

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Mariana de Souza Cabezas

Estabilização da Tutela Antecipada

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC - SP

Mariana de Souza Cabezas

Estabilização da Tutela Antecipada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. João Batista Lopes.

São Paulo
2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC - SP

Mariana de Souza Cabezas

Estabilização da Tutela Antecipada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. João Batista Lopes

Banca examinadora:

Aprovada em de de

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. João Batista Lopes, que me acolheu, pela paciência e o saber compartilhado.

Ao Prof. Donaldo Armelin, que tornou tudo possível, meu mestre, sempre.

Aos Profs. Olavo de Oliveira Neto e Gilberto Jabur, pelas valiosas contribuições na banca de qualificação.

A Prof. Maria Elizabeth de Castro Lopes, pela gentileza ímpar.

Ao Prof. Cassio Scarpinella Bueno, em cujas aulas nasceu a ideia desta dissertação.

À Dra. Maria Augusta da Matta Rivitti, não precisaria dizê-lo.

À minha irmã Beatriz, Suzana Soares de Mello e Aparecida da Silva Santos, pelo auxílio incomensurável.

Ao Dr. Alberto Camiña Moreira, pelas discussões profícuas.

Aos meus avós Arthur e Marina, com quem tive o privilégio de conviver, e cujas lembranças acompanham todos os meus dias. Carrego seus corações dentro do meu coração.

Aos meus pais Sandra e Juan e meu irmão Carlos, nunca será o bastante.

A Paulo e Maria Luiza, com amor.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que se tornasse possível essa dissertação.

RESUMO

A presente dissertação cuidou da análise da possibilidade, prevista no novo Código de Processo Civil, de estabilização dos efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada de urgência, requerida em caráter antecedente, à minguada da competente impugnação pela parte contrária e do transcurso do prazo de dois anos previsto para o ajuizamento de ação tendente a invalidar, revogar ou reformá-la. Abordou-se a matéria sob a perspectiva de sua inserção no rol de mecanismos tendentes à conferência de tutela jurisdicional diferenciada, mediante provimento sumário autônomo, em que o contraditório é diferido e eventual, pois dependente do impulso processual da parte interessada e legitimada a fazê-lo. Para tanto, analisou-se o novo enfoque conferido ao conceito de tutela jurisdicional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como forma de melhor concretizar os princípios constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, corolários do devido processo legal. Isso porque, historicamente, a prestação da tutela jurisdicional sempre esteve subordinada a um formato do processo que primava pela ordinariade, mediante a cognição exauriente, em vista dos reclamos, igualmente relevantes, de paridade de armas entre os litigantes e dos imperativos de certeza e segurança jurídica. Verificou-se a superação desse dogma, e ainda, da instrumentalidade, acessoriedade e provisoriedade da tutela de urgência, mediante a autonomização daquela que for requerida em caráter antecedente. E, por fim, analisou-se as controvérsias em torno da estabilidade conferida ao provimento antecipatório e sua eventual equiparação aos efeitos da coisa julgada material.

Palavras-Chave: Novo Código de Processo Civil. Tutela antecipada. Cognição sumária. Contraditório eventual. Estabilização. Coisa julgada

ABSTRACT

The present master thesis deals with a new mechanism introduced by the new Brazilian Civil Procedure Code, called “urgent interim relief”, which stabilizes the effects of decisions that grant advance protection. Such interim relief is required in an anticipatory manner, prior to the defendant’s response; in case the relief is granted and no appeal is filed against it aiming to invalidate, revoke or reform it, within two years, then the decision is stabilized. The matter was addressed under the perspective that this mechanism was included by the Brazilian legislator among other mechanisms of different jurisdictional reliefs, granted in summary proceedings, in which the adversary system is not only postponed, but also depends on the interested party’s request for it to happen. The analysis carried out herein took the new approach given to the constitutional concept of jurisdictional relief as a starting point; thus, it encompasses the objective of enhancing several principles and rights protected by the due process of law guarantee, which included the principles of effectiveness, adversarial system, full defense and the right to trial within a reasonable time. Historically, the grant of jurisdictional reliefs has always been linked to an ordinary process that privileged a full examination of the facts involved in the controversy, thus worshipping the principles of certainty and legal safety. Such dogma was overruled, along with other ones, and the main reason for it derived from giving autonomy for these interim reliefs. However, controversies always arise from major changes; therefore, this thesis also analyzes the setbacks generally mentioned concerning the stabilization of this interim relief, as well as verifies its possible comparison with the effects caused by *res judicata*.

Keywords: Brazilian Civil Procedure Code. Advance protection. Summary proceeding. Stabilization. *Res judicata*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TUTELA JURISDICIONAL	9
1.1 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA	15
1.2 TUTELA DA URGÊNCIA	24
2 TUTELA JURISDICIONAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	32
2.1 COGNIÇÃO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL	32
2.1.1 DA COGNIÇÃO EXAURIENTE	36
2.1.2 DA COGNIÇÃO SUMÁRIA	43
2.2 DO CONTRADITÓRIO	50
2.2.1 DO CONTRADITÓRIO DIFERIDO OU EVENTUAL	53
2.3 DA COISA JULGADA	58
2.3.1 CONCEITO E ALCANCE DA COISA JULGADA	60
3 ANTECEDENTES DA TUTELA ANTECIPADA	74
3.1 A EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	74
3.2 ALCANCE DO PODER GERAL DE CAUTELA	82
3.3 TUTELAS SATISFATIVAS SUMÁRIAS ANTERIORES À LEI Nº 8.952/94	87
3.3.1 O PROCEDIMENTO MONITÓRIO	90
3.4 OPÇÃO ADOTADA EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS	98
3.4.1 O MODELO FRANCÊS	98
3.4.2 O MODELO ITALIANO	108
4 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA	120
4.1 CARACTERÍSTICAS. DISTINÇÃO ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR	120
4.1.1 DA FUNGIBILIDADE	129
4.2 OBJETO DA ANTECIPAÇÃO	135
4.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO	145
4.3.1 REQUISITOS POSITIVOS OBRIGATÓRIOS	146
4.3.1.1 Prova Inequívoca	148
4.3.1.2 Verossimilhança	150

4.3.1.3	Risco de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação	152
4.3.2	REQUISITO NEGATIVO: IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO	155
5	DA ESTABILIZAÇÃO ENQUANTO TUTELA DIFERENCIADA	159
5.1	PROJETO DE LEI Nº 186/2005	159
5.2	A CONCEPÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	164
6	TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	168
6.1	CONFIGURAÇÃO GERAL	168
6.2	REQUISITOS PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	174
6.2.1	INCONFORMISMO DO RÉU	182
6.3	ESTABILIZAÇÃO E COISA JULGADA	186
6.3.1	ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À EQUIPARAÇÃO À COISA JULGADA	186
6.3.2	ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À EQUIPARAÇÃO À COISA JULGADA	192
	CONCLUSÃO	200
	REFERÊNCIAS	207

INTRODUÇÃO

A presente dissertação buscou analisar a tutela de urgência, tal como disciplinada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro.

O objeto do presente estudo cingiu-se mais especificamente à introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada, requerida em face da urgência, em caráter antecedente, quando a respectiva decisão concessiva não for objeto de recurso pela parte contrária.

Para tanto, partiu-se da evolução, com a promulgação da Carta de 1988, do entendimento doutrinário sobre o conceito de tutela jurisdicional, à luz dos princípios constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, corolários do devido processo legal.

Esses imperativos constitucionais impulsionaram a superação do dogma da generalização do procedimento ordinário de cognição exauriente, e o entendimento quanto a ser inevitável e necessária a disseminação de tutelas jurisdicionais diferenciadas, com o fito de remediar o descompasso entre a dilação temporal inerente aos procedimentos ordinários e uma prestação jurisdicional célere e efetiva – mormente em razão das peculiaridades dos direitos a serem tutelados.

