procedimentos (preliminares ou sumários), de cognição superficial, que se contrapõem, como formas de prestação da tutela jurisdicional *satisfativa*, ao procedimento ordinarizado tendente à formação de coisa julgada.

Deixou claro que sua investigação não alcançava procedimentos que, embora sumarizados, visassem à prolação de sentença de mérito acobertável pela coisa julgada, como também aqueles de natureza tipicamente cautelar (assecuratórios de uma fonte probatória ou do resultado do processo “principal”), lançando, dentre outras conclusões, a seguinte:

La forma más difundida de tutela satisfativa anticipada, encontrada en los países investigados, consiste en los *Procesos de estructura monitoria*. En líneas generales, se puede afirmar que el proceso monitorio responde a la exigencia de tutelar prontamente el derecho del acreedor, desprovisto de título ejecutivo, acelerando su formación, sin necesidad de proceso de conocimiento. Llamado de *procedimiento ingiuntivo* en Italia, de *Mahnverfahren* en Alemania y en Austria, de *injonction de payer* en Francia y en Bélgica, el proceso monitorio es exclusivamente documental en algunos países (como en Italia, Bélgica y Brasil), conociendo otros países la forma pura, en que la emisión del orden de pago no se fundamenta necesariamente en la existencia de prueba escrita del débito (Francia, Alemania, Austria). Mas

⁹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia. Informe general ("civil law"). In STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez (coord.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Publicado também na *Revista Iberoamericana de Derecho Processal* (v. 3, n. 4, p. 221-252, 2004).

la característica común es que la cognición se limita a la prueba producida por el requirente y está normalmente caracterizada por la ausencia de contradictorio inicial. Solamente si el deudor, tras el mandamiento de ejecución, se opone a la orden de pago, es que se instaurará el procedimiento común, en contradictorio pleno. Las Formas específicas de tutela anticipada también son conocidas en todos los países investigados, sobre todo en materia de derecho de familia (alimentos provisorios, guarda de menores, etcétera), de posesión (con los varios interdictos), de derecho societario (decisiones de asambleas), etcétera. La técnica consiste en anticipar, total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia de mérito, en carácter de urgencia, en la presencia de ciertos requisitos y mediante cognición más o menos superficial.⁹⁷¹

Em artigo publicado no final dos anos 1990, Rafael I. Balbuena Tébar apontou estatísticas então recentes, que demonstravam a eficiência do processo monitorio nos países em que ele já era adotado havia décadas (Itália, França, Alemanha, Áustria e Suécia), pois, não bastasse sua larga utilização, apenas em cerca de 10% dos processos havia a apresentação de defesa pelo devedor.⁹⁷²

É evidente que, considerando a influência da cultura sobre o processo civil, esse dado objeto possa não vir a ser repetido em outros países, mas não deixa ele de ser significativo e alentador. Como anota Roger Perrot:

Ora, no curso dos últimos cinquenta anos, semelhante processo teve considerável desenvolvimento na França, principalmente em matéria de crédito ao consumidor. Os números falam por si mesmos: todo ano expedem-se mais de um milhão de *injonctions*; e as estatísticas revelam que, desse milhão, não sofrem oposição mais de 8 a 10%. Vale dizer que, em 90% dos casos, se evitou um processo: o devedor foi condenado porque nada tinha que dizer. Pessoalmente estou convencido de que essa inversão do contraditório é a via do futuro. Os tribunais estão entulhados de causas em que o réu não tem argumento algum a fazer valer. Por isso, com frequência, ele fica revel, ou, se comparece, é só para entreter o estado contencioso e desencorajar o autor. A inversão do contraditório tem o mérito de neutralizar essa manobra e exonera a Justiça de grande número de causas que não merecem as galas de uma audiência no tribunal.⁹⁷³

A ação monitoria, como procurei estabelecer no tópico 3.4.8, é um modelo processual de estrutura diferenciada, tendente à rápida formação do título executivo judicial por meio de dois elementos que lhe são característicos, senão essenciais: a) cognição inicial sumária, baseada na probabilidade do direito cuja satisfação é buscada; b) inversão da iniciativa do contraditório, que passa a ser *eventual*, ou seja,

⁹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia. Informe general ("civil law"). In STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez (coord.), XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 168.

⁹⁷² Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. *Cuadernos de Estudios Empresariales*. Madrid, n. 09, 1999, p. 309. O artigo elogia a introdução do processo monitorio no sistema espanhol, que acabou ocorrendo com a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000.

⁹⁷³ O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 91, jul/set-1998, p. 209.

dependente da iniciativa do requerido.

Melhor especificando tais pontos, de acordo com o modelo adotado pelo CPC de 2015 a cognição sumária desenvolve-se a partir da verificação da presença do requisito que não é só formal (“prova escrita sem eficácia de título executivo” - art. 700, *caput*), mas sim é elemento que deve conduzir à constatação de que é “evidente o direito do autor” (art. 701, *caput*) ao pagamento de quantia em dinheiro ou ao adimplemento de obrigação de dar coisa, fazer ou de não fazer (art. 700, I, II e III, CPC).

A circunstância do modelo brasileiro ser *documental*,⁹⁷⁴ não afasta a existência dessa cognição inicial, até porque não se trata de qualquer documento, mas sim daquele tido como apto a demonstrar, no contexto dos fatos e fundamentos indicados pelo autor, a forte probabilidade da existência da obrigação.⁹⁷⁵

Já a inversão do contraditório decorre da circunstância de que, havendo juízo inicial positivo, é determinada a citação do réu para pagar em 15 dias ou apresentar *embargos*, sendo certo que, adotada esta alternativa, aí sim terá lugar a cognição exauriente.

Tanto é a iniciativa do réu determinante para o aprofundamento das questões subjacentes ao conflito que sua inércia em apresentar embargos acaba ensejando a constituição, “de pleno direito”, do título executivo judicial (art. 701, § 2º, CPC).

⁹⁷⁴ Em contraposição ao modelo denominado *puro*, que dispensa a prova documental inicial e parte apenas das alegações do autor, tal como visto no excerto anterior, e também indicado por Humberto Theodoro Júnior: “Em determinados casos (cobrança de créditos em dinheiro ou outras coisas fungíveis), permite-se que a ordem judicial de pagamento seja expedida, sem audiência do devedor e com base apenas nas alegações unilaterais do credor, sem necessidade de qualquer prova” (*A nova lei de execução fiscal*. São Paulo: LEUD, 1982. p. 294-295).

⁹⁷⁵ Aponta Álvaro Pérez Ragone, com razão, que o documento exigido pela lei processual não deve ser encarado como prova definitiva da alegação da existência da obrigação, mas sim atua como elemento que, em sede de cognição sumária, a torne plausível: “En realidad en el monitorio no hay un tema de prueba, sino un examen de admisibilidad y plausibilidad de la petición monitorio. Lo contrario implicaría que el documento que se acompaña a la demanda deba considerarse como plena prueba que sobrepase la mera apariencia de la deuda, de tal manera que el Juez, secretario u otro funcionario para acoger la demanda a tramitación estaría efectuando un verdadero análisis de cognición acerca de la certeza del crédito. Entonces, la única deducción lógica posible es pensar en que para admitir la demanda a tramitación basta que existan documentos que le sirven de fundamento. No es el momento en que el juez debe evaluar el mérito de los mismos, y, así se radica por tanto, toda la fuerza probatoria del procedimiento en la eventual oposición del deudor” (Un monitorio para Argentina desde la experiencia comparada. p. 07. Disponível em <<<https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Alvaro-%20monitorio%20para%20la%20argentina%20de%20hoy%20desde%20la%20experiencia%20comparada.pdf>>>, consulta em 02.09.2020).

Também naquele tópico foi externado o entendimento segundo o qual essa inércia do réu, até para dar sustentação à formação do título executivo, gera preclusão, fenômeno sabidamente endoprocessual, mas não coisa julgada material, com sua típica eficácia expansiva.

À luz desse perfil da tutela monitoria é que se vislumbram ligações entre ela e a tutela antecipada antecedente tal como prevista pelo CPC de 2015,⁹⁷⁶ mas não identidade irrestrita.

As características comuns,⁹⁷⁷ de maior destaque, são: a) prestação de tutela jurisdicional a partir de cognição sumária; b) tratar-se de modelo de processo alternativo ao processo de conhecimento ordinarizado;⁹⁷⁸ c) oportunização do contraditório ao réu como forma de provocar a cognição exauriente, pela ampliação do objeto do processo por ato postulatório seu; d) efetivação do direito independentemente da formação de coisa julgada.

Esse último ponto em comum, a rigor, manifesta-se em momento lógico anterior, pois o que há, em ambos os casos, é a *dispensa da prolação de sentença*

⁹⁷⁶ E também com outra modalidade de tutela provisória: “O artigo 701 prescreve que, “sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição do mandado”. Essa redação insinua que a liminar monitoria caracterize algum tipo de tutela da evidência, tal como regulada no âmbito da tutela provisória (art. 311)” (GRECO, Leonardo. A sumarização do processo de conhecimento e a ação monitoria. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 497). Adiante o autor lança uma ressalva, no sentido de que a tutela da evidência baseia-se em “elevada probabilidade”, ou seja, um grau maior que conduz a considerar o direito do autor “quase como incontestável, ou porque a questão já está pacificada nos tribunais, ou porque o comportamento do réu no próprio processo induz a essa convicção firme ou porque o negócio que gerou o direito à prestação é daqueles em que o demandado já assumiu na contratação o dever de entrega da coisa, por ser ela da essência do próprio negócio, como no contrato de depósito” (p. 498).

⁹⁷⁷ Sobre esse ponto específico assim se manifestou Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Estas brevíssimas considerações sobre os processos monitorios bastam-nos para concluir que o processo injuncional, como eles também se denominam, sustentam-se em dois princípios básicos: a) o princípio da sumariedade da cognição (summaria cognitio), que autoriza a que o juiz emita o preceito liminar; e b) a outorga antecipada da eficácia própria da sentença final, circunstância esta que, por sua vez, provoca a inversão do contraditório, obrigando o réu a comparecer e defender-se, sob pena de a decisão liminar transitar em julgado, transformando-se em sentença condenatória” (*Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23).

⁹⁷⁸ “Por outro lado, a liberdade do autor formar processos implica a de determinar a função e escolher a ação. Diante do litígio, nem sempre ao interessado socorre via única e exclusiva. Ao contrário, dependendo do seu soberano diagnóstico quanto ao conflito e à providência mais adequada para resolvê-lo, abrem-se-lhe multiplicidade de terapias e, frequentemente, de funções jurisdicionais. Não tem o conflito solução única, conforme compreendeu o insuspeito Liebman, pois, de regra, “ele é mais complexo e pode ser encarado de vários pontos de vista, dando lugar, portanto, a outras tantas soluções diferentes” (ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, out-dez/2000. p. 38). A lição de Liebman, citada pelo autor, foi extraída do artigo “O despacho saneador e o julgamento de mérito”, inserido na obra *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, de 1976.

para confirmação da tutela inicialmente prestada (salvo, claro, nos casos em que é o réu apresenta embargos), circunstância que torna questionável sua alocação como mero *procedimento* especial, pois a rigor trata-se de modelo diferente de *processo cognitivo*.

Embora com características muito próximas, não há espaço para considerar que eventualmente haja sobreposições no campo de manifestação das duas figuras, já que a ação monitória é destinada unicamente à pretensão de índole condenatória que verse sobre obrigação de pagar, fazer ou não fazer alguma coisa e entregar coisa. Portanto, não se ocupa de produzir diferentes efeitos sobre a relação jurídica havida entre as partes, senão um só: franquear acesso à tutela jurisdicional executiva.⁹⁷⁹

Já a tutela antecipada antecedente tem espectro de abrangência amplo, na medida em que se pretende a antecipar a produção de efeitos que se manifestariam apenas após a prestação de tutela definitiva, de natureza variada. Ocupa, por assim dizer, um espaço *residual*, ainda que mais amplo do que aquele destinado à ação monitória, em tese apto a tutelar todas as situações jurídicas possíveis, com exceção das pretensões tendentes à satisfação de obrigação estampada em documento sem força de título executivo.

Tais pontos em comum são ora expostos a partir do direito positivado no CPC de 2015, mas independentemente desse dado objetivo o fato é que, em essência, é irrecusável a ligação entre tais figuras, como vislumbrado por Edoardo Ricci:

Quanto ao direito brasileiro, contém ele ao menos um indireto convite à meditação através do exemplo de um instituto diverso daquele da tutela antecipatória, por sua vez recentemente introduzido no sistema positivo e já há muito conhecido pelo direito italiano: o procedimento monitório. Como no direito italiano, o provimento monitório torna-se executivo seja quando a parte intimada não contesta, seja se sucessivamente a oposição é rejeitada. Pois bem, não se pode esquecer que as decisões antecipadas são, em substância, provimentos monitórios pronunciado no curso do processo. Diferentes podem ser os pressupostos, mas análoga pode ser a eficácia. Não é então incongruente pensar que, uma vez pronunciado o provimento antecipatório, a parte intimada possa tomar uma atitude semelhante àquela de quem, tendo

⁹⁷⁹ “Se o interessado, que ainda não dispõe de título executivo, tem, previamente, de recorrer ao processo de conhecimento, nada impede, de outro lado, que a cognição desenvolvida neste seja reduzida, ou mesmo suprimida, dependendo do ordenamento jurídico em proporcionar os meios mais céleres e econômicos que a via burocrática, lenta e complicada do procedimento comum ordinário. Vale dizer, é possível que o título executivo judicial seja obtido de maneira mais rápida, com menor sacrifício de dinheiro e energia, dependendo, como dito, de previsão no ordenamento jurídico” (SHIMURA, Sérgio Seiji. Ação monitória. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 173, jan./mar. 1996. p. 27).

sofrido uma injunção, renúncia a opor-se.⁹⁸⁰

Embora escrevendo sobre a tutela antecipada brasileira em sua primeira versão (1994), já então o autor italiano parecia deixar aberto o flanco para o oportuno passo adiante, que o CPC de 2015 acabou realizando.⁹⁸¹

Em estudo que se baseou no anteprojeto do CPC de 2015 (que, naquele estágio de tramitação, não previa a ação monitória), Eduardo Talamini, após ponderar que a tutela antecipada antecedente “busca oferecer uma especial utilidade ao jurisdicionado – a rápida viabilização de resultados práticos”,⁹⁸² assevera:

A estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitória: a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não haverá coisa julgada material.⁹⁸³

Conclui, a partir disso, que “a estabilização de tutela urgente apresenta-se como um mecanismo geral, que aparentemente seria apto a “monitorizar” o processo brasileiro como um todo”.⁹⁸⁴

Ainda que tal assertiva tenha sido concebida a partir da premissa de que a ação monitória não mais teria previsão no processo civil brasileiro – opção abandonada na tramitação do projeto de lei que resultou no CPC de 2015 – o fato é que o autor tem razão ao aludir à estabilização da tutela antecipada como sendo uma medida geral, ampla, que se assemelha, pela estrutura, ao processo monitório.

Na Itália, como apontado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, igualmente foram

⁹⁸⁰ A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Gênesis Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 6, set.-dez. 1997. p. 702/703.

⁹⁸¹ De forma visionária, Ovídio Araújo Baptista da Silva, quando da introdução da tutela antecipada no sistema processual brasileiro (1994), considerou-a como “modalidade de processo monitório genérico”: “Estas considerações iniciais autorizam a concluir que a introdução das liminares antecipatórias em nosso direito, na forma como elas foram concebidas pelo art. 273 do Código de Processo Civil, consagra uma modalidade de *processo monitório genérico*, virtualmente para todas as ações do processo de conhecimento, que, dessa forma, poderá tornar-se especial e não mais ordinário, como ele deveria ser, segundo sua concepção originária, posto que a liminar injuncional é, indiscutivelmente, sentença de mérito” (A antecipação da tutela na recente reforma processual. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135).

⁹⁸² Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, n. 209, jul-2012, p. 23

⁹⁸³ Idem, p. 24/25.

⁹⁸⁴ Idem, p. 25.

concebidas “outras espécies de processos sumários também do tipo monitorio”:

Além da ação sumária de tipo injuncional que se pratica no direito italiano, sob a denominação de. “procedimento d’ingiunzione”, reservado à tutela de créditos documentais que tenham por objeto a cobrança de somas de dinheiro ou coisas fungíveis (art. 633 do CPC), outras espécies de processos sumários também do tipo monitorio podem ser concebidas, tal como o chamado “procedimento por convalida di sfratto”, existente no direito italiano. Este procedimento corresponde a uma ação especial de despejo, sob forma de procedimento injuncional, por meio do qual o locador procura desalojar o inquilino e recuperar a posse do prédio locado, intimando-o da ordem liminar de desocupação, a fim de que o demandado a ela se oponha e, deste modo, o contraditório processual, sob a condição de que a ordem imediatamente se execute se o inquilino, comparecendo para defender-se, não oferecer exceções fundadas em prova escrita (art 665). Neste caso, as exceções não-documentais que exijam demonstração probatória mais complexa, ficam reservadas para uma fase subsequente à execução do despejo.⁹⁸⁵

A semelhança entre as duas figuras do direito brasileiro, como demonstrado, é intensa, principalmente em relação à suficiência, para a tutela dos interesses do cidadão que busca o Poder Judiciário, da decisão inaugural proferida pelo juiz, que só será modificada se houver o exercício, pelo requerido, da iniciativa do contraditório.⁹⁸⁶

Cumpra perceber que tais modelos de processo não representam, eles mesmos, uma *repulsa* ao modelo ordinarizado de cognição plena, tanto que um dado

⁹⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. I. p. 104-5. Para Proto Pisani: “La funcionalidad del proceso a cognición plena puede ser asegurada solo cuando este es reservado a un núcleo restringido de controversias en las cuales la contestación sea efectiva en hecho y/o en derecho; es decir, a las pretensiones rechazadas y no solo a meras pretensiones insatisfechas. Para estas últimas resultan esenciales técnicas alternativas idóneas a lograr el mismo resultado o resultados equivalentes a aquel obtenible a través del proceso a cognición plena, pero con un dispendio mínimo de actividad procesal: el procedimiento por convalidación de desalojo representa, junto al procedimiento por inyucción, el arquetipo de procesos civiles simplificados en función de exigencias de economía procesal” (*Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Palestra, 2018. p. 600).

⁹⁸⁶ Com razão Álvaro Pérez Ragone ao apontar que a técnica monitoria utiliza-se do *mutismo* do devedor em benefício do credor: “En el monitorio se decide antes del debate con el objeto de sacar al deudor de su persistente reticencia para que pague o bien para que hable incluso a partir de su silencio para aprovecharlo en beneficio del acreedor. Es si se quiere simplificarlo una técnica de empleo del mutismo del deudor requerido en beneficio del acreedor requerente” (Un monitorio para Argentina desde la experiencia comparada. p. 01. Disponível em <<<https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Alvaro%20monitorio%20para%20la%20argentina%20de%20hoy%20desde%20la%20experiencia%20comparada.pdf>>>, consulta em 02.09.2020). Em Portugal também essa característica do processo monitorio (ou de injunção) é ressaltada: “No procedimento de injunção, há uma verdadeira inversão do contencioso na medida em que o requerido é notificado, pela secretaria judicial, para proceder ao pagamento de terminada quantia. Contudo, essa notificação não é precedida de qualquer análise judicial relativa à existência do crédito. Face a essa notificação, incide sobre o requerido o ónus de deduzir oposição de forma a motivar a existência de um processo ordinário em que seja proferida decisão que conheça, de forma plena, o litígio que o separa do requerente” (PINTO, Rui Darlindo Dias de Castro. *Inversão do contencioso e instrumentalidade dos procedimentos cautelares no Direito Processual Civil Português*. Tese (Doutorado em Gestão e resolução de conflitos) – Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo. Vigo, p. 218. 2019. Disponível, na íntegra, em: <<http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1442/DiasdeCastroPinto_RuiDarlindo_TD_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta em 02.11.2020).

caso concreto, embora iniciado por meio da técnica monitoria, pode vir a contemplar tal espécie de cognição se o réu assim desejar. O mesmo pode ser dito em relação a processo que, a partir da vontade inicial do autor, seria restrito à antecipação de tutela estabilizável.

Mais do que coexistirem, por assim dizer, em um mesmo processo, a cognição sumária e a plenária convivem como *opções* a cargo do interessado, soberano na escolha da *via* judicial que deseja trilhar para obter a realização de seu direito subjetivo.

Se a ação monitoria tem objeto pré-definido pelo CPC de 2015, já antes indicado (obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa), além da de pagar – que existia como hipótese solitária no regime da ação monitoria no CPC revogado⁹⁸⁷ – a tutela antecipada antecedente é de aplicação geral, sendo compatível com qualquer das espécies de tutela jurisdicional de conhecimento, tema a ser abordado no tópico 6.3.

Não se quer, com isso, situar a tutela antecipada antecedente nos restritos domínios do processo monitorio, como uma subespécie deste. Tratam-se de *remédios* distintos para *problemas* distintos, ainda que ligados por traços comuns no que diz respeito à coordenação que existe entre a pretensão formulada pelo interessado e o direito ao contraditório reservado ao requerido.

É certo, ademais, que o processo monitorio não admite que o próprio autor amplie seu objeto, transformando-o em instrumento de atingimento da cognição plena e dependente de solução por meio de sentença, possibilidade que existe no campo da tutela antecipada antecedente.

Com efeito, mesmo que concedida esta, tem o autor a opção de aditar a petição inicial, formulando pedido de tutela jurisdicional definitiva, caso em que ocorre verdadeira *transsubstanciação* do processo, do modelo *monitorizado* para o de conhecimento, ordinarizado.

⁹⁸⁷ “Espelhando-se na experiência de ordenamentos processuais europeus e com alguma inspiração em elementos extraídos da tradição luso-brasileira, a “ação monitoria” constitui um processo sumário cujo objetivo primordial é abreviar a formação de título executivo judicial no tocante a obrigações para pagamento de quantia, entrega de coisa móvel certa (fungível ou não) e obrigações de fazer ou não fazer. Ou seja, ampliou-se o cabimento da ação monitoria em relação ao CPC de 1973, que previa apenas as obrigações de pagar e dar coisa” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. X. p. 133).

É de se ressaltar que a tutela antecipada antecedente, ao contrário da ação monitória (com seu já indicado objeto mais restrito, ligado à tutela de pretensões materiais condenatórias), possui um duplo grau de atipicidade, pois tanto a forma de manifestação e avaliação de seus requisitos, como seu possível conteúdo, são amplos, tal como se dá em relação ao *référé* francês a antecipação de tutela italiana.⁹⁸⁸

Mas a semelhança que há entre as duas figuras permite cogitar a existência clara de um *tronco* comum a partir do qual elas se manifestam, podendo ser cogitada a existência de um *microssistema* de tutela monitória, como defendem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira parece correto:

Sucedo que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitória, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microssistema de técnica monitória, formado pelas regras da ação monitória e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.⁹⁸⁹

Isso reforça a ideia de que a tutela antecipada antecedente, com sua sistemática peculiar de estabilização, estaria melhor inserida em contexto diverso do que o da tutela provisória, até por conta de sua autonomia. Nesse sentido:

A possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente faz dela uma hipótese de tutela provisória significativamente distinta das demais. Porém, essa bipartição de regime jurídico não se presta a reforçar o discurso da dicotomia "cautelar x antecipatório". Não é o que se tem. Considerando-se a disciplina jurídico-positiva, a contraposição que se estabelece é entre tutela antecipada antecedente, de um lado, e, do outro, todas as demais modalidades de tutela provisória (tutela antecipada incidental, tutela cautelar incidental, tutela cautelar antecedente e tutela da evidência).⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ "Quanto ai tratti del *référé* classique, al pari di quanto avviene rispetto all'italiano provvedimento d'urgenza dell'art. 700 c.p.c., il provvedimento francese è caratterizzato da un duplice grado di atipicità: atipico è il presupposto per la sua concessione, non essendo state predeterminate dal legislatore le singole fattispecie di pericula («dans tous les cas d'urgence»); atipico è il contenuto del provvedimento (il giudice può ordinare «toutes les mesures»). La concessione di un'ordinanza di *référé*, di cui all'art. 808, può essere, inoltre, invocata a tutela di tutte le situazioni sostanziali, sia per i diritti assoluti che per quelli relativi¹²⁵. La dottrina d'oltralpe sottolinea che la possibilità di chiedere al giudice ogni tipo di misura in caso di urgenza non è poi così ampia, poiché l'atipicità del provvedimento viene controbilanciata dalla severità del requisito dell'assenza di contestazione seria" (BONATTO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In CARRATA, Antonio (org.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 66).

⁹⁸⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 739.

⁹⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. vol. 2, 18ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 928.

5.4.2. A generalização do direito a uma mera providência jurisdicional e outros processos sem sentença

A ação monitória, na estrutura do CPC de 2015, foi catalogada como procedimento especial (artigos 700 a 702), nos limites do processo de conhecimento, a que corresponde todo o livro I da parte especial desse diploma.

Vale referir interessante posição de Cândido Rangel Dinamarco, que parte da premissa de que “a natureza do provimento [jurisdicional], por sua vez, dita a do processo”, para alocar, ao lado do processo de conhecimento e de execução, também o *monitório* (“em que se cria o título executivo e se executa o direito, sem julgamento do mérito”, característica que o apartaria dos lindes do processo de conhecimento) e os *processos antecedentes*, “pelos quais se preparam provimentos cautelares ou antecipatórios destinados a favorecer a tutela a ser dada em algum daqueles outros processos, ditos principais”.⁹⁹¹

Essa percepção é instigante, por força mesmo das distinções essenciais que se verificam entre o processo fundado na técnica monitória e o processo de conhecimento “clássico”, com a dispensabilidade da sentença figurando como seu destaque principal, definidor de seu perfil.

A rigor, a discussão acerca de tratar de processo ou procedimento monitório cede espaço ao *valor* da técnica monitória como um todo, embora seus caracteres próprios, tão díspares em relação ao modelo de processo de conhecimento ordinarizado, tornem de todo justificável o posicionamento externado por referido autor, independentemente do dado objetivo do direito positivo, que ao fim e ao cabo não desvirtua o instituto, consistente na sua catalogação como procedimento especial.

O acesso mais simplificado à tutela jurisdicional executiva é a principal característica desse processo, mas indubitavelmente verifica-se *ganho* para o sistema processual como um todo, já que a abreviação do *caminho* até a satisfação faz com que o Poder Judiciário possa ocupar-se de casos em que a tutela dos direitos exija atenção maior.⁹⁹²

⁹⁹¹ *Instituições de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 264.

⁹⁹² “La incorporación del monitorio no solo impacta en tanto un mecanimos expedito para la tutela del derecho de crédito mayor rapidez, eficiencia y eficacia, sino además descarga al juez de ocuparse de

Alcança-se, dito de outro modo, a *racionalização* da atuação jurisdicional, atendendo-se ao princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da Constituição Federal,⁹⁹³ *valor* igualmente perseguido pelo CPC por meio de outros institutos, tal como o julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332) e a atribuição de poderes ao relator, para monocraticamente negar seguimento ou provimento a recurso que desafie marcos decisórios de eficácia vinculante, e ainda, na hipótese inversa, provê-lo, se a decisão recorrida é que for contrária a eles, desde que já oportunizada resposta ao recorrido (art. 932, III a V).

Não por acaso a União Europeia aprovou o Regulamento (CE) n. 1.896, de 12 de dezembro de 2006, que criou um procedimento europeu de injunção de pagamento, tendo por objetivo “simplificar, acelerar e reduzir os custos dos processos judiciais em casos transfronteiriços de créditos pecuniários não contestados” (art. 1º).⁹⁹⁴

O que se quer destacar aqui, partindo da tutela monitória, é que tal modalidade de processo caracteriza-se por uma peculiaridade importante, qual seja o fato de tratar-se de *processo sem julgamento*.

A base dogmática que representa um dos elementos mais arraigados da evolução da ciência processual diz respeito a identificação da existência de processos de *conhecimento* e de *execução*, que se diferenciam entre si pela *natureza* da tutela jurisdicional buscada ou, por outra, pela forma de *materialização* desta.

un asunto donde no habra probablemente o ya directamente no hay controversia” (RAGONE, Álvaro Pérez. Un monitorio para Argentina desde la experiencia comparada. p. 08. Disponível em <<<https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Alvaro-%20monitorio%20para%20la%20argentina%20de%20hoy%20desde%20la%20experiencia%20comparada.pdf>>>, consulta em 02.09.2020).

⁹⁹³ “O princípio da eficiência processual também é um princípio constitucional do direito processual civil e encontra respaldo expresso no inciso LXXVIII no seu art. 5º. da Constituição Federal incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (...) O que o princípio previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se vê do art. 37, caput, da Constituição Federal e do “princípio da eficiência” lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. É essa a razão pela qual este Curso, desde sua primeira edição, sempre se referiu ao princípio em exame e continua a fazê-lo na perspectiva da eficiência e não da economia e, muito menos, da celeridade processuais” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 157 e 158).

⁹⁹⁴ Versão em português do Regulamento pode ser encontrada em <<http://publications.europa.eu/resource/ellar/a3d5e527-018b-4c1a-9344-8ec113ee19a1.0017.02/DOC_1>>, consulta em 14.10.2020.

Todavia, ao longo do tempo tal distinção, embora valiosa e ainda significativa, acabou sendo atenuada diante do surgimento de novas técnicas processuais, conectadas à perene busca de instrumentos para incremento da efetividade processual, que acabam ensejando não exatamente uma mescla dos dois processos, mas sim a invocação conjunta, na mesma relação processual, de caracteres ligados a ambos, seja simultaneamente – de que é exemplo a técnica da antecipação da tutela – ou mesmo sucessivamente, como verifica-se em processo por meio do qual busca-se a tutela condenatória, com sua divisão em etapa cognitiva e executiva (cumprimento de sentença).

É possível antever, nessa medida, espaço para uma classificação da tutela jurisdicional que, coexistindo com as demais, talvez retrate melhor as diferentes possibilidades de manifestação do poder jurisdicional, definida a partir não dos *efeitos* que podem ser gerados, mas sim a partir da *função* desempenhada pela jurisdição.

Aludo à adoção do entendimento que a atividade jurisdicional terá índole *normativista* ou *providencial*.

A primeira delas prende-se a ideia de que o juiz, ao *judgar* determinado conflito de interesses, visa solucioná-lo por meio da definição da “norma jurídica concreta”, o que é coerente com a ideia, consagrada pelo artigo 503 do CPC, dessa decisão ostentar “força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503, CPC).

Como ponderado por Teori Albino Zavascki:

Realmente, o fenômeno da atuação das normas no plano social comporta três momentos bem distintos: primeiro, o da formulação abstrata dos preceitos normativos; segundo, o da definição da norma para o caso concreto; e terceiro, o da execução da norma individualizada. A formulação abstrata dos preceitos normativos, ou seja, a criação das normas (momento 1) é atividade pública monopolizada pelo Estado-legislador. Já a definição da norma concreta, é dizer, a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência da norma abstrata (momento 2), bem como a sua execução, ou seja, a sua transformação efetiva em fatos ou comportamentos (momento 3), são atividades que não demandam, necessariamente, o concurso ou a intervenção estatal. As atividades dos momentos 2 e 3 desenvolvem-se, em geral, de modo espontâneo, voluntário e sem formalidades. Assim, nas mais simples condutas do dia-a-dia, como as de comprar um jornal ou tomar um táxi, há incidência de normas abstratas em suportes fáticos, nascem normas jurídicas concretas, os seus destinatários identificam o seu conteúdo e os elementos das relações jurídicas que a partir delas são estabelecidas (sujeitos ativos, sujeitos passivos, prestações) e, finalmente, há cumprimento dos seus enunciados, mediante condutas e comportamentos com eles compatíveis. (...) No entanto, a identificação da norma concreta ou a sua execução, ou ambas, quando não

desenvolvidas voluntariamente, demandam concurso estatal, o que se dá pela atuação do Estado-juiz, mediante exercício da sua função jurisdicional. Tomemos um exemplo. O choque entre dois automóveis, com danos recíprocos, é suporte fático para a incidência da norma estabelecida no artigo 159 do Código Civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Ocorrido o fato, a incidência do preceito normativo abstrato é automática, de modo que, independentemente da vontade dos envolvidos, surge norma jurídica concreta, estabelecendo relação obrigacional de reparação dos prejuízos. A identificação de tal norma supõe imputação da culpa, com conseqüente posicionamento dos envolvidos nos polos ativo e passivo da relação obrigacional, e apuração dos danos e do seu montante, que é a prestação devida. Nem sempre haverá entre os interessados consenso a respeito de todos esses pontos. Nem sempre haverá, portanto, espontaneidade de identificação da norma individualizada. Estabelecendo-se controvérsia a respeito de qualquer dos aspectos assinalados, estará instalada crise de identificação da norma, a demandar, para a sua solução, intervenção estatal. Mediante atividade cognitiva, o Poder Judiciário definirá, por sentença, o conteúdo da norma concretizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e sua prestação. Definida a norma concreta, a atividade jurisdicional poderá ser mais uma vez convocada se o seu cumprimento sofrer percalço, seja pela inércia do obrigado, seja por sua resistência, seja pelo atendimento insatisfatório da prestação. Nasce, aí, a pretensão à execução forçada.⁹⁹⁵

Afastou-se a relevância dos diferentes *efeitos* da sentença, para a classificação aqui proposta, em relação à qual o que de fato mostra-se relevante é apenas a eficácia *declaratória* natural ínsita à sentença de mérito,⁹⁹⁶ por meio da qual o juiz *certifica* a existência ou inexistência do direito reclamado, criando a "norma jurídica concreta".

A decisão judicial que verse sobre o mérito da causa, com aspirações de perenização por meio da coisa julgada, consubstancia "o preceito concreto que rege as relações entre os litigantes ou entre eles e o bem da vida sobre o qual controvertem".⁹⁹⁷

De outra banda, por *tutela providencial* designam-se as formas de tutela jurisdicional que, prescindindo da definição da norma jurídica concreta (ou seja, dispensando-se o julgamento), baseiam em atividades judiciais voltadas preponderantemente à atuação jurisdicional no campo dos fatos, *viabilizando* o

⁹⁹⁵ Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 23, 2003. p. 220 e 221.

⁹⁹⁶ "Subsiste, incólume, uma verdade básica: uma sentença pode conter elementos diversos e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos. O elemento declaratório, em particular, está presente em qualquer sentença. A cada elemento corresponderá um efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embutir no conteúdo da sentença aquilo que ela projeta no mundo exterior. Eis aí tudo, ou quase tudo, que cabe dizer em termos genéricos, sem forçar os contornos do real" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual – Quarta série*. Saraiva: São Paulo, 1989. p. 182).

⁹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. t. III. p. 230.

atendimento do interesse do indivíduo por uma intervenção calcada no *atendimento* dos direitos, e não em sua certificação.

Assim, por exemplo, a ação monitória, que pode conduzir à satisfação do interesse do credor por meio de cognição sumária, sem que o foco esteja no reconhecimento do direito, mas sim em sua *satisfação*, por meio do acesso simplificado à tutela executiva.

Não prepondera, como visto, qualquer atividade decisória do juiz sobre a lide. Esta, se houver, será circunstancial, a partir da iniciativa do contraditório porventura exercida, na forma prevista na lei processual, pelo requerido.

São processos sem *resolução* judicial, sem sentença de mérito.

Ainda no campo da *tutela providencial*, pensemos na ação de produção probatória antecipada (art. 381, CPC), que em minha percepção consubstancia exemplo claro de *processo sem sentença*, circunstância que decorre do fato de não há pedido de julgamento algum, mas apenas requerimento de produção da prova.

Claro que cognição haverá, mas restrita à admissibilidade da demanda, notadamente em relação à avaliação da *necessidade* (= interesse) da excepcional antecipação na produção da prova.

Vale ressaltar que tal demanda não mais está atrelada, como na legislação anterior, exclusivamente à urgência (era uma ação cautelar nominada prevista nos artigos 846 a 851 do CPC/73), mas sim é projeção do direito autônomo à prova.⁹⁹⁸

⁹⁹⁸ “Seu objetivo foi o de proporcionar aos interessados adequado ambiente para avaliação de suas chances e riscos em disputa judicial. Sem deixar de autorizar a medida quando houver risco de se tornar difícil ou impossível a verificação de fatos no decorrer do processo (art. 381, I, do CPC/15), a lei passou a permitir a antecipação como forma de melhor conhecimentos dos fatos para a propositura de demanda ou para a superação da controvérsia mediante autocomposição (inciso II). Como também já dissemos, ao desvincular a medida do requisito do perigo, o CPC/15 consagrou o que se pode denominar direito autônomo a prova; que, a rigor, encontra fundamento no direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), que, de sua parte, tem amplitude suficiente para autorizar o interessado a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto. O direito à prova, nessa condição, afeiçoa-se não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao social, de pacificação pela superação da controvérsia” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova desvinculada da urgência no CPC/15: até onde queremos ou podemos chegar? In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 80). O autor, em obra que consiste em versão comercial de sua tese de titularidade na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, já ponderava que a ação probatória autônoma destina-se a versar sobre o direito à prova como uma projeção do direito à tutela jurisdicional, apartando-se de situações em que a busca por determinada coisa (que eventualmente pode vir a servir como prova, tal como um documento) “resulte de uma posição jurídica situada no direito material”, como se verifica no habeas data ou em pretensão fundada no genérico direito constitucional à

Por meio dessa demanda não pretende o cidadão que o Estado julgue determinado conflito de interesses, que é considerado como mera referência, mas não como objeto do processo, pretendendo o interessado apenas a tutela jurisdicional que viabilize a realização de mera *providência* de índole probatória. Não se pede que o juiz decida, pede-se que ele pratique atos judiciais de outra natureza, ligados à admissão e à produção da prova.⁹⁹⁹

Nesse contexto, é correta e, mais do que isso, constitucionalmente adequada a regra do artigo 382, § 4º, do CPC, que considera inadmissível a apresentação de defesa ou recurso nessa espécie de processo.¹⁰⁰⁰

Se não há pedido e não haverá julgamento, é natural que não haja defesa, pela singela, mas suficiente, razão de que ela é *desnecessária*, não me parecendo corretos posicionamentos doutrinários que julgam inconstitucional o dispositivo.¹⁰⁰¹

Aceita-se, por óbvio, a plena participação do requerido e a reserva, para este, das oportunidades de acompanhar e, se o caso, impugnar algum aspecto da produção probatória. Além disso, o princípio do contraditório, pelo aspecto da *participação* que lhe é ínsito, manifesta-se também pela regra do § 3º do artigo 382 do CPC, segundo a qual os “os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

Mas, ao fim e ao cabo, não se espera que o juiz julgue, nesse processo, pedido algum, mas apenas que certifique a higidez formal dos atos instrutórios praticados sob sua direção. Não há, nessa medida, sentença que definirá a norma jurídica individual criada para o caso concreto, mas sim outra, de índole meramente formal e de diminuto

informação (art. 5º, XIV, CF) (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 235 e 236).

⁹⁹⁹ Tratei do tema, com maior amplitude, em: PINHO, Américo Andrade. Ações probatórias autônomas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 307, set-2020, p. 247-277.

¹⁰⁰⁰ “O procedimento da produção antecipada de provas não possui nenhum pedido condenatório, constitutivo ou declaratório e não pode, portanto, produzir nenhum efeito jurídico material na esfera das pessoas que participam desse procedimento, motivo pelo qual não há necessidade de nenhum tipo de defesa ou de recurso” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104).