Entre essas técnicas de tutelas diferenciadas, assumiu especial relevo a antecipação dos efeitos do provimento final de mérito, mediante a introdução de técnicas de sumarização procedimental e de cognição, o que foi abordado neste estudo.

Tendo em vista que o novo Código de Processo Civil conferiu uma nova configuração a essa modalidade de tutela diferenciada, foram objeto de análise os contornos gerais do modelo previsto no novo Código de ritos, que ensejou a inserção da tutela antecipada no rol dos provimentos sumários autônomos, tornando o contraditório pleno em atividade cognitiva completa apenas de modo eventual, dependente do impulso processual da parte interessada e legitimada a fazê-lo.

Assim, em caráter antecedente, verificou-se o desenvolvimento, na legislação processual brasileira e em leis extravagantes, da concepção relativa ao poder geral de cautela e às tutelas diferenciadas, com especial enfoque no procedimento monitório, que culminaram com a configuração atual da tutela antecipada. Abordou-se também os modelos verificados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, notadamente o francês e o italiano, que serviram de declarada inspiração ao novo Código de Processo Civil brasileiro, no tocante à matéria.

Analisou-se ainda as características da tutela antecipada – a instrumentalidade, a provisoriedade e a satisfatividade – bem como os requisitos para a sua concessão, quando baseada na urgência.

O presente estudo pretendeu abordar as principais controvérsias doutrinárias instauradas a respeito do novel instituto, especialmente aquela relacionada à suscitada equiparação à coisa julgada, dos efeitos da estabilidade da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente, uma vez transcorrido *in albis* o biênio sem o ajuizamento de ação destinada a rever, reformar ou invalidar a aludida decisão.

1 TUTELA JURISDICIONAL

O conceito de tutela jurisdicional ganhou especial relevo a partir da Carta de 1988, que estabeleceu em seu art. 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV), assegurou a isonomia entre as partes (*caput* do dispositivo), o direito ao contraditório e à ampla defesa (inc. LIV), bem como o devido processo legal (inc. LV) e, mais à frente, proclamou a exigência da razoável duração do processo (inc. LXXVIII).

Assim, o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nele proclamados. Como assevera Cândido Rangel Dinamarco, o processo é, por assim dizer, microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório) em clima de legalidade e reponsabilidade.¹

Explicita o mestre que:

A ideia síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que, afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito, significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais, são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao Texto Supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).²

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, *op. cit.*, p. 24.

É nesse sentido que Nelson Nery Junior³ salienta que, pelo princípio constitucional do direito de ação, direito público subjetivo, cívico e abstrato, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário não apenas o direito à tutela jurisdicional, mas à tutela jurisdicional *adequada* ou ainda, *efetiva*.

De fato, o acesso à justiça em nada se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, pois o mero ajuizamento da ação não é garantia da justiça das decisões e, muito menos, da presteza da atividade jurisdicional. Acesso à justiça é a obtenção da tutela jurisdicional, o que demanda a ruptura de barreiras e a introdução de mecanismos de facilitação não somente do ingresso em juízo, mas também de meios adequados durante todo o desenvolvimento da relação processual.⁴

Eduardo Cambi observa que, amplamente considerado, o acesso à justiça é a garantia de prestação de tutela jurisdicional por parte do Estado. Porém, não se limita a isso: o acesso à justiça, contemporaneamente considerado, impõe a obtenção da tutela jurisdicional *adjetivada*, acompanhada, sobretudo, mas não apenas, do adjetivo *tempestiva*, a que se seguem outros que remetem à sua adequação e à sua efetividade.⁵

Assim, ao se consignar que o objetivo do direito constitucional preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição é assegurar o acesso à ordem

³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

⁴ Calmon de Passos, em artigo crítico a respeito da instrumentalidade, anota que o escopo do processo é precisamente assegurar o que foi prometido pelo direito material, e somente isso, sem poder desvirtuar-se nem deixar de estar a serviço desse objetivo. Por conseguinte, nem o procedimento seria indiferente (tecnicamente neutro) em face da tutela que lhe cumpre efetivar, nem a tutela seria viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado. Assim, no seu entendimento, a instrumentalidade se equipararia à adequabilidade. (PASSOS, J.J. Calmon de. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001. p. 62).

⁵ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 95-118. p. 99.

jurídica justa, amplia-se a extensão da garantia de acesso à justiça, que se volta à integralidade da atividade jurisdicional.

De fato, uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos.⁶

A constitucionalização do processo implica, portanto, conformar os seus institutos às prescrições constitucionais, de modo a realizá-las da melhor maneira possível, o que, claramente, não implica desprezar as regras processuais a respeito dos prazos, pressupostos e condições de ação, que, de outro lado, conferem justamente segurança ao sistema.⁷⁻⁸

⁶ Afirmava Jorge Peyrano que “el pragmatismo (tan postmoderno como es) en matéria que há dado pábulo a la aparición de una praxiología procesal, y que há entronizado al valor eficacia en un lugar empinado de la escala axiológica del proceso contemporâneo. Más todavía: hoy se habla de la existencia de una escuela eficientista del Derecho procesal, que trasciende e de algún modo supera a la escuela procesalista”. (PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 141-146, jan./mar. 1996. p. 142).

⁷ Luigi Paolo Comoglio, em artigo a respeito da garantia constitucional do “*nullum ius sine remedium*”, afirma que, em geral, chama-se “garantia” qualquer instrumento ou meio técnico jurídico que seja capaz de converter um direito puramente “reconhecido” ou “dado” em abstrato pela norma, em um direito efetivamente “protegido” no caso concreto e, portanto, suscetível de plena atuação ou reintegração, sempre que violado. Fala-se, portanto, numa garantia apta a tornar efetivo o exercício de qualquer que seja o direito ou liberdade fundamental, tanto no âmbito processual quanto material. O autor anota a influência do constitucionalismo no processo, que hoje pode ser definido como “direito processual constitucional”. No original: “in generale, si intende per “garanzia” ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire un diritto puramente “riconosciuto”, o “attribuito” in astratto dalla norme, in un diritto efetivamente “protetto” in concreto, e quindi suscettibile di piena “atuazione” o “reintegrazione” ogni qual volta resulta violato. (...) Si parla dunque – a tal proposito – di garanzie di giustizia”, di “diritti di sicurezza”, o di “diritti-instrumenti”, la cui primaria funzione (sulla scia dei principi di *far trial*, racchiusi nella forma anglo-americana del *due process of law*) è quella di rendere efetivo l’esercizio di qualsiasi altro diritto o libertà fondamentale, nell’ambito di un diritto processuale o di un diritto di giustizia materiale, la cui genesi trova fondamento nelle stesse norme costituzionali”. Per tale via, in paralelo con l’envolversi del “constituzionalismo” moderno e del c.d. “legal guarantism”, si è progressivamente ampliata – nelle esperienze di civil law, europee ed extraeuropee – l’area di influenza di quello que, corretamente, può oggi definirsi come diritto processuale costituzionale, in cui confluiscono latuni termini cruciali della giustizia moderna”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, a, 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998. p. 100-101).