¹⁰⁰¹ Por todos: “Outra situação de grave distorção ao processo constitucional e conseqüente violação do devido processo legal, norma processual fundamental, se escancara nas normas do artigo 382, § 4º, quando o Código normatiza o procedimento de produção antecipada de prova, ali se consolidando verdadeiras barbaridades inconstitucionais” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte, D’Plácido, 2020. p. 57).

conteúdo decisório, destinada a marcar a extinção do processo.

Nesse ponto a ação probatória autônoma aparta-se da tutela antecipada antecedente, já que o cerne desta é uma decisão que se conecta diretamente com o litígio, dispondo sobre o direito material em disputa, ainda que fundada em cognição sumária.¹⁰⁰²

Mas, para além dessa e outras distinções existentes entre tais espécies de prestação jurisdicional, vê-se que ambas mantêm ligação por esse relevante aspecto, de que são processos cuja solução ou, por outra, cujo atendimento dos interesses da parte que tem razão não depende da prolação de uma sentença que julgue as pretensões inseridas no processo, já atendidas por decisões interlocutórias anteriores, que tenham autorizado a produção da prova, no primeiro caso, ou concedida a pretendida antecipação de forma antecedente, no segundo.

Outro exemplo de processo sem sentença é a execução de título extrajudicial.

Nesse caso a sentença é dispensada porque a lei previamente prevê condição para que se considere presente o direito perseguido e autorize-se a prática de atos jurisdicionais típicos dessa espécie de processo (voltados à expropriação de bens de devedor e à satisfação do credor), qual seja a sua previsão em títulos executivos, documentos previamente definidos pela lei como aptos a franquear o acesso do litigante ao processo de execução.¹⁰⁰³

Mas, ainda assim, o fato é que mesmo sendo menor a cognição desenvolvida pelo juiz para autorizar o desenvolvimento da pretensão processual executiva – posto que restrita à verificação dos requisitos formais de um dado documento apresentado como título executivo – o que se tem é a alteração do mundo fático independentemente de *sentença judicial*.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² “De outro lado, a tutela sumária, assim como a exauriente, diz respeito ao mérito da demanda. Contudo, ao invés de exigir a certeza, satisfaz-se com a probabilidade, sem deixar, com isso, de se debruçar sobre o juízo probabilista do próprio direito material debatido na lide. Não deixa, no fundo, de analisar o próprio conteúdo do direito substancial alegado, só o *standard* da avaliação é que é diverso; troca-se a certeza pela probabilidade, a verdade pela verossimilhança. Muda-se o vetor de racionalidade da decisão, mas se mantém íntegra a proteção ao interesse juridicamente tutelado do interessado” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 99).

¹⁰⁰³ Após apresentar detalhada exposição sobre várias teorias a respeito da natureza do título executivo, Sérgio Shimura conceitua-o “como o documento ou o ato documentado, tipificados em lei, que contém uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação executiva” (*Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 139).

¹⁰⁰⁴ “A execução forçada com base em documentos outros, públicos ou particulares, que não a sentença condenatória, abriu à humanidade novos horizontes para o incremento da economia e para valorização

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni:

A técnica dos títulos executivos extrajudiciais também é uma técnica de sumarização, à medida que elimina a necessidade de o juiz averiguar a existência do direito, que o próprio título faz presumir presente. A limitação ao direito de defesa igualmente decorre de um critério racional, justificado pelo alto grau de probabilidade conferido pelo título. Como o título indica apenas um alto grau de probabilidade, assume-se o risco de eventual erro em virtude daquilo que comumente ocorre. O risco de erro é deliberadamente aceito em razão de uma maior efetividade da tutela dos direitos.¹⁰⁰⁵

Em sua tese de livre-docência, publicada comercialmente em 2017, Heitor Vitor Mendonça Sica propôs o “reenquadramento da execução de título extrajudicial no campo dos processos cognitivos sumários”,¹⁰⁰⁶ indicando que:

O fundamento para tanto, é valorização da cognição realizada pelo juiz ao ensejo do início da execução de título extrajudicial, a qual concerne não apenas a aspectos de direito processual, mas igualmente relação jurídica de direito material. Tal atividade cognitiva inicial, embora sumária, cumpre, a um só tempo, tanto o papel da cognição que precede a formação dos títulos executivos judiciais (que é normalmente plena e exauriente) quanto o da cognição exercida ao ensejo da deflagração das atividades executivas em sede de cumprimento de sentença (que é sumária e limitada em razão da eficácia preclusiva que recobre o título judicial).¹⁰⁰⁷

Essa engenhosa construção teórica, claro, não se fundamenta nos argumentos aqui expostos, com vistas à demonstração da existência dessa categoria de *tutela jurisdicional providencial*, mas confirma que, mesmo havendo cognição no processo de execução, não é ele baseado no exaurimento de tal cognição, tratando-se igualmente, pois, de processo *sem sentença*.

Valioso, a guisa de arremate deste tópico, o pensamento crítico de Roberta Tiscini, que questiona a ideia de julgamento propriamente dito como requisito da função jurisdicional:

Se si cerca nel sistema positivo il fondamento di tale convinzione, il quadro

do processo judicial como instrumento cada vez mais eficiente para a missão pacificadora que lhe foi confiada. Os anseios da humanidade, no entanto, não ficaram saciados com a instituição de um pequeno número de documentos que se equiparado à sentença para o fim de propiciar ingresso à execução forçada. Há alguns séculos que a tônica do comércio e da ciência jurídica, nesse tema, tem sido a de ampliar o elenco dos títulos executivos extrajudiciais e de facilitar aos credores, no máximo possível, o acesso a tais títulos e, conseqüentemente, à tutela jurisdicional executiva” (JUNIOR, Humberto Theodoro. *A nova lei de execução fiscal*. São Paulo: EUD - Edição Universitária de Direito, 1982. p. 285).

¹⁰⁰⁵ *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

¹⁰⁰⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 223.

¹⁰⁰⁷ Idem, p. 223-224. Adiante complementou seu raciocínio: “O que caracteriza a execução de título extrajudicial como processo cognitivo sumário é a suficiência da cognição sumária inicial para outorga de tutela jurisdicional em favor do demandante. É exatamente o que ocorre na ação monitória, em que não se põe em dúvida a existência de cognição sumária inicial sobre o objeto litigioso, o que, aliás, é reforçado pelo art. 701 do CPC de 2015” (idem, p. 229).

cambia: si scopre che l'accertamento non è requisito essenziale della funzione giurisdizionale decisoria, bensì è effetto (o qualità degli effetti) solo della sentenza di merito, posta a conclusione del giudizio a cognizione piena. Sicché, venuti meno quella e questo, anche la stabilità dell'accertamento perde i suoi caratteri di indispensabilità.¹⁰⁰⁸

5.5. Institutos análogos do direito processual estrangeiro

A análise do perfil da tutela antecipada antecedente realizada neste trabalho não pode prescindir da verificação da existência de institutos semelhantes em outros países,¹⁰⁰⁹ dado que pode trazer elementos interessantes acerca da viabilidade do modelo que vislumbro como portador de toda potencialidade contida nos dispositivos que a regulam, baseado na ideia do direito a uma mera providência jurisdicional.

Claro que essa abordagem é limitada a cinco países, ou melhor, a cinco *experiências* versando sobre institutos que, em maior ou menor grau, de fato parecem corresponder à ideia de *tutela de urgência satisfativa autônoma* e que, nessa medida, bem podem *dialogar* com a tutela antecipada antecedente brasileira.

A proposta é de uma análise descritiva de caracteres gerais dos institutos abordados, seguindo-se o mesmo método baseado em pesquisa bibliográfica até aqui adotado e forte na advertência (ou conselho) de Edoardo Ricci, no sentido de que a análise que parte do observador “externo” pode auxiliar na busca do significado mais amplo do tema analisado, “colhendo com particular evidência o seu significado no mais amplo contexto ao qual pertencem soluções acolhidas em outros países”.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁸ TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Turim: G. Giappichelli, 2009. p. 7.

¹⁰⁰⁹ Lúcida a observação de Cândido Rangel Dinamarco: “A identificação e a definição do modelo processual de dado país só têm significado quando ele é posto em confronto não só com as legislações do passado (história) mas também com os ordenamentos jurídico-processuais de outros países. Esse trabalho de comparação jurídica deve ter por ponto de partida que a regra de ouro de toda comparação jurídica consiste na utilidade que ela possa propiciar à melhor compreensão e operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados” (*Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 301).

¹⁰¹⁰ A pequena citação direta é parte um excerto maior, que por coincidência diz respeito à tutela antecipada brasileira em sua primeira versão (1994), mas que revela ponderações oportunas sobre o valor do mérito comparativo no estudo do processo civil: “Como estrangeiro, não posso adentrar nos problemas emergentes da nova tutela antecipatória – introduzida no Brasil pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994 – com a mesma postura dos juristas desse país. É provável que muitos problemas não me chamem atenção, sobretudo quando se trata de questões de estrito caráter interpretativo em relação a hipóteses específicas; e, em qualquer caso, seria muito imprudente intervir em questões de interpretação para sugerir soluções concretas. Os problemas de estrito caráter interpretativo e aplicativo são próprios de quem é chamado a contribuir na aplicação cotidiana do direito, ou pelo menos a auxiliá-la, oferecendo consultorias e pareceres. Um estrangeiro que considera o direito brasileiro sob um ponto de vista externo deve abster-se de pronunciar-se. No que concerne às questões de estrita

5.5.1. As medidas autosatisfactivas do direito argentino¹⁰¹¹

No já citado estudo realizado por Ada Pellegrini Grinover (apresentado como relatório em conferência realizada no “XII Congresso Mundial de Direito Processual”, que teve lugar na Cidade do México entre os dias 22 e 26 de setembro de 2003),¹⁰¹² chamou minha atenção a referência às *medidas autosatisfactivas* do direito processual argentino, tanto pelo seu ressaltado “carácter material”, como também pela referência a serem elas decorrentes de “sólida doctrina y de una jurisprudencia ingeniosa”.¹⁰¹³

A partir de meados dos anos 1990, Jorge Walter Peyrano, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidad Nacional de Rosario, na Argentina, passou a publicar estudos em que vislumbrava a possibilidade de adoção, no âmbito jurisdicional, de medidas que embora urgentes e de todo afinadas com a ideia de efetividade do processo, não ostentavam características típicas do processo cautelar.

Se a urgência na obtenção do provimento jurisdicional aproxima tal instituto das

interpretação e aplicação das novas normas sobre a tutela antecipatória brasileira posso, em suma, apenas ler e ouvir aquilo que os amigos brasileiros escrevem e dizem. No entanto, mesmo um jurista estrangeiro pode inferir as linhas fundamentais do novo instituto, colocando o seu perfil mais importante como objeto da própria meditação; e a reflexão sobre os aspectos fundamentais do instituto, provinda de um jurista estrangeiro, talvez possa apresentar um particular interesse. O ponto de vista de quem considera o direito brasileiro pelo lado externo (e portanto de uma relativa distância) pode, com efeito, ser particularmente útil, quando – deixando por um segundo os problemas de aplicação, que podem surgir em cada caso concreto – se colocam como indagações de carácter histórico ou de iure condendo. Considerando do exterior as linhas principais de um instituto, o observador pode, justamente, ser atraído pela comparação com outras experiencias, colhendo com particular evidência o seu significado no mais amplo contexto ao qual pertencem soluções acolhidas em outros países. Ademais – uma vez que do cotejo nascem sempre, se não sugestões, ao menos hipótese de trabalho sobre a possível evolução futura –, o ponto de vista do estrangeiro pode ser interessante sobretudo quando se estuda o direito positivo como o momento intermediário entre o passado e o futuro, questionando em que direção e para quais objetivos se deva prosseguir” (RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Gênesis Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 6, set.-dez. 1997. p. 691/692).

¹⁰¹¹ Este tópico, reelaborado e contextualizado neste trabalho, é parte menor de artigo de minha autoria, denominado “As medidas autosatisfactivas do direito argentino como racional forma de prestação da tutela jurisdicional”, publicado no número 301 da *Revista de Processo*, de março de 2020 (p. 359–380). Tal estudo foi o resultado de pesquisa bibliográfica realizada no mês de novembro de 2018, a partir de contatos travados com os Professores Eduardo Oteiza, Francisco Verbic e Leandro Giannini (todos da Universidad Nacional de La Plata), junto ao valioso acervo da Biblioteca Central da *Suprema Corte de Justicia* da mesma cidade, capital da Província de Buenos Aires.

¹⁰¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia. Informe general (“civil law”). In STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez (coord.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

¹⁰¹³ *Idem*. p. 173.

medidas cautelares em geral, seu caráter satisfativo, como também seu processamento de modo autônomo e independente (na medida em que um processo tido como *principal* sequer é necessário), surgem como principais traços distintivos, desde que adotada, frise-se, a concepção “clássica” do processo cautelar mais difundida pela doutrina, ou seja, como meramente acessório de uma ação *tida* como principal, tema de que se ocupou o tópico 3.4.10, *retro*.

Ponderou Peyrano que “*algunas ‘situaciones de urgencia’ no pueden encontrar una debida solución en el marco del proceso cautelar ortodoxo*”, justamente porque o interesse do jurisdicionado pode ser restringir-se apenas a

remover la urgencia, y punto. Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar que realmente le importa”.¹⁰¹⁴

Dessa constatação empírica de que em algumas situações apenas a concessão de tutela de urgência é que importa ao cidadão – e não necessariamente a instauração sacramental de um processo que, sob o pálio da cognição exauriente, tenda à formação de coisa julgada – e também apoiado no conhecido aforisma por ele talhado (“*todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar*”)¹⁰¹⁵, Peyrano desenvolveu uma série de estudos destinados a traçar o perfil das *medidas autosatisfactivas*.

Mais do que uma mera *espécie* do *gênero* “tutela diferenciada”, as medidas autosatisfativas representam a possibilidade de obter uma resposta jurisdicional adequada a tutelar direitos lesados ou ameaçados de lesão em razão de uma situação de urgência *qualificada*.

Tal urgência é denominada, na doutrina argentina, como *pura* ou *intrínseca*, em contraposição à *funcional*, própria da concepção “clássica” das medidas cautelares e

¹⁰¹⁴ Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, 1997, n. 15, p. 11. Em estudo publicado quase vinte anos depois, Peyrano aprofundou esse aspecto: “La autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar. Si se pretendiera una descripción más completa podríamos agregar que procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida. Para encuadrarse en el susodicho esquema, quien está interesado en conseguir una tutela jurisdiccional “urgente”, insoslayablemente deberá imaginar —y a veces inventar— una acción principal (que frecuentemente no le interesa) para poder encaballar en la misma el requerimiento que formula respecto de una pronta tutela jurisdiccional” (La medida autosatisfactiva, hoy. Base de datos eletrônica Thomson Reuters - *La Ley* 2014-C).

¹⁰¹⁵ Lo urgente y lo cautelar. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, 1995, n. 10, p. 130.

seu caráter preponderantemente acessório.¹⁰¹⁶

Delineado o apartamento das *autosatisfactivas* das cautelares em geral, tem-se que também com a tutela antecipada aquelas não se confundem.

Partindo, como dado objetivo, da concepção de tutela antecipada delineada pelo direito positivo brasileiro – baseada na urgência ou na evidência – o fato é que tal figura reclama, notadamente quando deduzida de forma incidental, posterior *ratificação* pela sentença proferida ao final do processo.

A tutela antecipada não é, dito de outra forma, *autônoma* como a *autosatisfactiva*, que se caracteriza por ser uma medida que se esgota em si mesma, sem necessidade de sentença posterior, consubstanciando, no nosso sentir, uma *intervenção jurisdicional* imediata e incidente no plano fático, própria para hipóteses em que não seja necessária a “resolução” jurisdicional por meio do julgamento da lide.

Parece correta, justamente por isso, a utilização da expressão “processo desnecessário”¹⁰¹⁷ para identificar situações que reclamam não mais do que uma *providência jurisdicional* que tutele o direito material de pronto, como nos exemplos expostos adiante

Ainda que, por óbvio, a utilização da medida autosatisfativa renda ensejo à formação de uma relação processual, com observância do contraditório, mesmo que diferido, a expressão “processo desnecessário” deve ser entendida como uma figura de linguagem, designativa da dispensabilidade de posterior prolação de sentença que,

¹⁰¹⁶ “Cuando concurre una “urgencia funcional” advertimos que intermedia una relación “indirecta o mediata” entre la petición cautelar y el daño a evitar. No se enfoca a la urgencia per se, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal. (...) Ahora bien, existe – y tal realidad es innegable al más imperito observador – aquella clase de “urgencia” de diverso tenor a la que hemos denominado “urgencia pura o intrínseca”. La “urgencia pura” se presenta cuando se da un verdadero *periculum in mora*, vale decir que se da una muy fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable ante los estrados judiciales, si no hace ya mismo lo conducente a conjurarlo”. (PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María Carolina. Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. In EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I. p. 54).

¹⁰¹⁷ “Este concepto del proceso innecesario debe discriminarse claramente en sus dos facetas de incidencia, pues por un lado opera como característica de la medida (autónoma, no accesoria), y, en el otro, hace las veces de presupuesto (agotamiento con su dictado). Dicho de otro modo, autonomía instrumental por ser la medida un proceso que no tributa con otro, y autonomía en la resolución del conflicto, pues no requiere de otro proceso que la sostenga, sentencia que confirme lo decidido o declare un derecho más allá de la concreta postulación *autosatisfactiva*” (PEYRANO, Jorge W., Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?. *Revista de Derecho Procesal*. Santa-Fe, v. 2008-2. Arquivo digital).

confirmando ou cassando aquela medida, ponha fim ao processo.¹⁰¹⁸

Daí advém, por óbvio, a utilização do prefixo “auto” na nomenclatura atribuída à tal figura, indutor dessa sua característica mais peculiar, que é justamente seu pronto esgotamento, ínsito à decisão concessiva.

Apona Peyrano outras características que distinguem a medida autosatisfativa da tutela antecipada:

Claros son los distinguos que separan a la autosatisfativa de la tutela anticipada de urgencia. Son ambos formatos de la categoría de los procesos urgentes, pero no deben ser confundidos. La primera configura un proceso autónomo que persigue dar respuesta a la urgencia que justifica su promoción, pudiendo ser utilizada solamente cuando la materia debatida admite un debate comprimido y una prueba simplificada; y despachable favorablemente siempre y cuando concurra una extremadamente fuerte verosimilitud o apariencia de "buen derecho". La tutela anticipada de urgencia, en vez y a diferencia de lo que creíamos otrora, es exigente en materia de apariencia de "buen derecho", pero en menor medida que lo que sucede con la autosatisfativa; estando diseñada para solucionar una urgencia que no ha sido el motivo principal de la iniciación del proceso principal en el cual se inserta.¹⁰¹⁹

Os pressupostos para a concessão de tais medidas foram bem sistematizados pela doutrina argentina, destacando-se:

a) a pretensão deduzida pelo autor não deve visar a declaração de um direito, mas sim ser consubstanciada em providência que leve à cessação imediata de condutas omissivas ou comissivas, produzidas ou de ocorrência iminente, contrária ao direito subjetivo daquele;

b) demonstração da marcante probabilidade da existência de tal direito, de modo mais qualificado que a mera verossimilhança, sem demandar aptitude de debate, “debiendo tratarse de una cuestión líquida”.¹⁰²⁰

c) presença de urgência “pura” ou “intrínseca”, com a demonstração *prima facie* da ocorrência de situação urgente com claro potencial lesivo do próprio direito subjetivo (*pericullum damni*);

¹⁰¹⁸ “Sin duda el mayor beneficio del instituto radica en su maleabilidad para acordar una protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto” (DE LOS SANTOS, Mabel A.. Diferencias entre la medida autosatisfativa y la cautelar. In EGUREN, María Carolina (coord..). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I. p. 469).

¹⁰¹⁹ Medida autosatisfativa y tutela anticipada de urgencia. Base de dados eletrônica Thomson Reuters - La Ley 21.09.2012.

¹⁰²⁰ PEYRANO, Jorge W. La medida autosatisfativa, hoy. Base de dados eletrônica Thomson Reuters - La Ley 2014-C.

d) por fim, a eventual prestação de caução pelo interessado, como *contracautela*, desde que assim reclame o caso concreto, a partir de um juízo de proporcionalidade.¹⁰²¹

Novamente destacado que se tratar de instrumento nascido do profícuo encontro da inspiração da doutrina com a alentada “boa vontade” da jurisprudência (atributos nem sempre verificados), tais requisitos foram acolhidos, com maior ou menor variação, pela legislação que se sucedeu

A República Argentina é composta por vinte e três províncias (equivalentes aos nosso Estados), além da Ciudad Autónoma de Buenos Aires, com *status* de Distrito Federal. Cada uma dessas províncias conta com seu próprio *Código Procesal*, que regulamenta as causas de competência dos órgãos jurisdicionais locais.

O “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina” (CPCCN ou CPN) entrou em vigor no dia 1^o de fevereiro de 1968, aprovado pela Lei 17.454, tendo sido parcialmente modificado por leis posteriores, com destaque para a Lei 22.434, de 16 de março de 1981, a Lei 24.573, promulgada em 25 de outubro de 1995 e, finalmente, a Lei 24.588, de 22 de novembro de 2001.¹⁰²²

O CPCCN aplica-se às causas que tramitam perante os tribunais da Justiça Federal, em todo o país, e também nos foros da “justicia ordinaria” (assim entendida em contraposição à Justiça Federal) da Capital Federal.

Como informam Belsito e Caporale, a incorporação da nomenclatura “*medidas autosatisfactivas*” pelo direito positivo argentino deu-se pela primeira vez por uma lei esparsa da provincia de Santa Fe (Ley 11.529/97), destinada à proteção contra a violência familiar.¹⁰²³

¹⁰²¹ PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María Carolina. Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. In EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I. p. 58.

¹⁰²² BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. Las reformas procesales en la Republica Argentina. In OTEIZA, Eduardo (coord.). *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 63 e 64.

¹⁰²³ BELSITO, Cecilia; CAPORALE, Andres. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005. p. 59. O dispositivo legal é assim redigido: “ARTÍCULO 5.- Medidas Autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control. b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar. c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal. d) Decretar provisoriamente cuota

Até o final de 2018, as *medidas autosatisfactivas* eram previstas nos Códigos de Processo Civil das províncias de Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan e Santiago del Estero, havendo referência a anteprojetos de lei prevendo-as para as províncias de Santa Fe e Buenos Aires, como também do próprio CPCCN.¹⁰²⁴

O primeiro desses diplomas legais, de Chaco (província situada ao norte da Argentina), foi alterado para prever as *autosatisfactivas* em 1999, sendo certo que um novo Código foi lá adotado a partir de 2016, novamente contemplando-as em seu artigo 253:

Artículo 253: Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, este podrá exigir la prestación de caución suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describe:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los Jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto no suspensivo, o iniciar

alimentaria, tenencia y derecho de comunicación con los integrantes del grupo familiar, sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes de similar naturaleza. e) Recabar todo tipo de informes que crea pertinente sobre la situación denunciada, y requerir el auxilio y colaboración de las instituciones que atendieron a la víctima de la violencia. El juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciativas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima; hacer cesar la situación de violencia, y evitar la repetición de hechos de agresión o malos tratos. Podrá asimismo, fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene, teniendo en cuenta el peligro que pudiera correr la persona agredida; la gravedad del hecho o situación denunciada; la continuidad de los mismos; y los demás antecedentes que se pongan a su consideración. Posteriormente a la aplicación de las medidas urgentes antes enunciadas, el juez interviniente deberá dar vista al Ministerio Público y oír al presunto autor de la agresión a los fines de resolver el procedimiento definitivo a seguir”.

¹⁰²⁴ PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María Carolina. Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas. In EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I. p. 76.

un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Além de revelar a nítida diferença existente entre a técnica de redação legislativa adotada no país vizinho, tal dispositivo apresenta todos os requisitos para a concessão da *medida autosatisfactiva* expostos pela doutrina, antes destacado. Ademais, traça contornos da aplicação do instituto, quais sejam:

- a) necessidade de pedido expreso;
- b) seu caráter excepcional;
- c) possibilidade de fixação de limites temporais para as medidas;
- d) não sujeição ao caráter instrumental e à caducidade próprios do processo cautelar;
- e) necessidade apenas excepcional de prévia oitiva da parte contrária.

A parte final do dispositivo trata da forma de exercício do contraditório, tido como eventual, por meio de impugnação recursal ou por meio da propositura de ação que, rediscutindo a lide subjacente, infirme a medida, sendo a opção levada a efeito pelo réu excludente da outra, com excepcional possibilidade de efeito suspensivo, desde que demonstrado o risco de dano reverso decorrente da manutenção da medida.

Os outros diplomas citados possuem, em essência, previsões substancialmente idênticas a essas, não sendo necessária sua enfadonha reprodução aqui.¹⁰²⁵

Parece correto concluir, portanto, que as *medidas autosatisfactivas* têm plena aplicação (e, mais do que isso, possuem *valor concreto* como técnica processual) em situações específicas em que não é *útil* ao jurisdicionado a obtenção de uma

¹⁰²⁵ Destaco, por considerar relevantes, que os Códigos das províncias de La Pampa (a partir de 2000), Formosa (2002), Corrientes (2006), San Juan (de 2008, que usa nomenclatura diversa para o instituto, embora igualmente eloquente: "satisfacción inmediata de pretensión") e Santiago del Estero (2008), contêm interessantes disposições, no sentido de atrelar o cabimento da autosatisfactiva à sustentação, pelo interessado, que a proteção de seu interesse jurídico não dependa da posterior promoção de um processo de conhecimento.

certificação judicial advinda do julgamento final de mérito, sendo mais *adequada* à tutela de seu direito a manifestação judicial que implique em uma *providência jurisdiccional* imediata, com aptidão para pronta influência no mundo fático.

Aí reside o *interesse processual* que legitima o uso das autosatisfativas, sendo nítido o seu cabimento no âmbito da tutela inibitória e de remoção do ilícito, assim entendida como formas de prestação jurisdiccional contrapostas à tutela meramente ressarcitória.¹⁰²⁶

Peyrano aponta como *leading case* da aplicação das *medidas autosatisfactivas* o caso de um associado de uma cooperativa de trabalho que foi dela excluído, motivando a interposição de recurso perante a assembleia ordinária, sendo certo que as normas estatutárias garantiam que enquanto não equacionada a questão pela assembleia o interessado manteria sua condução de associado, podendo “ejercitar todos los derechos y obligaciones correspondientes”.¹⁰²⁷

Ocorre que ao se apresentar, determinado dia, para cumprir suas tarefas habituais, foi impedido de entrar na sede da cooperativa pelo presidente do conselho de administração, criando-se assim o que a doutrina argentina denomina como “*via de hecho*”, situação designativa, para além de uma tradução meramente literal (“vias de fato”), de uma ocorrência fática desprovida de lastro legal, injusta.

Outro exemplo concreto de aplicação da medida foi exposto por Claudio

¹⁰²⁶ “Como anticipábamos al final del punto anterior, en estos casos es importante distinguir entre la pretensión reparatoria y la pretensión inhibitoria. Algunos afectados pueden optar por promover acciones que involucren ambas pretensiones. Pero otros pueden estar interesados exclusivamente en una pretensión inhibitoria. En estos últimos casos, la tutela inhibitoria tiene por objeto la prevención del daño mediante la obtención de una orden judicial que impida que éste sea causado, o bien, para que cese el daño que se está padeciendo. Desde el punto de vista procesal, existen diferentes maneras de acceder a estas tutelas inhibitorias. Se pueden plantear en una acción principal, en un juicio de conocimiento donde se solicita como pretensión el cese de una conducta dañosa; se pueden plantear a través de una medida cautelar innovativa que ordene el cese provisional de la conducta dañosa mientras se tramita un juicio principal; y se pueden plantear a través de las llamadas medidas autosatisfactivas. La medida autosatisfactiva es aquella que importa una satisfacción definitiva de los requerimientos del accionante (motivo por el cual se sostiene que es autónoma), no dependiendo su vigencia y su mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una demanda principal. Se trata de una acción judicial orientada a brindar al justiciable una tutela inhibitoria inmediata, que en este caso puntual, apunta a la suspensión de los efectos del ilícito en los servicios de búsqueda, que contribuyen -voluntaria o involuntariamente- en el agravamiento del daño padecido por la víctima” (VIBES, Federico. Medidas autosatisfactivas y derecho al honor en Internet. Base de datos electrónica Thomson Reuters - La Ley 24.02.2014).

¹⁰²⁷ Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, 1997, n. 15, p. 23.

Fernando Cupo.¹⁰²⁸

O Banco Central da República Argentina, no final dos anos 1990, estabeleceu um critério de classificação dos devedores de entidades financeiras em seis categorias: 1) situação normal; 2) risco potencial; 3) com problemas; 4) alto risco de insolvência; 5) irrecuperável ou incobrável; 6) irrecuperável ou incobrável por disposição técnica.

A razão de tal classificação reside no fato de que, por meio de decretos federais, ficou estabelecido que apenas os devedores inseridos nas categorias 4, 5 e 6 poderiam quitar seus débitos, independentemente da aceitação dos bancos credores, com títulos da dívida pública nacional, com a clara intenção de “*ayudar al sector privado para hacer frente a sus obligaciones con el propósito de reducir sus deudas*”, mas criando certo privilégio em favor de “*morosos agravados*”, que podiam adquirir títulos com deságio em relação ao seu valor nominal com essa finalidade.

Foi assim que uma sociedade empresária destinada à exploração de serviços hospitalares (“Sanatorio Juan XXII”) obteve, junto ao Juízo Federal de General Roca (situada na Província de Rio Negro), autorização para também se valer de tais títulos para quitar seus débitos, apesar de encontrar-se na situação de regular cumprimento de suas obrigações.

A requerente valeu-se de uma *autosatisfactiva*, expondo a evidencia de sua pretensão na inconstitucionalidade dos decretos antes citados (por ofensa à regra da isonomia e ao direito de propriedade), no que foi atendida pelo juízo de primeira instância, não havendo notícia da alteração da decisão em sede recursal.

Colaciona-se também outro caso de utilização bem sucedida dessa medida,¹⁰²⁹ em que o pedido foi formulado pela mãe detentora da guarda da filha adolescente, objetivando o suprimento da autorização do pai (cujo paradeiro era ignorado e de quem se encontrava separada de fato) para viagem desta ao exterior, a fim de participar de encontro religioso em Jerusalém, convocado pelo Papa João Paulo II, no ano de 2000.

O juiz de primeira instancia rejeitou o pedido, sob o argumento de que a via do

¹⁰²⁸ CUPO, Claudio Fernando. Medidas autosatisfactivas. Su aplicación en el derecho público. Base de datos eletrônica Thomson Reuters - *La Ley 2002-D*.

¹⁰²⁹ Narrado por CAPUANO TORNEY, Carola. “La medida autosatisfactiva y la eficacia del proceso”. Publicado en: *LLC2002-43*, 2002.

procedimento comum deveria ter sido utilizada, até porque a urgência invocada teria sido “criada” pela própria interessada, que poderia ter adotado a providência em data anterior.

Já em segunda instância, contudo, a pretensão foi concedida tal como pleiteada, apoiando-se a decisão, basicamente, nos seguintes argumentos: a) o procedimento comum não seria apto a tutelar a situação concreta, em razão da proximidade da viagem; b) a urgência e as peculiaridades do caso concreto (desaparecimento do pai, motivação da excursão, etc.), apontam para a “fuerte probabilidad” de atendimento da pretensão, terminando por rechaçar o “rigorismo formal” com que tratada a questão na instância inferior, em prejuízo da interessada.

Muitas parecem ser as possibilidades,¹⁰³⁰ a depender, claro, das contingências fáticas de cada caso.

A característica mais marcante das *autosatisfactivas*, como visto, é o fato de servirem como meio de invocar resposta jurisdicional imediata contra ato ilícito, praticado ou iminente, em situações de comprovada urgência, em que a *crise jurídica* que subjaz à lide não reclama uma decisão final concebida sob o pálio da *ordinariedade* e acobertável pela coisa julgada; dito de outra forma, não exige um sacramental *acertamento* daquela *crise* por meio de sentença.

Não por acaso, esgotam-se em si próprias, não reclamando elastério procedimental ou posterior sentença que ponha termo ao processo, confirmando-a ou revogando-a.

Por conta de tal perfil, as principais críticas que se lançam contra as *autosatisfactivas* repousam em cogitações de afronta à regra do contraditório.

Colaciona-se da doutrina, por todos, o posicionamento de Leonardo Bordenave, que em monografia dedicada a defender a inconstitucionalidade das medidas autotisatisfactivas, pondera que “no puede un proceso ser ‘eficaz, eficiente y efectivo’ si no es también ‘debido’”.¹⁰³¹

Para ele, há inobservância do devido processo legal porque se admite que o

¹⁰³⁰ “En el campo de la tutela del derecho a la vida y a la salud se ha hecho frecuente aplicación de las medidas autosatisfactivas como formato procesal idóneo para otorgar tutelas preventivas” (TANZI, Silvia Y.; PAPILLÚ, Juan M. Juicio de amparo en salud. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 237).

¹⁰³¹ *La medida autosatisfactiva: como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna*. Rosario: Juris, 2009. p. 71.

juiz resolva definitivamente uma questão litigiosa apenas a partir do alegado pelo autor, sem “confrontación dialéctica de las partes”,¹⁰³² vulnerando-se, com isso, não só o princípio do contraditório, mas também da igualdade, posto que privilegiada a posição do autor.¹⁰³³

Não se duvide que as *autosatisfactivas* desafiam a postura neutra do juiz, não raro atrelado a rígidos ritualismos e excessivamente distante do conflito cuja missão é solucionar de acordo com o Direito. Nem por isso, todavia, há rompimento do princípio da isonomia processual, posto que preservado o contraditório e a correlata idéia da bilateralidade da audiência.

A ideia que, mesmo implicitamente, está contida nas críticas endereçadas às *autosatisfactivas* está assentada na preservação dos valores conectados à ideologia do garantismo processual, que tem na neutralidade do juiz um dos seus pilares.

Assim o posicionamento de Nazareno Díaz Orrac:

Entonces, al momento de enfocarnos en cómo se van a resolver heteropositivamente los conflictos intersubjetivos de intereses, —esto es, en el ámbito del proceso— nuevamente podremos poner el acento en la figura del Estado — representado por el Poder Judicial, los jueces — (Activismo), o bien, privilegiar la figura de los justiciables frente a ese poder estatal, rodeándolos de garantías fundamentales que funcionen —a la postre— como límites a ese poder concentrado en el Estado (Garantismo).¹⁰³⁴

Não me parece procedente essa crítica, vez que o assim chamado *ativismo judicial* não é, com a singeleza pretendida, uma corrente ideológica essencialmente focada na figura do juiz, ao menos não em contraposição ao entendimento de que o *garantismo processual* encerra ideologia apoiada na preponderância da figura dos jurisdicionados.

Em última análise, a atuação mais presente do julgador dá-se, como regra, não para a satisfação mesquinha de uma cogitável (e na esmagadora maioria dos casos ausente) ânsia pelo exercício do poder, mas sim com vistas à *garantir* (não é em vão o uso deste verbo) a *efetividade* do processo, idealizada ao atendimento da parte que tem razão.

Eventual foco na atuação do juiz, como *agente* responsável pela prestação da

¹⁰³² *Idem*, p. 74

¹⁰³³ *Idem*, p. 89.

¹⁰³⁴ Tutela anticipada y la pretendida reformulación de los pilares del debido proceso: ‘Una visión desde la atalaya de las garantías constitucionales’. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 95, jul./set. 2016, p. 231.

tutela jurisdicional, nessa quadra, deve ser entendida como *meio*, e não fim.

Apartando-se do embate excessivamente ideológico que caracteriza as cogitações *garantistas*,¹⁰³⁵ o fato é que a alegação de ofensa ao princípio do contraditório parece ser o único ponto em que se colocam em xeque, de modo concreto, as vantagens das *medidas autosatisfactivas*.

As críticas, todavia, carecem de maior significação por partirem de premissa apartada da realidade, qual seja a de que apenas o contraditório *prévio* à decisão judicial é que atenderia de modo pleno o princípio, assunto de que se ocupou o tópico 2.2.2, *retro*.

O contraditório, a partir da delineação legal das *medidas autosatisfactivas*, é exercido posteriormente, a critério do réu, tal como previsto pelo antes transcrito artigo 253, 'e', do Código de Processo Civil da Província de Chaco, segundo o qual cabe ao requerido optar por impugná-la com "*la interposición directa del recurso de apelación*" ou "*iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición*", ambos sem efeito suspensivo, disposição esta replicada, com sutis diferenças, nos demais diplomas provinciais que preveem as autosatisfativas.

Não há, segundo me parece, qualquer razão para negar a conformação constitucional de tal técnica processual, pois essa *inversão do contraditório* é de uso corrente, no processo civil brasileiro, na tradicional sistemática dos títulos executivos extrajudiciais, "instrumento tão apreciado pela mesma doutrina processual que a repudia, nas demais hipóteses".¹⁰³⁶

Que eventualmente se verifiquem abusos no uso das *medidas autosatisfactivas* por litigantes ímprobos é algo circunscrito à firme condução do processo pela

¹⁰³⁵ Em lúcido texto, em que expõe o exagero de posições extremadas sobre o tema, que acabam politizando questões puramente técnicas ligadas à direção material do processo pelo juiz, Joan Picó i Junoy ponderou: "Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibile desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la "Justicia" también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en abandonar posiciones absolutas del problema y buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso" (El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado. In AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 112).

¹⁰³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100.

autoridade judiciária, que não desqualifica tal técnica processual como valioso instrumento, para situações específicas, em que a pronta intervenção jurisdicional no mundo dos fatos revele-se imperiosa, deixando-se o procedimento comum e a cognição exauriente a ele inerente para hipóteses em que o efetivo *acertamento* da relação jurídica seja o *remédio* mais adequado ao interesse do cidadão.¹⁰³⁷

5.5.2. A inversão do contencioso do direito português

O processo civil português mantém, sob o aspecto estrutural, tanto a tutela cautelar como a antecipada sob o pálio das providências cautelares *lato sensu*, tomando, como se vê, caminho diferente do trilhado pelo processo brasileiro.

Tanto é assim que lá alude-se a “providências cautelares de natureza antecipatória”, assim entendidas como “aquelas que, face à situação de urgência que lhes está associada, antecipam os efeitos jurídicos próprios da decisão a ser proferida na ação principal, bem como a realização do direito”.¹⁰³⁸

Esse dado é relevante, na medida em que a doutrina aponta que a técnica da inversão do contencioso no âmbito do procedimento cautelar,¹⁰³⁹ objeto deste tópico,

¹⁰³⁷ “Todo processualista deve compreender que sua tarefa mais relevante consiste em conceber técnicas capazes de darem ao direito material, de que o direito processual é instrumento, meios adequados de realização. E, como construtor dessas técnicas ou desses instrumentos de tutela, não será adequado e nem conveniente que o construtor manifeste preferência por um deles e desagrado pelos demais. Todo instrumento, enquanto tal, oferece-se a quem pretenda utilizá-lo rigorosamente neutro. Ele tanto pode ser usado para o bem quanto para a prática do mal. O mesmo arsênico que serve ao homicida, poderá salvar vidas humanas. 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” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 284).

¹⁰³⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 95. Para o autor, a reforma do processo civil português operada pela Lei n. 41/2003, de 26 de junho, que introduziu a inversão do contencioso, no geral “introduziu alterações de fundo no domínio da tutela cautelar” (p. 154). Em termos mais amplos: “Na exposição de motivos da Proposta de Reforma do CPC, elaborada pela Comissão Revisora, encontramos algo que, em boa verdade, parece ser o objectivo principal, a sua pedra de toque — a maior simplicidade e celeridade na composição do litígio na jurisdição cível. Assim, a presente proposta indica a promoção da celeridade processual, como algo de estrutural no futuro CPC revisto” (RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* (RIDB), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2 (2013), n. 3, p. 2255. Disponível em: <<http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02255_02294.pdf>>, consulta em 24.08.2020.

¹⁰³⁹ “A inversão do contencioso é um instrumento processual que inverte a cronologia da discussão e da decisão para obter ganhos na efetividade da justiça, pelo que todos os procedimentos que impliquem

só pode ser aplicada à tutela antecipada:

Concluído que a inversão do contencioso não se pode verificar quando a tutela cautelar é completamente distinta da tutela definitiva e quando, portanto, a consolidação da tutela cautelar não é suscetível de compor o litígio entre as partes, importa analisar qual a proximidade que tem de existir entre essas tutelas para que se possa considerar que a inversão do contencioso é adequada a realizar essa composição. A resposta a esta pergunta é indiciada pelo estabelecido no art. 376.º, n.º 4, no qual se dispõe que, no âmbito das providências nominadas, o regime da inversão do contencioso é aplicável à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em lei avulsa que tenham caráter antecipatório dos efeitos da ação principal (como é o caso da providência cautelar de entrega judicial do bem após findar o contrato de locação financeira que se encontra regulada no art. 21.º DL 149/95, de 24/6). Isto demonstra que a inversão do contencioso só é admissível se a providência cautelar requerida – de caráter nominado ou inominado – tiver um sentido antecipatório. Mais em concreto, essa inversão depende da circunstância de a tutela que é solicitada na providência, em teoria, poder ser obtida como tutela definitiva numa ação declarativa.¹⁰⁴⁰

Com a reforma processual havida em Portugal em 2013, verificou-se momento oportuno para introduzir mecanismo que responde a crítica de parte da doutrina, acerca do conhecido esquema de medida cautelar preparatória seguida da “ação principal”:

Na base do instituto encontra-se a ideia de que as providências cautelares (a decretar) poderem substituir a própria tutela definitiva, ou seja, consumirem (dispensarem) a necessidade de propositura de uma ação principal destinada a confirmar a tutela provisória obtida através de um desses meios processuais.¹⁰⁴¹

essa alteração cronológica de atos utilizam a técnica de inversão do contencioso” (VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 95. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019).

¹⁰⁴⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. As providências cautelares e a inversão do contencioso. Estudo datado de dezembro de 2013 e disponível em <<https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_provid%C3%A2ncias_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013_S>> (consulta em 18.03.2020). Na mesma direção: “Por último, no que concerne ao terceiro requisito, a inversão do contencioso só pode ter lugar nas situações em que, pela natureza da providência, a tutela cautelar possa substituir-se à tutela definitiva mediante uma convolação *ex lege*. Trata-se, com efeito, de um pressuposto óbvio da inversão do contencioso, pois só assim se conseguiria conceber a viabilidade de composição definitiva do litígio através de uma providência que, em regra, não se encontra formatada para tal finalidade. Por via disso, o campo privilegiado da inversão do contencioso centra-se na tutela cautelar de natureza antecipatória” (GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 161).

¹⁰⁴¹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. v. I. p. 262. No mesmo sentido: “Esse modelo permite, assim, assegurar não só a efetividade da tutela jurisdicional, como também economizar os meios judiciais, impedindo que ao decretamento de uma determinada providência cautelar tenha sempre que ser seguido de uma ação principal, a qual, na

O regime da inversão do contencioso, previsto pelo artigo 369º do CPC português, caracteriza-se pela dispensa do ajuizamento da “ação principal” pelo requerente, que passa a ser prevista como mera hipótese para o requerido, se a este interessar discutir a medida antecipatória concedida.

Como aponta José Lebre de Freitas:

Em matéria cautelar, o código atenua o princípio da instrumentalidade do procedimento, mediante a admissão da inversão do contencioso (arts. 369.º e 371.º). É uma solução saudável, inspirada no direito francês, em que por sua vez também recentemente se inspirou o direito italiano e se inspira o projeto de novo CPC brasileiro.¹⁰⁴²

O item 1 do artigo 369º prevê que o juiz, desde que requerido pelo autor, pode dispensá-lo “do ónus de propositura da ação principal”, desde que alcançada “convicção segura” sobre a existência do direito “e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.¹⁰⁴³

Essa adequação da “providência decretada”, por certo, diz respeito à *suficiência* da medida para a tutela do *interesse* do autor, senhor absoluto da opção pela utilização dessa sistemática.

A adequação, cogitada pela lei, diz respeito também à natureza da medida cautelar concedida, afastadas aquelas meramente conservatórias (como o arresto, por exemplo), já que elas não configuram *antecipação* da virtual tutela definitiva que poderia ser obtida pela via ordinária.

Ou seja, outorga-se à medida antecipatória “a susceptibilidade de resolver

generalidade dos casos, é uma mera repetição do procedimento cautelar antecedente” (GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 158).

¹⁰⁴² Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 73 – Vol. I, 2013, p. 44.

¹⁰⁴³ “A questão que se suscita é: justificar-se-á sempre que haja lugar a esta ação principal? É que a prática demonstra que, em muitas circunstâncias, o requerido abdica da especial garantia que lhe é concedida. Quer não deduzindo oposição no procedimento cautelar, quer não contestando a ação principal. Ou seja, o requerente tem de propor a acção principal para que os efeitos da providência cautelar subsistam entretanto, mas o requerido conforma-se frequentemente com a decisão cautelar, abdica da garantia em que consistiria vir à ampla e garantística sede da ação principal confrontar o requerente e pôr em causa o direito que a este foi judicialmente reconhecido no procedimento cautelar. Pergunta-se: não deveria, pelo menos em algumas circunstâncias, justificar-se a desoneração do requerente relativamente a este ónus de propor a ação principal? Não deveria ser o requerido a tomar essa iniciativa, desde que verificados alguns pressupostos? Não seria preferível que fosse este a manifestar a vontade de que o processo principal tenha lugar, ao invés de se exigir sempre que o requerente proponha tal ação? Julgamos que foi esta preocupação que terá estado na base da inovação introduzida no que diz respeito à inversão do contencioso” (SILVA, Lucinda Dias da. *As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso*. In *O novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 130).

definitivamente o litígio”, mas sem que tenha o legislador permitido “a prolação de sentença que procedesse à resolução definitiva do litígio em sede cautelar”.¹⁰⁴⁴

Com isso evita-se a propositura da ação tida como principal, que a doutrina costuma tachar, nessas situações, como injustificada repetição da discussão travada em sede cautelar:

A necessidade de observar sempre o prazo de propositura da ação principal, sob pena de caducidade da providência, dava lugar a situações algo caricatas, de que constituíram exemplo os procedimentos cautelares instaurados para proibir a morte do touro em certas touradas realizadas numa vila do Alentejo: concedida a providência antes da corrida, o requerente continuava onerado com a propositura da ação principal, embora todo o efeito pretendido (evitar a morte) se tivesse já produzido (ou, se a ordem do tribunal não tivesse sido respeitada, se tratasse apenas de discutir as consequências jurídicas da sua violação); nomeadamente, se tivesse sido evitada a tourada de morte, o requerente que não propusesse a ação principal arriscava-se a que lhe fosse movida uma ação de indenização pelos prejuízos causados por uma decisão que deixa caducar. Por outro lado, muitos procedimentos cautelares são um duplo das ações principais de que dependem, sob o ponto de vista dos fundamentos alegados e das provas apresentadas, o que redundava em prejuízo para a economia processual.¹⁰⁴⁵

Critica o fundamento da inversão, no meu sentir com exagero, Luis Felipe Salabert – ao ponderar que o conteúdo da medida cautelar é ligado aos fatos ensejadores do reconhecimento da presença de seus requisitos legais, sendo portanto distinto da controvérsia a ser objeto do processo principal¹⁰⁴⁶ – circunstância que parece ter conduzido o autor a abstrair a existência, naquele sistema processual, de *cautelares* de cunho satisfativo, em relação às quais a aproximação das questões de fato e de direito nela verificadas, com as da ação principal, é mais nítida.

Ademais, a correlação que se vislumbra, para aplicação da inversão do

¹⁰⁴⁴ PINTO, Rui Darlindo Dias de Castro. *Inversão do contencioso e instrumentalidade dos procedimentos cautelares no Direito Processual Civil Português*. Tese (Doutorado em Gestão e resolução de conflitos) – Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo. Vigo, p. 204/205. 2019. Disponível, na íntegra, em: <<http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1442/DiasdeCastroPinto_RuiDarlindo_TD_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta em 02.11.2020.

¹⁰⁴⁵ FREITAS, José Lebre de. A inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Silva et al (coord.). In SILVA, João Calvão da et al (coords.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 79.

¹⁰⁴⁶ “Não se alcança a *mens legislatoris* quando refere “evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar”: — É que a controvérsia deduzida e apreciada no procedimento cautelar, não é a mesma controvérsia que virá a deduzir-se e apreciar-se na ação de que é dependente. Naquele, a controvérsia limita-se aos factos integradores dos requisitos (ou pressupostos específicos) do procedimento cautelar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*); nesta, a controvérsia percute a própria existência do direito (não a sua mera aparência) e o resultado final pretendido é uma declaração da sua existência” (SALABERT, Luís Filipe. A reforma do processo civil de 2013. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. Vol. 3, n.º 3, 2013, p. 200).

contencioso, entre a tutelar cautelar e a tutela definitiva não é de conteúdo, mas sim de seus *efeitos práticos*, que se forem significativos dispensa, como visto, a propositura da ação principal.¹⁰⁴⁷

Referem Ana Margarida Cabral, Carlos André Pinheiro, Inês Robalo e José Henrique Nunes que o CPC português de 2013, em relação à tutela cautelar, poderia ter contemplado um de três caminhos distintos: a) viabilizar a convolação da tutela cautelar em tutela definitiva, com antecipação da decisão final do litígio, até mesmo de ofício; b) eliminar, de forma pura e simples, o ônus da propositura da ação principal pelo requerente, afastando-se o caráter instrumental da cautelar; c) permitir que, em certos casos e desde que presentes requisitos pré-determinados, possa haver a dispensa de tal ônus, atribuindo-se-o ao requerido que se opuser à consolidação da tutela cautelar concedida, o que corresponde à técnica da inversão do contencioso.¹⁰⁴⁸

A opção parece ter sido a menos radical, pois não se pode cogitar de ofensa ao princípio do contraditório apenas em razão do seu diferimento.

Ademais, a primeira proposta tinha o grave inconveniente de subtrair do requerente da tutela jurisdicional a possibilidade de escolher entre a via sumarizada da tutela cautelar que pode levar à inversão do contencioso e a propositura de demanda cognitiva tendente à formação de coisa julgada.

As semelhanças, no particular, entre os sistemas brasileiros e português parecem evidentes, não só porque também aqui *a medida do interesse do autor* é que determinará, desde que cabível, a formulação de requerimento de tutela antecipada antecedente e, ademais, não se pode ignorar que o CPC brasileiro de 2015, de modo expresso, prevê que apenas a tutela antecipada pode ser estabilizada (art. 303), mas

¹⁰⁴⁷ “Em síntese, a inversão do contencioso poderá ser, assim, potencialmente decretada no âmbito de um qualquer procedimento cautelar em que seja decretada uma providência cautelar, especificada ou não especificada, desde que essa providência tenha a natureza adequada a realizar a composição definitiva do litígio, sendo que isso acontece quando, através dessa providência, o requerente consegue atingir o efeito prático que pretendia obter através da instauração da acção principal, ou seja, “a natureza da providência é adequada a realizar a composição definitiva do litígio quando o interesse do demandante se encontra realizado com a mera produção do seu efeito prático” (PINTO, Rui Darlindo Dias de Castro. *Inversão do contencioso e instrumentalidade dos procedimentos cautelares no Direito Processual Civil Português*. Tese (Doutorado em gestão e resolução de conflitos) – Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo. Vigo, p. 232. 2019. Disponível, na íntegra, em: <<http://www.investigao.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1442/DiasdeCastroPinto_RuiDarlindo_TD_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta em 02.11.2020).

¹⁰⁴⁸ Inversão do Contencioso. *O Novo Processo Civil* - Caderno III. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_III_Novo%20Processo_Civil.pdf>>, consulta em 24.08.2020.

não a cautelar, esta sim irremediavelmente ligada à dedução, no mesmo processo, de pretensão tendente à tutela jurisdicional definitiva.¹⁰⁴⁹

A análise dos requisitos e outros caracteres da técnica portuguesa reforçam a relação que há entre ela e a tutela antecipada antecedente.

O primeiro requisito essencial é a formulação de requerimento exposto pelo interessado, o que foi tido como dispensável, *de lege lata*, em parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), para quem a inversão do contencioso não deveria ser um possível efeito da decisão cautelar, a critério do autor, mas sim deveria ser a regra geral sempre presente.¹⁰⁵⁰

O curioso é que tal pedido não precisa ser necessariamente deduzido de maneira conjunta com o pedido de concessão da providência antecipatória, mas sim pode ser formulado até o encerramento da audiência final, que é aquela prevista pelo artigo 367º do CPC português, a ter lugar, se necessária a instrução probatória, logo depois do prazo de contestação.¹⁰⁵¹

Trata-se de disposição interessante, pois então o requerente pode, a partir da decisão do juiz sobre o requerimento de tutela cautelar (antecipatória), e até mesmo do teor da defesa porventura apresentada em relação a ela, ter melhores condições de avaliar a viabilidade de requerer a aplicação da técnica.

É que a inversão do contencioso só terá lugar, claro, que se o requerente não

¹⁰⁴⁹ Exata a conclusão de Rita Lynce de Faria: “Acresce que, muitas vezes, também o pedido de uma e outra acção é idêntico, não obstante o carácter cautelar do pedido no procedimento cautelar. A aceitação, legal e doutrinária, de providências cautelares com conteúdo idêntico ao da sentença definitiva – as assim chamadas medidas cautelares antecipatórias – viabiliza, desta forma, que a providência cautelar possa satisfazer antecipadamente o interesse do requerente da providência cautelar” (Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. *Revista do Ministério Público - Debate: a Reforma do Processo Civil*. Lisboa, 2012, caderno n. 11, p. 50).

¹⁰⁵⁰ Extraí-se do parecer: “A solução adotada fica, no entanto, muito aquém do potencial que esta técnica encerra. A inversão do contencioso não deve ser um efeito eventual da decisão cautelar, dependente de requerimento. Deve ser um efeito normal, caracterizador de qualquer instância cautelar” (*Parecer – Proposta de Lei 521/2012*. p. 32).

¹⁰⁵¹ “Quanto à oportunidade de dedução do requerimento de dispensa do ónus de intentar a ação principal, esclarece o art. 369.º, n.º 2 do CPC que o mesmo pode ser requerido até ao encerramento da audiência final. Significa isto que o requerente, caso pretenda ser dispensado de propor a ação principal, não está obrigado a requerer ab initio a inversão do contencioso, podendo requere-la futuramente mediante um requerimento autónomo, até ao encerramento da audiência final” (VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 26. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019).

tiver ajuizado a ação tida como principal, já que a técnica apresenta-se como *alternativa* a ela.¹⁰⁵²

Um segundo requisito diz respeito à “convicção segura” do juiz para autorizar a inversão do contencioso a partir do alcance da decisão antecipatória concedida.

Alguns autores apontam que tal expressão “corresponde a um nível de convicção coincidente àquele que se exige a propósito dos processos de cognição plena”, exigindo “a formação da chamada prova “*stricto sensu*””.¹⁰⁵³

Essa interpretação ressoa um pouco rigorosa demais, equiparando uma virtual “intensidade” do convencimento obtido sob o pálio da cognição plena como requisito para a concessão de decisão que, em essência, baseia-se em cognição sumária e, ainda, por desconsiderar que a inversão propiciará ao requerido formas de salvaguardar seus interesses.

A exigência de “convicção segura”, para além da aparente redundância da locução (na mesma medida em que convicção *insegura* ressoaria contraditório), *parece* revelar certo titubeio do legislador em relação à sistemática da inversão do contencioso, ditado pela tendência em associar a prestação de tutela jurisdicional a um estado mental que se aproxime da certeza ou, para ser mais exato, que represente uma “certeza subjetiva”, sob a ótica do julgador. Tal circunstância, para um intérprete apegado a uma visão, por assim dizer, conservadora, é suficiente para afastar ou

¹⁰⁵² “Por outro lado, importa salientar que o pedido de inversão do contencioso só pode ser formulado se a ação principal não se encontrar já pendente. É que, destinando-se esse pedido a dispensar o requerente do ônus de propor a ação principal de que a providência cautelar dependeria, seria absolutamente contraditório e inútil requer-se a inversão do contencioso estando a ação principal já pendente” (GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 159).

¹⁰⁵³ PINTO, Rui Darlindo Dias de Castro. *Inversão do contencioso e instrumentalidade dos procedimentos cautelares no Direito Processual Civil Português*. Tese (Doutorado em Gestão e resolução de conflitos) – Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo. Vigo, p. 278/279. 2019. Disponível, na íntegra, em: <<http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1442/DiasdeCastroPinto_RuiDarlindo_TD_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta em 02.11.2020. No mesmo sentido: “O juiz tem de formar a convicção segura da existência do direito acautelado, o que implica que a prova sumária (ou seja, a prova que se basta com a probabilidade séria da existência do direito acautelado) que é suficiente para decretar a providência cautelar (cf. art. 365.º, n.º 1, 388.º, n.º 2, 392.º, n.º 2, e 405.º, n.º 1) é insuficiente para decretar a inversão do contencioso; esta inversão pressupõe uma prova *stricto sensu* do direito acautelado; portanto, o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *As providências cautelares e a inversão do contencioso*. p. 10. Estudo datado de dezembro de 2013 e disponível em <<https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_provid%C3%AAs_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013_S>> (consulta em 18.03.2020)).

subutilizar essa importante ferramenta.¹⁰⁵⁴

A qual, registra-se, tem o mesmo campo de incidência da tutela antecipada antecedente: a medida do interesse do autor, colocando-se para este como uma alternativa ao modelo usual (decisão baseada em cognição sumária ratificada por outra decisão, concebida em procedimento comum baseado em cognição plena).

Suficiente seria, importante novamente frisar, a previsão das formas pelas quais o requerido pode opor-se à inversão, já que o legislador português, tal qual o brasileiro, municiou o réu com mais de um instrumento para tanto: o requerido pode impugnar a decisão concessiva da tutela cautelar por meio de recurso (art. 372.º, n.º 1, 'a'),¹⁰⁵⁵ oposição (que equivale à contestação), baseada em defesa de mérito indireta (alínea 'b' do mesmo dispositivo), além, claro, da possibilidade de propor a demanda autônoma, prevista pelo artigo 371.º.

Especificamente em relação à ação de impugnação que pode ser manejada pelo requerido, a doutrina portuguesa aponta que seu conteúdo “mais comum” será o de “uma ação de apreciação negativa: o requerido solicita a declaração da inexistência do direito acautelado, com base na inexistência dos factos que levaram o juiz do procedimento cautelar a inverter o contencioso”,¹⁰⁵⁶ anotando-se que por ação de

¹⁰⁵⁴ “Em suma, atingir um juízo de certeza num procedimento cautelar será mais accidental do que normal. No entanto, acontece muitas vezes e, por isso, essas situações não podem ser negadas. Com a previsão do regime da inversão do contencioso essas situações encontram-se agora tuteladas, permitido a possibilidade de um procedimento cautelar resolver definitivamente o litígio” (VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 30. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019)

¹⁰⁵⁵ Sobre o recurso, este deve voltar-se não só contra a adoção da sistemática em si, mas também contra a própria decisão que concedeu a medida: “A decisão que decreta a inversão do contencioso só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida (art. 370.º, n.º 1 1.ª parte), ou seja, essa decisão não é passível de recurso autónomo do próprio recurso que decreta a providência requerida. Assim, o requerido só pode impugnar a decisão de inversão do contencioso se impugnar simultaneamente o decretamento da providência, pelo que não é admissível impugnar apenas aquela decisão de inversão. Como é a regra no âmbito dos procedimentos cautelares, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão que determine a inversão do contencioso, sem prejuízo dos casos em que esse recurso é sempre admissível (art. 370.º, n.º 2)” (SOUZA, Miguel Teixeira de. *As providências cautelares e a inversão do contencioso*. Estudo datado de dezembro de 2013 e disponível em <<https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M_As_provid%C3%A7%C3%A3o_de_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013_S>> (consulta em 18.03.2020)).

¹⁰⁵⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *As providências cautelares e a inversão do contencioso*. Estudo datado de dezembro de 2013 e disponível em <<https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUZA_M_As_provid%C3%A7%C3%A3o_de_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013_S>> (consulta em 18.03.2020). No mesmo

apreciação designa-se, naquele país, o que conhecemos como ação meramente declaratória.¹⁰⁵⁷

Também será possível que o pedido dessa ação de impugnação seja referente a uma providência judicial que conduza a um resultado incompatível com a decisão que concedeu, no processo em que concebida a inversão do contencioso, a tutela antecipada.¹⁰⁵⁸

O principal ponto, em relação a essa ação, diz respeito à distribuição do ónus da prova, uma vez que o artigo 371.º, n.º 1, dispõe que “*sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova*”, tão logo transite formalmente em julgado a decisão que determinou a inversão do contencioso o requerido será notificado, com a advertência de que pode ajuizar, em 30 dias, a ação de impugnação.

A interpretação literal do dispositivo, principalmente em razão da expressão destacada, aponta “que as regras da distribuição do ónus da prova, nos termos do art. 342.º e ss. do CC, mantêm-se ainda que invertido o contencioso”,¹⁰⁵⁹ o que é reforçado pela interpretação histórica, já que, não fosse essa a intenção do legislador, ele “não teria alterado a redação do artigo 371.º, ainda sob a forma de Proposta de Lei, para a redação que transcrevemos *supra*, até porque na primeira versão não fazia

sentido: GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 164.

¹⁰⁵⁷ “As ações de simples apreciação (*declaratory judgements* no direito anglo-saxónico) são aquelas em que o autor, reagindo contra uma situação de incerteza objetiva, visa “obter unicamente a declaração da existência (apreciação positiva) ou de inexistência (apreciação negativa) de um direito ou de um facto (art. 10.º, ns. 2 e 3, al. a)” (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. v. I. p. 171).

¹⁰⁵⁸ “A ação que o requerido tem o ónus de intentar após a decisão de inversão do contencioso é, na expressão do art. 371.º, n.º 1, uma ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado. Trata-se de uma referência à finalidade da ação, não ao seu conteúdo, dado que essa ação pode ser qualquer uma que, em caso de procedência, produza um efeito que seja incompatível com a providência decretada. Dito de outra forma: essa ação pode ser uma ação destinada a impugnar os fundamentos em que se baseou a inversão do contencioso, mas também pode ser qualquer outra ação da qual resulte um efeito incompatível com a providência decretada. Uma ação que tenha por finalidade a impugnação dos fundamentos da decisão de inversão do contencioso é admissível, porque, segundo o disposto no art. 364.º, n.º 4, o julgamento da matéria de facto na providência cautelar não tem qualquer influência no julgamento da ação principal, portanto, *in casu* na ação de impugnação” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Artigo datado de abril de 2016 e disponível em <<<https://blogippc.blogspot.com/2016/04/duas-notas-sobre-inversao-do.html>>> (consulta em 20.04.2020)).

¹⁰⁵⁹ VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 38. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019).

qualquer alusão ao ónus da prova”.¹⁰⁶⁰

A doutrina majoritária, todavia, traz argumentos importantes em sentido contrário.

Como pondera Lucinda Dias da Silva:

É que esta não é uma qualquer ação de simples apreciação negativa (a admitir-se esta qualificação). O direito que se pretende rebater não foi meramente afirmado pelo réu extrajudicialmente – este não só beneficia de uma chancela judicial (ainda que de natureza cautelar) quanto à titularidade do direito que invoca, como essa chancela assume natureza qualificada, dada a convicção segura que o tribunal pôde formar. Por isso, este requerido, que propõe a ação principal, não é um qualquer autor: é um requerido (agora autor) que está numa posição mais frágil porque o requerente (ora réu) viu, no procedimento cautelar, reconhecido o seu direito de uma forma especialmente sólida. Houve uma decisão judicial dotada de uma particular qualidade: o julgador reconheceu o direito do requerente, mas sublinhando que o fazia com uma convicção especialmente segura.¹⁰⁶¹

De modo mais enfático manifestou-se, no mesmo sentido, Miguel Teixeira de Sousa, em solução que parece mais correta:

De outro modo [se o ónus da prova na ação de impugnação não pertencer a seu autor] a inversão do contencioso em nada beneficiaria o requerente da providência: se, depois dessa inversão, lhe incumbisse provar, na subsequente ação de apreciação negativa instaurada pelo requerido, o direito acautelado, esse requerente (e agora réu) encontrar-se-ia na mesma posição se não tivesse havido inversão do contencioso e se fosse sobre ele que recaísse o ónus de instaurar a ação principal. Portanto, há que entender que incumbe ao autor da ação de impugnação (e requerido no procedimento cautelar) o ónus de provar quer os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito acautelado, quer a inexistência dos factos constitutivos desse direito.¹⁰⁶²

Outro aspecto da ação de impugnação é seu diminuto prazo para ajuizamento, já antes indicado (30 dias), ponto em que a sistemática portuguesa muito difere da brasileira, que prevê prazo de dois anos para essa mesma ação (art. 304, § 5º).

Significativa crítica a essa previsão foi formulada por José Lebre de Freitas:

O art. 371.º-1 do novo código, ao estabelecer um prazo para a propositura da ação pelo requerido, corresponde ao reflexo condicionado, muito português, de condicionar o exercício dos direitos substantivos por prazos processuais perentórios. Sobrepõe-se assim, mais uma vez, o direito processual ao direito

¹⁰⁶⁰ Idem, p. 39.

¹⁰⁶¹ SILVA, Lucinda Dias da. As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso. In *O novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 138.

¹⁰⁶² SOUSA, Miguel Teixeira de. Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Artigo datado de abril de 2016 e disponível em << <https://blogipcc.blogspot.com/2016/04/duas-notas-sobre-inversao-do.html>>> (consulta em 20.04.2020).

substantivo.¹⁰⁶³

De fato, o dispositivo parece desconsiderar que a ação de impugnação, como já exposto, pode ser de qualquer natureza, desde que conduza a um resultado incompatível com a medida cautelar concedida sob o regime da inversão, já que não há a formação de coisa julgada material. Assim, é evidente que os prazos decadenciais e prescricionais não podem ser substituídos, por assim dizer, pela vontade do legislador.

Interessante perceber que a inversão do contencioso, em si, não altera a natureza da medida cautelar que com ela conecta-se, que seguirá sendo caracterizada pela cognição sumária e, como tal, passível de revisão, sob certas condições. Ela é, portanto, um passo relevante no uso da técnica que, olhada a partir de uma perspectiva mais ampla, representada pelo próprio processo, só se terá como consumada, com o pleno atingimento de seus objetivos, se não exercitado o contraditório *ofertado*, a partir da inversão e por meio de ação autônoma, ao requerido.¹⁰⁶⁴

Vê-se aí mais um ponto de semelhança com o direito brasileiro, ainda que pontuado por divergências secundárias: a estabilização da tutela antecipada decorre, na forma do artigo 304 do CPC, da não interposição de recurso pelo requerido, daí sim franqueando-se a possibilidade de revisão dessa estabilidade, pela via do direito de ação, em até dois anos.

Outra característica semelhante é o diferimento do contraditório, que é bem

¹⁰⁶³ FREITAS, José Lebre de. Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 73 – Vol. I, 2013, p. 45.

¹⁰⁶⁴ “Importa salientar que a decisão de inversão do contencioso não converte os efeitos da providência cautelar em definitivos, isto é, não convola a tutela cautelar, conseguida pela providência cautelar, em tutela definitiva satisfativa. O que a decisão de inversão do contencioso provoca é a dispensa da propositura da ação principal pelo requerente da providência cautelar, ao mesmo tempo que coloca do lado do requerido o ónus de intentar a ação principal, caso o mesmo não se conforme com a composição definitiva do litígio pela providência cautelar decretada. A convalidação da providência cautelar em composição definitiva do litígio, apenas sucederá se o requerido não intentar a ação principal e não com a decisão de inversão do contencioso. Assim, a decisão de inversão do contencioso apenas origina a dispensa, para o requerente, do ónus da propositura da ação principal e não compõe definitivamente o litígio” (VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 36. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019).

aceito pela doutrina portuguesa, sem que se duvide de sua constitucionalidade.¹⁰⁶⁵

Por fim, aspecto interessante é recordado por Miguel Teixeira de Sousa, no sentido de que mesmo se concedida apenas parcialmente a providência almejada é cabível (o autor cita exemplo de pedido decomponível, mas parece certo que vale também para a cumulação simples de pedidos), nessa mesma extensão, a aplicação da inversão do contencioso, sempre a juízo do autor, que pode não concordar com a concessão parcial e invocar a tutela definitiva para obter o acolhimento integral de sua pretensão.¹⁰⁶⁶

5.5.3. Os *référés* do direito francês

De origem antiquíssima (1865),¹⁰⁶⁷ os *référés* passaram por marcante evolução até consolidarem-se, nos dias atuais, como importante modelo processual na França.

Anota Giovanni Bonato que existem diversos tipos de *référés*, que se subdividem em gerais e especiais,¹⁰⁶⁸ sendo certo que o *référé classique* (ou ainda *ordinário* ou *geral*) é o que mais se aproxima dos procedimentos de urgência, de

¹⁰⁶⁵ “A questão que a este propósito se suscita relaciona-se com a possibilidade de haver diferimento do contraditório quando haja inversão de contencioso, ou seja, pondera-se se deverá ser admissível tornar-se como potencialmente definitiva uma decisão proferida no âmbito de um procedimento cautelar, mesmo quando o requerido só é ouvido depois de decretada a providência cautelar. Não existe nenhuma objeção de princípio a esta possibilidade, na medida em que, na verdade, não se trata de ouvir ou de não ouvir o requerido. Trata-se de diferir a sua audição. E, nesta medida, desde que, por razões fundadas, o requerido seja ouvido (ainda que depois de proferida a decisão cautelar), havendo, depois dessa audição, a possibilidade de a decisão ser reformulada, parece-nos nada obstaculizar à possibilidade de inversão do contencioso. Questão é que o requerido possa ser, efetivamente, ouvido” (SILVA, Lucinda Dias da. *As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso*. In *O novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 132).

¹⁰⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Artigo datado de abril de 2016 e disponível em << <https://blogipcc.blogspot.com/2016/04/duas-notas-sobre-inversao-do.html>>> (consulta em 20.04.2020).

¹⁰⁶⁷ MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 74. Para retrospecto histórico detalhado: BONATO, Giovanni. I *référés* nell’ordinamento francese. In CARRATA, Antonio (org.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 38/41.

¹⁰⁶⁸ “Come precedentemente accennato, nel sistema francese esistono diversi tipi di *référés* che si suddividono in *référés* generali e *référés* speciali. Alla prima categoria appartengono quei *référés* di applicazione generale, quali: il *référé classique* dell’art. 808, fondato sull’urgenza; il *référé de remise en état* dell’art. 809, comma 1; il *référé provision* dell’art. 809, comma 2; il *référéinjonction* dell’art. 809, comma 2; il *référé préventif* o *probatoire* dell’art. 145 CPC. La categoria dei *référés* speciali, così definiti in ragione del loro ambito di applicazione ad oggetto predefinito e delimitato, è multiforme, trattandosi di ipotesi molto varie, il cui elemento comune si ritrova nella rapidità e nell’effettività del procedimento” (I *référés* nell’ordinamento francese. In CARRATA, Antonio (org.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 60.).

conteúdo igualmente geral, que se extraem da regra do artigo 700 do CPC italiano,¹⁰⁶⁹ abordado no tópico seguinte. Não se confunde, pois, com o *référé provision*, baseado na evidência do direito.¹⁰⁷⁰

Importante a ponderação, acerca da aproximação do *référé* com os provimentos de urgência italianos, de Humberto Theodoro Júnior:

Enquanto o direito italiano se esforçava para incluir no poder geral de cautela a possibilidade de medidas de caráter satisfativo, o direito francês aperfeiçoou seu antigo instituto do *référé* para acelerar a prestação jurisdicional. Atuava, portanto, no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa.¹⁰⁷¹

Primeira característica a destacar é que o *référé* é sua autonomia e, mais do que isso, sua total desvinculação com outro processo, que seria tido como principal, o qual pode até vir a existir, como base procedimental adequada à discussão, com pretensões de definitividade, sobre o mérito do conflito de interesses havido entre as partes.

Não há, dito de outra forma, o ônus imposto ao interessado, de propor a demanda baseada em cognição exauriente, sucessiva à concessão do *référé*, o que pode levar a sua perenização, como anota Gustavo Bohrer Paim:

Após a concessão de tutela em *référé*, não há qualquer previsão de que deva ser intentado um processo de mérito em algum prazo breve. O *référé* nasce, desenvolve-se e tem fim de forma independente. Claro que o autor pode não se contentar com o que lhe foi concedido em *référé*, ou o demandado pode se insurgir com a tutela concedida, de sorte que um ou outro poderá, em consequência, instaurar um processo de mérito. Contudo, trata-se de uma possibilidade, e não, de uma exigência legal. Considerando a possibilidade de jamais ser iniciado posteriormente um processo de mérito, não é de se

¹⁰⁶⁹ Idem. p. 62.

¹⁰⁷⁰ “O *référé* consiste inicialmente em uma medida judicial apenas de urgência, a qual autorizava providências de natureza cautelar ou satisfativa. Com o tempo, o sistema francês ampliou a aplicação desse instituto, prevendo também uma outra figura, denominada *référé-provision*. Para este último, passou a ser suficiente a caracterização da evidência do direito, dispensando-se, assim, o requisito da urgência” (DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 67). Adiante acrescentou a autora: “Por sua vez, o *référé-provision* é atípico em relação às situações em que pode incidir, uma vez que a lei autoriza sua aplicação sempre que a obrigação não for seriamente contestável. Ou seja, pouco importa a natureza do direito material discutido no processo. Havendo uma defesa inconsistente, o autor tem direito à antecipação. Com efeito, ele pode ser utilizado tanto em relação às obrigações contratuais como extracontratuais, não existindo no sistema processual uma previsão típica, tampouco requisitos específicos. Por outro lado, sua atipicidade também se mostra presente no que se refere a todas as medidas que o juiz pode adotar. Não há, portanto, uma taxatividade ou limitação prevista pela lei. E, como já exposto, o juiz de *référé* pode antecipar até mesmo 100% (cem por cento) da pretensão da parte” (idem. p. 87).

¹⁰⁷¹ Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 400.

excluir a hipótese de que a decisão provisória possa ser levada a perdurar indefinidamente.¹⁰⁷²

Ainda assim, não se nega seu caráter provisório e a *possibilidade* de vir a ser ajuizada ação para discussão do tema. Além da provisoriedade, a doutrina aponta que a ausência de coisa julgada, como também sua executoriedade imediata são as principais características do *référé*.¹⁰⁷³

A autonomia de tal figura reflete até na definição da competência:

Mas o mais interessante é que o sistema francês concebeu uma estrutura própria para a análise e concessão dos pedidos de *référé*. Assim, há uma separação completa entre a jurisdição do processo principal (*au fond*) e a jurisdição que trata dos procedimentos de *référé*. Fala-se, nesse sentido, em um paralelismo entre as duas formas de prestação jurisdicional, na medida em que a decisão do juiz de refere não interfere, nem prejudica, a decisão que poderá vir a ser proferida na ação principal. O juiz desse procedimento específico analisa apenas e tão somente o pedido sumário, não existindo uma continuidade do processo para a análise mais aprofundada. Certamente, essa constitui uma das explicações de seu grande sucesso e aplicação.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷² *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 176. No mesmo sentido: “Quanto aos aspectos temporais da eficácia do provimento de *référé*, o Código francês não contém nenhuma disposição a esse respeito. No silêncio da lei, a interpretação dominante na jurisprudência e na doutrina sempre foi aquela de indicar uma vida autônoma do provimento de *référé* em relação ao juízo principal de mérito: é, portanto, uma decisão dotada de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, que – adotando-se a terminologia italiana – podemos definir como eficácia indefinidamente protraída. Em razão da reconhecida autonomia e independência do provimento de *référé* do sucessivo juízo de mérito de cognição plena e exauriente, o modelo em questão vem sendo denominado como sistema do “provisório independente”. Apesar de ter uma vida jurídica ilimitada, o conteúdo do provimento de *référé* pode ser rediscutido e modificado por meio da instauração de um processo autônomo de mérito, para cuja proposição a lei não prevê qualquer prazo processual. Contudo, em razão da já descrita eficácia indefinidamente protraída no tempo, se afirma, geralmente, que um provimento de *référé*, mesmo provisório, pode produzir uma situação de fato irrevogável, em decorrência da falta de propositura da ação autônoma para rediscussão do conteúdo do provimento e, ainda, por efeito do decurso dos prazos de prescrição e decadência do direito material” (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, nov.-2017, p. 199).

¹⁰⁷³ “L'ordonnance de *référé* est un véritable titre. Les mesures qu'elle instaure, bien que provisoires par nature, sont seules applicables jusqu'à ce qu'intervienne une décision au fond, ce qui constitue un important facteur d'efficacité du *référé*. Les principales spécificités de l'ordonnance de *référé* sont son caractère provisoire, son absence d'autorité de chose jugée au principal qui en est le corollaire et son caractère exécutoire de plein droit” (VUITTON, Xavier ; VUITTON, Jacques. *Les Référés*. 4. ed. Paris: LexisNexis, 2018. p. 209).

¹⁰⁷⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 75. Como anota Paulo Guilherme Mazini: “Também deve ser registrada a independência do *référé* provision em relação ao procedimento de mérito, pois até mesmo os juízes de *référé* e do mérito são diversos, o que assegura à técnica francesa uma autonomia estrutural e funcional que não existe no similar brasileiro, especialmente porque a estabilização da tutela da evidência - ao menos uma interpretação literal - não foi prevista no Código de Processo Civil brasileiro. Por este vértice, é possível afirmar que a técnica do *référé* provision é capaz de provocar uma verdadeira inversão do ônus do contraditório, a depender, obviamente, da concessão da L'ordonnance de *référé* ao autor. Ocorre que, em tal hipótese, o autor dificilmente terá estímulo para prosseguir no juízo do mérito, diante da satisfação da pretensão obrigacional que foi deduzida através deste instrumento de cognição sumária, o que acaba resultando na inversão da

Vê-se, de maneira nítida, que o uso do *référé* apresenta-se como alternativa ao modelo de processo de conhecimento fundado em cognição exauriente e consequente formação de coisa julgada,¹⁰⁷⁵ tal qual a tutela antecipada antecedente introduzida pelo CPC/2015.