Por isso a assertiva de Eduardo Couture de que a tutela jurisdicional, como efetividade do gozo dos direitos, supõe a vigência de todos os valores jurídicos harmoniosamente combinados entre si.⁹

Barbosa Moreira já consignava que nenhuma “revolução” puramente processual é suscetível, por si só, de produzir na estrutura jurídico-social modificações definitivas. A questão haverá de ser desenvolvida sob dupla perspectiva: de *lege lata*, pela análise do ordenamento vigente, com o propósito de revelar-lhe o perfil, do ponto de vista indicado, pondo em realce, sempre que caiba, potencialidades mal exploradas pela exegese tradicional; e de *lege ferenda*, mediante a apreciação crítica das normas em vigor e o oferecimento de sugestões de reforma.¹⁰⁻¹¹

A tutela jurisdicional haverá de ser compreendida sob a ótica da concretização da eficácia do processo, na medida em que instrumento

⁸ Em artigo a respeito do tema, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “a tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou somente outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do dever de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996. p. 54).

⁹ Afirmava o mestre que o termo se estende à efetiva satisfação dos fins do Direito, a realização da paz social mediante a vigência das normas jurídicas (*Rechtsschutzbedürfniss*): “Os fins do Direito não consistem somente na paz social. O Direito procura o acesso efetivo aos valores jurídicos. Além da paz, são valores essenciais, na moderna consciência jurídica do mundo ocidental, a justiça, a segurança, a ordem, um certo tipo de liberdade humana. A paz injusta não é um fim do Direito, também não o é a justiça sem segurança, nem uma ordem sem liberdade.” (COUTURE, Eduardo J. A tutela jurídica. Tradução de Jacy de Assis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, n. 38, p. 53-62, 2º trim. 1983, p. 53).

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985. p. 141.

¹¹ Alertava ainda Barbosa Moreira para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo, dentre os quais a tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: “nada importaria senão tornar mais efetivo o processo e, nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de Direito Processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-30. p. 21).

posto à disposição da realização do direito material. Como bem destaca João Batista Lopes, a jurisdição não deve ser vista apenas como poder, mas também como função e atividade.¹²

Aquele que se socorre do Poder Judiciário não pretende apenas a certificação da existência de um direito ou relação jurídica (sentença de procedência) ou inexistência do direito da parte contrária (sentença de improcedência)¹³. Pretende, em realidade, o resultado prático do processo. Assim sendo, é no plano concreto ou substancial que se localiza o problema da efetividade da tutela jurisdicional e do processo.¹⁴⁻¹⁵

¹² LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 83, p. 18-26, jul./set. 96. p. 18.

¹³ Rogério Aguiar Munhoz Soares afirma a respeito que “a tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável. Se este atende exatamente à necessidade da parte e lhe é ofertado em tempo útil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do demandado e do ordenamento como um todo, há de se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras processuais decorrentes.” (SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123).

¹⁴ À guisa de uma definição de tutela jurisdicional sob a ótica constitucional, afirma Cassio Scarpinella Bueno: “À luz de tudo quanto escrevi até agora, sublinhando, no particular, a ideia de que o processo é mero *instrumento* do direito material, é o mecanismo pelo qual o direito material controvertido tende a ser realizado e concretizado pela atuação do Estado-juiz, a tutela jurisdicional só pode ser entendida como a *realização concreta* do direito que foi lesado ou ameaçado. Seja para o autor, quando ele tem razão; seja para o réu, quando ele, o réu, tem razão. É insuficiente a ideia de *declaração judicial* de uma situação substancial em prol do autor ou do réu. É fundamental, para bem realizar o modelo constitucional do processo, que, além da declaração jurisdicional sobre a quem pertence um dado bem jurídico, a prestação jurisdicional efetivamente entregue, conserve e guarde esse bem jurídico junto a seu titular, a seu proprietário. Ao lado da *declaração* jurisdicional dos “direitos”, pois, deve ser levada em conta, também como fenômeno da jurisdição, ínsita à prestação jurisdicional, a *atuação* concreta dessa *declaração*. O que é importante, pois, ter em mente é que *tutela jurisdicional* significa, a um só tempo, o “tipo” de proteção pedida ao Estado-juiz, mas também - senão principalmente - os *efeitos práticos* dessa proteção no plano do direito material. Não basta que o juiz profira sua sentença ou, mais amplamente, que ele decida, mesmo que antecipadamente. Isso não é suficiente para que ele entregue ao jurisdicionado que tem razão, mesmo que sem ânimo de definitividade, a *tutela jurisdicional*. É mister que aquilo que estiver decidido pelo magistrado possa, vez por todas, surtir efeitos práticos e palpáveis, isto é, efeitos para *fora* do processo, no plano do direito material.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1).

¹⁵ Anota então Flávio Luiz Yarshell que “parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional - assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do vencedor.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 28).

Teori Zavascki¹⁶ salienta que o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um “castigo”. Pelo contrário, deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

Explicita ainda o mestre que não basta que a prestação jurisdicional do Estado seja eficaz, impõe-se também seja expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, sem dilações indevidas.

Essa constatação permitiria compreender tanto o motivo de, nos últimos tempos, ter crescido a atenção no sentido do proveito real da atividade jurisdicional, como a necessidade de se estudar a tutela jurisdicional, em especial, o seu sentido integral e o seu fundamento normativo.

Com efeito, não obstante a autonomia sistemática e normativa do processo, ele se justifica enquanto instrumento colocado à disposição da realização do direito material.

Essa concepção, contudo, como esclarece Ricardo de Barros Leonel, não implica a mitigação do evidente aspecto jurídico da tutela jurisdicional:

A proteção outorgada pelo Estado-juiz é também, antes de tudo, proteção ao patrimônio jurídico daquele que se sagra vencedor em juízo. Mas, no conceito de tutela jurisdicional,

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1997, p. 66.

*os dois planos devem estar presentes: o jurídico e o material.*¹⁷⁻¹⁸

Daí porque que o conceito de tutela jurisdicional estar relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Assim sendo, prestar tutela jurisdicional, ou, nos termos do art. 5º, inc. XXXV da Carta, apreciar a lesão ou ameaça a direito significaria, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais do que isso, impor medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.¹⁹

É sob essa ótica que a tutela jurisdicional haverá de ser enfrentada e realizada no caso concreto.

1.1 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

O entendimento sobre o que seria “tutela jurisdicional diferenciada” parte do pressuposto da necessidade de diversidade de técnicas processuais com vistas a garantir formas mais eficientes e adequadas de proteção para as diversas hipóteses de direito material.

Examinar a *tutela jurisdicional diferenciada* nada mais seria do que analisar a predisposição de métodos, técnicas e meios não ordinários,

¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 14.

¹⁸ Esclarece ainda esse mesmo autor que: “Em síntese, pode-se concluir com algumas ponderações: (a) o art. 5º, XXXV, da CF/1988 é o fundamento tanto do direito constitucional de ação, como do direito à tutela jurisdicional; (b) a tutela jurisdicional decorre do exercício do direito de ação, mas não se confunde com ele; (c) o conceito de tutela jurisdicional identifica-se com a proteção, resultante do processo, outorgada pelo Estado-juiz ao litigante vencedor; proteção essa que se projeta tanto no plano jurídico (proteção do patrimônio jurídico) como no plano prático (entrega do bem da vida, resultado concreto do processo para o vencedor).” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, *op. cit.*, p. 17).

¹⁹ Veja ainda nesse sentido, ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*, *op. cit.*, p. 6.

postos pelo legislador à disposição da justiça civil, para que o processo, como instrumento de solução de conflitos, ganhe em qualidade e efetividade.²⁰

Andrea Proto Pisani, a quem se deve a primazia pelo uso da denominação de tutelas jurisdicionais diferenciadas²¹, observava as limitações do processo de cognição plena e exauriente – que poderia ensejar um prejuízo irreparável ou bastante grave à parte em razão de se alongar demasiadamente no tempo - e a necessidade de equacionar a exigência de fazer “bem” com a exigência de fazer “rápido”. Não por outra razão, já afirmava que, na sua convicção, o século vinte passaria à história como o período no qual a legislação e a doutrina evoluíram de modo a tornar residual o processo de cognição plena.^{22- 23}

²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, op. cit., p. 13.

²¹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44; e CARPI, Federico. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 178, p. 283-300, dez. 2009. p. 286.

²² “È poi considerare che il processo a cognizione piena, proprio in quanto per sua definizione garantista, ha una sua durata necessaria nel tempo e questa esigenza di fare bene può entrare talvolta in conflitto con l'esigenza di fare presto, specie là dove la durata del processo a cognizione piena possa essere di per sè, causa di un pregiudizio irreparabile (o anche soltanto grave) a chi è costretto a servirsene del processo a causa del divieto di autotutela privata. È mia convinzione che il ventesimo secolo passerà alla storia come il período in cui la legislazione e la dottrina processualistica hanno messo a punto tutta una serie di congegni (spesso di origine antichissima, risalente al diritto comune del médio evo) diretti a rendere residuale il processo a cognizione piena nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti complessivamente intensa.” (PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006. p. 240).

²³ Essa tendência de conservar um procedimento ordinário base de aplicação tendencialmente geral, mas introduzir-se numerosos e importantes procedimentos especiais, diante da constatação de que procedimento ordinário, mais longo, complexo e menos eficiente resulta inadequado à solução de conflitos em setores particulares do ordenamento também foi notada por Luigi Paolo Comoglio. Afirmava ele que foi justamente por isso o aumento das formas de tutelas diferenciadas com o escopo de garantir um processo mais rápido, nas situações em que a lentidão do processo ordinário iria em detrimento de interesses sociais que necessitavam de proteção: “È comunque particolarmente evidente la tendenza a conservare un modello-base di procedimento ad applicazione tendenzialmente generale, ma anche ad introdurre sempre più numerosi ed importanti procedimenti speciali man mano che il procedimento ordinário, più lungo, e complesso e quindi meno efficiente, resulta inadeguato alla soluzione dei conflitti in particolari settori dell'ordinamento. Sono così aumentate le forme della c.d. tutela differenziata, ossia tipi di procedimenti diversi dall'ordinario e costruiti espressamente allo scopo di garantire un processo più rápido nelle situazioni in cui le lentezze del processo ordinário andrebbero a danno degli interessi sostanziali bisognosi di tutela.” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed. Bolonha: Mulino, 2011, p. 23).

Parte-se então da superação do modelo neutro e único do processo ordinário de cognição plena, presumidamente predisposto a possibilitar o julgamento de quaisquer ações²⁴. Sob essa ótica, o processo de cognição seria “ordinário”, enquanto “diferenciados” seriam o processo cautelar e o processo de execução.²⁵

O que justificaria a temática seria a necessidade de flexibilizar os institutos tal como tradicionalmente instituídos e entendidos, permitindo-se a sua diferenciação, com vistas à efetividade do processo.

Ressalva, contudo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que isso, entretanto, não deve implicar menosprezo às garantias próprias do processo de conhecimento - tanto na sua forma ordinária quanto na

²⁴ No mesmo sentido, Ferruccio Tommaseo assentava que a oportunidade de predispor formas diferenciadas de tutela para situações subjetivas específicas deve ser objeto de uma avaliação abstrata por parte do legislador, que reputa existir, para determinadas matérias, a exigência de disponibilizar à parte a possibilidade de se utilizar forma processual diversa daquela prevista no processo ordinário de cognição. No original: “L’opportunità di predisporre forme differenziate di tutela per specifiche situazioni soggettive, è oggetto di una valutazione astratta da parte del legislatore che reputa esistere, per determinate materie, l’esigenza di offrire alla parte la possibilità di utilizzare forme processual diverse da quelle previste nell’ordinario processo di cognizione.” (TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d’urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 131).

²⁵ Ricardo de Barros Leonel destaca que, muito embora seja óbvio o sentido da locução “tutela jurisdicional diferenciada”, haveria dificuldade de delimitação do real sentido dessa expressão, o que ensejaria o surgimento de equívocos. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, *op. cit.*, p. 18). Essa circunstância havia sido captada por Andrea Proto Pisani, que anotou: “l’espressione tutela giurisdizionale differenziata è espressione altamente equivoca. Intessa letteralmente essa significa che a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela: di questa ovvietà nessuno ha mai dubbiato; tutto il sistema (o issitemi) della nostra materia sono stati costruiti sulla base di questa premessa: e codì si è distinta la cognizione dalla esecuzione e nell’ambito della cognizione si sono distinte le azione (e le sentenze) di condanna dalle azione (e dalle sentenze) di mero accertamento e costitutive, come nell’ ambito della esecuzione si è distinto tra ezeecuzione forzata si è distinta l’espropriazione forzata (a sua volta suddivisa a seconda della specie del bene da espropriare) dall’esecuzione forzata per consegna o rilascio e per obblighi di fare o disfare.” (PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXXIV (II Serie), p. 539-591. p. 568).

sumária – que deve ser igualmente considerado uma conquista da humanidade.²⁶⁻²⁷

Barbosa Moreira²⁸, em conhecido artigo a respeito da matéria, definiu o conteúdo e o alcance da *efetividade do processo* nos seguintes termos:

(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possa inferir do sistema;

(b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

(c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder à realidade;

(d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure a parte

²⁶ Destaca o mestre que o processo de conhecimento não deve ser “considerado um mal em si, mas uma conquista da humanidade, principalmente depois de despido das inúteis e inúmeras formalidades do direito comum, assim como a democracia, notadamente depois dos sucessos do leste europeu, demonstrou ter ultrapassado a fronteira meramente ideológica, consagrando-se como real valor a ser preservado. A esse respeito, assoma-me perigosa a minimização sistemática do procedimento ordinário, pois pode conduzir ao desprezo total do próprio processo de conhecimento. E, queira-se ou não, ainda com todas as suas imperfeições, a função processual de conhecimento continua sendo o remédio por excelência para a declaração definitiva dos direitos, com a certeza daí decorrente, também ela um valor não desprezível.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo cautelar*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 19, n. 76, p. 88-93, out./dez. 1994. p. 89).

²⁷ Ovídio Baptista da Silva salientava que se o direito processual civil quiser cumprir a sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado: “É necessário, para que esta função seja atendida, que entre os procedimentos e as respectivas ações (de direito material), que lhe formem o conteúdo, mantenha-se constante uma relação proporcional, segundo o qual os procedimentos cresçam à medida em que se reduza a evidência das respectivas pretensões de direito material, cuja realização se busca através da ação (igualmente de direito material). Deve, ou pelo menos deveria, num sistema ideal de tutela jurisdicional, cada procedimento crescer na razão inversa do grau de evidência do direito submetido à apreciação judicial”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *O processo civil e a recente reforma*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413-430. p. 413).

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*. In: _____. *Temas de direito processual: Terceira Série*, São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42. p. 28.

vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

(e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e de energias.