O processo atém-se, nesse caso, não em preparar a cognição do juiz para obter-se a coisa julgada, mas sim busca-se a adoção da intervenção jurisdicional visando a concretização das medidas práticas necessárias à tutela do direito subjetivo do interessado.¹⁰⁷⁶

Como indicado por Jaqueline Mielke Silva:

O fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito, mas sim a "estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso". Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida da autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento *référé* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório). Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado, o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo.¹⁰⁷⁷

Apesar de não ensejar a formação de coisa julgada, a amplitude do *référé* é ilimitada, podendo o juiz ordenar até mesmo a demolição de uma construção efetuada sem autorização, por exemplo, o que é consentâneo com sua finalidade, de responder de maneira rápida e eficaz quando necessário.¹⁰⁷⁸

iniciativa do contraditório, caso o réu pretenda reverter a decisão" (*Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 80).

¹⁰⁷⁵ "Por sua própria natureza, o procedimento é baseado na cognição sumária e, portanto, as ordens de *référé* são revogáveis. Elas não possuem a autoridade da coisa julgada material. Nesse aspecto, o que se verifica na França é que muitas vezes as partes dispensam a garantia da coisa julgada, satisfazendo-se apenas com a decisão provisória e sumaria a respeito de seu direito. Essa é uma visão mais atual, consentânea com a realidade da vida e com a celeridade que se impõe em certas relações jurídicas. Aceitar essa outra forma de prestação jurisdicional é importante e libertador. Afastam-se, assim, as amarras do processo civil clássico, baseado na ordinariade, na cognição exauriente e na longa espera pela decisão definitiva e pelo trânsito em julgado" (DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 70).

¹⁰⁷⁶ "Si tratta, in ogni caso, di decisioni interinali ed insuscettibili di giudicato, dirette ad imporre, su istanza di parte ed in presenza di taluni requisiti estremi, le "misure" ritenute "necessarie", in rapporto alla situazione concreta" (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLV, n. 4, out-dez/1990. p. 969).

¹⁰⁷⁷ *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 121.

¹⁰⁷⁸ "Cependant le caractère provisoire de la décision n'interdit au juge des référés ni de prendre des mesures qui créent un préjudice au défendeur, ni même de prendre des mesures aux conséquences irréversibles, bien qu'on puisse souhaiter qu'il n'y recoure qu'avec le plus grand discernement. Il peut

Para Giovanni Bonato, o *référé* constitui um modelo especial, diferente do processo de cognição ordinarizado, que se insere no âmbito dos denominados “procedimentos rápidos”, juntamente com o procedimento de injunção, caracterizados pelo fato de conduzirem a uma decisão de forma mais rápida e com menos custos e formalismos.¹⁰⁷⁹

A visão de Humberto Theodoro Júnior sobre o tema é bastante significativa:

É o acerto, como um todo, que se sumariza, dentro de um só procedimento especial, cuja finalidade é encontrar pronta composição para um conflito que não tem condições de se submeter às delongas do procedimento comum. Uma das características básicas que individualiza o instituto processual francês do *référé* é sua autonomia frente ao processo principal. Ao contrário de nossa ação cautelar que está sempre subordinada ao processo principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito obrigatoriamente em outro processo, no direito francês o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. A tutela de urgência, na França, ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior processo principal para confirmação do provimento emergencial.¹⁰⁸⁰

Detalhe importante a ser ressaltado é que a sumariedade procedimental do *référé* não dispensa o contraditório prévio,¹⁰⁸¹ circunstância que acaba conduzindo a

par exemple ordonner la démolition d'un barrage ou d'une construction réalisée sans autorisation en zone inconstructible dès lors qu'il est constaté qu'il constitue un trouble manifestement illicite. Le caractère provisoire de l'ordonnance aurait pu conduire à limiter la vigueur des décisions ainsi envisageables, puisqu'elles sont susceptibles d'être remises en cause. Tel n'est pas le cas, la Cour de cassation privilégiant la raison d'être de l'institution des référés. Le juge des référés est conçu pour répondre efficacement (c'est-à-dire rapidement et effectivement) à la situation dont il est saisi par les parties. Dès lors, l'adaptation de la mesure ordonnée à la situation litigieuse à laquelle le juge doit répondre prime” (VUITTON, Xavier. VUITTON, Jacques. *Les référés*. 4. ed. Paris: LexisNexis, 2018. p. 210).

¹⁰⁷⁹ “Volendo inquadrare l'istituto in esame all'interno delle categorie generali del diritto processuale civile francese, il *référé* è una procedura speciale o particolare – divergendo dal modello di processo di cognizione ordinario – che rientra nell'ambito delle c.d. «procedure rapide», cui appartengono anche la procedura dell'ordinanza sur requête, il procedimento ingiuntivo, la procedura a giorno fisso e la procedura abbreviata; «procedures rapides» che hanno come elemento comune quello di derogare al modello di processo ordinario e di concludersi con una decisione, di efficacia di tipo variabile, in modo più rapido, con meno costi e meno formalismo, rispetto a quanto accade nel processo ordinario” (I *référés* nell'ordinamento francese. In CARRATA, Antonio (org.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 42).

¹⁰⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.377, mar/2009, p. 25.

¹⁰⁸¹ “Le “ordonnances de référé” presuppongono l'instaurazione del contraddittorio nei confronti della parte obbligata, mentre le “ordonnances sur requête” sono per lo più emesse *inaudita altera parte*” (ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza* – ex art. 700 C.P.C. 2. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 19). Como anotam Dierle Nunes e Érico Andrade: “Sem embargo, trata-se de importante perspectiva que poderia ser explorada no direito brasileiro, à semelhança do que ocorre no direito italiano, que permite a estabilização da tutela antecipada deferida dentro do procedimento ordinário, com o encerramento deste último sem que a decisão antecipatória opere a coisa julgada; e, ainda, do que acontece no direito francês, em que se admite o *référé* no curso do processo principal, podendo acarretar a extinção deste com a subsistência apenas da decisão provisória” (Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER

interessante efeito, revelador do valor de tal modalidade de processo:

Mas particularmente interessante é a verificação de que, em muitos casos, o processo se detém no patamar do provisório, pois o réu, consciente de que sua causa é indefensável, nem sequer tenta dar continuação ao feito no tribunal. Em tal hipótese, lucram todos: o autor, que terá obtido rapidamente o que lhe era devido, e a Justiça, que terá economizado um longo processo, ao desencorajar uma resistência sem esperança. Não é exagero dizer que o *référé-provision* constitui uma das inovações mais marcantes deste fim de século e tem sem dúvida o mais belo futuro diante de si.¹⁰⁸²

Refere Giovanni Bonato que um dos motivos da ampla difusão no uso do *référé* no sistema processual francês decorre do fato de que a sentença de primeiro grau recorrida não é executável provisoriamente,¹⁰⁸³ tal qual, em regra, tem-se no Brasil (por força do efeito suspensivo da apelação – art. 1.012, CPC), dado que se mostra alvissareiro em relação ao futuro da tutela antecipada antecedente e da modernização que ela pode emprestar ao nosso sistema processual.

5.5.4. As medidas antecipatórias do direito italiano

Aponta Proto Pisani que o universo das medidas cautelares, no direito processual italiano, abrange tanto as de natureza assecuratória (conservativas), tradicionalmente voltadas à proteção do processo (instrumentais), como também as de natureza antecipatória (como, por exemplo, os alimentos provisórios), sendo encaradas de maneira rígida, com estreita vinculação à sorte do processo principal, tanto que perdiam eficácia se extinto o processo sem resolução de mérito.¹⁰⁸⁴

JR. et al (coord.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 95).

¹⁰⁸² PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 91, jul/set-1998, p. 208.

¹⁰⁸³ "In un sistema, quale quello francese, che non prevede la provvisoria esecutorietà delle sentenze di primo grado, la semplicità e la rapidità di una procedura che sfocia in una decisione immediatamente esecutiva sono i principali fattori del successo dell'istituto del *référé*" (I *référés* nell'ordinamento francese. In CARRATA, Antonio (org.). *La tutela sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 37).

¹⁰⁸⁴ Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 131, jan-2006, p. 247. Como anotado por Ovídio Araújo Baptista da Silva: "Quem tiver o cuidado de investigar a história do chamado processo cautelar do moderno direito italiano, a partir de Chiovenda, verá que a doutrina nunca se afastou do princípio segundo o qual aquilo que os processualistas peninsulares denominam "provimento" cautelar não passa de tutela antecipatória de algum efeito da sentença de mérito de um processo satisfativo, construído com plenitude de cognição ou, como se diz no Brasil, com "cognição exauriente", de modo que a tutela que se antecipa possa ser absorvida pela sentença de mérito - que haverá de ser, para o sistema, a última manifestação do julgador - se porventura se confirme ser essa a "vontade da lei"; ou a revogue se o julgador convencer-se de que a aparência do direito que servira de fundamento para a concessão da tutela antecipada não se confirmar na instrução

Refere que tal quadro mudou, em atendimento aos “*auspici pressoché unanimi della dottrina*”, com a Lei 80/2005, que, na linha do já contido na Lei 5/2003 (aplicável às demandas de direito societário), afrouxou o caráter meramente instrumental dos provimentos cautelares emitidos com base no artigo 700 do CPC daquele país – cuja amplitude de incidência é ressaltada pela doutrina peninsular¹⁰⁸⁵ –, dispondo que, mesmo se preparatórias, não perdem eficácia se não iniciado o processo “principal”, o mesmo aplicando-se à extinção do processo sem exame de mérito quanto às incidentais.¹⁰⁸⁶

Em estudo mais recente,¹⁰⁸⁷ voltou ao tema, contextualizando as medidas cautelares no âmbito da tutela sumária, juntamente com os:

a) *processos sumarizados não-cautelares*, como tal expressamente previstos pela lei processual e com aptidão para a formação de coisa julgada, dos quais cita como exemplos a ação para a repressão do comportamento anti-sindical (artigo 28, lei 300/1970) e aquela destinada a assegurar o cumprimento do dever de sustento de menores, prevista pelos artigos 148 e 156 do Código Civil;

b) *os processos de condenação com reserva de exceção*, baseados tanto na evidência do direito buscado pelo autor, decorrente da falta de apresentação de

da causa. A confirmação da liminar será sempre sua reabsorção no conteúdo da sentença de mérito” (Racionalismo e tutela preventiva em processo Civil. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 135. Publicado originalmente na Revista dos Tribunais n. 801, de julho de 2002).

¹⁰⁸⁵ “L’applicazione dell’art. 700, ad opera della giurisprudenza, e con il consenso sostanzialmente diffuso della dottrina, è stata vasta, negli ultimi decenni. Ben lungi dal ricoprire aree a carattere residuale in un contesto di un sistema cautelare caratterizzato da provvedimenti tipici, la disposizione dell’art. 700 ha assolto, nel nostro ordinamento, funzioni di tutela urgente, in via giurisdizionale, adeguata ad un’ampia serie di diritti, spesso a contenuto prevalentemente non patrimoniale, le cui esigenze di tutela erano state del tutto trascurate, in sede di predisposizione della disciplina di misure cautelari tipiche da parte del codice di rito. In altri termini, la norma ha assolto la funzione di assicurare urgente tutela a tutti quei diritti che, in assenza di cognizione sommaria tipica, sarebbero stati rimessi alla semplice tutela, inadeguata, del solo processo ordinario di cognizione: diritti della personalità, diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, diritti dell’imprenditore a contrastare atti di concorrenza sleale, e così via” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLV, n. 4, out-dez/1990. p. 976).

¹⁰⁸⁶ Idem, p. 248. Registra-se que referido processualista aponta a inversão do contencioso típica dessa modalidade de provimentos cautelares como portadora de um problema, na medida em que, transferindo ao réu o ônus de iniciar um processo de cognição plena, transferiria-lhe, juntamente, o ônus da prova, o que não considera razoável (idem, ibidem). Em texto mais antigo, apontava que essa espécie de procedimento urgente ostenta alto grau de *atipicidade*, ainda que exija o requisito especial (e, portanto, típico) do prejuízo irreparável (La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998, p. 23).

¹⁰⁸⁷ PROTO PISANI, Andrea. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 239, jan-2015, p. 373.

razões de defesa relevantes,¹⁰⁸⁸ como na possibilidade de o réu exercitar, de forma plena, o contraditório posteriormente, por iniciativa sua (contraditório eventual).¹⁰⁸⁹ Aduz que não existe, na Itália, uma previsão genérica de admissibilidade dessa forma de tutela sumária, mas sim algumas hipóteses típicas, baseadas no artigo 1.462 do Código Civil (“clausola del *solve et repete*”), no artigo 648 do CPC (relativa à defesa oposta ao mandado monitório não lastreada em documento), dentre outros.

Desse conjunto de técnicas destaco a autonomia dada a algumas espécies de processo cautelar – mais exatamente as do artigo 700 do CPC italiano – pelo parágrafo sexto do art. 669-*octies* do mesmo diploma, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 80/2005.

Esse dispositivo, que se desdobra em quatorze partes, é o único sob a rubrica “dos procedimentos cautelares em geral”, trazendo várias regras aplicadas a essa espécie de processos.

O mencionado artigo 669-*octies* subdivide-se em nove parágrafos, sendo que os primeiros estabelecem que o juiz, no âmbito do processo cautelar, fixará o prazo para propositura da ação principal, até o máximo de sessenta dias, o qual será observado caso nada disponha o juiz.

Reafirma, portanto, a regra da subordinação da tutela cautelar à tutela

¹⁰⁸⁸ Em texto anterior o mesmo autor, a respeito desse tema, fez menção à antecipação da tutela jurisdicional prevista pelo CPC de 1973, presumidamente referindo-se à hipótese do inciso II do seu artigo 273, que tratava do abuso do direito de defesa como requisito possível para a antecipação: “La tecnica con la quale soddisfare tale esigenza è quella della condanna con riserva delle eccezioni: in base alla prova piena dei fatti costitutivi allegati dall'attore e alla delibazione dell'infondatezza delle eccezioni, viene emesso un provvedimento giurisdizionale risolutivamente condizionato all'accoglimento delle eccezioni del convenuto. In Italia non esiste una figura generale di condanna con riserva, ma solo tante ipotesi tipiche. Figure generali di condanna con riserva sono invece il référé-provision di diritto francese e l'art. 273, CPC del Brasile” (La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998, p. 26). Contra, entendendo que “não existem paradigmas no ordenamento processual brasileiro que possam inspirar o intérprete a tentar adequar o instituto ao direito processual pátrio” (MACIEL JUNIOR, João Bosco. A sentença com reserva das exceções substanciais indiretas do direito italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 26, jan-jun/2005, p. 200).

¹⁰⁸⁹ “A condenação com reservas, incomum em nosso direito processual moderno, importa em técnica de sumarização da tutela cognitiva através da inversão da regra medieval da precedência da cognição sobre a execução. Há um julgamento provisório de eficácia executiva deferido independentemente do requisito do *periculum in mora* quando o juiz observa a probabilidade do acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa por vezes reduzidos a algumas hipóteses específicas. Em respeito ao contraditório, faculta-se ao réu em outra oportunidade em processo plenário complementar sua defesa em cognição plena e exaustiva. A técnica pode estar inserida em um procedimento autônomo, ou incidente no procedimento ordinário” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 142).

definitiva, objeto da ação tida como principal, já que a não propositura dessa ação leva à ineficácia da decisão proferida no processo cautelar, tal como determina o primeiro parágrafo do artigo 669-*novies*.

O sexto parágrafo,¹⁰⁹⁰ por sua vez, estabelece que tais disposições não se aplicam aos procedimentos urgentes previstos no artigo 700 e a outros provimentos “idôneos a antecipar os efeitos da sentença de mérito”, previstos no Código Civil ou em leis especiais, assim como nos casos de embargo de obra nova ou de dano temido (art. 688 do CPC).

Os provimentos de urgência previstos pelo artigo 700 do CPC italiano são atípicos e de utilização subsidiária,¹⁰⁹¹ para situações de perigo na demora diversas das previstas nas outras medidas cautelares ditas *típicas*, no Brasil representadas, na legislação revogada, pelas cautelares *nominadas*.¹⁰⁹²

¹⁰⁹⁰ Esta é a redação do dispositivo: “Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-*novies* non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito”.

¹⁰⁹¹ “Es fácil comprender la importancia del art. 700 en el sistema de la tutela jurisdiccional civil: tal norma absuelve la función de dotar de tutela cautelar a todos aquellos derechos que, en ausencia de medidas cautelares típicas, podrían sufrir un perjuicio inminente e irreparable causado por la duración incluso fisiológica del proceso de cognición plena” (PISANI, Andrea Proto. *Las resoluciones de urgencia*. Trad. Eugenia Ariano Deho. *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014, p. 359). No mesmo texto, pontuou: A través del art. 700 la atipicidad del derecho de acción no se realiza solo a nivel de tutela ofrecida por el proceso ordinario de cognición, sino también a nivel de tutela sumaria: ello ocurre según la técnica que es propia de los procedimientos cautelares, subordinadamente a la subsistencia (además del *fumus boni iuris*, que constituye el fondo de la tutela sumaria) del requisito de la inminencia e irreparabilidad del perjuicio, requisito obviamente no requerido para poner movimiento un proceso de cognición plena (idem. P. 360).

¹⁰⁹² “I provvedimenti d’urgenza, disciplinati dagli artt. 700 ss. c.p.c., costituiscono l’ultima forma di tutela cautelare che esaminiamo. Gli altri provvedimenti cautelari sono tipici in relazione sia ai presupposti cui sono subordinati, sia agli effetti che producono; invece i provvedimenti d’urgenza sono atipici: cioè si applicano ai pericoli diversi da quelli tipicamente previsti dal legislatore. Il provvedimento di urgenza è quindi caratterizzato dalla atipicità e dalla sussidiarietà. Atipicità significa che i provvedimenti d’urgenza sono destinati a far fronte a pregiudizi atipici (“un pregiudizio” dice il legislatore senza precisare quale) attraverso effetti atipici. La norma cioè non individua né i presupposti né gli effetti che si possono ottenere col provvedimento. Ecco perché tali provvedimenti si dicono atipici. Sussidiarietà significa che i provvedimenti d’urgenza sono utilizzabili ove non vi sia una tutela cautelare tipica. L’art. 700 c.p.c. infatti stabilisce: “fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di capo”. Il legislatore non è stato preciso perché tale dizione escluderebbe il richiamo a tutti i provvedimenti cautelari tipici non contenuti nelle sezioni “di questo capo”, ma in realtà la sussidiarietà è generale e si applica rispetto a tutte le ipotesi di tutela cautelare previste dall’ordinamento” (LUISO, Francesco P.. *Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. IV. p. 220). Adiante complementa: “Chiaramente se il pericolo corrisponde a quello tipico, allora si deve usare la tutela cautelare tipica; ma se vi è un pericolo diverso da quello con riferimento al quale il legislatore prevede un provvedimento cautelare tipico, si può usare il provvedimento d’urgenza. Così, il creditore alimentare può tutelarsi in via cautelare nei confronti della intempestività dell’adempimento attraverso il provvedimento di urgenza” (idem, p. 221). Para Liebman, o artigo 700 do CPC italiano prevê “uma figura de medida cautelar de contornos menos definidos” – inovando em relação ao modelo anterior, calcado na tentativa de estipular todas as ações cautelares

O dispositivo deixa claro que apenas as cautelares que ensejam antecipação dos efeitos da sentença prestada sob cognição exauriente passam a experimentar essa autonomia. Como bem exposto por Jaqueline Mielke Silva:

A tutela antecipada perde na Itália a principal característica das medidas genuinamente cautelares: deixa de ser um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal, deixa de ser um acessório de outro processo, para buscar, a própria ação cautelar, uma completa definição do conflito jurídico (litígio). O que a distingue da ação ordinária é apenas a sumariedade do acerto e a rapidez com que se alcança o provimento a tutelar. Afasta-se, portanto, do regime clássico da tutela cautelar típica para enveredar por um procedimento autônomo, que, posto se desenvolva plenamente em contraditório, se apresenta como célere e sumário, não produzindo coisa julgada. Nos termos do novo art. 669-*octies*, do Código de Processo Civil italiano, não mais se assinala um prazo para que a ação principal seja proposta, em seguida ao deferimento de medida cautelar satisfativa, de antecipação de efeitos de sentença de mérito. A falta de sua propositura não conduz mais à ineficácia do provimento.¹⁰⁹³

Trata-se de um ponto avançando, a que se chegou a partir de uma lenta evolução do processo civil italiano,¹⁰⁹⁴ como vislumbrado por Cristina Rapisarda em estudo publicado em 1986, que aludia ao “uso alternativo, não-cautelar, da tutela urgente”.¹⁰⁹⁵

Para Humberto Theodoro Júnior, “essa ampliação da tutela cautelar se deu em nome da moderna política de efetividade da jurisdição, inspiradora do que se

nominadas – para prever “provimentos cautelares inominados” (*Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 281).

¹⁰⁹³ *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 52.

¹⁰⁹⁴ “En ese camino, no siempre lineal, un significativo punto de inflexión se denota cuando se adopta una técnica procesal diferente a partir de la reforma de 2005 (art. 669 octies CPC y correlativos), que abandonó el carácter accesorio que caracterizaba tradicionalmente el procedimiento de la tutela de urgencia y acogió un sistema similar al del référé francés, donde prevalece la autonomía y sumariedad de las acciones cautelares satisfactivas. Se trata de atender tan sólo ciertas situaciones que suponen la irreparabilidad del perjuicio sufrido; y en ese esquema, las medidas anticipatorias constituyen una forma generalizada, rápida y sumaria de tutela jurisdiccional, alternativa al proceso ordinario de cognición, que si bien se concreta en pronunciamientos tan solo provisionales, que no producen cosa juzgada, son directamente ejecutables. Sin perjuicio de que puedan ser revocadas en juicio declarativo posterior” (BERIZONCE, Roberto Omar. De las medidas anticipatorias a las tutelas provisórias autónomas: una evolución necesaria. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 1, 2017, p. 121).

¹⁰⁹⁵ “A ciò non vale opporre la diffusione, nella più recente esperienza applicativa, di un uso “alternativo” e, cioè, non cautelare della tutela urgente. È vero, infatti, che l’applicazione dell’art. 700 c.p.c. in funzione di tutela sommaria non cautelare ha risposto, in questi anni, ad alcune pressanti richieste di tutela. È vero, d’altro canto, che l’attenuazione del carattere strumentale della tutela urgente rappresenta il futuro della norma in questione, dato che il disegno di legge delega per la riforma del c.p.c. ha reso meramente eventuale l’instaurazione del giudizio di merito. Ciò non toglie, tuttavia, che l’uso “alternativo” della tutela urgente vada ritenuto scorretto, poiché la disciplina attuale della materia non lascia dubbi sul fatto che tale rimedio risulti comunque preordinato, non già all’immediata soddisfazione dei diritti violati, quanto, piuttosto, all’assicurazione della fruibilità pratica di un successivo provvedimento effettivamente attuativo del diritto dedotto in giudizio” (Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLI, n. 1, jan-mar/1986. p. 148).

convencionou chamar de “processo justo””,¹⁰⁹⁶ ressaltando:

O que o Código italiano põe à disposição do litigante é uma opção entre duas vias de acertamento: uma sumária e célere, mas sem o atributo da coisa julgada; e outra com acertamento pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material.¹⁰⁹⁷

Essas “duas vias de acertamento”, na linha do que venho defendendo neste trabalho, ocupam o mesmo local, dentre os instrumentos destinados à atuação do Poder Judiciário, que a tutela antecipada antecedente desenhada pelo CPC de 2015.

Trata-se de processo que dispensa “*una necessaria successiva fase di merito*”¹⁰⁹⁸ e que, portanto, afirma a *suficiência* da tutela prestada sob cognição sumarizada,¹⁰⁹⁹ geradora de decisão judicial que, apta a regular o conflito de interesses havido entre as partes, dispensa a sacramental declaração da existência do direito por meio de sentença acobertável pela coisa julgada.¹¹⁰⁰

A partir da cultura jurídica daquele país, que teve na instrumentalidade o atributo da tutela de urgência mais significativo – conservando direitos até que, sob base procedimental tendente à cognição exauriente, pudesse ser a crise jurídica havida entre as partes eficazmente resolvida – a inovação representou quebra de paradigma, falando-se em “atenuação da instrumentalidade cautelar”, uma vez que “a

¹⁰⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.377, mar/2009, p. 28.

¹⁰⁹⁷ Idem. p. 30.

¹⁰⁹⁸ MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Milão: CEDAM, 2009. p. 403.

¹⁰⁹⁹ Trata-se, enfim, de previsão de tutela antecipada autônoma, com aptidão para “resolver a situação de crise do direito material em contexto de maior eficácia e de menor duração do processo” (ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumaria no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 179, p. 175-215., jan.-2010. p. 184). A dispensabilidade do processo destinado à cognição plena, conforme referido por José Carlos Barbosa Moreira, foi objeto de crítica por parte da doutrina: “A aplicação do art. 700 a casos em que faltaria semelhante nota de instrumentalidade é que despertou a oposição de parte da doutrina; não a índole antecipatória, ou, em outras palavras, a eventual coincidência entre o conteúdo da medida de urgência e o da sentença a ser obtida por via ordinária. Que se concedesse, a título provisório, o mesmo *quid* suscetível de concessão definitiva na sentença, e não ura *aliud*, isso não causou estranheza; o que se relutou em aceitar foi que a concessão provisória acabasse por substituir a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de instrumento” (Tutela de urgência e efetividade do direito. *Temas de Direito Processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 95).

¹¹⁰⁰ “Il pensiero giuridico - oltre che il sistema positivo – ci trasmettono l’idea del giudicato come requisito ineliminabile della funzione giurisdizionale decisoria. Sul punto si impone oggi un ripensamento: se guardato alla luce delle riforme e della evoluzione sociale, l’assolutezza di siffatto convincimento è più debole quanto si poteva pensare. Che la funzione giurisdizionale decisoria debba sempre accompagnarsi all’accertamento è oggi meno vero di ieri” (TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Turim: G. Giappichelli, 2009. p. 06). Adiante acrescentou: “Mentre quindi il giudicato (sostanziale) non è immaginabile se non su provvedimenti decisorii, non vale il contrario: è ben possibile dare provvedimenti decisorii pure privi dell’attitudine al giudicato (è ben possibile che la legge escluda quel particolare effetto da un provvedimento pur sempre capace di produrre una utilità sostanziale o processuale)” (Idem. p. 34).

eficácia de alguns provimentos cautelares é desvinculada da instauração e do prosseguimento do juízo de mérito, quais sejam, os provimentos de urgência do art. 700 do CPC”.¹¹⁰¹

Isso mostra que o caminho trilhado, em boa hora, pelo processo civil brasileiro está de acordo com a tendência verificada na Itália e, como visto, também na França, com destaque para a circunstância de que nos três regimes a tutela de urgência autônoma coloca-se como mera possibilidade para o requerente, senhor da via processual estrategicamente mais adequada para a satisfação de seus interesses.

Por fim, no interessante estudo comparatístico retro citado, Giovanni Bonato aponta a semelhança entre tais figuras:

Para a redação do caput e dos primeiros quatro parágrafos do art. 304 do novo CPC, o legislador brasileiro inspirou-se claramente no modelo franco-italiano (exposto anteriormente) dos référés e da tutela cautelar de instrumentalidade atenuada: igualmente ao que aconteceu na França (primeiro) e na Itália (depois), também no Brasil se quis romper a ligação de necessária dependência entre o provimento antecipatório de urgência e o juízo de mérito de cognição plena e exauriente. Podemos, portanto, vislumbrar uma clara convergência entre os três sistemas objeto da nossa investigação comparativa (Brasil, França e Itália): um provimento sumário provisório com conteúdo antecipatório, geralmente fundado na urgência (ressalvado o caso do référé provision francês que é baseado na evidência), é dotado de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, restando, todavia, possível que qualquer parte possa rediscutir o conteúdo desse provimento sumário, propondo uma ação de cognição plena e exauriente. Nos três ordenamentos mencionados, emprega-se uma terminologia diferente para descrever tal fenômeno processual: na França, fala-se de modelo do “provisório independente” de référé; na Itália, usa-se a expressão “eficácia indefinidamente protraída” do provimento cautelar de instrumentalidade atenuada; no Brasil, utiliza-se a fórmula “estabilização da tutela de urgência antecipada”. Apesar dessa diversidade terminológica, estamos, substancialmente, diante do mesmo mecanismo processual.¹¹⁰²

5.5.5. O *kort geding* do direito holandês

Em geral, o processo civil holandês acaba sendo pouco influente em relação a

¹¹⁰¹ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 273, nov.-2017, p. 205. Para Humberto Theodoro Júnior: “A tônica da reforma de 2005 consistiu em abandonar o feito acessório que tradicionalmente caracterizava o procedimento da tutela de urgência no processo civil italiano, para adotar um sistema similar ao do référé francês, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas” (Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donald Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 414).

¹¹⁰² Idem, p. 225.

outros sistemas processuais principalmente em razão das dificuldades decorrentes do idioma, “*only spoken by a relatively small group of people*”.¹¹⁰³

Ainda que o resultado final, neste tópico, possa sofrer limitações decorrentes do número pouco expressivo de material bibliográfico disponível sobre o tema, pareceu-me interessante referir a existência, na Holanda, de um procedimento rápido e informal para obter tutela jurisdicional em casos urgentes,¹¹⁰⁴ denominado *kort geding*, que em tradução livre significa justamente *procedimento curto*.¹¹⁰⁵

O *kort geding* é previsto pelos artigos 254 a 259 do Código de Processo Civil holandês (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*),¹¹⁰⁶ que correspondem à 14ª seção do segundo título (destinado aos procedimentos de primeira instância - *De vorderingsprocedure in eerste aanleg*) do livro primeiro desse diploma, destinado aos processos de jurisdição contenciosa (*De wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad*).

Destacam-se, de tais dispositivos, o 254.1,¹¹⁰⁷ segundo o qual a urgência é o requisito essencial do *kort geding*, como também o 256,¹¹⁰⁸ que reserva ao juiz a possibilidade de recusar o cabimento da medida se considerar que a lide não pode

¹¹⁰³ RHEE, C.H. van. Dutch Civil Procedural Law in an International Context. In DEGUCHI, Masahisa; STORME, Marcel (orgs.). *The reception and transmission of civil procedural law in the global society: legislative and legal educational assistance to other countries in procedural Law*. Antuérpia: Maklu, 2008. p. 191.

¹¹⁰⁴ RHEE, C.H. van. Dutch National Report - with some additional information on Belgium and France. In MALESHIN, Dmitry (coord.). *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012*. Moscou: Statut, 2012. p. 204.

¹¹⁰⁵ “Ao lado daquele voltado à cognição de mérito, o Rv contém normas relativas ao procedimento para obtenção de uma tutela de urgência, conhecido como Kort Geding (KG), expressa esta que, literalmente, significa “procedimento curto”. Com efeito, assim em boa parte do mundo, os processos cíveis na Holanda são demorados e custosos, motivo pelo qual os tribunais se viram ante a necessidade de criar mecanismos que, em casos de urgência, pudessem obviar os riscos da demora. Com tal objetivo, passaram a flexibilizar a utilização do KG, que, tecnicamente, nada mais é do que um procedimento para obter uma tutela provisória de urgência de natureza cautelar. Todavia, ao longo do tempo e por obra da jurisprudência, acabou se convertendo num tipo de procedimento sumário, utilizado para decidir questões vitais relativamente à lide propriamente dita. Cabe salientar, contudo, que o juiz de cognição plena não fica de modo algum vinculado à decisão do Juiz presidente em sede de KG, cuja decisão jamais é definitiva” (ZACLIS, Lionel. *Direito Processual Civil Holandês*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 201).

¹¹⁰⁶ Versão digital disponível em <<<https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2019-01-01#BoekEerste>>>, consulta em 17 de junho de 2019.

¹¹⁰⁷ “*In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven*” (Tradução livre: “Em todos os casos de urgência em que, considerando o interesse das partes, mostre-se necessário provimento jurisdicional imediato, o juiz de tutela preliminar fica autorizado a concedê-lo”).

¹¹⁰⁸ “*Indien de voorzieningenrechter oordeelt dat de zaak niet geschikt is om in kort geding te worden beslist, weigert hij de voorziening*” (Tradução livre: “Se o juiz de tutela preliminar decidir que o caso não é compatível com um provimento jurisdicional imediato, ele indeferirá o requerimento”).

ser adequadamente resolvida por meio de cognição sumária.

Ainda assim, o cabimento do *kort geding* é bastante extenso.¹¹⁰⁹ Não por acaso aponta Xandra E. Kramer que na Holanda não há um procedimento sumarizado para demandas de conteúdo pecuniário não controvertido, como a ação monitória, mas é possível a aplicação do *kort geding*, dada sua índole genérica, para casos como esse, concluindo, portanto, que ele é um valioso instrumento para preencher lacunas que podem não existir em outros sistemas jurídicos.¹¹¹⁰

Como observa Lionel Zaclis:

O juiz holandês serve-se do KG, em larga medida, colimando atingir as expectativas de uma justiça rápida. Cabe observar que o requisito de urgência nem sempre é atendido pelas partes de modo estrito, pelo que, com frequência, o juiz presidente as remete ao procedimento de cognição plena.
1111

A princípio, a eficácia do provimento jurisdicional proferido nesse procedimento é provisória, mantendo-se até que sobrevenha o julgamento no processo tido como principal. Todavia, a intervenção do juiz pode dar-se de maneira independente, tanto que em cerca de 95% dos casos o processo principal não é sequer iniciado pelas partes.¹¹¹²

¹¹⁰⁹ A margem de discricionariedade reservada ao juiz para, na prática, decidir pelo cabimento de tal medida é ressaltada por Xandra E. Kramer: “An important feature of the (national) rules for provisional and protective measures is that they leave room for discretion. A judge has to be able to decide on the basis of the urgency and other circumstances of the case whether to grant a measure or not, and what the contents should be. For example in the Netherlands, there are only nine provisions in the Code of Civil Procedure (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) concerning the kort geding. Most rules are formulated in practice, and they are highly dependant upon the factual circumstances of the case, other possibilities for safeguarding certain rights, and also efficiency reasons. This will remain the same under the reformed Code of Civil Procedure” (Harmonisation of provisional and protective measures in Europe. STORME, Marcel (ed.). *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*. Antuérpia: Maklu, 2003. p. 307).

¹¹¹⁰ A ideia vem assim exposta pela autora: “For example the Netherlands, contrary to Germany and several other countries, does not have a procedure that resembles the Mahnverfahren – a summary procedure for non-contradicted monetary claims. This is, however, overcome by the possibility to apply for a provisional payment in the kort geding procedure. Although this results in a provisional judgment, there is no need to start principal proceedings, and especially in clear cases parties will not commence main proceedings. So, in practice the kort geding procedure fills ‘gaps’ that may not exist in other legal systems” (Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe. STORME, Marcel (ed.). *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*. Maklu: Antwerpen/Apeldoorn, 2003. p. 305).

¹¹¹¹ ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Holandês. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 203.

¹¹¹² “This procedure is provisional in nature, because it only remains in force until a judgment in the main proceedings is delivered. The application for an injunction in kort geding can, however, be applied for independently from the main proceedings. In fact in about 95 % of the cases parties do not start the main proceedings at all. In other words, in practice the provisional judgment is in most cases accepted as a ‘final’ judgment. It has developed into an informal kind of summary proceedings, and at this moment makes up about 12 % of the civil case load” (KRAMER, Xandra E. Provisional and Protective Measures: Article 24 Brussels Convention (= Article 31 Brussels Regulation) - The Application in the Netherlands,

Apontando o caráter satisfativo de tais medidas e, sendo a cognição sumária a principal característica desse processo,¹¹¹³ Elena Merlin aproxima o *kort geding* do *référé-provision* francês.¹¹¹⁴

A doutrina costuma indicar que o *kort geding* tornou-se parte importante da “vida forense” holandesa, tanto sob o aspecto quantitativo, como no tocante à amplitude da natureza das questões dele objeto, sublinhando que embora doutrinariamente admita-se tratar-se de medida provisional, na prática as medidas tendem a tornar-se definitiva.¹¹¹⁵

5.6. Conclusões parciais

1. A evolução do sistema processual encontra no estabelecimento de técnicas diferentes, ou de novas formas de processo, campo fértil para que se criem caminhos alternativos ao modelo estruturado a partir de cognição plena e exauriente, potencializando a utilidade da tutela jurisdicional para situações concretas que reclamem intervenção jurisdicional diferente.

2. Na doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, a “tutela satisfativa urgente” deveria ser entendida, na sistemática original do CPC de 1973, ao lado da tutela cautelar propriamente dita, abrangendo tanto a “tutela satisfativa urgente *autônoma*” como a “tutela satisfativa urgente *provisional*”, está última correspondendo à ideia de “tutela antecipada” já bem arraigada em nosso direito, sujeita a posterior

Germany and England (May 20, 2000). Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1129709>>, consulta em 17 de junho de 2019.

¹¹¹³ “As características mais importantes do KG são: informalidade; envolvimento ativo do juiz na busca de soluções práticas para o conflito; flexibilização das regras legais sobre prova; utilização de multas constringentes (*dwangsom*) como reforço às ordens e determinações judiciais. Em geral, não é exigida a propositura, em sequência ao *KortGeding*, de ação tendente a cognição plena da lide. Excepcionam-se, apenas, os casos de propriedade intelectual de que trata o Acordo TRIPS. Nestas hipóteses, ao conceder a tutela, o juiz fixa um prazo razoável dentro do qual o autor deve propor a ação voltada à cognição plena, para que haja o julgamento definitivo do mérito” (ZACLIS, Lionel. *Direito Processual Civil Holandês*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 202).

¹¹¹⁴ MERLIN, Elena. Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 57. 2.^a serie. Padova, 2002, p. 775, *apud* ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 179, jan/2010, p. 191.

¹¹¹⁵ D’OLIVEIRA, H.U. Jessurun. Foreign law in summary proceedings. In SUMAMPOUW, Mathilde *et al.* (orgs.). *Law and Reality - Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1992. p. 124-125.

confirmação por decisão forjada a partir de cognição exauriente e que, no CPC de 2015, corresponde à versão incidental do instituto

Já pela “tutela satisfativa urgente autônoma” o autor designa toda medida que, malgrado baseada em cognição sumária, não dependa de posterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente, elemento que representa a quebra de um paradigma que condiciona a eficácia da tutela jurisdicional baseada em cognição sumária à sua posterior confirmação por essa decisão.

3. Não foi intenção do CPC de 1973 inserir, no sistema de Justiça brasileiro, esse modelo processual diferenciado, sendo certo que seu uso foi, como regra geral, amplamente difundido e bem aceito pelo Poder Judiciário sob a “roupagem” das cautelares inominadas, seguramente porque a necessidade daquele que se vê impelido a buscar a tutela jurisdicional assim determinou, sendo certo que a análise particular de cada caso concreto por vezes conduz, dada a variedade de relações jurídicas e de direitos existentes, à imprescindibilidade de uma imediata *providência jurisdicional*.

4. Por *providência jurisdicional* entende-se o provimento judicial que viabilize a fruição, no todo ou em parte, dos efeitos que decorreriam do virtual acolhimento da pretensão de direito material, justificada sua existência pela constatação de que não são raras as hipóteses em que o interesse jurídico da parte só será adequadamente tutelado, com pleno cumprimento da promessa constitucional de efetividade do processo, com a imediata intervenção do juiz no plano dos fatos.

5. O CPC de 2015 previu um novo modelo de processo, que independe da coisa julgada na exata medida em que não é vocacionado à declaração da existência e exigibilidade de determinado direito, mas sim destina-se a viabilizar a uma “mera” *providência jurisdicional*, baseando-se na tutela de urgência antecipada antecedente prevista pelos seus artigos 303 e 304.