Cassio Scarpinella Bueno²⁹ advoga, a partir dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da razoável duração do processo, que a efetividade do processo deve conduzir à ideia de que o sistema de proteção dos direitos seja *redesenhado* à luz do direito material, ou ainda, pela ótica da natureza dos resultados jurídico-materiais oferecidos. Assim sendo, destaca a *reconstrução* do sistema de tutelas jurídicas, partindo de pressuposto *diferente*, justamente o do plano do direito material e de seus resultados práticos para o cidadão.³⁰

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

³⁰ Para esse autor, à luz do CPC/73, a efetividade do processo deve ser entendida a partir da: (1) busca pela *efetividade* da jurisdição e por um processo civil de resultados (assim, p. ex., o chamado "estatuto da tutela específica" dos arts. 461 e 461-A); (2) correlato fortalecimento dos poderes do juiz em busca dessa efetividade; (3) técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional e julgamento antecipado da lide; antecipação da tutela; execução por títulos extrajudiciais e processo monitorio, p. ex.) que vêm de receber, com a EC n. 45/2004, beneplácito constitucional expresso com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; (4) técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizar o direito material; (5) ampliação à legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos (especialmente a correlação entre a LACP e o CDC). Anota ainda Cassio Scarpinella Bueno, sob essa perspectiva, o sincretismo que se tem verificado no processo: "Se, é verdade, o chamado *processo de conhecimento* caracteriza-se, fundamentalmente, pelo quadrinômio demandar-contestar-conhecer-julgar com ânimo de definitividade (isto é, produzir sentença de mérito para quem tem razão, autor ou réu); o *processo de execução* por buscar precipuamente a concretização do direito daquele que tem razão e o *processo cautelar* por criar condições de apoio ou de eficácia àqueles outros processos, não há como negar que hoje, sobretudo no plano do *processo de conhecimento*, tal qual disciplinado pelo próprio legislador processual civil no Livro I do Código de Processo Civil, essas tendências tendem a restar *mescladas*, sendo bastante mais difícil precisar ou apontar as características únicas e exclusivas de cada *tipo de processo*. É o que se tem denominado, com inegável acerto, *sincretismo*, vale dizer, uma mistura de diversas atividades jurisdicionais num *mesmo processo*, o que, tradicionalmente, era inconcebível. No *processo de conhecimento*, o juiz só conhecia, e no de *execução* ele só criava condições concretas de satisfação do direito. Hoje, justamente como forma de buscar e atingir a *efetividade* da jurisdição, tem-se admitido que, num *mesmo processo*, as diversas atividades jurisdicionais apresentem-se conjuntamente, otimizando, assim, a prestação jurisdicional e, na medida do possível, reduzindo o *tempo* entre a lesão do direito e sua reparação, ou, o que interessa mais de perto para este trabalho, evitando que a *ameaça* a direito se tome lesão. Trata-se, assim, de iniciativa intimamente relacionada com a concretização dos princípios agasalhados nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição." (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, *op. cit.*, p. 12).

Donaldo Armelin³¹, por seu turno, em artigo a respeito da matéria, sugere dois posicionamentos quanto à conceituação da tutela diferenciada.

O primeiro deles adotaria como “referencial a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado”. No outro, a tutela jurisdicional diferenciada seria qualificada “pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas”.

Destaca ainda o mestre que, com relação ao provimento em si, a dificuldade seria superar o fato de cingir-se às formas e efeitos dos tipos já existentes. Assim a diferenciação haveria de ser buscada em outro plano, ou seja, na “qualidade que se empresta a esses efeitos”. Mais especificamente na projeção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com sua imunização frente a prestações idênticas.³²

Lembra o mestre que apenas a tutela prestada em processo de conhecimento propicia uma imutabilidade “panprocessual”, o que, contudo, poderia permitir uma degradação na sua eficácia. Entretanto, desvendar-se-ia a possibilidade de flexibilização, ou nas suas palavras, “ablação desse elemento essencial à jurisdicionalidade”, sempre que

³¹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992. p. 46.

³² ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, *op. cit.*, p. 46.

existentes motivos que a justifiquem, permitindo o surgimento de tipos diferenciados de tutela.³³

Sob essa ótica, a tutela diferenciada não poderia derivar do procedimento de cognição plena e exauriente, mas sim de procedimentos de cognição sumária cautelar ou não cautelar – cognição essa que, no escólio de Kazuo Watanabe³⁴, no plano da extensão (horizontal), pode ser parcial (limitada) ou plena; enquanto que no plano da profundidade (vertical), pode ser superficial (sumária) ou exauriente.

Desse mesmo entendimento partilha José Roberto dos Santos Bedaque³⁵, que, a par da especialização procedimental como ínsita ao conceito, aponta como preponderante à caracterização da tutela jurisdicional diferenciada o fato de que “dispensa a cognição exauriente, visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional”.

Se a diferenciação da tutela tem como principal critério identificador a limitação à atividade cognitiva do juiz, esse critério se mostra presente tanto nos casos em que o legislador opta por imprimir exame *superficial ou sumário* a determinado procedimento, como nos casos em que a limitação se dá quanto à *extensão* da cognição judicial.

Andrea Proto Pisani aponta que três seriam, essencialmente, as justificativas, do ponto de vista da opção de política legislativa, para as tutelas diferenciadas a partir da sumarização da cognição no processo civil,

³³ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, *op. cit.*, p.47.

³⁴ WATANABE Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

seja ela relativa ao (i) *processo sumário cautelar*, que englobaria as cautelares propriamente ditas (medidas conservativas) e a anticipação da tutela (medidas de anticipação do risultato pratico do provimento final); seja relativa (ii) ao *processo sumário não cautelar* (procedimentos que não ostentam caráter urgente, mas nos quais a cognição judicial é restrita). Conferam-se essas giustificativas³⁶:

(a) evitar custo do processo de cognição plena e exauriente, quando isso não se justifique, considerada a inexistência de resistência séria por parte do demandado (justamente essa seria também a justificativa racional que estaria na base da técnica do procedimento monitorio);

(b) evitar o abuso do direito de defesa garantido pela forma do processo de cognição plena e exauriente – assim, para reagir a um perigo insito à duração (ainda que meramente fisiológica) própria da estrutura do processo ordinario, poderia ser utilizada a técnica das medidas cautelares conservativas;

(c) assegurar a efetividade da tutela jurisdizionale nos casos de situações de vantagem, qualquer que seja o direito

³⁶ No original: “(a) in primo luogo quando la tutela sommaria sia diretta ad evitare il costo del processo a cognizione piena e exauriente, ove manchi una seria volontà di contestazione da parte dell’obbligato. È questa la giustificazione razionale che sta alla base della tecnica del procedimento monitorio, (...); (b) in secondo luogo quando la tutela sommaria sia diretta ad evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa garantitogli dalle forme del proceso a cognizione piena ed exauriente: per reagire a tale pericolo insito nella durata (anche meramente fisiologica) propria della struttura di un processo c.d. ordinario, il legislatore può utilizzare sia la tecnica delle misure cautelari conservative (emanate sulla base della mera cognizione somaria dell’esistenza del diritto e del periculum in mora), sia la tecnica della c.d. condanna con riserva ove la prova dei fatti costitutivi del diritto vantato dall’attore presenti caratteri di particolare attendibilità e le eccezioni del convenuto appaiano infondate ad una prima delibazione sommaria (ovviamente la tecnica della condanna con riserva – se utilizzata nelle solle ipotesi in cui ricorso ad essa è razionale e non costituisce attentato al diritto di difesa – presenta particolari affinità con la tecnica del procedimento monitorio documentale; è inoltre, appena il caso di notare come nel nostro ordenamento positivo l’attribuzione dell’efficacia esecutiva ai titoli esecutivi di formazione stragiudiziale e l’adozione (tendenziale) di un procedimento monitorio nella specie documentale riducono le possibilità espansive della c.d. condanna con riserva, potendo il legislatore – allo scopo di ovviare all’esigenza di reagire all’abuso del diritto di difesa da parte del convenuto – agire anche, diretti soprattutto, nel senso di allargare le maglie dell’art. 633 (e 634) e dei nn. 2 e 3 dell’art. 474); (c) in terzo luogo, infine, il recordo attua tutela somaria è; razionalmente giustificato quando essa sia diretta a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale con riferimento a tutte quelle situazioni di vantaggio, a tutti quei diritti, che, avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, subirebbero (rectius: i cui titolari subirebbero) un pregiudizio irreparabile (non suscettibile cioè di tutela adeguata nella forma dell’equivalente monetario) ove dovesse permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per la emanazione di una sentenza (esecutiva) a termine di un processo a cognizione piena e exauriente.” (PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *op. cit.*, p. 568).

*envolvido, que, tendo conteúdo e/ou função (exclusivamente ou prevalentemente) não patrimonial estejam sujeitos a sofrer um prejuízo irreparável (não suscetível de tutela adequada na forma de equivalência monetária), caso devessem permanecer em estado de insatisfação por todo o tempo necessário para a prolação de uma sentença (executiva) ao fim de um procedimento de cognição plena e exauriente.*³⁷

Ricardo de Barros Leonel destaca que, nessa concepção, incluem-se os seguintes elementos:

(a) **proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz**, ou seja, a premissa conceitual decorrente da noção de tutela jurisdicional;

(b) a utilização de **procedimentos especiais**, que, embora por si só não seja elemento suficiente à conceituação da tutela diferenciada, participa da construção de sua definição junto a outros elementos;

(c) **celeridade e efetividade**, que são os escopos da tutela diferenciada, e acabam por integrar a construção do seu conceito;

(d) **limitação da cognição**, dado que particulariza esta espécie de tutela jurisdicional, e exclui de seu âmbito a generalização indevida para todo e qualquer procedimento especial.³⁸

Sintetiza, portanto, João Batista Lopes que “tutela jurisdicional diferenciada é um conjunto de instrumentos ou técnicas para

³⁷ A respeito do risco de dano, apto a ensejar a concessão do provimento de urgência, Piero Calamandrei invocava a existência de dois tipos. O primeiro, identificado como *pericolo da infruttuosità*, justificaria os provimentos cautelares não com o escopo de aceleração da satisfação do direito controverso, mas sim a fim de predispor meios que assegurassem o êxito do processo de execução ou a produção dos efeitos programados da sentença (a exemplo das medidas conservativas, como sequestro, arresto, arrolamento de bens etc.). A urgência, nesse caso, residiria não na satisfação do direito, mas em garantir a eficácia do provimento jurisdicional. O segundo, diria respeito ao *pericolo da tardivittà*, reconhecido nas hipóteses em que a demora do processo de conhecimento poderia tornar inútil a própria prestação jurisdicional. Nesse caso, visava-se acelerar, de modo provisório, a satisfação do direito, que apenas seria obtido a final, e que não poderia aguardar a conclusão do processo. (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 88-89).

³⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, op. cit., p. 25, destaques do autor.

fazer o processo atuar eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.”³⁹

Verifica-se, de tal modo a importância da concepção a respeito da tutela jurisdicional diferenciada.

1.2 TUTELA DA URGÊNCIA

Em vista do acima exposto, tornou-se consenso que não se pode conceber como adequada e efetiva prestação jurisdicional aquela decorrente de processo que se alonga excessivamente no tempo.

Como salienta Humberto Theodoro Junior⁴⁰, não há estudo sobre a garantia do devido processo legal que não inclua a repressão à demora da prestação jurisdicional como um de seus elementos essenciais. Afirma ser “um verdadeiro truísmo a afirmação universal de que o retardamento injustificado da realização da justiça equivale a uma autêntica *denegação da justiça*”. No seu sentir, “não é justiça a que não se faz com prontidão, mas pura e evidente injustiça”.⁴¹

³⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 157, p. 129-146, mar. 2008. p. 130.

⁴¹ Justamente daí a inserção entre as garantias fundamentais a que assegura a duração razoável do processo e o procedimento organizado segundo regras de celeridade processual no mencionado art. 5º, LXXVIII.

É o que já preconizava Ruy Barbosa, na sua “Oração aos Moços”, discurso preparado para a turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco:

*Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.*⁴²

Como anota Arruda Alvim⁴³, a evolução das tutelas de urgência envolve, além da alteração de valores do âmbito do processo⁴⁴, a sobrelevação da efetivação imediata do direito em detrimento do valor segurança, que, em determinadas situações, revelar-se-ia inútil ou insuficiente à consecução de uma solução justa – uma alteração no próprio modo de encarar a lei e o direito.

O acesso à tutela adequada, ou o que se comumente denomina “justiça”, pressupõe um processo “justo”, assim entendido aquele no qual foi respeitado o procedimento e as garantias asseguradas às partes.

Nesse sentido, assevera Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵:

Acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, à garantia de uma justiça imparcial, que não só possibilite a

⁴² E prossegue o mestre: “Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas a sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas no purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.” (BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999, p. 40).

⁴³ ALVIM, José Manuel de Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152- 175. p. 157.

⁴⁴ Arruda Alvim cita nesse sentido a noção de tutela preventiva do dano, em lugar da tutela meramente ressarcitória.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28.

participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também, permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições processuais e as específicas situações de direito substancial. (...) O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania.

A morosidade da prestação jurisdicional impõe às partes os chamados danos marginais da demora processual, que dizem respeito aos prejuízos decorrentes do prolongamento injustificado do processo⁴⁶. Afeta a efetividade almejada, na medida em que, se a apreciação e realização pelo Poder judiciário, do direito ameaçado ou lesado, for morosa, conseqüentemente poderá vir a se tornar não efetiva e imprestável a tutela pretendida ao próprio jurisdicionado.

Há de se distinguir a demora patológica da demora fisiológica do processo: o processo como instrumento de caráter dialético e que se desenvolve pelo concatenamento de atos, para a observação das garantias constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa, demanda tempo; tal demora do processo, portanto, fisiológica, é inerente a ele, difere daquela

⁴⁶ Destaca Giovanni Verde que a doutrina moderna do processo vê-se premiada por problemas e necessidades que surgiram a partir de dois fatores: um aumento geral na demanda por justiça, devido a vários motivos (crescente complexidade dos sistemas jurídicos, aumento da consciência do indivíduo em relação aos seus direitos, melhor distribuição de riqueza, uma maior divulgação da cultura, etc.), e uma incapacidade do Estado de organizar uma estrutura jurídica adequada para fazer face a essa ascendente demanda, com conseqüente inevitável desaceleração de dispositivos processuais ordinários em um mundo que frequentemente atribui um valor crescente ao fator tempo. No original: "La moderna dottrina del processo é condizionata, molto più di quanto avveniva nel passato, da problemi ed esigenze che nascono da due fattori ovunque presenti: un generale incremento della domanda di giustizia, dovuto alle ragioni più varie (dalla sempre maggiore complessità degli ordinamenti giuridici alla incrementata consapevolezza dei propri diritti da parte dei singoli; dalla migliore distribuzione della ricchezza ad una più ampia diffusione della cultura; ecc.ecc.), cui fa riscontro l'incapacità degli Stati si organizzare strutture giudiziarie idonee a farvi fronte e un conseqüenziale, inevitabile rallentamento dei meccanismi processuali normali in un mondo nel quale si dà sempre maggiore valore al fattore tempo." (VERDE, Giovanni. Il processo cautelare (osservazioni sparse sui Codicidi di procedura in Italia e in Brasile). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 35-50, jul./set. 1995. p. 35).

que excede esses parâmetros, fazendo com a relação processual se postergue para além do necessário: a demora patológica.⁴⁷⁻⁴⁸

Mas se a prestação jurisdicional tem de ser célere, nenhuma solução de litígio poderá ser imposta sem que tenham sido atendidos os imperativos inerentes à própria garantia do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa – eles, próprios, também garantia da boa justiça, a partir da necessária operação dialética e investigatória indispensável ao convencimento do magistrado. Contudo, a realização de tais imperativos, evidentemente, demanda transcurso de tempo.⁴⁹