6. Essa especial função da tutela antecipada antecedente convive com outra, igualmente útil em certas circunstância, qual seja a de viabilizar a apreciação do requerimento de antecipação da tutela mesmo a partir de uma petição inicial simplificada, justificada pela urgência, a ser posteriormente aditada para a inclusão de outros elementos integrantes da causa de pedir e a formulação do pedido de tutela definitiva.

7. É possível conceber exercício efetivo da jurisdição sem coisa julgada, mas com provimentos jurisdicionais aptos à geração de efeitos executivos, conclusão que não subtrai o valor ínsito à coisa julgada, mas apenas bem situa sua utilidade, sem sacralizá-la.

8. A aplicação do princípio do contraditório não deve ficar restrita à aceitação de seu exercício de forma prévia - modalidade sem dúvida mais usual – na medida em que tal concepção estática desafia o caráter dinâmico da relação processual (e da própria crise de direito material que lhe é subjacente).

9. Além do contraditório prévio, admite-se também sua manifestação de duas outras formas: diferida e eventual. A característica marcante do contraditório diferido é sua postergação em relação à decisão que presta a tutela jurisdicional, sendo certo que o contraditório eventual impõe o deslocamento de sua manifestação para outra demanda ou etapa processual, a ser instaurada pelo requerido, de forma independente mas, em maior ou menor grau, ainda assim conexa com a anterior.

10. A tutela antecipada antecedente é incompatível com o contraditório prévio. Todavia, tal garantia não é afrontada pelo novo modelo de processo, uma vez que não uma, mas as duas outras formas de contraditório são disponibilizadas ao requerido: o diferido, por meio da possibilidade de manejo de agravo de instrumento contra a decisão concessiva de tutela, e o eventual, representado pela ação autônoma de impugnação que pode ser ajuizada no confortável prazo de dois anos.

11. Que não se obterá, pela via da tutela antecipada antecedente, o mesmo que se pode obter por meio do processo baseado em cognição plena e exauriente, não se discute. Obtém-se coisa diferente, mas que, a critério exclusivo do requerente da tutela jurisdicional, melhor atenda seu interesse. Esse é o lugar passível de ser ocupado pela tutela jurisdicional antecipada antecedente.

6. O MODO DE SER DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E DE SUA ESTABILIZAÇÃO

No capítulo anterior busquei fixar algumas premissas sobre a finalidade da tutela antecipada antecedente e de sua estabilização, procurando situá-la como uma das opções existentes no quadro de instrumentos destinados à invocação do poder jurisdicional estatal.

A ideia do direito a uma “mera” providência jurisdicional – assim entendida como a possibilidade de viabilizar a imediata intervenção do juiz sobre a relação jurídica existente entre as partes, mas não exatamente para regulá-la por meio da certificação deste ou daquele direito, mas sim para concretizar algum efeito compatível com a natureza da lide – consubstancia a tese central aqui defendida e serve para equacionar algumas dúvidas que surgem na aplicação do instituto, tema objeto deste capítulo.

Pareceu-me importante encerrar a pesquisa com essa abordagem, não apenas pelo interesse prático que os temas despertam, o que é sempre relevante e nada desabonador sob o aspecto acadêmico, já que a ciência processual é essencialmente instrumental, mas também porque é extremamente necessário afastar da comunidade jurídica um certo “senso comum” de que a tutela antecipada antecedente é complexa e de inviável utilização prática.¹¹¹⁶

Mesmo que talvez correta a primeira premissa, nem por isso deve ser

¹¹¹⁶ Ainda que em outra dimensão (da constitucionalidade), refere Proto Pisani a tendência da jurisprudência da Corte Constitucional italiana em interpretar os dispositivos que regem os processos diferenciados de maneira a dar-lhes uma conformação que os viabilize juridicamente: “La Corte Constitucional desde 1956 a hoy ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de numerosas disposiciones que disciplinan procedimientos especiales previstos por el Código de Procedimiento civil o en leyes especiales. Una cuestión preliminar que era necesario resolver en todos estos casos era aquella relativa a la legitimidad constitucional del mismo procedimiento diferenciado en su conjunto. La corte, también cuando formalmente no hecho explícita esta cuestión preliminar, siempre se ha pronunciado -más o menos de forma explícita- sobre ella, y el resultado que se obtiene de laya abundante jurisprudencia en materia es que la corte nunca ha golpeado un procedimiento diferenciado en su conjunto, sino que se ha limitado a algunas intervenciones, más que todo marginales, dirigidas a poner cada procedimiento diferenciado en completa armonía con el respeto al derecho de defensa previsto en el art. 24, 2 inciso, Constitución. Estas observaciones resultan confirmadas y reforzadas por el análisis de la jurisprudencia que se ha formado de modo paralelo en materia de procedimientos penales especiales” (Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral. *La tutela jurisdiccional*. Trad. Chiara Marinelli. Lima: Palestra, 2014. p. 102).

menosprezado seu intenso valor prático,¹¹¹⁷ principalmente para as hipóteses em que o direito subjetivo do requerente da tutela jurisdicional será melhor tutelado por meio da intervenção do juiz no mundo dos fatos, com geração de efeitos concretos e imediatos, e não propriamente pela declaração da existência ou da extensão de um determinado direito, ainda que seguindo-se, a essa, quadro de significativa segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada.

6.1. Pressupostos essenciais da estabilização

Embora abordados no capítulo 4 os pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência e da evidência, cumpre avaliar, de modo mais conectado com o tema principal deste trabalho, os pressupostos essenciais da estabilização, colhidos dos artigos 303 e 304 do CPC.

O primeiro deles é a formulação de *pedido* nesse sentido. Se a intenção do autor é utilizar-se da nova técnica, ele deverá deixá-la expressa na petição inicial (art. 303, § 5º).

Entende-se a exigência: tratando-se de modelo de processo diferenciado, sua utilização não pode ser pressuposta pelos demais sujeitos processuais, razão pela qual a clareza em relação a esse ponto é positiva.

Poder-se-ia argumentar, com parcela de razão, que o próprio requerimento de tutela antecipada, formulado de forma isolada, já sinalizaria nesse sentido. Mas, se assim fosse, isto é, se apenas *implicitamente* pudesse ter-se como presente essa intenção do autor, dúvidas poderiam surgir, já que a falta de pedido de tutela definitiva poderia ser indicativa de petição inepta (art. 330, § 1º, CPC).

O segundo pressuposto, por óbvio, é a decisão concessiva de tutela

¹¹¹⁷ Não parece possível aderir, nessa medida, a posicionamentos que reduzem o campo prático de incidência da tutela antecipada antecedente, amesquinhando sua maior vantagem prática, de representar a possibilidade de pronta intervenção jurisdicional: “Esse esclarecimento é importante para que não exista abuso no requerimento de tutela antecipada na forma antecedente, na medida em que essa técnica de tutela traz várias complicações procedimentais – que podem prejudicar a efetividade da distribuição da justiça. A tutela antecipada só deve ser utilizada na forma antecedente quando a urgência for excepcional, ou seja, capaz de impedir a apresentação dos documentos necessários ao pedido de tutela final, bem como o adequado desenvolvimento dos argumentos da causa de pedir” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 228).

antecipada, já que ela será o *objeto* estabilizado, mas somente aquela concebida a partir de petição inicial que se limite à formulação do requerimento de tutela antecipada e tão somente indique, como mera referência, qual seria o pedido de tutela final.

Daqui duas outras conclusões podem ser tiradas.

Por primeiro, a exigência de referência ao pedido de tutela final é de discutível razoabilidade, já que se o interessado pretende apenas a obtenção de providência jurisdicional que tutela seu interesse, não há razão para que ele projete um meramente virtual pedido de tutela definitiva, que efetivamente não lhe interessa.

Aceitável a exigência se pensada como elemento que melhor insira a providência jurisdicional buscada no contexto do conflito de interesses surgido entre as partes mas, a rigor, tal função é melhor desempenhada pela causa de pedir, até porque a exigência de exposição dos fatos e da causa de pedir também aqui se verifica (art. 319, III, CPC).

A segunda diz respeito à impossibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida de forma incidental, caracterizada por ser objeto de requerimento formulado no curso do processo ou mesmo na petição inicial, mas sempre de modo posterior ou concomitante com o pedido de tutela definitiva propriamente dito, dado revelador que a intenção do autor, nesse caso, não é a obtenção de uma “mera” providência jurisdicional, mas sim de tutela definitiva, acobertável pela coisa julgada.¹¹¹⁸

Por isso, não se vislumbra a “briga com a lógica” ou “o absurdo” em restringir a estabilização à tutela antecipada antecedente como referido por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,¹¹¹⁹ uma vez que somente por meio desta é que se estabelece um processo que permita a prestação de provimento antecipatório autônomo. Para a decisão concessiva de tutela antecipada incidental, já que ela será necessariamente confirmada (senão revogada) pela sentença que necessariamente já terá sido *pedida*, basta a preclusão.

¹¹¹⁸ Não parece correto, nesse sentido, o seguinte posicionamento doutrinário: “A partir da incidência do art. 327, § 2º, CPC, é possível pensar na aplicação dessa técnica aos casos de tutela provisória incidente, requerida na petição inicial em que se formula o pedido de tutela final. O demandante formula o pedido de tutela final, requer uma tutela provisória satisfativa, solicitando a diferenciação procedimental pela adoção da técnica da estabilização, de modo que, concedida e não impugnada, a liminar pode estabilizar-se” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 752).

¹¹¹⁹ *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 236.

Daí porque, de modo sistematicamente adequado, prevê o § 6º do artigo 303 que, indeferido o requerimento de tutela antecipada antecedente, “o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito”.

De fato, se o único pedido formulado disser respeito à tutela antecipada, o indeferimento desta faz com que o aditamento da petição inicial (e não exatamente a emenda como indica o texto legal) seja necessário para que o processo tenha *objeto* que justifique seu desenvolvimento.

A partir da concessão da tutela antecipada dois outros requisitos para sua futura estabilização surgem, como manifestação da vontade do autor e do réu.

Como já indicado anteriormente (tópico 5.2), a vontade das partes é elemento essencial da estabilização, sendo certo que a lei processual define as formas para aferição dessa postura, ambas *omissivas*.

Assim, o terceiro requisito é a *falta* de aditamento da petição inicial, para complementação da causa de pedir, se necessário, e a efetiva formulação (ou confirmação, nas palavras da lei – art. 303, § 1º, I) do *pedido* propriamente dito.¹¹²⁰

Como é intuitivo, se o autor adita a petição inicial para acrescentar pedido de tutela definitiva, não se tem a estabilização da tutela antecipada. Diante de tal sinalização, é evidente que o autor deixa claro que pretende a certificação de seu direito por sentença, após cognição exauriente, e não se valer da *via alternativa* representada por pretensão a uma “mera” providência jurisdicional.

O parágrafo 2º do artigo 303 indica que, não havendo o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito, regra que deve ser compatibilizada com a do *caput* do artigo 304, reveladora do quarto requisito para a estabilização, que diz respeito à falta de interposição do “respectivo recurso” contra a decisão concessiva da tutela.

A não interposição de recurso contra tal decisão é a forma de comunicação

¹¹²⁰ “O pedido representa, a um só tempo, o bem da vida pretendido pelo autor (comumente denominado “pedido mediato”) e o “tipo” de tutela jurisdicional por ele solicitada (comumente denominado “pedido imediato”). Esta a espécie de tutela jurisdicional que deve incidir e agir sobre aquele, o bem da vida a ser individuado (art. 322 e 324) na petição inicial pelo autor. O pedido corresponde, destarte, ao objeto da postulação: ele que representa, para o plano do processo, o bem da vida e o tipo de provimento jurisdicional requerido pelo autor: pedido mediato e imediato, respectivamente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. p. 72).

eleita pelo CPC para que o requerido externe sua concordância não apenas com o teor e o alcance da decisão em si, mas sim com a estabilização da tutela antecipada.

Dito de outra forma, o requerido, que conforme posicionamento doutrinário bem estabelecido também tem direito ao julgamento do mérito da demanda,¹¹²¹ poderá optar pela admissão da estabilização com seu silêncio ou, por outra, sinalizar que contra tal sistemática opõe-se, o que fará por meio do recurso cabível contra a decisão concessiva da antecipação de tutela.

O novo modelo de processo que se tem a partir do advento do CPC de 2015, ainda que rompendo com o esquema “tradicional” que vincula a tutela jurisdicional cognitiva com a ideia de resolução da lide por meio de sentença, é meramente opcional, ideia já antes apresentada nesta pesquisa mas que fica clara à luz do quadro apresentado. A essencialidade da vontade das partes para que haja a estabilização é tão evidente que somente nos casos de citação *real* (por correio, meio eletrônico, oficial de justiça ou mesmo em cartório ou na secretaria, se lá o réu inadvertidamente comparecer – art. 246 c/c art. 72, II, ambos do CPC) ela é possível.¹¹²²

Por conta do exposto, não é correto exigir-se que antes do momento processual em que caracterizada a opção do requerido pela falta da interposição de recurso, deva o autor aditar sua petição inicial, sob pena de extinção, pois se na inicial ele já fez a opção pela estabilização da tutela antecipada, razoável supor que ele só abandonará essa escolha – tornando necessário o aditamento – se assim desejar, por ter mudado de ideia, já que preservada tal possibilidade com a amplitude induzida pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal,¹¹²³ ou se o requerido, interpondo o recurso cabível,

¹¹²¹ Tanto assim que é necessária sua concordância com requerimento de desistência de ação formulado após a contestação: “A exigência do consentimento do réu, uma vez contestada a demanda (CPC, art. 485, § 4º), justifica-se na medida em que, no processo de conhecimento, a tutela jurisdicional não é privilégio do autor. Tanto quanto o autor, também o réu tem a legítima expectativa de obter uma sentença de mérito que lhe seja favorável” (FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. IX. p. 30).

¹¹²² “Por fim, cumpre ressaltar a impossibilidade da estabilização nos casos de citação ficta. O procedimento da estabilização está calcado na sujeição, ou seja, na aceitação - ou não impugnação - das partes, sobretudo da passiva, à decisão que concedeu a tutela antecipada” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 98). No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 745; e SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 124.

¹¹²³ “É de se indagar: poderá o autor na petição inicial anunciar determinado pedido e por ocasião do aditamento elaborar outro? Por exemplo, na petição inicial o autor requer apenas a exclusão do seu nome dos cadastros do SPC e SERASA e anuncia como pedido de tutela final a exclusão definitiva de seu nome destes cadastros respectivos. Quando realizar o aditamento, poderá também requerer a condenação em perdas e danos? Entendemos que não há nenhum óbice à formulação de pedido que

obstar a estabilização.

É necessário, assim, que haja uma coordenação de tais prazos, tema objeto do tópico 6.4.

6.2. Outras espécies de tutela provisória e a estabilização

Da leitura do artigo 303 vê-se que, das tutelas de urgência, apenas a antecipada é passível de estabilização, mas não a tutela cautelar.

No tópico 4.1. indiquei que os traços distintivos entre a tutela antecipada e a cautelar proposta pelo CPC de 2015 são razoavelmente nítidos e representam uma tomada de posição lúcida do legislador, deixando mais evidente, pela justaposição de tais espécies de tutela provisória sob o mesmo gênero, as diferenças essenciais entre elas.

Foi adotada a noção clássica de tutela cautelar, com seu caráter essencialmente conservativo e sempre vinculada à ideia de proteção da atividade jurisdicional a ser desenvolvida em termos definitivos (referibilidade), com o quê ressalta-se a função significativamente distinta da tutela antecipada, caracterizada pela satisfatividade.¹¹²⁴

Nesse contexto, parece correta a solução alvitada pelo legislador, de não cogitar de estabilização da tutela cautelar.¹¹²⁵

não necessariamente reflita ao que for anunciado na petição inicial, desde que haja a complementação de custas processuais, caso haja a incidência” (SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 118).

¹¹²⁴ “Portanto, na antecipação dos efeitos da tutela, tem-se uma relação com direito material extremamente significativa, porque, na verdade, o juiz, ao analisar os requisitos específicos, faz um exame da relação de direito material sob a ótica da procedência, ainda que contingente. Resta evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipada, neste aspecto, têm uma diferença bastante clara que é exatamente a capacidade de gerar efeitos satisfativos sob o critério da hipotética procedência” (DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 57).

¹¹²⁵ “Apenas a tutela provisória satisfativa fundada na urgência pode ser autonomizada e estabilizada. A tutela da evidência não pode ser autonomizada e, por conseguinte, estabilizada. A tutela cautelar, embora possa ser autonomizada, não pode ser estabilizada – dada obviamente a referibilidade que lhe é inerente” (MITIDIERO, Daniel. Comentários ao artigo 303. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 787). No mesmo sentido: “A razão de se limitar a estabilização da tutela antecipada é facilmente identificável: não há sentido em se manter por tempo indeterminado uma providência meramente conservativa, que é o que se tem com a tutela cautelar. Mas os inconvenientes dessa distinção de regimes também são facilmente previsíveis: haverá o recrudescimento das disputas classificatórias entre tutela cautelar e tutela antecipada, com o propósito de se afastar ou obter a estabilização” (TALAMINI, Eduardo.

É evidente que algumas situações ainda instigam dúvidas acerca da sua natureza, havendo certa zona cinzenta que torna difícil identificar se se trata de tutela cautelar ou antecipada. Eloquentes exemplos são a medida que visa a sustação de protesto, mas, bem pensadas as coisas, preponderando a satisfatividade dos direitos, em sede de tutela provisória, a medida será inequivocamente antecipatória.¹¹²⁶

Se correta a opção do legislador em afastar a possibilidade de estabilização da tutela cautelar, parece possível cogitar de sua aplicação nos lindes da tutela de evidência, ainda que o *caput* do artigo 303 sinalize em sentido contrário,¹¹²⁷ ao aludir à *urgência* como pressuposto da tutela antecipada antecedente.

Além de seu caráter satisfativo,¹¹²⁸ é indiscutível que o grau maior de aparência do direito material reclamado, típico da tutela de evidência, é elemento que, com muito mais razão, deve ser *tutelável* também pela via da estabilização, justamente porque uma das principais características desse modelo de processo é possibilitar ao requerido aquilatar a necessidade de apresentar resistência à pretensão formulada pelo autor e à providência por ele alcançada.

Ora, se a existência do direito parecer tão evidente, e definitivamente não é ele

Arbitragem e a tutela provisória no CPC/15. In Costa *et al* (coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm. 2 ed. 2018. p. 250).

¹¹²⁶ “Uma das medidas antecipatórias de uso mais frequente na experiência forense de todo dia, a *sustação de protesto cambial*, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerado que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta-e-oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da *Reforma* e continuaram a sê-lo de pois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-74).

¹¹²⁷ “Tutela antecipada é o nome que o legislador deu à tutela satisfativa (declarativa, constitutiva ou condenatória) concedida no processo de forma antecipada e provisória em decisão de natureza interlocutória. Tutela de evidência também é tutela satisfativa. A novidade é que a tutela satisfativa pode ser autônoma, sem necessidade de vir acompanhada do pedido de tutela definitiva, e estabilizar-se, a depender da não reação do réu, em procedimento de caráter antecedente. Esta estabilização ocorre em cognição sumária e sem que sequer exista julgamento da lide e, por conseguinte, coisa julgada material, que é exclusividade da tutela satisfativa concedida em cognição exauriente na sentença. Todavia, por opção, o legislador preferiu conferir somente a tutela satisfativa de urgência esta possibilidade (CPC, arts. 303 e 304), deixando de fora da possibilidade de estabilização a tutela de evidência” (DONEL, Pedro Roberto. *Solução Liminar do Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 60).

¹¹²⁸ “O mesmo, entretanto, não se pode dizer da tutela provisória da evidência, que, a exemplo da tutela antecipada, tem natureza satisfativa. Nesse caso, o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 512).

obnubilada pela circunstância de tratar-se de juízo baseado em cognição sumarizada,¹¹²⁹ não causaria estranhamento a constatação de que, em muitos desses casos, o requerido optaria por não opor resistência ao pedido.

Não parece, enfim, haver óbices essenciais que impeçam, no campo dogmático, a estabilização da tutela da evidência, sendo prevalente a opinião doutrinária de que se trata de mera opção política do legislador sua restrição às situações de urgência.¹¹³⁰

A própria tutela de evidência, em algumas situações, só pode ser prestada após a resposta do requerido, já que baseada justamente na fragilidade da defesa (art. 311, I e IV). Nesses casos, por certo, eventual antecipação da tutela seria incidental, o que afasta a possibilidade de estabilização, na linha do apontado no tópico anterior.

Todavia, das quatro hipóteses de cabimento da tutela de evidência previstas no artigo 311, duas delas permitem a concessão de liminar (art. 311, parágrafo único), quais sejam: a) comprovação documental das alegações e existência de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (inciso II) e b) pretensão de restituição de bem fundada em contrato escrito de depósito (inciso III).

Nessas duas hipóteses de tutela de evidência parece-me possível a estabilização, justamente pelo seu potencial de representar, a juízo do autor e a depender do caso concreto, o meio processual potencialmente mais *efetivo*, atendendo-se, com isso, o postulado constitucional correspondente.

¹¹²⁹ “Observando-se os acontecimentos do dia a dia forense, não é raro ver liminares sendo concedidas sem que ao menos seja tomada em consideração a existência de um *periculum in mora*. Isso não acontece, entretanto, por desleixo dos juízes. Nesses casos, conquanto premido por uma cognição superficial, o magistrado defronta-se com uma pretensão de direito material de existência quase certa. Ou seja, apesar de o julgador estar adstrito a um espectro de visão bastante limitado, ainda assim, sua análise não pode ser taxada, simplesmente, de perfunctória, visto que a procedência da demanda salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*. A estreiteza da cognição sumária não é suficiente para ceifar o direito de sua ululante evidência, pois” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71).

¹¹³⁰ “Nada obstante, prevaleceu o regime da estabilização restrita às tutelas de urgência satisfativas. Quanto à tutela da evidência, não houve a previsão de procedimento que permitisse seu requerimento em caráter antecedente - embora, a nosso sentir, isto não fosse incompatível com a função desta tutela sumária. Ao que parece, o elemento urgência foi preponderante para a adoção da sistemática das tutelas sumárias antecedentes, e, assim, ficou reservada à tutela da evidência, essencialmente, sua previsão em caráter incidental” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 44). Em sentido semelhante: FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. PEIXOTO, Ravi. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In Costa *et al* (coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm. 2 ed. 2018. p. 288-289.

Ademais, não parece acidental o fato do artigo 9º do CPC, ao prever as exceções ao contraditório prévio, indicar justamente essas duas hipóteses de modo expresso (inciso II) e, mais do que isso, ao lado de outras formas de prestação jurisdicional baseadas em cognição sumária e que dispensam a certificação do direito por meio da prolação de sentença: a tutela provisória de urgência (inciso I) e a tutela monitória (III).

6.3. A tutela antecipada antecedente e as diferentes eficácias decisórias

Com a introdução da tutela jurisdicional antecipada no direito processual civil brasileiro em 1994, nos anos sucessivos teve lugar, na doutrina, candente discussão acerca da sua compatibilidade com as diferentes eficácias decisórias, que não são privativas das sentenças em geral, mas sim de qualquer decisão concessiva de tutela.¹¹³¹

Ao passo em que se aceitava com maior naturalidade a antecipação das eficácias condenatória, executiva *lato sensu*¹¹³² e mandamental, muito se questionava acerca de tal possibilidade em relação às tutelas declaratória e constitutiva.

Baseada a tutela declaratória na ideia de produção de certeza, ponderava parcela da doutrina que só com o trânsito em julgado alcançar-se-ia esse estado.¹¹³³ Raciocínio semelhante fazia-se em relação à tutela constitutiva, vislumbrando-se que

¹¹³¹ “O critério classificatório das sentenças conforme a eficácia estende-se, obviamente, a todos os provimentos jurisdicionais emitidos no curso do processo (liminarmente ou não) e que importem em resultados concretos favoráveis a alguma das partes - ou seja, que representem de algum modo *tutela* em relação à situação jurídica que é objeto do processo” (TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3.º, do CPC. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997. p. 145).

¹¹³² “As ações executivas lato sensu constituem província adequada para a antecipação da tutela, bastando ressaltar que a própria lei inquilinária admite o despejo liminar, em hipóteses especiais (art. 59, § 1.º). Do mesmo modo, as liminares possessórias nada mais são do que antecipação da tutela em processo executivo lato sensu” (LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997. p. 215).

¹¹³³ “Feitas as distinções, um só efeito, neste espectro, rejeita quaisquer antecipações: o efeito da sentença declarativa, que é a certeza. Admitir-se-á, em linha de princípio e ignorando as travas do art. 273, a antecipação do efeito constitutivo (o estado de divorciado), da condenação (o título executivo), da execução (o intercâmbio patrimonial forçado) e do mandamento (a ordem). O obstáculo deriva de razão singular: *l'accertamento*, percebeu Liebman, *sensa cosa giudicata sembra privo di importanza e non serve a nulla* (a declaração sem a coisa julgada parece privada de importância e a nada serve). Quer dizer - e dando razão a Hellwig -, o efeito da declaração (certeza) nascerá com o trânsito em julgado da sentença” (ASSIS, Araken de. Antecipação de Tutela. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997. p. 22). Na mesma direção: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 111

a modificação de situações jurídicas trazida por ela só poderia ser imposta por decisão apta à definitividade.¹¹³⁴

Embora lúcidas tais assertivas, verificou-se que a discussão encerra, em realidade, um erro de perspectiva, que parte da premissa equivocada de que os efeitos produzidos por determinada decisão são necessariamente da mesma natureza – e somente dessa – que a própria decisão em si.

Melhor explicitando tal ponto: ainda que o pedido de tutela definitiva, já formulado (na hipótese de tutela antecipada incidental) ou apenas projetado (como se tem na tutela antecipada antecedente), tenha natureza declaratória ou constitutiva, os efeitos práticos que delas decorrem poderão ser de qualquer espécie.

Assim, por exemplo, a decisão concessiva de tutela antecipada que, em demanda constitutiva que visa a modificação de cláusula contratual tida como abusiva, autoriza o cumprimento do contrato desconsiderando tal disposição,¹¹³⁵ ou outra que em uma ação declaratória de inexistência de débito impõe restrições ao pretendo credor, como impedi-lo de proceder à inclusão do autor em órgãos de restrição creditícia pelo não pagamento desse débito, exemplo em que fica clara a presença de outra eficácia (mandamental), que não se confunde com a declaratória.¹¹³⁶

¹¹³⁴ “Com muita precisão o jurista analisa as questões relacionadas à impossibilidade de tutela antecipatória nas ações constitutivas, pois, em alguns casos, a nova situação jurídica apenas pode ser criada em virtude de sentença de mérito, por expressa disposição legal, e, em outros casos, a antecipação poderia causar danos maiores que aqueles que se pretendia evitar por meio da antecipação. (...) Efetivamente não se pode admitir que, em determinados casos, sobretudo nas ações que versam sobre o estado de pessoas, que uma decisão provisória, como é a tutela antecipada, possui o condão de criar, modificar, ou extinguir as relações jurídicas entre as pessoas, pois tais decisões certamente geram instabilidade acerca da segurança jurídica nas relações de direito material, afrontando, dessa forma, o próprio interesse social” (AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201).

¹¹³⁵ Ajuizada ação para modificação ou exclusão de cláusula contratual abusiva (art. 6.º, V, do CDC), pode o autor pleitear, a título de antecipação de tutela, que se lhe permita cumprir o contrato considerando-se inexistente a cláusula anulanda. Esse é o efeito que decorre da anulação da cláusula: sua ineficácia e inexecução no contrato. Demonstrando o autor ter interesse processual nesse adiantamento de efeitos constitutivos, é perfeitamente admissível a tutela antecipada. Caso sobrevenha sentença de improcedência, retorna-se ao *status quo* anterior, considerada válida a cláusula anulanda, o autor terá, por exemplo, de pagar a diferença das prestações. Vê-se, portanto, que não há perigo de irreversibilidade da situação de fato se concedida a medida (art. 273, § 2.º, do CPC) e o autor poderia ter, mesmo, interesse em ver adiantada a tutela de mérito” (JUNIOR, Nelson Nery. Procedimentos e tutela antecipatória. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 397).

¹¹³⁶ “Note-se que nestas hipóteses o caso não é de mera declaração sumária. Se da declaração sumária extrai-se algum efeito mandamental, não se está, à evidência, diante de uma *declaração sumária*. A declaração sumária, por si só, ainda que seja da ilegitimidade de um ato, nada vale, já que a sua efetividade fica na dependência da vontade do réu. Admitir a efetividade da declaração sumária da ilegitimidade de um ato é o mesmo que supor que a ação declaratória é suficiente para, por exemplo, impedir alguém de continuar praticando atos de concorrência desleal. Da mesma forma que a ação que

Trata-se, portanto, de considerar os *efeitos práticos* da decisão, estes sim conectados à antecipação de tutela e sua irrecusável vocação para viabilizar modificações no plano dos fatos:

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório e constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.¹¹³⁷

Postas as coisas em outra perspectiva – pela ótica da compreensão da distinção entre pedido mediato e imediato¹¹³⁸ – reforça-se tal conclusão, pois mesmo tratando-se, como visto nos exemplos citados, de pedido *mediato* de natureza declaratória, os pedidos *imediatos*, mais ligados ao plano dos fatos, poderão ser de outra natureza.¹¹³⁹

visa obrigar alguém a não fazer - prevista no art. 461 do CPC [de 1973] - não pode ser transformada em ação declaratória, a tutela antecipatória mandamental (de caráter inibitório) não pode ser confundida com uma declaração sumária. Recorde-se, apesar de óbvio, que a declaração sumária não atua sobre a vontade do réu, visando o seu adimplemento. Apenas ordem, imposta sob pena de multa, pode pressionar o réu a não fazer e, portanto, ter alguma efetividade” (JUNIOR, Nelson Nery. Procedimentos e tutela antecipatória. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 277-278).

¹¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002, p. 44. No mesmo sentido: A tutela antecipatória, conforme já analisado, não se refere à antecipação do provimento jurisdicional final pleiteado, mas somente aos efeitos decorrentes da tutela jurisdicional reclamada em juízo, ou seja, o que o juiz defere não é uma antecipação do próprio julgamento de mérito, mas apenas os efeitos que advirão do futuro e provável provimento jurisdicional” (AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 162).

¹¹³⁸ “O pedido representa os tipos de bens jurídicos desejados pelo autor. Pode-se falar em pedido imediato e pedido mediato. O pedido imediato (tipo de providência jurisdicional solicitada, isto é, declaração, constituição/desconstituição e condenação do réu que, nesta medida, determina a natureza da ação) é aquele que, desde logo, diretamente se deseja: é o pedido dirigido ao Poder Judiciário, no sentido de que outorgue a tutela jurisdicional especificamente solicitada. Já o chamado pedido mediato representa o bem jurídico (bem da vida) subjacente ao pedido imediato. O pedido mediato, portanto, representa o que o autor deseja (interesse do autor), em detrimento do interesse do réu e o imediato “como” o autor deseja. O pedido mediato evidencia o objeto litigioso, ou a lide (terminologia do Código), ou ainda, o mérito” (ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 795-796).

¹¹³⁹ “Parece ser este o ponto nodal. Para os doutrinadores da corrente que não admite a tutela antecipada nas ações declaratórias, embora não se veicule a análise dos objetos mediato e imediato do pedido, este é o justamente o ponto que questionam, porque desta aparente confusão entre os dois objetos deriva o raciocínio de não se ter o que antecipar, pois estar-se-ia antecipando a decisão de mérito propriamente dita. Mas esta constatação não nos parece correta: mesmo em ações em que o pedido do autor é de uma mera declaração, em alguns casos haverá a necessidade de serem tomadas determinadas providências para ajustar-se a realidade reconhecida na sentença. É o que Kazuo Watanabe denominou de “ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos; ou as que contenham alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni:

Diante do código de 2015 é necessário colocar a tutela antecipada em seu devido trilho. Há tutela antecipada apenas quando a tutela final é prestada antecipadamente. Ou melhor, a tutela antecipada é, em substância, a tutela final prestada mediante a técnica da antecipação. Bem por isso não há tutela antecipada quando se pede tutela urgente para obstar o demandado a fazer algo que não poderia ser feito se já houvesse declaração ou (des)constituição. Frise-se que é possível antecipar, por exemplo, tutela inibitória, mas a ordem que ordena o demandado a não praticar um ato que não poderia ser praticado se uma deliberação social já houvesse sido desconstituída não é antecipação da desconstituição.¹¹⁴⁰

Quanto às demais eficácias decisórias possíveis, nunca houve discussões maiores, sendo bem aceita a ideia de que elas “não demonstram óbices ao pedido de tutela antecipada”.¹¹⁴¹

Apenas uma consideração merece a tutela condenatória. É que se a parte dispuser de documento que comprove a existência de obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa, parece-me que ela não terá interesse processual – pela ótica da adequação¹¹⁴² – para o requerimento de antecipação de tutela antecedente, pois há remédio específico, de idêntico matiz, disponível, qual seja a ação monitoria.

Não se ignora ser bem aceita a assertiva de que a ação monitoria é uma opção do requerente. De fato é ela uma alternativa, mas ao processo de conhecimento ordinarizado. Por isso, sustenta-se a conclusão do parágrafo anterior, uma vez que não parece razoável admitir ser a ação monitoria uma mera opção do autor também em relação ao novo modelo de processo representado pela tutela antecipada antecedente.

Sendo as duas técnicas partes de um mesmo microsistema (5.4.1., *retro*), é plenamente aceitável admitir que ambas possuem um campo de atuação bem delimitado, de harmônica coexistência, de tal sorte que, apoiando-se o autor em prova documental e visando obter, de plano, a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional que atue no plano fático (executiva), a ele o sistema reservará a ação monitoria, com

efeitos” (FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 89).

¹¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

¹¹⁴¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I, p. 373/387.

¹¹⁴² “O interesse de agir, normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. (...) Para se aferir o interesse, ademais, há desse analisar a presença da utilidade e adequação. Isso porque, se o autor não se utiliza de uma via adequada, conseqüentemente, não obterá um provimento que lhe seja útil” (ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 164 e 166).

exclusão da tutela antecipada antecedente.

A não ser por essa ressalva, não há, enfim, como aprioristicamente excluir a possibilidade de antecipação de tutela estabilizável a partir da natureza do virtual pedido de tutela definitiva, já que, a rigor, a multiplicidade dos efeitos de uma decisão judicial, no plano fático, impede que assim se proceda.

6.4. Coordenação dos prazos e ônus das partes e estabilização

A estabilização da tutela antecipada tem como um de seus fundamentos o encontro de vontades das partes em admitir, a menos em um primeiro momento, que a providência jurisdicional determinada pela decisão concessiva da tutela seja suficiente à tutela dos interesses de ambos.

Para tanto, elege o CPC a forma ideal para aferir essa disposição das partes em não enveredar pela (por vezes) tortuosa trilha da cognição plenária, qual seja a omissão de ambas em adotarem posturas processuais que sinalizem em sentido contrário.

Ao passo em que o primeiro ato de vontade, que enseja a aplicação da nova modalidade processual, parte da expressa indicação do autor (art. 303, § 5º, CPC), uma vez concedida a tutela antecipada abre-se, para as duas partes, o momento de optar pela estabilização.

Se o desejo do autor for que o processo prossiga, mesmo com a antecipação já concedida, para obter julgamento definitivo de mérito (que, claro, pode ser até mais abrangente, qualitativa e quantitativamente, que a própria tutela antecipada), a ele caberá aditar a petição inicial, no prazo de 15 dias “ou outro prazo maior que o juiz fixar” (art. 303, § 1º, I, CPC), nos mesmos autos e sem o adiantamento de novas custas (art. 303, § 3º, CPC).

Para o requerido, basta que ele se abstenha de interpor o recurso cabível, preclusão que acarreta a estabilização (art. 304, *caput*, CPC), caso em que o processo será extinto (art. 304, § 1º, CPC), já que, de fato, nada mais haverá a tratar.

Apesar da simples formulação de tais regras, há um problema externo a elas,

mas conectado com sua aplicação, que é a necessidade de coordenação lógica entre tais prazos.

Alguma experiência forense possibilita especular que, na prática, é muito mais provável que o autor seja intimado primeiro da decisão concessiva da tutela antecipada, já que o requerido só o será quando citado para os termos da demanda, ato de comunicação processual que, por ser mais complexo, acaba exigindo maior prazo para sua realização. Com isso, considerando que o prazo para interposição de recurso também é de 15 dias (art. 1003, § 5º, CPC), é provável que primeiro venceria o prazo destinado ao autor.

Ocorre que é mais adequado à sistemática da estabilização da tutela antecipada, sob o aspecto lógico, que primeiro seja verificada a postura adotada pelo réu em relação à decisão concessiva de tutela e, via reflexa, se ele se conforma ou não com a estabilização, uma vez que o autor já terá feito tal opção na petição inicial.¹¹⁴³

Dito de outra forma: o autor já terá externado, no processo, sua intenção em valer-se da estabilização, porque a consecução de uma “mera” providência é suficiente ao atendimento de seus interesses. Assim, é salutar que primeiro verifique-se qual será a posição do réu diante da decisão estabilizável.¹¹⁴⁴

O réu terá, então, todos os dados necessários à reflexão da necessidade de impedir a estabilização.

¹¹⁴³ “Deferida a medida satisfativa em caráter antecedente, cumpre ao autor aditar a inicial, no prazo de 15 (quinze) dias - ou outro que o juiz fixar - com a complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido final, sob pena de extinção do processo, sem o julgamento de seu mérito. Contudo, entendendo-se que o recurso próprio a elidir a estabilização seja agravo de instrumento, o réu terá idêntico prazo para a propositura do “respectivo recurso” a que alude o *caput* do art. 304. A mera identidade de prazo, por si só, já causa estranheza, uma vez que o autor se verá na incômoda situação de ser obrigado a emendar à inicial, mesmo sem saber se ocorrerá ou não a estabilização. Pior, mesmo procedida a emenda, poderá ela ser completamente inútil, face ao não ingresso do recurso, uma vez que se implementará a estabilização, extinguindo-se o processo, fazendo da emenda letra morta” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 92-93).

¹¹⁴⁴ “Por tal razão, é possível dizer que o requisito para que ocorra a estabilização, no tocante ao aditamento da inicial, é que o processo esteja vivo no momento em que ocorrer a preclusão da decisão antecipatória de tutela. Isso porque a lei processual prevê consequências jurídicas distintas para cada situação. Para a falta de aditamento, prevê o CPC a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 303, § 2º); para a falta de recurso contra a decisão que concede a tutela provisória, prevê o CPC a extinção e estabilização do que foi decidido provisoriamente (art. 304, § 1º)” (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015*. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 160). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 229.

A partir daí, porventura não interposto o recurso pelo requerido, poderá o autor aquilatar, objetivamente, se de fato mantém seu intento inicial, caso em que bastará o não aditamento da petição inicial, ensejando a estabilização e a consequente extinção do processo.

Como bem observado por José Roberto dos Santos Bedaque:

Assim, parece conveniente, pois condizente com o escopo da estabilização, que o prazo para o aditamento inicie-se após a decisão tornar-se irrecorrível para o réu. Assim, se o autor estiver satisfeito com o efeito antecipado, não pleiteará a tutela definitiva, com a consequente estabilização da tutela provisória e a extinção do processo (art. 304 e § 1º). Tendo em vista a possibilidade de flexibilização prevista no art. 303, § 1º, I, não há óbice a que o juiz assim proceda. O ideal seria, pois, que somente a partir do término do prazo para o aditamento tivesse início o prazo recursal. Se o réu interpusse agravo, reabrir-se-ia a possibilidade para o autor aditar a inicial. Trata-se de técnica semelhante à adotada para o recurso adesivo, cuja finalidade é incentivar a omissão de ambas as partes.¹¹⁴⁵

Mas como obter tal coordenação entre os prazos?