⁴⁷ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁸ Esclarecia a esse respeito Enrico Finzi a diferença entre o dano inerente ao trâmite da ação judicial até a futura execução e o perigo de dano da infrutuosidade da futura execução, ulterior e qualificado – posto que irreparável, a autorizar a sua antecipação: “Infatti non esiste lite nella quale non si verificchi, rispetto ala parte vittoriosa, un danno cagionato dal ritardo a conseguire il frutto della sua vittoria. Con ogni dilazione alla esecuzione di una sentenza è indissolubilmente connesso un *danno*, il quale non è che l'aspetto negativo di quell' *interesse ad agire* che a sua volta è il presupposto di ogni domanda giudiziale. (...) Il *pericolo* non è se non la prospettiva di un danno, e qualora bastasse la platonica consolazione di una condanna al rifacimento sia pure ampia e solenne, non si avrebbe mai un caso di vero pericolo. (...) Esso deve essere cioè, come si disse, un danno ulteriore, ovviabile soltanto con la esecuzione provvisoria. Allora entra in gioco un nuovo interesse qualificato, che si traduce in un interesse generale, sociale: quello, di evitare danni non riparabili. Ed è in ragione soltanto di tale nuovo elemento che il legislatore consente l'esecuzione provvisoria quando vi sia pericolo nel ritardo.” (FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. III, parte II, p. 44-51, 1926. p. 48).

⁴⁹ Luigi Comoglio externa essa preocupação, destacando que, do ponto de vista técnico, no entanto, nem sempre é fácil harmonizar-se a efetividade qualitativa da tutela, a característica sumária da cognição e a aceleração urgente das formas de tutelas provisórias. Impõe-se assumir que a efetividade, na cognição, seja cautelar ou executiva, deve atender ao justo processo delineado pelas garantias constitucionais. Destaca ainda que a sumarização exagerada do mesmo procedimento ordinário, nas áreas de proteção dos direitos subjetivos (tradicionalmente plena), apresenta riscos significativos, podendo ser tecnicamente inadequada (senão contraproducente), tanto sobre o ponto de vista garantista como da tutela eficaz: “Da un punto di vista tecnico, tuttavia, non è sempre facile armonizzare fra di loro l'effettività qualitativa della tutela, il carattere sommario della cognizione e l'accelerazione urgente delle forme di tutela provvisoria. Resta fermo il dato, ormai acquisito, che impone di assumere quell'effettività, nel settore cognitorio, in quello cautelare ed in quello esecutivo, entro gli schemi del 'giusto processo', delineati dalle garanzie costituzionali (...). É pur vero que la sommarizzazione esasperata dello stesso procedimento ordinario, nelle aree di tutela (tradicionalmente piena) dei diritti soggettivi, presenta rischi notevoli, potendo rivelarsi tecnicamente inidonea (se non addirittura controproducente), tanto sul pino garantistico, quanto sul piano della giustizia effettiva”. (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, *op. cit.*, p. 539).

É nesse sentido que João Batista Lopes alerta que não se pode tomar o termo *efetividade* a partir de fórmulas reducionistas, como, por exemplo, mero sinônimo de celeridade. A celeridade pode ser considerada um dos aspectos da efetividade, mas, no seu entender, não pode ser o único.⁵⁰

De tal modo, o desafio que se impõe ao legislador é a criação de mecanismos capazes de harmonizar tais forças antagônicas, de modo a acelerar o procedimento, para adequá-lo às necessidades da solução da crise que o litígio implanta na esfera do direito material, e, ao mesmo tempo, atender aos imperativos de isonomia entre os litigantes e segurança jurídica.⁵¹

⁵⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

⁵¹ De fato, Federido Carpi anota que, consequência da assertiva de a tutela jurisdicional ser instrumental e essencial à efetiva atuação do direito substancial, é que o processo não deve ser considerado como uma técnica neutra, mas deve ser utilizado para reparar a disparidade da relação substancial, de modo a oferecer instrumentos privilegiados aos necessitados, envolvidos no conflito judicial. Trata-se de perspectiva quase revolucionária, na medida em que resguarda situações jurídicas subjetivas de grande relevância social. Assim, ao falar-se em tutela jurisdicional diferenciada, deve-se ter em conta a ótica do balanceamento dos princípios constitucionais fundamentais: de um lado, o princípio da igualdade, substancial e não apenas formal (previsto no art. 3º da Constituição italiana), estabelecendo-se a responsabilidade do Estado de corrigir essa desigualdade, qualquer que seja a sua causa; e, de outro, o princípio do justo processo e da paridade de armas, previstos nos arts. 24 e 111 da Constituição Italiana e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No original: “La ratio del fenomeno trova il presupposto nell’osservazione – che há quase il sapore della scoperta dell’acqua calda – che la tutela giurisdizionale è sì strumentale, ma è essenziale per l’effettiva attuazione delle riforme del diritto sostanziale. La conseguenza non è scontata: il processo non è più considerato come una tecnica neutra, ma è utilizzato per correggere la disparità del rapporto sostanziale, in modo da offrire strumenti privilegiati al soggetto più debole, coinvolto nel conflitto giudiziale. (...). La prospettiva è dirompente e quasi rivoluzionaria, anche perché riguarda situazioni giuridiche soggettiva di grande rilevanza sociale. Si inizia a parlare di tutela giurisdizionale differenziata. (...). A mio avviso, ancor oggi è accettabile come fenomeno marginale nell’ottica del bilanciamento di principi costituzionali fondamentali: da un lato l’art. 3 cost., col principio di eguaglianza, specialmente nel comma 2º, eguaglianza sostanziale e non solo formale, stabilendo che è compito fondamentale dello Stato correggere le disuguaglianze, qualunque ne sia la causa; dall’altro lato gli art. 24, 111 cost. e 6 conv.eur.dir.uomo, con i principi del giusto processo e della parità delle armi.” (CARPI, Federico. *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l’oralità per un processo civile efficiente*, *op. cit.*, p. 287).

Se o escopo último do direito processual é a realização do direito material, então os seus remédios instrumentais devem estar afinados com os reclamos da ordem jurídica substancial.

Não por outra razão afirma Humberto Theodoro Junior que é, no campo do direito material que surge a exigência de procedimentos diferenciados para superar os males da duração não razoável do procedimento comum. Consigna que sempre que a lesão ao direito subjetivo da parte passar por risco sério que não possa ser impedido ou de não haver pronta reparação, haverá de se encontrar, no direito processual, alguma válvula para que a tutela extraordinária socorra o litigante, de maneira a manter e resguardar a confiança no regime tutelar assegurado constitucionalmente.⁵²

As tutelas de urgência representam, de tal modo, a atuação jurisdicional voltada a resguardar determinadas situações que, pela existência de um risco de dano ao direito causado pelo elemento “tempo”, não comportam delongas, exigindo, por conseguinte, adaptação no modo e no tempo de sua prestação.

Assim, a tutela de urgência, nas palavras de Rogério Aguiar Munhoz Soares, seria “a que exsurge do processo adaptado a fornecer prestação jurisdicional em tempo inferior àquele que requer o processo plenário, tendo em vista a situação de direito material ou processual que careça de proteção imediata”.

⁵² THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução, op. cit.*, p. 131.