Parte da doutrina dá solução satisfatória, que consiste na fixação pelo juiz, diante da expressa permissão da lei nesse sentido (art. 303, § 1º, I, CPC), de prazo mais dilatado (30 ou 45 dias), que tivesse seu termo final após a consumação do prazo para o réu interpor recurso contra a decisão concessiva da tutela,¹¹⁴⁶ havendo ainda opinião no sentido de que, mesmo se realizado, por cautela, o aditamento da petição inicial, uma vez constatada a preclusão da decisão concessiva da tutela teria que ser o autor intimado a se manifestar sobre eventual desejo em abrir mão do aditamento e obter a estabilização.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁵ Comentários ao artigo 303. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 942.

¹¹⁴⁶ Assim, dentre outros: MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 41; DONEL, Pedro Roberto. *Solução liminar do processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 80-81 e CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Comentários ao artigo 304. In SANTOS, Silas Silva *et al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 364.

¹¹⁴⁷ “É possível até mesmo argumentar que, antes de saber se haverá ou não estabilização da tutela antecipada, não se pode exigir do autor a emenda de sua petição inicial, o que só se tornaria necessário se soubesse, diante da postura do réu, que o processo prosseguirá. De qualquer maneira, cabe ao autor, mesmo que por cautela, cumprir o prazo previsto no inciso I do § 1º do art. 303 do Novo CPC, para não correr o risco mesmo de, decorrido prazo de reação do réu, ter seu processo extinto sem resolução do mérito pela falta de emenda da petição inicial. Por outro lado, entendo que mesmo tendo havido a emenda da petição inicial não se poderá presumir que com isso o autor abriu mão da estabilização da tutela antecipada e que, por tal razão, mesmo que o réu não interponha agravo de instrumento, o processo seguirá normalmente. Nesse caso, é o réu que deve se precaver agravando de instrumento mesmo que a petição inicial já tenha sido emendada. Não havendo agravo nesse caso, entendo que o juízo deve intimar o autor para que ele se manifeste sobre a continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou se já está satisfeito com a tutela antecipada estabilizada e por isso não

De fato, qualquer medida que propicie a possibilidade de o autor, ciente da não interposição de recurso pelo réu, obter a estabilização, ainda que *retratando-se*, por assim dizer, do aditamento cautelosamente apresentado deve ser prestigiada.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema, oferecendo a solução que reputo a mais adequada. O julgado é assim ementado no que interessa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PROCEDIMENTO. ARTS. 303 E 304 DO CPC/15. ADITAMENTO DA INICIAL. INTIMAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO E DA ECONOMIA PROCESSUAL. ARTS. 4º, 139, IX, 321, CAPUT, 304, CAPUT E § 1º, e 1.003, § 5º, do CPC/15. PETIÇÃO. JUNTADA. CONTEÚDO. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO. HIPÓTESE CONCRETA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Ação de tutela antecipada em caráter antecedente, na qual se pleiteia o cumprimento de contrato de prestação de serviços, fornecimento e instalação de sistemas de controle de acesso, provedor de internet, telefonia VOIP e de monitoramento digital de imagens. 2. Recurso especial interposto em 17/07/17 e concluso ao gabinete em 14/09/18. Julgamento: CPC/15. 3. O propósito recursal consiste em determinar se a juntada de petição pelo autor após a concessão da tutela antecipada antecedente é apta a: a) configurar a ciência inequívoca da parte a respeito de seu conteúdo e; b) demarcar o início do prazo de 15 (quinze) dias para o aditamento da petição inicial previsto no art. 303, § 1º, I, do CPC/15. 4. Nosso direito processual civil é instrumental e adota o sistema da legalidade das formas, de modo que é preciso que seu rigorismo formal seja observado com vistas a se oferecer segurança jurídica e previsibilidade à atuação do juiz e das partes, sendo abrandado quando o ato atingir a finalidade que motiva sua vigência. 5. A intimação das partes acerca dos conteúdos decisórios é indispensável ao exercício da ampla defesa e do contraditório, pois somente o conhecimento dos atos e dos termos do processo permite a cada litigante encontrar os meios necessários e legítimos à proteção de seus interesses. (...) 8. No CPC/15, a tutela provisória passa a ser uma técnica aplicada na relação processual de conhecimento ou de execução, mas que, na forma do art. 303, pode ser também requerida em caráter antecedente à própria formação da relação jurídica processual da tutela definitiva. 9. O propósito da previsão dos arts. 303 e 304 do CPC é, especificamente, proporcionar oportunidade à estabilização da medida provisória satisfativa, valorizando a economia processual por evitar o desenvolvimento de um processo de cognição plena e exauriente, quando as partes se contentarem com o provimento sumário para solucionar a lide. 10. O procedimento da tutela provisória é, portanto, eventualmente autônomo em relação à tutela definitiva, pois, para a superação dessa autonomia, é preciso que o requerido recorra da decisão que concede a antecipação da tutela, sob pena de a tutela estabilizar-se e o processo ser extinto. 11. Como, na inicial da tutela antecipada antecedente, o autor somente faz a indicação do pedido de tutela final, existe a previsão de que deve complementar sua argumentação, com a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior fixado pelo juiz. 12. Os prazos do requerido, para recorrer, e do autor, para aditar a inicial, não são concomitantes, mas subsequentes. 13. Solução diversa acarretaria vulnerar os princípios da economia processual e da primazia do julgamento de mérito, porquanto poderia resultar na extinção do processo a despeito da eventual ausência de contraposição por parte do adversário do autor, suficiente para solucionar a lide trazida a juízo. 14. Como

se opõe a extinção do processo” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 510).

a interposição do agravo de instrumento é eventual e representa o marco indispensável para a passagem do "procedimento provisório" para o da tutela definitiva, impõe-se a intimação específica do autor para que tome conhecimento desta circunstância, sendo indicada expressa e precisamente a necessidade de que complemente sua argumentação e pedidos. 15. Na hipótese dos autos, o conteúdo da petição juntada pelo autor, na qual requer a aplicação de multa em razão do descumprimento da tutela antecipada, não permite concluir por seu conhecimento inequívoco da determinação de aditar a inicial. 16. Além disso, a intimação do autor para o aditamento da inicial e o início do prazo de 15 (quinze) dias para a prática desse ato, previstos no art. 303, § 1º, I, do CPC/15, exigem intimação específica com indicação precisa da emenda necessária, como realizado pelo juízo do primeiro grau de jurisdição. 17. Recurso especial desprovido" (STJ, 3ª. T., REsp 1766376/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020).

Do voto condutor colhe-se que o CPC "não define expressamente, o termo a quo do referido prazo de 15 (quinze) dias", mas sinaliza que "o prazo para o aditamento da inicial somente tem início se for estritamente necessário para que se dê sequência do "procedimento provisório"", concluindo a Ministra Relatora "que os prazos para recorrer da decisão de concessão da tutela antecipada e para aditar a inicial não correm concomitantemente, mas sim sucessivamente".

Assim, ao constatar o juiz a não interposição de recurso de agravo de instrumento, deve ele determinar "intimação específica do autor para que tome conhecimento desta circunstância, sendo indicada expressa e precisamente a necessidade de que complemente sua argumentação e pedidos", a partir da aplicação analógica do art. 321, *caput*, do CPC.

Ainda que não se trate de precedente vinculante, posto não se tratar de recurso especial julgado sob a sistemática dos repetitivos, a solução apontada pelo Superior Tribunal de Justiça é a mais adequada e bem resolve o problema posto.

6.5. Posturas do réu e estabilização

Uma vez concedida a antecipação de tutela antecedente e citado o réu (art. 303, § 1º, II, CPC), a postura processual deste é que determinará a possibilidade de estabilização de tal decisão, aliada à vontade do requerente da medida.

Essa é a forma com que se dá a inversão da iniciativa do contraditório, cristalizada na norma jurídica do *caput* do artigo 304 do CPC, assim redigido: "Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso".

A interpretação da parte final do dispositivo tem gerado alguma divergência doutrinária, pois há quem entenda possível que com a apresentação de contestação pelo requerido – e não exclusivamente com a interposição do “respectivo recurso” – já seria obstada a estabilização.

A rigor, o caso comporta a aplicação da interpretação semântico-pragmática a que alude Pierluigi Chiassoni,¹¹⁴⁸ sem espaço para interpretações extensivas que acabam por incluir na lei, a pretexto de interpretá-la, disposições que ela não contempla.

Ao aludir a “respectivo recurso”, parece certo que a menção é ao agravo de instrumento, uma vez que as decisões a respeito de tutela provisória estão inseridas no rol do artigo 1.015 do CPC, logo em seu inciso I.

Ressalva-se apenas os casos em que a tutela antecedente é concedida em segunda instância, como reflexo da antecipação da tutela recursal obtida em recurso de agravo manejado contra decisão de primeira instância que a indeferira, caso em que caberá agravo interno (artigo 1.021, CPC). Teoricamente, até mesmo apenas com o provimento do agravo de instrumento, por julgamento colegiado, pode vir a ser concedida a tutela, caso em que os recursos extremos acabam exercendo essa função.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁸ “A interpretação semântico-pragmática de uma disposição – se analisada com o olhar do filósofo da linguagem - inclui, por sua vez, duas operações interdependentes, mas logicamente distintas, que consistem: - em determinar o significado das expressões individuais (palavras e locuções) utilizadas nas disposições; em determinar o significado global explícito da disposição (o que a disposição exprime ou diz). O significado global da disposição não depende unicamente, nem necessariamente, do significado linguístico dos seus vocábulos isoladamente considerados, como registrado nos dicionários da respectiva língua natural (e/ou em dicionários especializados), o que significaria simplesmente uma operação de somar em uma espécie de cálculo linguístico. Depende, pelo contrário, de uma série mais ampla de fatores, entre os quais cabe indicar quatro: (1) a estrutura da disposição, à luz das pertinentes regras gramaticais, identificada, como se viu, em sede de interpretação sintática – até aqui o princípio composicional e o princípio do contexto de Gottlob Frege e das teorias fregeanas do significado dos enunciados. (2) O contexto linguístico específico da disposição – na terminologia da linguística textual: o contexto, ou seja, o documento normativo inteiro, ou a parte (considerada pelo intérprete) pertinente do documento, ao qual pertence a disposição a ser interpretada. (3) o intertexto da disposição, constituído por todos os outros textos, normativos (discurso das fontes) e não normativos (textos dogmático-jurídicos, etnológicos, filosóficos, jurisprudenciais, literários, político-econômicos, médicos, teológicos, históricos etc), do qual o intérprete considera dever e/ou poder levar em consideração ao interpretar a disposição; assim como (4) os específicos contextos extralinguísticos da disposição (culturais, institucionais, políticos, sociais, históricos etc.) – ou as específicas “situações” – à luz das quais, segundo o juízo do intérprete, a disposição deve ser, igualmente, interpretada” (*Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas*. Trad. Otávio Domit. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 99/100).

¹¹⁴⁹ “A que recurso se refere o dispositivo? Se se tratar de processo na primeira instância, o recurso cabível é, inequivocamente, o de agravo de instrumento (art. 1.015, I). Se a tutela antecipada antecedente for pleiteada perante algum Tribunal – em casos em que aqueles órgãos jurisdicionais

A exigência legal faz todo sentido, uma vez que, concedida por decisão interlocutória, a tutela antecipada antecedente só terá sua eficácia neutralizada se obtida a reforma ou a revogação da decisão, sendo a via recursal, portanto, a vocacionada para tanto.

A lei processual buscou assegurar coerência por meio de tal disposição, pois inexistindo pedido de tutela definitiva, mas sim antecipação concedida com base em cognição sumária, a forma de insurgência do réu contra a pretensão formulada pelo interessado e atendida pela concessão da medida urgente deve ser aquela adequada a contrastar a decisão em si, e não a petição inicial, que se não aditada não trará nada de novo.

Nesse contexto, o oferecimento de contestação, deixando-se a decisão concessiva de tutela antecipada hígida pelo advento da preclusão decorrente da não interposição do recurso, representa medida que desconsidera as características dessa nova forma de prestação de tutela jurisdicional, mantendo-se o foco em um julgamento final de mérito que, sabe-se, não acontecerá, ao menos não naquela mesma relação processual.¹¹⁵⁰

Nesse sentido o posicionamento constante do excerto doutrinário a seguir, que tem o mérito de trazer dado objetivo útil à interpretação histórica do *caput* do artigo 304 do CPC:

Por outro lado, apenas a interposição de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tem o condão de impedir a estabilização. A mera formulação de pedidos de reconsideração e medidas impugnativas não

exercam competência originária —, a decisão muito provavelmente será monocrática. Como tal, contra ela cabe agravo interno (art. 1.021). Na eventualidade de se tratar de acórdão, não custa aventar esta possibilidade, contra ele caberá recurso especial e/ou extraordinário (art. 1.029), consoante o caso” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 720).

¹¹⁵⁰ “A razão de ser do instituto prende-se à ideia de que se a parte prejudicada pela medida não se insurge é porque o direito alegado, cuja satisfação imediata foi pedida e atendida, muito provavelmente existe, o que justifica, então, a sumarização do processamento e da solução do conflito mediante a estabilização dos efeitos produzidos. Em outras palavras, a omissão do demandado frente à tutela antecipada (ou satisfativa) outorgada é tão significativa, processualmente falando - pela intensa exacerbação da probabilidade do direito que representa, que a lei consente com o afastamento da possível e futura discussão da causa que o seu processamento permitiria (afastamento do contraditório), para se contentar com a solução do conflito já operada mediante a estabilização dos efeitos liberados pela decisão irrecorrida. A sumarização do conflito e da sua resolução, a que nos referimos, não afasta, no entanto, a rediscussão da causa, mas isso passa a depender de uma iniciativa futura, do prejudicado ou do próprio beneficiário da medida, por meio de outra ação e de outro processo voltado à revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada (§§ 2º e 4º), e assim mesmo dentro do prazo de apenas dois anos (§ 5º). Veja-se que a técnica de sumarização aqui empregada pelo legislador é semelhante à da ação monitória, inclusive pela inversão da iniciativa do contraditório para a discussão do ato decisório, com a diferença, dentre outras, de que aqui a iniciativa pode ser do próprio demandante originário” (MACHADO, Costa. *Tutela provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 76).

recursais (como a reclamação, a suspensão de liminar etc.) não serve para obstar a estabilização. O Código aludiu expressamente a recurso - e não foi casual o emprego do termo. Em versão anterior do projeto de lei, usava-se o termo "impugnação" da decisão, que é mais amplo e abrange medidas impugnativas não recursais. Mas não foi essa a disposição que se aprovou. Houve uma clara e intencional mudança redacional no processo legislativo para tornar preciso e específico o ônus imposto para que se evite a estabilização. Então, cabe observar a lei, que se valeu de termo inequívoco no ordenamento brasileiro. Assim, se a tutela antecipada antecedente é deferida pelo juiz de primeiro grau, o agravo de instrumento é o meio apto a impedir a estabilização. Se for concedida pelo relator, em decisão monocrática em agravo de instrumento contra decisão denegatória de primeiro grau, deve-se usar o agravo in terno. Todavia, em decisão tomada fora do regime dos recursos repetitivos, o STJ decidiu que qualquer impugnação bastaria para impedir a estabilização. Com o máximo respeito, essa é uma interpretação *contra legem*. Espera-se que ela não venha a prevalecer na jurisprudência do STJ.¹¹⁵¹

Enveredando, porque inevitável, para o campo prático, poder-se-ia considerar tal regra limitadora do direito ao contraditório e à ampla defesa se a interposição de agravo de instrumento representasse ônus excessivo ou fosse exageradamente complexa, o que não é o caso.¹¹⁵²

Ainda que exigível o preparo no agravo de instrumento, de acordo com normas locais, o fato é que, abstraída a possibilidade de concessão dos benefícios da gratuidade (art. 98, VIII, CPC), o autor também terá recolhido, se o caso, as custas iniciais ao ajuizar a demanda, circunstância que afasta qualquer cogitação de desequilíbrio entre as partes.

Quanto à interposição em si, considerando que seguramente a totalidade dos novos processos tramitam em base digital, nem mesmo obrigatória será a anexação de cópias de documentos ao agravo de instrumento (art. 1.017, § 5º, CPC), salvo em relação àquelas que o requerido reputar úteis ao conhecimento do mérito recursal, o

¹¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. vol. 2, 18ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 950-951. O argumento calcado na interpretação histórica é também lembrado por Dierle Nunes e Érico Andrade: "Numa análise inicial, a tendência dos autores é optar pela primeira opção, alargando a possibilidade da estabilização, a partir das anunciadas vantagens que a estabilização produz para o ambiente jurisdicional e para as partes, na busca de tutela diferenciada, e, ainda, em razão de que o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização, considerando, inclusive, que nas versões anteriores do projeto se utilizava o termo mais abrangente "impugnação" e, agora, no projeto aprovado e que se transformou no novo CPC houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso" (Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83-84).

¹¹⁵² Sem razão, por isso, Eduardo Lamy: "Contudo, defende-se, aqui, que a leitura literal do dispositivo e, conseqüentemente, a utilização exclusiva do agravo de instrumento como meio processual próprio a afastar a estabilização, acarretaria a inconstitucionalidade do art. 304 do NCPC" (*Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 94-95).

que torna o recurso e suas razões uma simples petição.

Entendem que somente o agravo de instrumento tem o condão de afastar a estabilização, dentre outros, Eduardo Arruda Alvim,¹¹⁵³ Milton Paulo de Carvalho Filho¹¹⁵⁴ e Leonardo Carneiro da Cunha.¹¹⁵⁵

Há autores que adotam

um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que, embora não se oponha à tutela antecipada concedida, não concorda com a estabilização e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente passível de formação de coisa julgada material".¹¹⁵⁶

Mesmo nesse caso, as considerações antes tecidas aplicam-se: como evitar a estabilização se a solução dada pelo juiz, com o que se atende a pretensão como um todo (considerada a peculiar sistemática do novo modelo processual), mantém-se como pronunciamento judicial regulador da crise jurídica havida entre as partes?

O Superior Tribunal de Justiça tem dois precedentes, proferidos por órgãos fracionários diferentes e sem eficácia vinculante, circunstância que aponta tratar-se de matéria que ainda será objeto de debates naquela Corte.

O primeiro deles foi julgado em dezembro de 2018, sendo certo que a ementa é assim redigida no que interessa:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau,

¹¹⁵³ *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220.

¹¹⁵⁴ Comentário ao artigo 304. In SANTOS, Silas Silva *et al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 363.

¹¹⁵⁵ *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 337.

¹¹⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 514. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 45; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao artigo 303. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 789; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 744.

após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. (...) 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no référé do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido" (STJ, 3ª T., REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018).

Os argumentos são, em essência, os mesmos usados pela doutrina, apenas acrescentado pelo julgado outro, de colorido fatalista, alusivo à uma virtual sobrecarga dos Tribunais em razão dos agravos.

O segundo julgado, de outubro de 2019, empresta à sistemática descrita na lei interpretação que considero mais correta, ainda que proferido, cumpre o registro, por maioria de votos:

"PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em

cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido” (STJ, 1ª T., REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).

Extraio do voto condutor da eminente Ministra relatora designada para o acórdão eloquente excerto:

Não merece guarida o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão. Isso porque, embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação – são inconfundíveis.

Note-se que a divergência verifica-se entre órgãos de turmas diferentes, sendo possível antever que a intervenção da Corte Especial, cedo ou tarde, será necessária para pacificar o entendimento.

Ainda sobre o agravo de instrumento, vale dizer que a previsão legal acaba potencializando seu efeito *obstativo*,¹¹⁵⁷ pois a sua mera interposição acabará por impedir não somente a preclusão da questão, mas obstaculizará a própria utilização desse modelo de processo diferenciado.¹¹⁵⁸

Alude Eduardo José da Fonseca Costa à possibilidade da utilização de

¹¹⁵⁷ “A interposição de todo e qualquer recurso cria um primeiro efeito (uma primeira consequência, de acordo com uma visão mais crítica do assunto) que é o de obstar a ocorrência de preclusão (coisa julgada formal) e, em se tratando de sentença que aprecia o mérito em primeiro grau de jurisdição ou nos próprios segmentos recursais, a formação da coisa julgada material” (BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

¹¹⁵⁸ “Observe-se que o legislador não vinculou a estabilização da tutela ao oferecimento da contestação, mas sim ao recurso cabível contra a referida decisão, simplesmente porque é o recurso de agravo o primeiro momento que o réu teria para falar nos autos, tendo em vista a concessão da medida. Se o réu não interpuser o recurso de agravo instrumento para desafiar a tutela antecipada é certo que haverá a estabilização desta última com a extinção do processo pela preclusão máxima. Percebe-se que o ônus de impedir preclusão recursal passa a ter enorme importância na medida em que ela não apenas coloca em discussão no âmbito tribunal o suposto erro ou acerto do julgador ao conceder a tutela antecipada “antecipada”, mas também e, principalmente, impede a extinção do processo, devolvendo ao beneficiário da tutela o ônus de aditar ou ratificar a petição inicial, também sob pena de extinção do processo, só que em seu desfavor” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 419).

sucedâneos recursais para obstar a estabilização, mencionando exatamente à reclamação, ao mandado de segurança, à suspensão de segurança e ao pedido de reconsideração, uma vez que o manejo de qualquer deles consubstanciaria “sinal exteriorizante de resistência à ordem mandamental ou executiva antecipada”.¹¹⁵⁹

Parece-me equivocada essa visão. Ainda que o uso efetivo de tais instrumentos realmente indique discordância por parte do requerido, eles valem não enquanto ato declarativo de vontade, mas sim pelos efeitos – programados pela lei processual – que podem fazer incidir sobre a decisão antecipatória de tutela.

O mandado de segurança e a reclamação têm natureza jurídica de ação, ainda que de fundamento constitucional, e parece difícil antever uma situação em que, concedida a tutela antecipada antecedente, eles pudessem ser cabíveis. Ainda que se admita, por especulação científica, tal possibilidade, o fato é que o mero ajuizamento deles, ainda que no prazo do agravo de instrumento como ressaltado pelo autor citado,¹¹⁶⁰ não obsta a estabilização da tutela antecipada.

Esta só não subsistirá se, acolhida a reclamação ou concedida a segurança, desaparecer a decisão que concedeu a tutela antecipada de maneira antecedente.

Ora, se assim é, forçoso concluir que é o advento de outra decisão judicial, ainda que proferida em processo distinto, que pode eliminar a antecipação da tutela do universo jurídico, com o quê apenas reflexamente cairia, por óbvio, também a estabilização. Por isso é que não parece correto afirmar que o uso do mandado de segurança ou da reclamação substituem a simples interposição do recurso cabível, tal como previsto pela lei.

O mesmo raciocínio aplica-se ao pedido de suspensão de segurança (ou de liminares), previsto pelas Leis n. 8.038/1990, 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009, mas de cabimento restrito como decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça recentemente,¹¹⁶¹ e que sequer presta-se à prospectar a ocorrência de *error*

¹¹⁵⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao artigo 304. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 429).

¹¹⁶⁰ Idem. *Ibidem*.

¹¹⁶¹ “AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE ACÓRDÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INDEFERIMENTO DA CONTRACAUTELA. APRECIÇÃO DE ALEGAÇÕES. ANÁLISE DE MÉRITO. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS PARA INFIRMAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA. 1. A suspensão de segurança é medida excepcional de contracautela cuja finalidade é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (Leis n. 8.038/1990, 8.437/1992, 9.494/1997 e

in judicando, mas sim serviria para cassar a decisão por motivos externos.¹¹⁶²

Por fim, o pedido de reconsideração, que não tem forma nem prazo legal, mas sim representa mera possibilidade decorrente do princípio constitucional do contraditório,¹¹⁶³ tampouco presta-se a obstar, por si só, a estabilização. Se, ocasionalmente, o juiz entender que tal requerimento aponta a falta de alguma condição de procedibilidade da ação, ou qualquer outro óbice ao seu prosseguimento, e acabar por acolhê-lo, revogando a decisão, aí sim o réu terá seu direito tutelado, mas apenas porque desapareceu a decisão que lhe era desfavorável.¹¹⁶⁴

6.6. Tutela antecipada antecedente e Fazenda Pública

A atuação da Fazenda Pública em juízo é cercada por *prerrogativas*

12.016/2009).2. Não tendo sido comprovado que a manutenção da decisão originária tem potencial para causar acentuado risco à ordem e à economia públicas, o caso é de indeferimento da contracautela, cuja reversão não pode ocorrer mediante a análise de questões relativas ao mérito da demanda, mas tão somente da demonstração de risco a um dos bens tutelados pela suspensão de segurança. 3. Mantém-se a decisão cujos fundamentos não são infirmados pela parte recorrente.

4. Agravo interno desprovido” (Corte Especial, AgInt na SLS 2.433/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/08/2020, DJe 20/08/2020)”.

¹¹⁶² “Configura o instituto uma prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbra, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, à saúde ou à segurança pública. Busca-se através de sua utilização a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenha de alguma forma função pública, ordenada pelo Presidente do Tribunal competente, até o final julgamento do feito (trânsito em julgado da decisão final, como determina o § 9º do art. 4º da Lei 8.437/92” (VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26).

¹¹⁶³ “No pedido de reconsideração ataca-se o pronunciamento por ser “injusto” ou implicar tumulto processual do ponto de vista daquele que o maneja, isto é, pede-se ao julgador que pense melhor e modifique o pronunciamento atacado. Nesse contexto, pode-se dizer que o pedido de reconsideração tem natureza jurídica de meio atípico de impugnação dos pronunciamentos judiciais, porque não está previsto no Código de Processo Civil nem em legislação extravagante e tem como finalidade a reforma, quer dizer, a modificação do sentido de um pronunciamento judicial, o que é coincidente com um dos objetivos dos meios de impugnação” (OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145).

¹¹⁶⁴ “A lei utiliza o termo “recurso” em sentido técnico-processual. Significa, pois, a necessidade de o réu agravar a decisão, sendo insuficiente mera impugnação, que equivaleria a pedido de reconsideração e não suspende o prazo recursal. Nada obsta, todavia, tendo em vista seu caráter provisório, seja a medida revogada pelo juiz, porque convencido pelos argumentos deduzidos pelo réu. Decorrido o prazo e não interposto o agravo, todavia, verifica-se a preclusão. Se o autor não promover o aditamento ou dele desistir, dar-se-á a estabilização” (BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Comentários ao artigo 304*. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 944).

processuais justificadas pela natureza pública do interesse por ela defendido.¹¹⁶⁵

Especificamente em relação à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública, dispõe o artigo 1.059 do CPC que a ela “aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.¹¹⁶⁶

Tais dispositivos, para além de normas procedimentais de interesse menor, estabelecem, em suma:

- as vedações legais à concessão de liminar em mandado de segurança aplicam-se à tutela provisória (art. 1º, *caput*, da Lei 8.437/1992);

- tais vedações são as seguintes: liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7, § 2º, da Lei nº 12.016/2019).

- não é possível tutela provisória que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992);

- é cabível, em tese, o pedido de suspensão de liminar (art. 4º, Lei 8.437/1992);

Vê-se que o CPC manteve preocupação anterior, tutelando de maneira diferenciada a atuação da Fazenda Pública nos casos em que concedida liminar, mas, ainda assim, não opôs explicitamente nenhum óbice à utilização da tutela antecipada antecedente.

Nesse contexto, para considerar descabida sua utilização como defendem alguns,¹¹⁶⁷ seria necessário vislumbrar alguma incompatibilidade séria entre a

¹¹⁶⁵ “Neste passo, é importante estabelecer a diferenciação entre prerrogativa e privilégio. Tanto prerrogativa, como privilégio, envolvem o tratamento desigual de pessoas, no nosso caso na relação jurídica processual. Ocorre que o privilégio não tem justificativa válida face ao princípio da igualdade, já a prerrogativa tem fundamento pertinente que viabiliza sua constitucionalidade face à necessidade de compatibilização com a isonomia” (ALVAREZ, Anselmo Prieto. As prerrogativas da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In ARRUDA ALVIM, Thereza *et. al.* (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38).

¹¹⁶⁶ Regramento legal esse que, como visto, é anterior ao CPC e recebeu consistente avaliação crítica de Cassio Scarpinella Bueno (*O Poder Público em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. *passim*)

¹¹⁶⁷ REDI, Maria Carolina de Medeiros. Comentários ao artigo 303. In CAMPOS, Rogério *et al.* (coords.). *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 478.

sistemática da antecipação estabilizável e os elevados interesses defendidos pela Fazenda, o que, todavia, não parece ser o caso.

Quando da introdução da tutela antecipada no processo civil brasileiro, em meados dos anos 1990, parte da doutrina via na impossibilidade de aplicação da remessa necessária¹¹⁶⁸ (nomenclatura adotada pelo CPC de 2015 em seu artigo 496) um óbice intransponível, entendimento que acabou sendo objeto de lúcida crítica formulada por Nelson Nery Júnior:

A objeção que se coloca para não se admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública reside na necessidade da remessa obrigatória (art. 475, II, do CPC) para que a sentença possa produzir efeitos. Com a devida licença, o fato de a sentença proferida contra a Fazenda Pública estar sujeita ao reexame obrigatório para produzir efeitos não significa per se obstáculo para que o juiz possa adiantar a tutela de mérito ou seus efeitos. (...) O Mandado de Segurança já tem, hoje, regime jurídico que permite a antecipação do provimento de mérito por meio de liminar, sem que ninguém tivesse contestado até hoje as eficácias, sob o argumento de que a liminar teria de ser confirmada pelo tribunal. O Poder Público tem de cumprir as liminares dadas em Mandado de Segurança, como verdadeiras medidas antecipatórias dos efeitos do mérito da segurança.¹¹⁶⁹

A área de incidência da remessa necessária no CPC de 1973, com o advento da Lei 10.352/2001, foi diminuída, deixando de ser aplicada contra qualquer sentença proferida contra a Fazenda Pública posto que excluídas as causas cujo conteúdo econômico fosse inferior a 60 salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC/1973), como também as sentenças fundadas “em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (§ 3º).

O desiderato do legislador reformista, na ocasião, foi diminuir o campo de incidência da remessa necessária, em um contexto em que alguns pediam seu banimento do processo civil brasileiro.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁸ Para análise das diversas teorias a respeito da natureza jurídica da remessa necessária consultar, com proveito: TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005. p. 146-169.

¹¹⁶⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Procedimentos e tutela antecipatória. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 390 e 391.

¹¹⁷⁰ “O artigo 475 do Código de Processo Civil foi, sem dúvida, um que sofreu maior quantidade de modificação na reforma. Essas reformas buscaram, em primeiro lugar, aprimorar o texto anteriormente vigente; em segundo lugar, trazer para o código regras estavam contidas em leis extravagantes; em terceiro lugar hipóteses que excepcionam o reexame necessário, desde que preenchidos os requisitos impostos. Destaque-se que não ousou o suficiente o legislador que, há muito, já deveria ter extraído do sistema jurídico brasileiro este instituto ultrapassado e que nas hipóteses em que foi mantido viola flagrantemente o princípio da igualdade” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Reexame necessário e recursos*. In SHIMURA, Sérgio *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 238).

Essa tendência em reduzir o campo de atuação da remessa necessária segue atual, dispondo o CPC em vigor, em seu artigo 496, § 3º, que ele não se aplica nas causas inferiores a certos parâmetros de valor (1.000 salários-mínimos para a União, 500 salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que constituam capitais dos Estados, 100 salários-mínimos para todos os demais Municípios).

Também não haverá remessa necessária nos casos em que a sentença estiver fundada em algum dos precedentes vinculantes indicados no parágrafo 4º do mesmo dispositivo (súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público).

Assim, forçoso concluir que o reexame necessário não é uma condição de eficácia de toda e qualquer decisão proferida contra a Fazenda Pública, mas apenas das sentenças, desde que ausentes as citadas causas de dispensa do próprio reexame.¹¹⁷¹

Especificamente em relação à tutela antecipada antecedente – cuja base dogmática, na linha do exposto no tópico 5.4.2, é justamente em proporcionar a solução da questão *sem* sentença – não haveria razão para exigir-se a remessa necessária, que somente se justifica para, apesar de não interposto recurso de apelação pela Fazenda (e, a rigor, *por causa* disso), obstar o trânsito em julgado e viabilizar o reexame do tema por órgão jurisdicional colegiado, já que outra oportunidade não haveria, se formada a coisa julgada.

Na sistemática prevista para a tutela antecipada, todavia, coisa julgada não há,

¹¹⁷¹ “A lei também não faz menção à remessa necessária (art. 496, NCPC). No entanto, uma interpretação sistemática e restritiva do novo Código é suficiente para se concluir que a remessa necessária se reserva à sentença prolatada em desfavor da fazenda pública. Logo, sendo a tutela antecipada antecedente objeto de decisão interlocutória, não há que se falar em remessa necessária” (SHIMURA, Sérgio; GABRIEL JUNIOR, Mauro. A estabilidade da tutela antecipada antecedente. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 297, nov/2019, p. 143). No mesmo sentido: “Só há, em regra, remessa necessária de sentença. Decisão concessiva de tutela antecipada não se submete à remessa necessária. Também não há remessa necessária em relação a acórdãos. Um julgado originário de um tribunal não se submete à remessa necessária” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao artigo 346. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.256).

tanto assim que possível a propositura de ação pelo requerido, visando rediscutir o tema, circunstância que afasta qualquer óbice de aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública em razão da inaplicabilidade do reexame necessário. Nesse sentido:

Discute-se se tal decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente submeter-se-ia a remessa necessária, quando não houvesse agravo contra ela. A questão ainda está em aberto, mas parece que a resposta deve ser negativa. O caráter excepcional da regra do reexame necessário não autoriza sua interpretação ampliada. Nessa hipótese, não se tem a solução do conflito mediante cognição exauriente, mas apenas a estabilização de resultados práticos, ainda revisáveis.¹¹⁷²

Nem se argumente que, em relação à ação monitória, há previsão do reexame nos casos em que não oferecidos embargos pela Fazenda Pública (art. 701, § 6º, CPC), uma vez que malgrado o microsistema existente entre ela e a tutela antecipada antecedente estabilizável, a prevalência do entendimento doutrinário que nesse caso há coisa julgada, aliada à previsão de cabimento de ação rescisória, pelo devedor que não ofereceu embargos (art. 701, § 3º), induzem a impossibilidade de rediscussão do tema senão nos próprios autos (ou na ação rescisória, se presente alguma das suas hipóteses de cabimento). Por isso a previsão de incidência do reexame necessário.

O cabimento da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, aqui defendido, não é abalado por cogitações ligadas à supremacia do interesse público ou à suposta impossibilidade de realização de acordos visando compor o litígio, até porque, ao fim e ao cabo, o novo sistema processual brasileiro, composto também a “Lei de Mediação” (Lei 13.140/2015),¹¹⁷³ acaba incentivando soluções autocompositivas também quando presente ente público em algum dos polos da relação processual:

Além disso, no caso da Administração Pública em geral, devido à necessidade de proteção do patrimônio público que ela representa,

¹¹⁷² TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo, vol. 24, mai-jun/2016. p. 139.

¹¹⁷³ “A pertinência da abordagem justifica-se pelo advento da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – “CPC-2015”) e da Lei n. 13.140/2015 (“Lei de Mediação”) que, em conjunto com normas já existentes, perfizeram um microsistema que trata do poder-dever da Administração Pública em praticar a tentativa de solução consensual de seus conflitos. (...) Se anteriormente se pregava que os assuntos estatais não seriam passíveis de solução pelo consenso – a pretexto de que o princípio da legalidade não daria margem para soluções acordadas – agora, a Administração Pública não só pode como deve tentar solucionar suas controvérsias de modo consensual” (MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 82, jul-dez. 2015. p. 02 e 04).

normalmente há, em menor ou maior grau, alguma indisponibilidade a ser tutelada. A esse respeito, a Lei de Mediação disciplina, em seus artigos 32 a 40, as hipóteses em que podem ser celebrados os acordos pela Administração Pública, permitindo, portanto, a “contratualização do litígio” mesmo num cenário em que houver patrimônio público envolvido. Essa é uma prova bastante eloquente da força da tendência contemporânea de contratualização do litígio ora em estudo. Não custa lembrar que, num passado não muito distante, sequer se cogitava de transações com a Administração Pública, dado o dogma da indisponibilidade dos direitos por ela tutelados.¹¹⁷⁴

Vale consignar, por fim, que “não se permite estabilização para antecipar condenação judicial e permitir a imediata expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor”, porque condicionada ao prévio trânsito em julgado, por exigência constitucional (art. 100, CF).¹¹⁷⁵

6.7. Estabilização, sentença e coisa julgada

No processo que tenha por objeto a concessão da tutela antecipada antecedente, caso o autor confirme sua intenção inicial e não promova o aditamento, duas espécies diferentes de sentença são possíveis, a depender de ter havido, ou não, a estabilização.

O artigo 303, § 2º, CPC, estabelece que na falta do aditamento da petição inicial “o processo será extinto sem resolução do mérito”, enquanto que o parágrafo 1º do artigo 304 indica que, estabilizada a tutela antecipada, “o processo será extinto”, sem a indicação de tratar-se de extinção *com* ou *sem* exame de mérito.

Em relação à primeira *possibilidade* sentença, parece não haver grandes dúvidas acerca da conclusão de que a extinção do processo sem exame de mérito, a que expressamente alude o dispositivo citado, tem lugar nos casos em que determinado o aditamento da petição inicial por não ter havido a estabilização, seja porque (a) o juízo não concedeu a antecipação de tutela, razão pela qual o aditamento acaba representando a forma de possibilitar, se assim for da vontade do autor, o prosseguimento do processo de conhecimento, mas então sob o pálio da cognição plenária ou (b) por ter o requerido interposto o recurso cabível contra a decisão

¹¹⁷⁴ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 269, jul-2017. p. 143.

¹¹⁷⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 340.

concessiva, obstando a estabilização.

Nessas situações, inexistindo decisão estabilizada não há razão para o processo prosseguir, a não ser que o autor efetivamente complemente a petição inicial, principalmente para formular pedido de tutela definitiva, até então ausente, como também para complementar a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, se necessário. A omissão do autor, nesse caso, acarreta a extinção do processo sem exame de mérito porque faltará pressuposto para sua constituição e desenvolvimento válido e regular, qual seja a existência de petição inicial apta (art. 485, IV, CPC).

Já em relação à segunda sentença mencionada pela lei, ela será cabível na situação diametralmente oposta, em que concedida a tutela antecipada e verificada a estabilização, sendo certo que em relação à sua natureza há divergência doutrinária.

Para alguns trata-se de sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, pois ela “não acolhe ou rejeita qualquer pedido do autor, limitando-se a extinguir o processo”, sendo então terminativa, “devendo ser fundada no art. 485, X, do Novo CPC”.¹¹⁷⁶

Parece correto aceitar que o mérito não é julgado por tal sentença. Todavia, admitir-se que se trata de sentença que não resolverá o mérito encerraria alguns problemas, uma vez que a sentença terminativa ensejaria “a desconstituição da relação processual com eficácia *ex tunc*. Ora, o que se pretende com a estabilização é justamente o efeito contrário, ou seja, a sedimentação da tutela provisória concedida”.¹¹⁷⁷

Ademais, não pode ser tido como acidental o fato de que, no artigo 303, § 2º, há a expressa menção à extinção do processo sem resolução de mérito, indicação não reproduzida no *caput* do artigo 304, que se limita a aludir à sentença.

Por tais razões, tal entendimento não é o melhor.

Para outros tal sentença seria “de mérito”, pois “ao prestar a jurisdição através de uma técnica sumária, estar-se-ia imiscuindo no conteúdo do direito material em

¹¹⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 516.

¹¹⁷⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I, p. 1000.

jogo, ainda que por critério de probabilidade”,¹¹⁷⁸ ou ainda porque a “tutela antecipada constitui providência que precipita justamente os efeitos fáticos da providência final de mérito”.¹¹⁷⁹

Ainda, no mesmo sentido:

Em não sendo interposto recurso da decisão que conceder a tutela antecipada, nos termos do art. 304 do NCPC, a mesma torna-se-á estável. Isto significa dizer que o processo será extinto (art. 304, § 1º do NCPC), através de sentença. Entendemos que se trata de extinção com resolução de mérito, com sentença de procedência. Evidentemente que o julgamento será com base em juízo de verossimilhança. Entendemos absolutamente equivocado o entendimento que se trata de extinção do processo sem resolução do mérito, tal como afirmado por parte da doutrina. E de se indagar, a título de argumentação, se o julgamento fosse de extinção sem resolução do mérito, como cumprir o provimento antecipatório estabilizado? Evidentemente que o cumprimento apenas será viável se a extinção for com resolução de mérito.¹¹⁸⁰

Tampouco me alinho a tal posicionamento, pois não pode deixar de ser bem apreendido que a estabilização ocorre automaticamente, quando verificada a falta de interposição de recurso do requerido, ato dispositivo que gera efeitos imediatos, tão logo configurada a preclusão temporal (art. 223, CPC), pela incidência do comando contido no *caput* do artigo 304.

Ou seja, não é a sentença que ensejará a estabilização, limitando-se ela a declarar a presença dos requisitos necessários para tanto, sem realizar qualquer espécie de julgamento a respeito do conflito de interesses, já regulado, ao menos até aquele momento, pela decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Não se trata, insisto, de sentença que *ratificará* a tutela antecipada concedida, tal como ocorre em relação à tutela antecipada incidental.

Nessa medida, tem-se que a sentença ostenta certo grau de *neutralidade*, por *não se relacionar* com o mérito, não se encaixando em nenhuma dessas categorias, o que não é necessariamente novo e tampouco pitoresco o direito processual civil. Se a sentença não se relaciona com o mérito, este dado não pode ser tido como parâmetro único de análise, para optar-se entre sentença *com* ou *sem* exame de mérito.

A sentença proferida no processo de execução fundada em título extrajudicial,

¹¹⁷⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 100.

¹¹⁷⁹ MACHADO, Costa. *Tutela Provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 76-77.

¹¹⁸⁰ SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 119.

prevista pelo artigo 924 do CPC, tampouco julga o mérito, limitando-se a ser um pronunciamento judicial necessário à extinção do processo.¹¹⁸¹

O mesmo pode ser dito da sentença que põe fim ao processo cujo objeto limita-se à produção autônoma da prova, que pode até mesmo ostentar caráter contencioso (art. 382, § 1º, CPC), mas, ainda assim, há expressa disposição no sentido de que o “juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (§ 2º).

Se tais sentenças não julgam o mérito, serão elas, necessariamente, tidas como terminativas? Parece-me que não.

A sentença, nesses casos, não cumpre uma *função* normativista, mas apenas representa o marco final do processo, por meio do reconhecimento de que os atos processuais foram ali desenvolvidos de forma válida e, portanto, eficaz.

Trata-se da categoria dos *processos sem julgamento* como ressaltai no tópico 5.4.2., na qual se inclui a tutela antecipada antecedente estabilizada, tratando-se, portanto, de sentença *sui generis*, que não considera a lide como o objeto a ser julgado, mas apenas limita-se a servir como pronunciamento judicial que assinalará o término do processo, certificando a regularidade das atividades nele desenvolvidas.

Essa conclusão ilumina outro tema fonte de divergências, qual seja a existência de coisa julgada no processo em que verificada a estabilização da tutela antecipada.

Em geral, a perspectiva da averiguação de existência ou não de coisa julgada peca ao desconsiderar que o ponto inicial de abordagem deve ser a inexistência de pedido de tutela definitiva ou, mais exatamente, a falta de “pedido de sentença”.

Que a sentença que se limitou a reconhecer a ocorrência da estabilização não gera coisa julgada parece evidente, até porque sequer julgamento houve. Que “coisa”

¹¹⁸¹ “Literalmente, o art. 925 dispõe que “a extinção [do processo] só produz efeito quando declarada por sentença”. Esse efeito não é a eficácia de coisa julgada. O ato extintivo da execução se encontra desprovido de indiscutibilidade. A declaração porventura contida nesse provimento mostra-se irrelevante. O objetivo da sentença consiste em “expressar que a obrigação exequenda está solvida”, mas vai além de proclamar o desaparecimento superveniente no interesse em executar. O motivo da insuficiência do elemento declaratório para produzir autoridade de coisa julgada reside na função do processo e nas características do objeto litigioso. A execução destina-se à realização do direito contemplado no título. A natureza das atividades torna rarefeita a cognição do juiz a respeito da existência ou não da pretensão a executar. Na execução, o credor não pede que se declare a existência de obrigação do devedor. O que pede é precisamente isto: execução” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Volume II – parte Geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. II. p. 1.041).

teria sido então julgada?¹¹⁸²

Ademais, mesmo para os que sustentam tratar-se, aquela sentença, de pronunciamento resolutivo do mérito, a circunstância de não ter havido cognição plena e exauriente impede a formação da coisa julgada.¹¹⁸³

Poder-se-ia argumentar, corretamente, que a abrangência da coisa julgada e os requisitos para sua formação dependem do que dispuser a lei processual mas, nesse caso, o que se tem é regra em sentido oposto: o § 6º do artigo 304, de forma indubitosa, estabelece que a “decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, como também que a estabilidade que recai sobre os efeitos “só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”, tema do tópico 6.9, *infra*.

Parte da doutrina entende que, uma vez superado tal prazo de dois anos, formar-se-ia a coisa julgada, já que os efeitos estabilizados não poderão mais ser rediscutidos. Nesse sentido:

Portanto, a decisão concessiva de tutela de urgência pode ser encarada como decisão de mérito (de urgência) e, após decorridos os dois anos para sua rediscussão, nada impede que lhe seja atribuída a imutabilidade própria da coisa julgada. Isso porque, a despeito de a Lei dizer não se tratar de coisa julgada, o nome que lhe é atribuído importa muito pouco. O que de fato é relevante é que se trata de uma imutabilidade não passível de revisão em razão do decurso de um prazo processual - o prazo de dois anos previsto no

¹¹⁸² “Primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória. Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 749). No mesmo sentido: “Não há, na decisão concessiva da tutela de urgência, declaração do direito; não há julgamento apto a formar coisa julgada. Não há reconhecimento judicial do direito do autor. O juiz, reconhecendo a presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória, antecipa efeitos mandamentais ou executivos, os quais, não havendo recurso do réu, irão tornar-se estáveis” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 338).

¹¹⁸³ “É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada a probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é *equiparar os efeitos* do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada” (MITIDIERO, Daniel. Comentário ao artigo 304. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 790).

art. 304, §5º, do NCPC.¹¹⁸⁴

Para Araken de Assis opera-se a coisa julgada, mas ela é deslocada para a decisão originária:

Vencido o prazo de dois anos do art. 304, § 5º, forçoso admitir a aquisição da coisa julgada pela decisão concessiva da tutela antecipada. Não é estranho ao sistema juízes de verossimilhança revestirem-se de indiscutibilidade no presente e no futuro. A sentença cautelar, emitida no caso de revelia do réu perante a pretensão à segurança (art. 307, *caput*), dentre outras hipóteses de tutela sumária, bem demonstra essa possibilidade.¹¹⁸⁵

Não me parece que esses entendimentos sejam os mais corretos. A bem da verdade, a existência de coisa julgada não é essencial à ideia de processo (item 5.3.2), razão pela qual sua *não* verificação nesse novo modelo de processo em nada diminui o valor deste, posto que vocacionado à obtenção de uma situação jurídica de vantagem diferente, caracterizada pela imediata intervenção no plano dos fatos.¹¹⁸⁶

Nesse sentido:

Pois bem, o que se percebe é que após os dois anos da estabilização da tutela antecipada antecedente, não há coisa julgada e nem se pode admitir o ajuizamento de ação rescisória. O que se tem é um fenômeno novo, com características próprias, que, aqui, se dá o nome de “imutabilidade das eficácias antecipadas”.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁴ GOMES, Frederico Augusto. NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da tutela de urgência: Estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 152. Na mesma direção, aludindo ao “trânsito tardio em julgado” da sentença de extinção do processo, após a superação do prazo de dois anos para propositura da ação tendente à rediscussão da tutela antecipada: MACHADO, Costa. *Tutela Provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 82.

¹¹⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Volume II – parte Geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. II. p. 491.

¹¹⁸⁶ “Afim, o entendimento mais adequado parece ser o de que, mesmo após os dois anos, não haverá a formação da coisa julgada material Além da dicção expressa do art. 304, § 6º, é preciso perceber que o próprio procedimento não foi construído para a produção da coisa julgada. O seu objetivo não é este, mas tão somente o de satisfação fática da parte. Afinal, se o objetivo da parte é o de obter a coisa julgada material, tem-se o procedimento comum para tanto. Impor a formação da coisa julgada material no procedimento de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar a estabilização” (FILHO, Roberto Pinheiro Campos Gouveia. PEIXOTO, Ravi. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Silva et al (coord.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 311-312).

¹¹⁸⁷ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 715. Adiante complementaram a ideia: “Trata-se, em termos mais pragmáticos, de uma figura intermediária entre a estabilização do mencionado art. 304 (geradora de coisa julgada formal) e a eficácia extraprocessual de coisa julgada (coisa julgada material)” (p. 716). No mesmo sentido, de não formação de coisa julgada: NUNES, Dierle. ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo

Alguns autores cogitam de alguma equiparação entre o estado que se alcança após o decurso do prazo de dois anos para propor ação que vise infirmar a tutela antecipada estabilizada e a coisa julgada material, tal como Marcelo Abelha Rodrigues, para quem, nesse caso, verifica-se “efeito idêntico ao da coisa julgada material”, semelhante ao que se dá “com a decisão processual que extingue o processo pela perempção, ou nas hipóteses de extinção pelo acolhimento de litispendência ou coisa julgada”.¹¹⁸⁸

Não me parece haver identidade de efeitos entre a coisa julgada e a estabilidade proporcionada após os dois anos de prolação da sentença extintiva do processo, ainda que, neste caso, de fato haja um fortalecimento da estabilização verificada ao início, quando constatada a falta de insurgência do réu contra a antecipação:

Além de o art. 304, § 6º afastar expressamente a coisa julgada, as premissas expostas no decorrer deste texto conduzem à inequívoca conclusão de que não haverá a formação de coisa julgada. A estabilidade da tutela antecipada se fortalecerá, mas, mesmo passados os dois anos, não há a transformação dessa estabilidade em coisa julgada. O art. 304, § 5º prevê, única e exclusivamente, a extinção do direito de propor demanda que, enfrentando diretamente a decisão, tenha por pedido sua revisão, reforma ou invalidação.¹¹⁸⁹

A distinção entre a estabilização *plena* e a coisa julgada colhe-se, de maneira mais significativa, da circunstância de que aquela, ao passo em que veda a rediscussão da questão (com o que se aproxima da função *negativa* da coisa julgada), não dá ensejo à formação da *norma jurídica concreta*, que haveria de ser aceita como premissa em processos futuros. Ou seja, não há o *efeito positivo* da coisa julgada (3.3,

CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 88.

¹¹⁸⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 415. No mesmo sentido: “A discussão sobre a possibilidade de a tutela antecedente fazer coisa julgada material após dois anos é irrelevante, porquanto na medida em que, após esse prazo, ela passará a produzir efeitos idênticos ao desse instituto antes referido: imutabilidade e indiscutibilidade” (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 237).

¹¹⁸⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 693. Adiante complementa seu raciocínio: Cite-se a título de exemplo o caso de antecipação para condenar o réu ao pagamento de quantia que ele já havia pagado. O réu não impugna a tutela antecipada, deixa passar o prazo de dois anos para questionar a decisão antecipatória e é obrigado a pagar novamente o mesmo débito. “Não há óbice a que ele proponha demanda pleiteando a devolução do valor referente ao primeiro pagamento, com fundamento na ausência de causa jurídica para adimplir em duplicidade, óbice que existiria se estivesse em jogo a coisa julgada e sua eficácia preclusiva” (p. 694).

retro).¹¹⁹⁰

Esse é o principal ponto de distinção entre a estabilidade prevista pelo artigo 304, *caput*, do CPC e a coisa julgada, conforme sua concepção clássica. Assim sendo, após o prazo de dois anos parece certo que a *providência jurisdicional* concedida não pode mais ser objeto de discussão, ela mesma, embora em tese seja cabível o ajuizamento de nova ação baseada na mesma relação jurídica, desde que para tratar de outros temas e sem que se busque infirmar o resultado estabilizado.¹¹⁹¹

Até porque, ao fim e ao cabo, negar qualquer consequência jurídica decorrente do atingimento do termo final do prazo de dois anos para o ajuizamento de ação tendente à modificação da decisão concessiva de tutela antecipada não seria razoável.

Por fim, não é cabível o manejo de ação rescisória contra a sentença, mesmo após superado o prazo de dois anos para a propositura da ação visando a rediscussão do tema.

Não bastasse a indesejável hipertrofia, por assim dizer, que se teria no caso, com as sucessivas possibilidades de reforma ou revogação de uma mesma decisão,¹¹⁹² o fato é que não há coisa julgada material a ser desfeita:

A estabilização da tutela antecipada satisfativa não se confunde com coisa julgada. Após transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação com a finalidade de reformar) rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis, o que não significa dizer que

¹¹⁹⁰ Nesse sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 692; e FILHO, Roberto Pinheiro Campos Gouveia. PEIXOTO, Ravi. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Silva et al (coord.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 319.

¹¹⁹¹ “Diante do exposto, tendo em vista a ausência de coisa julgada material e a determinação de prazo específico para a alteração da decisão que concede a tutela antecipada, os efeitos antecipados permanecerão imutáveis após o decurso do biênio previsto pelo legislador, podendo o direito material ser objeto de nova demanda, desde que esta não pretenda o debate dentro dos limites daquela, com a consequente alteração dos efeitos estabilizados” (MEDEIROS, Bruna Bessa de. A (im)possibilidade de modificação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 279, maio/2018. p. 220).

¹¹⁹² “Por mais que seja possível interpretar que o autor tenha tido o objetivo de fazer referência à ausência de coisa julgada material, não parece adequada a admissão da rescisória contra tais decisões. Há de se perceber que qualquer das partes já possui o prazo de dois anos para entrar com outra ação visando discutir amplamente a tutela antecipada anteriormente concedida. Simplesmente parece injustificável admitir que essa tutela antecipada fique sujeita a ser impugnada por mais dois anos via ação rescisória” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 700).

ocorrerá a produção de coisa julgada material. Por essa razão, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após transcorrido o prazo de dois anos para ajuizamento da ação mencionada no artigo 304, § 5º, do NCPC.¹¹⁹³

A existência de coisa julgada é pressuposto da ação rescisória,¹¹⁹⁴ tal como se extrai do *caput* do artigo 966 do CPC, sendo certo que apenas excepcionalmente, a partir de previsão legal expressa, pode ser cogitado de seu cabimento em outras hipóteses, tal como previsto no § 2º do mesmo dispositivo, que prevê a possibilidade de ação rescisória contra decisão que impeça “nova propositura da demanda” (inciso I) ou a “admissibilidade do recurso correspondente” (inciso II).

Conclui-se pela suficiência da ação destinada à desconstituição da decisão concessiva da tutela antecipada, cujo ajuizamento não está atrelado a presença de requisitos específicos como a ação rescisória,¹¹⁹⁵ tratando-se, portanto, da última medida adequada para que o requerido possa exercer o contraditório e insurgir-se, se esse for seu interesse, contra a estabilização.

6.8. Verbas sucumbenciais

Não há qualquer previsão, nos artigos 303 e 304, sobre o cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais na estabilização da tutela antecipada. Ainda

¹¹⁹³ SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 125. Na mesma direção: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 725); REDI, Maria Carolina de Medeiros. Comentário ao artigo 303. In CAMPOS, Rogério *et al.* (coords.). *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 477.

¹¹⁹⁴ “Ação rescisória é uma ação que visa a desconstituir a coisa julgada eventualmente, viabilizar um novo juízo sobre a causa. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo o princípio da segurança jurídica, substrato inarredável do Estado Constitucional, a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas, de maneira taxativa, pela legislação (art. 966, CPC)” (MARINONI, Luiz Gullherme; MITIDIÉRO, Daniel. *Ação rescisória – do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 19).

¹¹⁹⁵ “A consequência que dela decorre [da estabilização] é que, imutáveis os efeitos de direito material do provimento antecipado pela ausência de impugnação do prejudicado no processo em que foi proferido, tornam-se igualmente imutáveis esses efeitos em qualquer outro processo, salvo no bojo da ação própria que tenha por objeto revisá-lo, reformá-lo ou invalidá-lo, a que se referem os §§ do artigo 304. Essa ação, mais ampla do que a ação rescisória, desta se distingue porque, não sujeita aos fundamentos estritos do artigo 966, possibilita a alteração da decisão por qualquer nulidade, por qualquer erro de fato ou de direito e, ainda, pela simples reapreciação dos fatos e fundamentos que serviram de suporte à decisão impugnada. Diferencia-se, ainda, da ação rescisória por tratar-se de ação da competência originária do juízo de primeiro grau” (GRECO, Leonardo. *Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. In MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro *et al.* (coords.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 671).

assim, por força do sistema, temos que eles devem ser aplicados.

Se proferida sentença que extingue o processo sem exame de mérito, porque o autor não promoveu o aditamento da petição inicial mesmo após intimado para tanto (por conta de eficaz insurgência do réu contra a estabilização), não se discute que a sentença condenará o autor no pagamento das verbas sucumbenciais, na forma do que prevê o *caput* do artigo 85.

Alguma dúvida poderia surgir nos casos em que estabilizada a tutela antecipada, ante a concordância do requerido com o desfecho da controvérsia, mas, ainda aqui, devem incidir honorários, mas em favor do requerente.

Considerando tratar-se, o processo potencialmente conducente à estabilização, de modelo inserido em um “microsistema” de tutela monitoria, parece certo que a aplicação das normas para ela previstas são plenamente justificadas à força da analogia, inclusive em relação à distribuição das verbas sucumbenciais.¹¹⁹⁶

Bem situam a questão aqui debatida Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, e Rafael Alexandria Oliveira:

O legislador, ao regular a estabilização da tutela provisória, não traz regra expressa sobre a condenação do réu ao pagamento das verbas de sucumbência, no caso de extinção do processo em razão da não impugnação da decisão pelo réu. Há quatro possíveis soluções dogmáticas para essa lacuna textual: a) ou se entende que, no caso, não haverá condenação do réu ao pagamento das verbas da sucumbência, alternativa que não se mostra adequada, pois ignora o fato de o réu ter dado causa ao surgimento do processo tenha colaborado para sua rápida extinção; b) aplicar o regramento geral previsto no art. 85, § 2º, CPC, que estabelece um piso de 10% de honorários advocatícios; c) aplicar o regramento do reconhecimento da procedência do pedido, com imediato e simultâneo cumprimento, previsto no § 4º do art. 90, CPC, que estabelece a redução da verba honoraria pela metade; d) aplicar o regramento da ação monitoria, tendo em vista que se trata de um modelo já previsto para hipótese semelhante de uso da técnica de inversão contencioso: o réu fica dispensado do pagamento das custas e arcará com honorários advocatícios no percentual de 5% (metade do piso geral previsto no art. 85, § 2º, CPC), tal como disciplinado no art. 701, § 1º CPC. Essa quarta solução é a melhor: quer porque encontra solução dogmática adequada em modelo procedimental semelhante e também diferenciado (a ação monitoria); quer porque tende a dar mais rendimento ao instituto da estabilização da tutela, tendo em vista que a torna mais interessante ao réu, do ponto de vista econômico – e é o réu quem deve ser estimulado a apostar nessa técnica, pois é o seu comportamento que define se haverá ou não estabilização.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁶ Contra: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 723).

¹¹⁹⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 750.

De acordo com o disposto no artigo 701, *caput* e § 1º, com o cumprimento do mandado, na ação monitória, o réu fica isento do pagamento de custas processuais e os honorários sucumbenciais que pagará serão reduzidos a 5% do valor da causa.

Ainda que a não oposição do recurso cabível, pelo réu, seja suficiente à estabilização – e não equivalha, por si só, ao atendimento da ordem inicial – parece certo que essa postura processual do réu deve ser prestigiada e já é suficiente à concessão do incentivo processual consistente na isenção das custas e na redução do valor dos honorários.

Não bastasse a perfeita base fática para a incidência da analogia, e mesmo não havendo, quando estabilizada a tutela, a prolação de sentença com conteúdo declarativo, o fato é que o princípio da causalidade, positivado no parágrafo 10 do artigo 85 do CPC, corrobora tal solução, atribuindo a quem deu causa a demanda tal encargo.

À luz do exposto, entendemos que a própria decisão concessiva da tutela já deve trazer, por influência dos deveres que tocam ao magistrado como decorrência do princípio da cooperação (art. 6º, CPC),¹¹⁹⁸ o aviso para o réu de que, estabilizada a tutela antecipada, honorários advocatícios serão devidos, mas pela metade do mínimo legal, a fim de que tal informação auxilie na reflexão do requerido em opor-se, ou não, contra a estabilização.

6.9. A ação de impugnação da tutela antecipada estabilizada

Os parágrafos 2º a 6º do artigo 304 do CPC trazem uma série de regras, que podem ser assim sintetizadas: estabilizados os efeitos trazidos pela decisão concessiva da tutela antecipada, está só poderá ser revista, reformada ou invalidada por pronunciamento judicial de mérito concebido em demanda autônoma, movida por qualquer das partes, mas desde que no prazo de dois anos, contados da ciência da sentença que extinguiu o processo originário em razão da estabilização, sendo competente para essa nova ação o mesmo órgão jurisdicional que a prolatou.

¹¹⁹⁸ “No processo guiado pelo que se pode chamar de ideologia da colaboração, as partes e o juiz ficam em plano de igualdade, com intenso diálogo sobre os rumos do processo, que passaria a ser visto como uma “comunidade de trabalho” (BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 81).

Essa demanda, que pressupõe a efetiva estabilização, atua como a *segunda* possibilidade, decorrente da inversão da iniciativa do contraditório que caracteriza a tutela antecipada antecedente, para modificar ou suprimir os efeitos da decisão estabilizada.

Admite-se, é certo, que também o autor mova tal ação, para eventualmente deduzir pedido que atraia, para o tema tratado pela tutela antecipada, a imutabilidade decorrente da coisa julgada material,¹¹⁹⁹ mas parece-me que tal utilização despertará pouco interesse prático, principalmente nos casos em que a tutela antecedente já satisfaça, ainda que no plano dos fatos, a pretensão material do requerente.

O objeto dessa nova demanda – cuja propositura não está obstada pela litispendência e tampouco pela coisa julgada (já que o primeiro processo já terá sido extinto sem a formação desta)¹²⁰⁰ – pode ser maior que aquele abrangido pela decisão estabilizada, cuja reforma ou revogação pode configurar mero pedido deduzido em cumulação.

Dito de outra forma, não se trata de uma ação *típica*, tal qual a ação rescisória,¹²⁰¹ com função específica de obter a reforma ou a revogação da decisão

¹¹⁹⁹ “O autor, por exemplo, poderá propor ação no simples intuito de confirmar a decisão, agora com cognição exauriente e aptidão para fazer coisa julgada. Isso tem especial relevância naqueles casos em que ele, demandante, poderia ter manifestado interesse no prosseguimento do processo em que fora deferida a tutela provisória antecedente, mas não o fez, de modo que, com a superveniente inércia do réu, houve estabilização da tutela antecipada” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 748).

¹²⁰⁰ “Não se pode falar em litispendência ou coisa julgada entre as duas ações. Embora sejam autônomas, o objetivo da segunda é tão somente exaurir o conhecimento da matéria iniciado pela primeira. Desta feita, a litispendência não ocorre porque o processo anterior já estará extinto, na forma do art. 304, § 1º, do NCPD. Da mesma forma, não haverá coisa julgada, uma vez que o que se estabiliza é a situação fática conquistada pelo deferimento da tutela antecipada em caráter antecedente. Logo, carente de uma decisão imutável, que torne definitiva e indiscutível a questão de direito material proposta, não há em que se falar de coisa julgada” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 103).

¹²⁰¹ “A ação rescisória, não obstante excepcional e apta a ser qualificada como ação típica, nem por isso deixa de figurar na ordem jurídico-processual como instrumento predisposto ao aprimoramento das decisões judiciais, banindo aquelas que se mostrem por algum motivo (os incisos do art. 485, CPC [de 1973]) flagrantemente contrárias ao direito e lesivas a direitos e interesses. As ações, em geral, não são típicas. O que há de típico e característico em toda ação que tomemos em exame são sempre conotações jurídico-substanciais do caso (a posse e o *tempus* na “ação” de usucapião, o domínio e sua titularidade na *rei vindicatio* etc.). A ampla garantia da ação, contida na fórmula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV), exclui o acanhamento daquela idéia de que as ações só “cabem” quando previstas em lei. Mas as ações rescisórias são típicas, porque visam a infringir a *auctoritas rei judicatae*, também garantida em nível constitucional. Limitar a admissibilidade da ação rescisória aos casos legalmente enumerados de lesões típicas ao direito e aos direitos significa, acima de tudo, dar efetividade a essa respeitada garantia da estabilidade das relações jurídicas” (DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 23).

anterior a partir de hipóteses de cabimento bem definidas, mas sim de uma ação cujo conteúdo será eleito livremente pelo autor, abrangendo, como pedido único ou cumulado, a decisão estabilizada.

Imagine, por exemplo, que por força de tutela antecipada antecedente foi concedida apenas a sustação do protesto de determinado documento representativo de um suposto débito. Era esse o objeto do primeiro processo, antecipado como um dos efeitos típicos de uma ação declaratória negativa que poderia ter sido proposta pelo suposto devedor, para que fosse declarada a inexistência da obrigação constante do documento apresentado a protesto.

Inexistindo, todavia, essa decisão declaratória, o pretenso credor pode vir a mover ação visando o reconhecimento da existência daquele crédito (que, mesmo eventualmente corporificado em título executivo, não impede a propositura da ação de conhecimento, nos termos do art. 785 do CPC) e, cumulativamente, ser formulado pedido de revogação da decisão estabilizada, a fim de que obter-se a formalização do protesto antes sustado.

Não pode ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (art. 7º, CPC), a possibilidade de concessão de tutela provisória nessa segunda demanda, em que concretizada a inversão do contraditório, para suspender *initio litis* a decisão estabilizada.¹²⁰²

O prazo de dois anos previsto para a propositura dessa demanda, conforme doutrina majoritária, tem natureza decadencial,¹²⁰³ e “aplica-se especificamente à ação de revisão (desconstituição) da tutela estabilizada”.¹²⁰⁴

Essa ressalva final deve-se ao fato de que mesmo após a superação desse

¹²⁰² “Entretanto, nada impede que a referida ação defira-se, em caráter incidental, tutela provisória com a finalidade de suspender total ou parcialmente, os efeitos da tutela antecipada estabilizada. Isto ocorrerá quando o réu trazer elementos de convicção ao juiz que não estavam presentes quando do deferimento da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente” (SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 125).

¹²⁰³ “A doutrina parece inclinar-se francamente pela natureza decadencial do prazo de dois anos para a propositura da demanda que tem por escopo revisar ou invalidar a tutela satisfativa deferida em caráter antecedente que adquiriu estabilidade, ficando afastada, portanto, qualquer possibilidade de formação da coisa julgada material, mesmo após o decurso deste prazo. Justamente por esta razão a consumação do prazo decadencial, apesar de confirmar a estabilização da tutela antecedente, não impediria o debate em outra ação, do próprio direito material cuja eficácia satisfativa foi antecipada, respeitados os prazos prescricionais da pretensão e decadencial do direito potestativo, conforme o caso” (MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 44-45).

¹²⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. vol. 2, 18ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 956.

prazo é possível que qualquer das partes mova outras ações, mesmo o requerido no primeiro processo, para discutir qualquer aspecto da relação jurídica de direito material existente entre as partes, ainda que sem eliminar ou neutralizar os efeitos da decisão estabilizada, por força da consumação da decadência.

Partindo do exemplo indicado neste tópico, naquela hipótese de protesto sustado, após dois anos o pretense credor ainda pode mover ação visando a satisfação do crédito, cuja existência ou exigibilidade não foi objeto da demanda anterior. Mas não poderá pleitear o prosseguimento do procedimento de protesto sustado, posto que definitivamente estabilizado.

É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque assevera que após dois anos da estabilização, ainda que cabível eventual demanda tendente a resultado incompatível com aquele objeto da tutela antecipada antecedente, ela só poderia visar “outros fins. Jamais com o objetivo de cassar a tutela antecipada”,¹²⁰⁵ uma vez que interpretação diversa, na visão do autor, limitaria o alcance do disposto no artigo 304, §§ 5º e 6º.

Essa nova demanda, mesmo que ensejando o estabelecimento de relação processual distinta da que concebida a antecipação da tutela antecedente, não pode deixar de ser vista, sob certo aspecto, como um prolongamento da demanda anterior, conclusão que se mostra mais de acordo com a ideia de possibilitar a ampla possibilidade de exercício do contraditório pelo réu, no âmbito da estabilização, até para torná-la constitucionalmente viável.

Longe de tratar-se de mera construção teórica, tal constatação é importante na definição da distribuição do ônus da prova nessa ação destinada à reforma ou revogação da tutela antecipada, o qual, orientado pela regra do artigo 373 do CPC,

¹²⁰⁵ Comentários ao artigo 304. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 946). No mesmo sentido: “Questão relevante é saber a que “demanda” se refere o § 2º do art. 304, isto é, qual(is) é(são) o(s) pedido(s) de tutela jurisdicional e sobre qual(is) fundamento(s) uma das partes pode apresentar em face da outra, tendo como referência a tutela provisória estabilizada. A resposta mais adequada é a restritiva. O que é alcançado por aqueles dois anos só pode ser o questionamento dos próprios efeitos práticos da tutela antecipada e de suas respectivas consequências, ampliando-os por iniciativa do autor da medida; eliminando-os ou reduzindo-os, a cargo do réu. Pensar diferentemente é compreender que as mais variadas pretensões de direito material, que derivam do que outrora ensejou a concessão da tutela provisória que circunstancialmente adquiriu estabilidade, passaram a estar sujeitas ao prazo de dois anos a que se refere o § 2º do art. 304. O disparate da conclusão é motivo suficiente para descartá-la” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. p. 725).

deve ser entendido não à luz das posições processuais das partes nessa segunda demanda, mas sim de acordo com a posição delas na primeira ação.

Como aponta Daniel Mitidiero:

Não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 5.º), propor ação visando a exaurir a cognição – isto é, com o objetivo de aprofundar o debate iniciado com a ação antecipada antecedente (art. 304, § 2º). Como simples prosseguimento da ação antecedente, o processo oriundo da ação exauriente não implica por si só inversão do ônus da prova: a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da ação antecedente – agora réu na ação exauriente. Ao réu da ação antecedente – agora autor da ação exauriente – tocará, em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. O legislador vale-se aí da técnica da inversão da iniciativa para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (contraditório eventual).¹²⁰⁶

Tal conclusão, registro por fim, aplica-se unicamente aos casos em que a cogitada demanda tem objeto restrito à revogação ou reforma. Se for mais ampla, como admitido anteriormente, não há razão para que alterar o esquema legal de distribuição do ônus probatório.¹²⁰⁷

6.10. Conclusões parciais

1. São pressupostos essenciais da estabilização da tutela antecipada

¹²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. Comentários ao artigo 304. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 789. Em sentido idêntico: “Em relação ao ônus probatório, por ser mero seguimento da discussão iniciada no processo anterior, não deve ser ele alterado por força da necessidade da propositura de nova ação para exaurir-se a cognição. Esta ação caracteriza o exercício do contraditório por iniciativa do interessado, havendo, portanto, uma inversão da iniciativa que não tem o condão de inverter, também, o ônus da prova. Portanto, se o autor do processo antecedente detinha o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do NCPC), permanece ele, ainda que figure como réu na nova ação, com tal ônus. Obviamente, mantém-se às partes a possibilidade da convenção sobre distribuição diversa - tanto na ação antecedente, quanto na do art. 304, § 2º, do NCPC - na forma do art. 373, § 3º, do NCPC” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 104).

¹²⁰⁷ Em sentido contrário: “Importante anotar que a regra da inversão do ônus probatório (art. 371, I e II, § 1º, NCPC) não é atraída automaticamente para esta causa simplesmente porque as partes podem figurar no polo contrário ao qual estavam no processo extinto. Falta o pressuposto próprio da distribuição dinâmica do ônus da prova, que é a demonstração de dificuldades ou impossibilidade de cumprimento do encargo, o que não se confunde com a inversão de papéis proporcionada pela estabilização da tutela antecipada. Mesmo que o réu da medida de urgência seja o autor da revisional ou anulatória da decisão estabilizada, continuará ele a ter que provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do beneficiário da medida urgente, ao passo que o réu, então autor da tutela antecipada antecedente, permanecerá encarregado de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito abrangido pelos efeitos da decisão estabilizada” (SHIMURA, Sérgio; GABRIEL JUNIOR, Mauro. *A estabilidade da tutela antecipada antecedente*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 297, nov/2019, p. 151).

antecedente: a) requerimento expresso do autor; b) decisão concessiva de tutela antecipada, já que ela será o *objeto* estabilizado; c) a *falta* de aditamento da petição inicial, que representa a não formulação de pedido de tutela definitiva; d) não interposição de recurso contra a decisão concessiva de tutela.

2. A tutela cautelar, com seu caráter essencialmente conservativo e sempre vinculada à ideia de proteção da atividade jurisdicional a ser desenvolvida em termos definitivos (referibilidade), não é passível de estabilização. Já em relação à tutela de evidência, a despeito da inexistência de expressa previsão assim autorizando, parece possível cogitar de sua estabilização, especificamente nas hipóteses em que permitam a concessão de liminar (art. 311, parágrafo único), quais sejam: a) comprovação documental das alegações e existência de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (inciso II) e b) pretensão de restituição de bem fundada em contrato escrito de depósito (inciso III).

3. Não há como aprioristicamente excluir a possibilidade de antecipação de tutela estabilizável a partir da natureza do virtual pedido de tutela definitiva, já que, a rigor, a multiplicidade dos efeitos de uma decisão judicial, no plano fático, impede que assim se proceda.

4. É mais adequado à sistemática da estabilização da tutela antecipada, sob o aspecto lógico, que primeiro seja verificada a postura adotada pelo réu em relação à decisão concessiva de tutela e, via reflexa, se ele se conforma ou não com a estabilização, uma vez que o autor já terá feito tal opção na petição inicial.

5. A exigência legal, de interposição de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, a fim de evitar sua estabilização, faz todo sentido, uma vez que, concedida por decisão interlocutória, a tutela antecedente só terá sua eficácia neutralizada se obtida a reforma ou a revogação da decisão, sendo a via recursal, portanto, a vocacionada para tanto. Por isso é que a mera utilização de sucedâneos recursais, por si só, não impede a estabilização, salvo se ensejarem a modificação ou eliminação da decisão.

6. A estabilização da tutela antecipada é possível em face da Fazenda Pública.

7. A sentença que extingue o processo, limitando-se a declarar a presença dos requisitos necessários para a estabilização da tutela antecipada concedida *initio litis*, mas sem necessariamente ratificá-la, é *sui generis*, não podendo ser tida como

extintiva da relação processual *com* ou *sem* resolução de mérito. Não cumpre a sentença, nesses casos, uma *função* normativista, mas apenas representa o marco final do processo, por meio do reconhecimento de que os atos processuais foram ali desenvolvidos de forma válida e, portanto, eficaz.

8. A estabilização da tutela antecipada não enseja a formação de coisa julgada, mesmo após superado o prazo de dois anos para propositura da ação tendente à sua reforma ou revisão, posto que ausente sua eficácia positiva.

9. Considerando tratar-se, o processo conducente à estabilização da tutela antecipada, de modelo inserido em um “microsistema” de tutela monitoria, a aplicação das normas para ela previstas são plenamente justificadas à força da analogia, inclusive em relação à distribuição das verbas sucumbenciais. Assim, possível concluir que a própria decisão concessiva da tutela já deve trazer o aviso para o réu de que, estabilizada a tutela antecipada, ficará ele isento do pagamento de custas e os honorários advocatícios serão devidos, mas no percentual de 5%.

10. A ação de impugnação da tutela antecipada estabilizada pode englobar outros pedidos, que não restritos à revogação ou reforma da decisão, sujeita ao prazo decadencial de dois anos. Superado tal prazo, o requerido ainda poderá mover demanda que diga respeito à mesma relação de direito material (observados os prazos prescricionais e decadenciais previstos na lei civil), que observará, todavia, a tutela definitivamente estabilizada

7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Além das conclusões arroladas ao final de cada capítulo, desenvolvo aqui apertada síntese conclusiva, para destacar as conclusões essencialmente ligadas à tese principal defendida nesta pesquisa.

Cumprе ressaltar, de partida, que ao final de cada capítulo foram destacadas, em subtópico específico, as principais conclusões obtidas. Lidas em conjunto, claro, elas revelam muito sobre o tema da pesquisa.

Ainda assim, oportuno aqui formular uma síntese conclusiva do trabalho como um todo, explicitamente indicado a tese principal aqui defendida.

A evolução do sistema processual encontra no estabelecimento de técnicas diferentes, ou de novas formas de processo, campo fértil para que se criem caminhos alternativos ao modelo estruturado a partir de cognição plena e exauriente, potencializando a utilidade da tutela jurisdicional para situações concretas que reclamem intervenção jurisdicional *diferente*.

Diz-se diferente porque, em muitas situações concretas, melhor atenderá o interesse da parte uma *providência jurisdicional* – justamente porque imposta ou viabilizada pelo Estado-juiz – e não a declaração judicial da existência ou do alcance de certo direito subjetivo.

Ler tais assertivas com os olhos voltados para o atual estágio evolutivo da ciência processual induz com elas concordar ou, no mínimo, considerá-las bem ponderadas. Mesmo devendo ser respeitadas diferentes convicções pessoais, negá-las parece uma opção equivocada.

A cognição plena – ou seja, ampla no eixo horizontal e exauriente no vertical – embora corresponda a modelos procedimentais que permitem a formação da coisa julgada, não pode ser tida como a única resposta possível ao direito de ação.

O interessado, a depender da natureza da crise jurídica em que esteja envolvido – e, portanto, da providência jurisdicional em razão dela desejada – pode optar por deduzir seu direito à tutela jurisdicional por outras vias que não as conducentes à cognição exauriente, abdicando, em nome de outros valores, ao grau máximo de segurança jurídica propiciado pela coisa julgada.

Por tudo isso, ao ensejo do estabelecimento de um novo sistema processual com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, terá surgido espaço para vislumbrar, no direito brasileiro, um instrumento vocacionado a viabilizar a obtenção dessa *providência jurisdicional*, minimamente regulado e inserido em um contexto de harmoniosa coexistência com outras figuras e institutos processuais?

Em sede doutrinária cogitou-se de instrumentos que viabilizassem a obtenção de “tutela satisfativa de urgência autônoma” (Ovídio Araújo Baptista da Silva¹²⁰⁸), mas a base procedimental então disponível era a do processo cautelar, necessariamente dependente de um tido como “principal” (de conhecimento ou de execução), com o qual manteria uma relação de referibilidade e dependência, e que portanto não se mostrava adequado à tutela de uma situação urgente, que reclame nada além do que uma pronta intervenção jurisdicional no plano dos fatos.

No Código de Processo Civil de 2015 houve grande reformulação da sistemática aplicável às tutelas cautelar e antecipada, agrupadas que foram como espécies de um mesmo gênero, qual seja a tutela provisória de urgência, unidas pelo traço comum da sumariedade da cognição desenvolvida.

A oportunidade de tratamento conjunto e sistemático, a partir da origem da nova lei processual, não foi desperdiçada. As distinções entre a tutela antecipada e a cautelar proposta pelo CPC de 2015 são razoavelmente nítidas e representam uma tomada de posição lúcida do legislador, deixando mais evidente as diferenças essenciais entre elas, já percebidas na vigência do diploma anterior.

Tutela provisória é gênero, do qual são espécies a tutela de urgência e a da evidência. A tutela de urgência, pela função, pode ser cautelar ou antecipatória. Procedimentalmente, qualquer delas pode ser requerida de maneira antecedente à formulação do pedido de tutela definitiva, ou mesmo de forma incidental a processo já formado ou em formação, de natureza cognitiva ou executiva.

A tutela antecipada terá, em termos substanciais (e, assim sendo, sem qualquer ligação com o momento em que concedida), o conteúdo próprio da tutela de conhecimento ou de execução. Já a tutela cautelar, por seu turno, continua sendo baseada na ideia de segurança, com função (conservativa) significativamente distinta

¹²⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 67.

daquela própria da tutela antecipada (satisfativa).

No campo da tutela antecipada, tem-se sua forma antecedente, sinteticamente descrita nos artigos 303 e 304 do CPC, e representa figura sem correlação no CPC de 1973, justamente porque possível sua concessão por meio de decisão baseada em cognição sumarizada, mas que não precisará de posterior confirmação pelo juízo, fundada em cognição exauriente. Não por acaso fala-se em autonomização da tutela antecipada, como também em sua monitorização.

A autonomia da tutela antecipada deve servir a que situações concretas? Se o processo civil é instrumento para a tutela dos direitos, qual a utilidade da tutela antecipada antecedente?

Essas indagações guiaram a elaboração da pesquisa, concluindo-se que o Código de Processo Civil de 2015 previu um novo *modelo* de processo, que independe da coisa julgada na exata medida em que não é vocacionado à declaração da existência e exigibilidade de determinado direito, mas sim destina-se a viabilizar a uma “mera” *providência jurisdicional*.

A viabilidade de aceitação dessa tese passa pela sua submissão ao *filtro* da constitucionalidade, até porque, se a busca pela efetividade da tutela jurisdicional é vetor da adoção de técnicas processuais (a incluir a modulação da cognição prestada em determinado caso concreto), o princípio do contraditório atua como limitador dessa busca.

Há que se ter em mente que os diferentes procedimentos devem preservar o contraditório necessário, isto é, o núcleo essencial do princípio, e, a partir daí, de acordo com a complexidade do direito material envolvido, propiciar ambiente para o desenvolvimento de cognição mais ou menos extensa, conforme o caso, de forma a assegurar o atingimento da efetividade do processo.

Nesse contexto, melhor do que a utilização da proporcionalidade como forma de excluir um desses princípios em detrimento de outro, é desejável que eventual conflito entre princípios enseje a conciliação das características que possam coexistir, sustentando uma decisão (= interpretação) juridicamente mais densa.

Plenamente aceitáveis, por isso, as formas de manifestação do princípio do contraditório que não necessariamente prévias, ou seja, o contraditório diferido (para outro ponto do arco procedimental posterior à concessão de determinada medida) e

eventual (a dar-se em outro processo, com a inversão da iniciativa do contencioso).

Outro ponto importante, para averiguação da viabilidade de adoção da tese, diz respeito aos limites da modulação da cognição, que mais do que a mera variação procedimental, acaba trazendo, para situações específicas, maiores vantagens, tornando mais efetiva a resposta jurisdicional.

A sumariedade da cognição (e não a meramente procedimental), é que se mostra como alternativa interessante para algumas situações específicas, carentes de proteção adequada se seguida a fórmula sacramental do procedimento comum.

São os cortes cognitivos, sob o aspecto horizontal ou vertical, que caracterizam a tutela jurisdicional diferenciada, justamente porque só por meio deles é que se pode falar em modelos processuais diferentes, que viabilizem uma prestação jurisdicional, esta sim, de fato diferenciada.

A viabilidade da tese ora exposta não é abalada, outrossim, pela indiscutível utilidade da coisa julgada e sua importância para o atingimento dos fins da jurisdição, já que não pode ela ser alçada a condição de figura essencial para a prestação jurisdicional ou, por outra, não é correto aceitar que, para toda e qualquer crise jurídica de direito material, seja ela o único remédio possível.

Por isso defendemos, como tese fulcral deste trabalho, que a principal potencialidade da tutela antecipada antecedente e de sua (possível) estabilização é justamente representar *novo modelo de processo*, desvinculado da ideia de coisa julgada, mas sim destinado à obtenção de uma *providência* jurisdicional e que tem na cognição inicial sumarizada sua principal *vantagem prática*.

O foco desse novo modelo é deslocado da *certificação* do direito para a *produção de efeitos concretos* no mundo dos fatos, nos limites da cognição material e formalmente sumária que lhe norteia, intercedendo o juiz sobre a relação de direito material existente entre as partes pela viabilização do que aqui denomino como uma *providência jurisdicional*, que pode ser definida como a especial manifestação do poder jurisdicional, calcada na concretização de um dos efeitos que poderiam advir de uma virtual tutela definitiva prestada por sentença.

Altera-se o foco da atuação jurisdicional, deslocando-o da função de reconhecer e declarar direitos, com aptidão para a perenização proporcionada pela coisa julgada, para a viabilização de uma intervenção jurisdicional no campo dos fatos,

mais conectada com a realização de efeitos jurídicos do que com a construção de provimentos jurisdicionais de conteúdo normativista, de que é exemplo a tutela jurisdicional meramente declaratória.

Possível concluir pela viabilidade de uma classificação da tutela jurisdicional que, coexistindo com as demais, talvez retrate melhor as diferentes possibilidades de manifestação do poder jurisdicional, definida a partir não dos efeitos que podem ser gerados, mas sim a partir da função desempenhada pela jurisdição. Aludo à adoção do entendimento que a atividade jurisdicional terá índole normativista ou providencial.

A primeira delas prende-se a ideia de que o juiz, ao julgar determinado conflito de interesses, visa solucioná-lo por meio da definição da “norma jurídica concreta”.

Já por tutela providencial designam-se as formas de tutela jurisdicional que, prescindindo da definição da norma jurídica concreta (ou seja, dispensando-se o julgamento), baseiam em atividades judiciais voltadas preponderantemente à atuação jurisdicional no campo dos fatos, viabilizando o atendimento do interesse do indivíduo por uma intervenção calcada no atendimento dos direitos, e não em sua certificação, de que são exemplos, além da tutela antecipada antecedente, o processo de execução e a ação probatória autônoma.

Uma outra conclusão importante, conectada à tese principal, diz respeito à ligação existente entre a tutela monitoria e a tutela antecipada antecedente estabilizável, em razão de características comuns, quais sejam: a) prestação de tutela jurisdicional a partir de cognição sumária; b) tratam-se de modelos de processo alternativos ao processo de conhecimento ordinarizado; c) oportunização do contraditório ao réu como forma de provocar a cognição exauriente, pela ampliação do objeto do processo por ato postulatório seu; d) efetivação do direito independentemente da formação de coisa julgada.

Possível apontar a existência de um microssistema de tutela monitoria, englobando ambas as figuras. Se a ação monitoria tem objeto pré-definido (a satisfação de obrigações de pagar, fazer, não fazer e de entregar coisa), a tutela antecipada antecedente é de aplicação geral, sendo compatível com qualquer das espécies de tutela jurisdicional de conhecimento.

Esse é o papel destinado, no quadro geral de instrumentos e técnicas processuais, à tutela antecipada antecedente e sua estabilização.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-70, dez/2008.

ALLORIO, Enrico. *In: Problemas de Derecho. Buenos Aires: Ejea, 1963.*

ALMEIDA E SOUSA, Manuel de. *Tratado Pratico Compendiario de Todas as Acções Summarias*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1886.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. v. I.

ALTAVILLA, Cosimo. Il procedimento sommario di cognizione ex art 702 bis cpc. Disponível em: <https://giuricivile.it/procedimento-sommario-di-cognizione-art-702-bis-cpc/>>. Consulta em 22.08.2019.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 302, abr-2020.

_____. As prerrogativas da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In ARRUDA ALVIM, Thereza *et. al.* (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; SHIMURA, Sérgio; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Tutelas diferenciadas e fungibilidade. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDOLINA, Italo. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 150, ago-2007.

_____. New perspectives for provisional measures. *Revista de Processo*, São Paulo,

v. 117, set/out-2004.

_____. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, Erico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 179, jan/2010.

_____; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER JR. et al (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I.

ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A tutela de urgência no projeto do novo CPC e o direito dos negócios. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito dos negócios aplicado, vol. II: do direito processual*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A teoria quinária (a teoria da constante quinze) e a Lei 11.232/2005. In COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A tutela cautelar no “esboço de reformulação legislativa da tutela de urgência”. In: CIANCI, Mirna et. al. (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza – ex art. 700 C.P.C.* 2. ed. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais – Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. A tutela jurisdicional cautelar, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 23, jun-1985. p. 111–137.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Tutela provisória no código de processo civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARAKEN DE ASSIS; ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 230, abr/2014.

_____. O conceito de sentença no CPC reformado. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997.

_____. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória no código de processo civil de 2015. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARAKEN DE ASSIS; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tutela antecipada em ação de despejo. *Soluções práticas de Direito – Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV.

_____. Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de*

Processo, São Paulo, v. 191. 2011. p. 299-318.

_____. A evolução do direito e a tutela de urgência. ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* - Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Saraiva: São Paulo, 2010.

_____. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, jul-set/1985.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo civil brasileiro. Volume II – parte Geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. t. II.

_____; ARRUDA ALVIM, Eduardo. ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, out-dez/2000.

_____. Antecipação de tutela. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Antecipação de Tutela. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997.

ASSIS, Carlos Augusto de. LOPES, João Batista. *Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018.

ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo: Lael, 1975.

AURELLI, Arlete Inês. Comentários ao artigo 554. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.v. 3.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*. Osasco: FIEO/São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

BAKER, Richard D.. *Judicial review in Mexico – A study of the Amparo suit*. Austin: Institute of Latin American Studies by the University of Texas, 1971.

BALEEIRO, Aliomar. Baleeiro. 1891 - *Coleção Constituições brasileiras*, v. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Temas de Direito Processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil. In *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Mandado de segurança – Uma apresentação. *Temas de Direito Processual* (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual* (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, v. 81, jan./mar.1996.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual* – Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual* – Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil*. Temas de Direito Processual (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de Direito Processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo:

Saraiva, 1979.

_____. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1967.

BARBOSA, Ruy, *Posse de Direitos Pessoais*. São Paulo: Saraiva. 1986

BARROS, Benedicto. *Princípios de Direito Processual Civil – Da ação judicial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1963.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Comentários ao artigo 300. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

_____. Comentários ao artigo 303. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

_____. Comentários ao artigo 304. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

_____. Comentários ao artigo 311. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

_____. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BELSITO, Cecilia; CAPORALE, Andres. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BENAVENTE, Omar Sumaria. Estudio y análisis de la tutela urgente o diferenciada. *Revista de Ius et Ratio*, Huancayo, ano 2, n. 1, 2015.

BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. Las reformas procesales en la Republica Argentina. In OTEIZA, Eduardo (coord.). *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

_____. De las medidas anticipatorias a las tutelas provisórias autónomas: una evolución necesaria. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 1, 2017.

_____. Las cautelares con alcances de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. p. 01. Disponibilizado pelo próprio autor em <https://www.academia.edu/15350564/Las_cautelares_con_alcances_de_definitivida_d_seg%C3%BAAn_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Naci%C3%B3n> consulta em 20.08.2019.

_____. Un “nuevo” tipo procesal sumario: hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. *Civil Procedure Review*, v.2, n.3, set-dez/2011.

_____. Tecnicas orgânico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 175, set-2009.

_____. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, nov/2008.

BODERNAVE, Leonardo. *La medida autosatisfactiva: como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna*. Rosario: Juris, 2009.

BONAVOLONTÁ, Luigi. *Il Nuovo Processo Civile*. Roma: Buffetti, 1995.

BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 1.

BRASIL. Exposição de motivos. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal - Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, 1974.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 269, jul-2017.

_____. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Notas sobre a tutela antecipada "parcial" na nova reforma do Código de Processo Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. especial, jan./dez. 2003

BOVE, Mauro. Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.. Disponível em <<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/36/bove%20%20procedimento%20sommario%20cognizione.pdf>>. Consulta em 22.08.2019.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *História do processo – Romanismo e Pandectismo nas teorizações da ação*. Belo Horizonte: Líder, 2009.

BRAUN, Paola Roos. *Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2.

_____. Comentários ao artigo 138. In BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.v. 1.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

_____. *O Poder Público em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Efeitos dos recursos. In NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

_____. *Liminar em mandado de segurança – um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986

_____. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, 1956.

CABRAL, Ana Margarida; Pinheiro, Carlos André; ROBALO, Inês; NUNES, José Henrique. Inversão do Contencioso. *O Novo Processo Civil - Caderno III*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_III_Novo%20_Prossesso_Civil.pdf>>, consulta em 24.08.2020

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. Trad.: Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. v. I e III.

_____. Límites entre jurisdicción y administración. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.

_____. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.

_____. *El procedimiento monitorio*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El foro, [s.d.].

CALDAS, Gilberto. *Novo tratado das ações*. São Paulo: Praxe Jurídica, s.d.

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Jurisdição e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Marcial Pons. 2019.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisando o Direito, o Poder, a Justiça e o*

Processo. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III.

_____. A crise do processo de execução. ARAKEN DE ASSIS; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (orgs.). *O processo de execução: estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Da revelia do demandado*. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

CALMON, Eliana. Tutelas de Urgência. *Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v.11, n. 2, jul/dez – 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012. v. I.

_____. *Lições de direito processual civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III.

CÂMARA, José Gomes B.. Prefácio às *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. v. XXIII, t. III.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAPONI, Remo. Piero Calamandrei e la tutela cautelare. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII, jul.-dez. 2013.

_____. Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-Bis SS. CPC). Disponível em <https://www.academia.edu/271491/R._Caponi_Sulla_distinzione_tra_cognizione_piena_e_cognizione_sommaria_in_margine_al_nuovo_procedimento_ex_art._702-bis_c.p.c._2009>. Consulta em 21.08.2019.

CAPUANO TORNEY, Carola. “La medida autosatisfactiva y la eficacia del proceso”. Publicado en: *LLC2002-43*, 2002. Artigo digital.

CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CARMONA, Carlos Alberto. Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil. In CARMONA, Carlos Alberto (coord.): *Reflexões sobre a reforma do Código de*

Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019

_____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v. I.

CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARRATA, Antonio. Dever de verdade e completude no processo civil italiano. Trad. Carolina Trentini Schenkel. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, jan – jun/2019.

CARVALHO, José Murilo de. A vida política. In _____ (coord.). *História do Brasil Nação – A construção nacional: 1830 – 1889*, volume 2. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código de Processo Civil Brasileiro Interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CARVALHO, Milton Paulo de. Um processo civil com liberdade. *Revista Jurídica Eletrônica*. v. 1. São Paulo, dez/2017-jan/2018.

_____. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

_____. Comentário ao artigo 303. In SANTOS, Silas Silva *et al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da Magistratura*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Comentários ao artigo 304. In SANTOS, Silas Silva *et al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência – análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura*. Trad. de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIARLONI, Sérgio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 228, fev-2014.

_____. CHIARLONI, Sergio. La justicia civil y sus paradojas. Trad. Juan José Monroy Palacios. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 215, jan-2013.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas*. Trad. Otávio Domit. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Por uma reflexão sobre a teoria quinária da ação, no processo civil brasileiro reformado. In COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. (coord.) *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLV, n. 4, out-dez/1990

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CORREA TELES, José Homem. *Doutrina das acções – consideravelmente aumentada e expressamente accommodada ao foro do Brazil por José Maria Frederico de Souza Pinto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.

COSTA, Adriano Soares da. Estabilização da tutela de urgência. In CÂMARA, Helder Moroni et. al (coords.). *Aspectos polêmicos do novo código de processo civil*. São Paulo: Almedina, 2018.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares.

_____. *Medidas preventivas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Artigo 300*. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Razões estruturais da fungibilidade procedimental das tutelas de urgência. CIANCI, Mirna et. al. (coords.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas – estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEIXOTO, Ravi. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In Costa *et al* (coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm. 2 ed. 2018.

_____; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEIXOTO, Ravi. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Silva et al (coord.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, [s.d.].

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set/2008.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Comentários ao artigo 346. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Uma deusa chamada justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

CUPO, Claudio Fernando. Medidas autosatisfactivas. Su aplicación en el derecho público. Base de dados eletrônica Thomson Reuters - *La Ley 2002-D*.

DE LOS SANTOS, Mabel A.. Diferencias entre la medida autosatisfactiva y la cautelar. In EGUREN, María Carolina (coord..). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I.

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

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____; CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004.

DONEL, Pedro Roberto. *Solução Liminar do Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DORATIOTO, Francisco. *O Brasil no mundo – idealismos, novos paradigmas e voluntarismo*. In: SCHWARCZ, Lília Moritz. (coord.) *História do Brasil Nação – A abertura para o mundo: 1889 – 1930*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. v. 3.

D'OLIVEIRA, H.U. Jessurun. Foreign law in summary proceedings. In SUMAMPOUW, Mathilde *et. al.* (orgs.). *Law and Reality - Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1992.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimento antecipatórios, cautelares e liminares. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

FAIREN GUILLÉN, Victor. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. Cidade do México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1971.

_____. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Trad.: Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FARIA, Rita Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2016.

_____. Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. *Revista do Ministério Público - Debate: a Reforma do Processo Civil*. Lisboa, 2012, caderno n. 11.

FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. 7. ed. Cidade do México: Oxford, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

_____. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 44, n. 1, jan-mar/1989.

_____. Problemi e prospettive del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão, ano XXXVIII, n. 2, jun/1984.

FERNANDEZ, Isabel Tapia. El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada. Madri: La Ley, 2000.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança (comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009)*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Código de processo civil sistematizado em perguntas e respostas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A crise do processo civil clássico, a superação pelo sincretismo das ações através do instituto jurídico da antecipação de tutela e a concepção originária de Ovídio Araújo Baptista da Silva acerca do tema. *Tutelas de urgência e cautelares*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 743

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 14.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

_____. Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”. AMARAL, Guilherme Rizzo do; CARPENA, Márcio (coords). *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. IX.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANCO, Gustavo H. B.; LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. *O processo econômico – a*

economia da primeira república. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). *História do Brasil Nação – A abertura para o mundo: 1889 – 1930*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.

FREITAS, José Lebre de. A inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Silva et al (coord.). In SILVA, João Calvão da et al (coords.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Código de Processo Civil (uma visão de fora). *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 73 – Vol. I, 2013.

_____. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

_____; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela antecipada e locações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. *Revista do TST*, Brasília, vol. 82, n. 3, jul/set 2016.

_____. Comentário ao art. 300. In _____ et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016.

GALVÃO, Laila Maia. Espaços de construção da interpretação constitucional: análise dos congressos jurídicos da Primeira República. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, n. 118 Jun./Set. – 2017.

GALVEZ, Juan Monroy. *Introducción al proceso civil*. Bogota: Temis, 1996. t. I.

_____; PALACIOS, Juan José Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In CARBONE, Carlos Alberto (coord.). *Sentencia*

anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GERARDO, Michele; MUTARELLI, Adolfo. Procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.: primo bilancio operativo. Disponível em <<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/201/Gerardo-Mutarelli.pdf>>. Consulta em 22.08.2019.

GODINHO, Robson Renault. Comentário ao artigo 303. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

GOMES, Frederico Augusto. NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da tutela de urgência: Estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. DIDIER JR. *et al* (coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONCALVES, Gláucio Maciel; FRANCO, Marcelo Veiga. As novas modalidades de produção antecipada da prova do Código de Processo Civil de 2015: o "Discovery" à brasileira. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências cautelares*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

GONÇALVES, Willian Couto. *Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRECO, Leonardo. Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro *et al* (coords.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

_____. A sumarização do processo de conhecimento e a ação monitória. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018

_____. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. Livro eletrônico.

_____. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. X, n. 9, 2012.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Tutela antecipatória em processo sumário. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 121, mar-2005.

_____. Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia. Informe general ("civil law"). In STORME, Marcel; LARA, Cipriano Gómez (coord.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Publicado também na *Revista Iberoamericana de Derecho Processal* (v. 3, n. 4, 2004);

_____. Ação monitória. *Revista CJE*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. 1, n. 1: 37-41, jan./abr. 1997.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV.

GURVICH, M. A. et al. *Derecho procesal civil soviético*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939. v. I.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele; STURNER, Rolf; GIDI, Antonio. Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. *New York University Journal of International Law and Politics*, n. 33 (3), 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milão: Giuffrè, 2010. v. 39.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed., totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

KRAMER, Xandra E. Harmonisation of provisional and protective measures in Europe STORME, Marcel (ed.). *Procedural Laws in Europe. Towards Provisional and Protective Measures: Article 24 Brussels Convention (= Article 31 Brussels Regulation) - The Application in the Netherlands, Germany and England (May 20, 2000)*. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1129709>>, consulta em 17 de junho de 2019.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. VIII. t. I.

_____. Tutela antecipatória e tutela interdita. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães (no 25º aniversário de seu falecimento)*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. v. 3. Saraiva: São Paulo, 1961.

_____. Remédios processuais da administração e contra a administração. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2. Saraiva: São Paulo, 1960.

LACERDA, João Manoel Carneiro. *Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 4.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018.

LAPERTOSA, Flavio. La tutela sommaria anticipatoria (artt. 186 *bis*, 186 *ter* c.p.c.). *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano LII, n. 3, jul-set/1997.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.*

LASPRO, Oreste Nestor de Souza; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Reexame necessário e recursos. In SHIMURA, Sérgio *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

LÁZZARI, Eduardo Néstor de. Nuevos paradigmas de lo cautelar. In BERIZONCE, Roberto Omar; QUADRI, Gabriel Hernán (coord.). *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación – Comentados y Anotados*. La Plata: Librería Platense, 2015. t. III.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. V.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEME, Lino de Moraes. *Posse dos direitos pessoais*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1927.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2.

LOPES, Bruno. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. Malheiros: São Paulo, 2016.

_____. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006

LOPES, João Batista. Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013.

_____. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997.

_____. Medidas cautelares inominadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 605, mar/1986.

LUCCA, Rodrigo Ramina. Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, fev/2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009.

LUISO, Francesco P.. *Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2000. v. IV.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. A sentença com reserva das exceções substanciais indiretas do direito italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 26, jan-jun/2005.

MACHADO, Costa. *Tutela provisória*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Luiz Mebílio Uiraçaba. Medidas cautelares. Finalidade e alcance. In GUIMARÃES, M. A. Miranda (coord.). *Liminares e cautelares: estudos em homenagem ao desembargador José Faria Rosa da Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XIII.

MAGALHÃES, Antonio Leite Ribeiro de. *Manual das acções possessórias e seu processo*. Coimbra: F. França Amado, 1910.

MARANHÃO, Clayton. A importância do isolamento das técnicas mandamental e executiva lato sensu para a efetividade da tutela jurisdicional. In ARMELIN, Donaldo

(coord.). *Tutelas de urgência e cautelares* – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. MITIDIEIRO, Daniel. *Ação rescisória – do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Coisa julgada sobre questão*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; MITIDIEIRO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. I.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

_____. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.

_____. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>, consulta em 28 de jul. de 2019.

_____. Atributos do ato administrativo. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>>> consulta em 12.09.2020.

MARQUES, José Frederico. O Artigo 141, § 4, da Constituição Federal. *Revista de Direito Processual Civil*. v. 2. Saraiva: São Paulo, 1960. p.19.

MARQUES, J. M. de Azevedo. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1941. v. 2.

_____. *A ação possessória no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Secção de Obras d"O Estado de S. Paulo", 1923.

MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela da evidência*. São Paulo: Almedina, 2020.

MEDEIROS, Bruna Bessa de. A (im)possibilidade de modificação da estabilização dos efeitos da tutela antecipada. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 279, maio/2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.106, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 82, jul-dez. 2015.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Comentários ao artigo 296. In ARRUDA ALVIM, Angélica *et. al.* (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Armindo Ribeiro. As sucessivas reformas do processo civil português.

Julgar, Lisboa, n.16, jan/abr – 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERLIN, Elena. Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 57. 2.^a serie. Padova, 2002, p. 775, *apud* ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 179, jan/2010

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A causa petendi nas ações reivindicatórias. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Apresentação. In Baptista, Francisco de Paula. *Teoria e prática do processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____; TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Comentário ao artigo 300. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Comentários ao artigo 303. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Comentários ao artigo 304. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 229, mar/2014.

_____; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.

_____. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, número 2, 2004.

MONTEIRO, João Baptista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Teoria do Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. I.

_____. *Direito das Acções*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905

MONTESANO, Luigi. Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano LIX, n. 2, abr-jun/1999

MOREIRA, Fernando Mil Homens. Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinatura de dez dias nas Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. jan./dez. 2009.

MUNIZ, Antônio Severino. *Ações cominatórias à luz do art. 287 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NAVES, Cândido. *Páginas processuais*. Belo Horizonte: [s.n.], 1950.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

(coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NETTO RODRIGUES, Nelson. Notas sobre as tutelas mandamental e executiva lato sensu nas Leis 10.358/2001 e 10.444/02. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 110, abr/jun, 2003.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

NOGUEIRA, Rubem. Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil. *Revista Da Faculdade De Direito*, São Paulo, v. 54, n. 2, 1959.

NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil quinhentista – consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2008.

NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, fev/2016.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Antonio de Almeida. *Ação de assignação de dez dias*. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Efetividade e processo cautelar. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, jul/1994.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, jul-set/1993.

ORRAC, Nazareno Díaz. Tutela anticipada y la pretendida reformulación de los pilares del debido proceso: 'Una visión desde la atalaya de las garantías constitucionales'. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 95, jul./set. 2016.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

OTEIZA, Eduardo. Reformas procesales en América Latina. Tendencias y tensiones entre los Estados Nación y la comunidad internacional. In OTEIZA, Eduardo (coord.). *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

_____. Reforma a la justicia civil en América Latina. Perspectivas generales. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coords.). *Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual - XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PALERMO, Antonio. *Il proceso di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffré, 1956.

PARA FILHO, Tomás. A proteção jurisdicional dos direitos interindividuais. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 5, 1962.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro – das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002.

PEREIRA E SOUZA, José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil - acomodadas ao foro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 91, jul/set-1998.

PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María Carolina. Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal. In EGUREN, María Carolina (coord.). *Medidas autosatisfactivas*. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

_____. Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia. Base de dados eletrônica Thomson Reuters. - La Ley 21.09.2012.

_____. La medida autosatisfactiva, hoy. Base de dados eletrônica Thomson Reuters - *La Ley* 2014-C

_____. Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?. *Revista de Derecho Procesal*. Santa-Fe, v. 2008-2. Arquivo digital

_____. Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, 1997, n. 15

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Appunti di Diritto Processuale Civile – il processo ordinario di cognizione. Le impugnazioni*. Milão: Giuffrè, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio: una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 189, nov-2010.

_____. El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado. In AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología : un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PINHO, Américo Andrade. Ações probatórias autônomas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 307, set-2020.

_____. ALVAREZ, Anselmo Prieto. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 302, abr-2020.

_____. *As medidas autosatisfactivas do direito argentino como racional forma de prestação da tutela jurisdicional*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 307, mar-2020.

_____. *A eficácia preclusiva da coisa julgada: o alcance do artigo 474 do Código de Processo Civil*. 2010. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Rui Darlindo Dias de Castro. *Inversão do contencioso e instrumentalidade dos procedimentos cautelares no Direito Processual Civil Português*. Tese (Doutorado em Gestão e resolução de conflitos) – Escola Internacional de Doutoramento, Universidad de Vigo. Vigo. 2019. Disponível, na íntegra, em: <<http://www.investigobiblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1442/DiasdeCastroPinto_RuiDarlindo_TD_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta em 02.11.2020

PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise histórica da teoria quinária e a alteração da preponderância eficaz-condenatória ante a superveniência do sincretismo processual. In COSTA, Eduardo José da Fonseca et al. (coord.). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Juspidivm, 2010.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. III.

PISANI, Andrea Proto. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Trad.: Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui. Lima: Palestra, 2018.

_____. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 239, jan-2015

_____. Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 240, fev/2015.

_____. La tutela sumaria en general. Trad. Giovanni F. Priori Posada. *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014.

_____. Las resoluciones de urgencia. Trad. Eugenia Ariano Deho. *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014.

_____. Derecho substancial y proceso. Trad. Chiara Marinelli. *La tutela jurisdiccional*. Palestra: Lima, 2014.

_____. Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo processo laboral. Trad. Chiara Marinelli. *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014.

_____. Notas mínimas sobre la denominada tutela diferenciada. Trad. de Giovanni F. Priori Posada e Christian Delgado Suárez. *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014.

_____. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 131, jan-2006

_____. La tutela somaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 90, abr/jun-1998.

PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de segurança e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2006.

PODETTI, J. Ramiro. *Derecho procesal civil, comercial y laboral - IV: Tratado de las medidas cautelares*. 2. ed. (atual. por Víctor A. Guerrero Leconte). Buenos Aires: Ediar, 1969.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. XII.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. IV.

_____. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. t. I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 7 v.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. t. VI.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959. t. VIII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. I.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: JusPodivm. 2018.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 6

POSADA, Giovani F. Priori. La constitucionalización del derecho procesal. *Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogota: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

_____. Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, n. 49, dez-2014

_____. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Revista de la Asociación Ius et Veritas*. Lima, n. 26, 2003.

RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RAGONE, Alvaro Pérez. Tutela sumaria. *Revista Iberoamericana de Derecho*

Procesal, São Paulo, vol. 4, Jul - Dez/2016.

_____. Tutela sumaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, n. 4, jan/jun/2016.

_____. Un monitorio para Argentina desde la experiencia comparada. Disponível em <<<https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Alvaro-%20monitorio%20para%20la%20argentina%20de%20hoy%20desde%20la%20experiencia%20comparada.pdf>>>, consulta em 02.09.2020

RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2 (2013), n. 3, p. 2255. Disponível em: <<http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02255_02294.pdf>>, consulta em 24.08.2020.

RAPISARDA, Cristina. Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão, ano XLI, n. 1, jan-mar/1986.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REDI, Maria Carolina de Medeiros. Comentário ao artigo 303. In CAMPOS, Rogério *et al.* (coords.). *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1957. v. I.

_____. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milão: A. Giuffrè, 1957. v. III.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança – comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009.

REIMUNDÍN, Ricardo. *Los conceptos de pretension y accion en la doctrina actual*. Buenos Aires: Fidenter, 1966.

REIS, Sérgio Cabral dos. Tempo e processo: da lógica liberal-racionalista à tutela sumária de direitos como fundamento do Estado Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, abr/2019.

REZENDE, Astolpho. *As acções possessórias e a jurisprudência dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Modificações objetivas e subjetivas da ação*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

RIBEIRO, Darci Guimarães. . A dimensão constitucional do contraditório e seus

reflexos no projeto do novo CPC”. In STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2013

_____. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência – do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Gênesis Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 6, set.-dez. 1997.

ROCHA, César Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

ROCHA, Lenine Munari Mariano da. Comentários aos artigos 294 a 311. In MACEDO, Elaine Harzheim; RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto (orgs). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Prismas, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

ROQUE, André Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, mai/2018.

_____. Comentário ao artigo 700. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016.

ROQUE, Nathaly Campitelli. Tutela declaratória. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Processo Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/202/edicao-1/tutela-declaratoria>>>, consulta em 28.09.2020

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955. t. II.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955. t. III.

SALABERT, Luís Filipe. A reforma do processo civil de 2013. *Revista da Faculdade*

de Direito da Universidade Lusófona do Porto. Vol. 3, n.º 3, 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Do procedimento monitorio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____; SOUZA, Osni de. *Mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 1998.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *Poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANCHES, Sidney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 13, janmar/1979.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. VI.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. I.

_____. *Contra o Processo Autoritário*. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1960.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 2.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.

SHIMURA, Sérgio; GABRIEL JUNIOR, Mauro. A estabilidade da tutela antecipada antecedente. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 297, nov/2019, p. 143

_____. ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. *Arresto cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005

_____. *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

_____. Ação monitória. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 173, jan./mar. 1996.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. X.

_____. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Velhos e Novos Institutos Fundamentais do Direito Processual Civil. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Edward Carlyle. *Cumulação de causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Fernando Carlos Fernandes da. *A ação judicial contra o Estado – do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1976.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. O processo cautelar. A tutela antecipada. Os institutos afins. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1998.

SILVA, Lucinda Dias da. As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso. In *O novo Processo Civil – Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SILVA, Nelson Finotti; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SHIMURA, Sérgio. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. I.

_____. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Teoria da ação cautelar. In _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O contraditório nas ações sumárias. In *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 13.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A eficácia executiva da ação de imissão de posse. In *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

_____. A “plenitude de defesa” no processo civil. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. Eficácias da sentença e coisa julgada. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, t. 1º.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. As providências cautelares e a inversão do contencioso. Estudo datado de dezembro de 2013 e disponível em <<https://www.academia.edu/5973963/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M_As_provid%C3%AAs_cautelares_e_a_invers%C3%A3o_do_contencioso_12_2013_S>>. Consulta em 18.03.2020.

_____. Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares. Artigo datado de abril de 2016 e disponível em <<<https://blogippc.blogspot.com/2016/04/duas-notas-sobre-inversao-do.html>>>. Consulta em 20.04.2020.

_____. Um novo processo civil português: *a la recherche du temps perdu?* *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, jul/2008.

SOUZA, André Pagani. *Vedações das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2014.

SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Justo processo ou justa decisão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 196, jun/2011.

_____. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Eusébio de. Antônio Conselheiro em Juízo. *Revista Trimestral do Instituto do Ceará*, Fortaleza, tomo XXVI, 1912.

SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela diferenciada e a efetividade do direito (urgência e definitividade). In: CIANCI, Mirna *et al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 177, jan-mar 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O provimento jurisdicional e a garantia de contraditório. PORTO, Sérgio Gilberto (coord.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento e organização do processo no CPC/15. *Migalhas*, ISSN 1983-392X, 07.03.2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235256,11049-Saneamento+e+organizacao+do+processo+no+CPC15>>. Acesso em 03 de ago. de 2019.

_____. Arbitragem e a tutela provisória no CPC/15. In Costa *et al* (coords.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm. 2 ed. 2018.

_____. Remessa necessária (reexame necessário). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo, vol. 24, mai-jun/2016

_____. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, n. 209, jul-2012.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TANZI, Silvia Y.; PAPILLÚ, Juan M. *Juicio de amparo en salud*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In *Notiziario Giuridico Telematico*, disponível em <<<http://www.notiziariogiuridico.it/micheletaruffo.html>>>. Acessível em 26.02.2020.

_____. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Org. e Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. *Advocatus*, Lima, n. 18, 2008.

TARZIA, Giuseppe. Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 99, jul/set-2000

TÉBAR, Rafael I. Balbuena. Breves comentarios sobre el llamado proceso monitorio. *Cuadernos de Estudios Empresariales*. Madrid, n. 09, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. _____ (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As normas fundamentais do processo civil. In _____; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coords.). *Primeiras lições sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan-jun/2010.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo cautelar*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2010.

_____. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista - Direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.377, mar/2009.

_____. As liminares e a tutela de urgência. *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002.

_____. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Tutela Antecipada. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3.º, do CPC. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Saraiva: São Paulo, 1997.

_____. *A nova lei de execução fiscal*. São Paulo: LEUD, 1982

TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*. Turim: G. Giappichelli, 2009.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Giuseppe Chiovenda: vida e obra. Contribuição para o estudo do processo civil*. São Paulo: Migalhas, 2018.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. VII.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ação Monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

TUDA, Claudio Takeshi. A insubsistência das tutelas sumárias satisfativas autônomas fundadas no poder geral de cautela. In: CIANCI, Mirna *et. al.* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas (Estudos em homenagem ao Professor de Donaldo Armelin)*. São Paulo, Saraiva, 2009.

TUOZZI, Pasquale. *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1900.

UZELAC, Alan; VAN RHEE, Uzelac. Introduction. _____; _____ (coords.). *Revisiting procedural human rights: fundamentals of civil procedure and the changing face of civil justice*. Cambridge: Intersentia, 2017.

VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*. [s.l.], v. 09, jan-jun/2007.

VAN RHEE, Cornelis Hendrik (Remco); VERKERK, Remme. Civil procedure. SMITS, Jan M. (org.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. 2. ed. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2012.

_____. Dutch National Report - with some additional information on Belgium and France. In MALESHIN, Dmitry (coord.). *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012*. Moscou: Statut, 2012.

_____. Dutch Civil Procedural Law in an International Context. In DEGUCHI, Masahisa; STORME, Marcel (orgs.). *The reception and transmission of civil procedural law in the global society: legislative and legal educational assistance to other countries in procedural Law*. Antuérpia: Maklu, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar na perspectiva do – adequado – tratamento do tema no CPC de 2015. In BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (coords.). *Tutela provisória no novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2016.

VASCONCELOS, Ronaldo. Comentários a o artigo 700. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VAZ, Isabel Conceição Sampaio. *Inversão do contencioso: um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário: Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho. Braga, p. 95. 2015. Disponível em: <<<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39079/1/Isabel%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Sampaio%20Vaz.pdf>>>, consulta em 12.11.2019

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 177, jul-set 1989.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VIBES, Federico. Medidas autosatisfactivas y derecho al honor en Internet. Base de dados eletrônica Thomson Reuters - *La Ley* 24.02.2014.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Escopo do Processo Civil. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1960.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: [s.n.], 1953.

VIGORITI, Vincenzo. Il rifiuto del processo civile. *Revista de Processo*, v. 99, jul-set. 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2.

_____. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. WATANABE, Kazuo et al. (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova desvinculada da urgência no CPC/15: até onde queremos ou podemos chegar? In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1.

_____. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZABREVELSKY, Gustavo. *A Lei, o Direito e a Constituição*. Trad. António Rocha. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html?impressao=1#>>, acesso em 30 de jul. de 2019. [s.p.].

ZACLIS, Lionel. Direito Processual Civil Holandês. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Milão: A. Giuffré, 1962. v. II.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 23, 2003. p. 220 e 221.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de processo*, São Paulo, n. 82, abr-jun/1996.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flavio Luiz (coords.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. Malheiros: São Paulo, 2013.