É conhecida a lição de Piero Calamandrei no sentido de que, entre fazer rápido, porém mal, e fazer bem, porém tardiamente, os provimentos cautelares miram, sobretudo, fazer rápido, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, a justiça intrínseca do provimento, seja resolvido oportunamente, com a necessária ponderação na remansosa forma do procedimento ordinário.⁵³

É nesse diapasão que Cassio Scarpinella Bueno⁵⁴ afirma que a tutela da urgência é realização prática “*preponderante*” dos princípios da efetividade e da celeridade da jurisdição, compatibilizando com outros princípios, dentre os quais o do devido processo legal e o do contraditório e ampla defesa⁵⁵. Resultou ela da reflexão, a partir dos princípios retro mencionados, sobre a cognição jurisdicional, ou seja, sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar o juiz a conhecer dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução.

Impende, portanto, para se implementar adequadamente o “modelo constitucional do processo civil”, saber em que condições se pode otimizar a prestação jurisdicional, a partir da *quantidade* e da *qualidade* de informações que devem ser consideradas pelo magistrado na solução de cada caso concreto. De fato, o grande problema enfrentado pela doutrina e

⁵³ Tradução livre. No original: “Tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrínseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario.” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 20).

⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵ Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, “cautelares e antecipatórias são 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.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59).

principalmente pelo direito positivo residiu sempre no estabelecimento dos requisitos e dos limites da tutela jurisdicional diferenciada.⁵⁶

Estabelece-se então a distinção entre uma tutela principal, de cognição exauriente e entre uma tutela subsidiária ou acessória, de cognição sumária, cujo escopo residiria em sanar provisoriamente os efeitos indesejáveis da demora inerentes à prolação da tutela ordinária.

A essa tutela atribui-se a denominação de *tutela de urgência*, cuja característica maior, a par da celeridade, seria a *provisoriedade*, em contraposição à *definitividade* da tutela principal.

A tutela de urgência é gênero do qual são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, da qual se cuida mais especificamente nessa dissertação⁵⁷. Cada qual, com características próprias, mas que partilham em comum a necessidade de urgência na sua concessão, a fim de afastar o risco inerente ao tempo.

⁵⁶ Teori Zavascki já consignava: “O que sustentamos, em suma, é que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 82, p. 53-69, abr./jun. 1996. p. 54).

⁵⁷ Como destaca João Batista Lopes, para proteger o direito contra ameaça de violação, o sistema prevê a possibilidade de concessão de liminar, medida provisória que antecipa alguns efeitos da sentença. Se se cuidar de liminar cautelar, a antecipação será dos efeitos do próprio processo cautelar, não assim da sentença do processo principal. Se, porém, houver antecipação de efeitos da sentença de mérito, estar-se-á diante de medida satisfativa, como ocorre nas liminares possessórias, no despejo liminar, etc. (LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 63).

2 TUTELA JURISDICIONAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

2.1 DA COGNIÇÃO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL

O procedimento ordinário decorreu do entendimento de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei.

Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, o mito que dá suporte à figura do juiz como *bouche de la loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, é o da imparcialidade e neutralidade, supondo, de um lado, ser possível um juiz despido de vontade inconsciente e, de outro, ser a lei - como pretendeu Montesquieu - uma relação necessária fundada na natureza das coisas.⁵⁸

Lembra Ovídio Baptista da Silva⁵⁹ que esse entendimento deveu-se a um conjunto extraordinário de circunstâncias históricas e culturais, que poderiam ser assim resumidas: (i) o exacerbado racionalismo no domínio do conhecimento e da experiência jurídica e seu inevitável conflito com as exigências vitais com que se defronta a prática judiciária; (ii) o estabelecimento de verdades contingentes cujo conhecimento não poderia prescindir do exame cuidadoso no caso concreto.

Desse sistema, engendrado a partir do paradigma racionalista, decorreria a dificuldade para conceber juízos sumários baseados

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Do processo cautelar*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97.

em simples verossimilhança do direito⁶⁰. Daí a exigência no sentido de uma demanda plenária posterior, de forma a tornar provisória a tutela cautelar, pois somente haveria decisão quando o provimento pudesse se tornar imutável pela coisa julgada, suprimindo-se todas as formas de execução que pudessem ter lugar antes da sentença definitiva.⁶¹⁻⁶²

O processo civil brasileiro, em razão da influência do direito romano, é baseado na ordinariedade do procedimento, com a plenariedade da cognição. Cognição essa que diz respeito à atividade intelectual que estabelece uma relação entre um sujeito cognoscente e um determinado objeto. Das decorrentes percepções produzidas, gera-se o conhecimento.

Kazuo Watanabe assim conceitua a cognição:

⁶⁰ Lembra Luiz Guilherme Marinoni que: “Tal procedimento, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de neutralidade de que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava “neutro” o que evidencia uma nítida relação entre busca da verdade e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízes de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao subjetivismo do julgador.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 117).

⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni anota que, do pressuposto que a composição da lide somente poderia se dar através de sentença de cognição plena e exauriente, decorreria o entendimento tradicional de que: (a) a sentença de cognição sumária não poderia ser outra coisa que não sentença provisória sobre a lide, sentença que sequer disciplina a lide e, que, portanto, não poderia ser apta à “satisfação do direito”; (b) inviável uma execução anterior à declaração definitiva do direito; e (c) o juiz, ao final do processo, porque o contraditório já se desenvolveu, julgaria com base na verdade. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 117).

⁶² No mesmo sentido, Eduardo Scarparo anota que: “Essa característica de dependência das medidas de cognição não exauriente a um exame aprofundado posterior é decorrente da crença de uma verdade absoluta alcançável mediante a racionalidade (platonismo moderno), associado à ojeriza comum de se autorizar atos de Estado contra as liberdades individuais (liberalismo). Para fins de permitir essa atuação, indispensável garantir-se que a intervenção estatal estaria fundada no direito e, para tanto, nada mais aconselhável que a certeza que o procedimento comum ordinário e a coisa julgada material possibilitariam alcançar-lhe.” (SCARPARO, Eduardo. A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de Código de Processo Civil: um exame em perspectiva político-epistemológica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 110, n. 420, p. 96-118, jul./dez. 2014. p. 110-111).

*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 objeto litigioso.*⁶³

Assenta que a importância da cognição resulta da própria atividade do juiz que, para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões para depois adotar as providências à realização prática do direito da parte.⁶⁴⁻⁶⁵

Trata-se, portanto, de operação lógica, que inclui a verificação dos fatos e a extração de suas consequências jurídicas, cotejando-se a norma jurídica aplicável à espécie, a culminar no provimento jurisdicional.

Como salienta Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶, para que um magistrado possa formar opinião correta sobre os pontos controvertidos pelas partes, é necessária a cognição, que o prepara para decidir. De tal modo, é inerente ao processo de conhecimento a canalização de atividades convergentes ao objetivo de eliminar as divergências sobre as questões de fato e de direito instauradas no processo e permitir que o juiz julgue com o espírito suficientemente esclarecido e consciente da realidade sobre a qual

⁶³ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, op. cit., p. 55.

⁶⁵ Afirma ainda o mestre que “a cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do iter percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expostos na motivação.” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, op. cit., p. 73).

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p. 30.

decidirá.⁶⁷

Ou seja, sua função é aparelhar o juiz para julgar se os fatos carreados pelas partes são pertinentes e se aderem à vontade abstrata da norma jurídica, declarando-se, por fim, a vontade concreta da lei.⁶⁸

Em sentido mais amplo do termo, a cognição compreende no processo um trinômio que inclui as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito.⁶⁹

A cognição judicial incide não apenas sobre o objeto litigioso do processo, que revela o pedido da parte, estendendo-se também às

⁶⁷ Michele Taruffo esclarece que a convicção do julgador a respeito dos fatos relevantes para a causa resulta de um complexo conjunto de escolhas, avaliações e inferências que são formuladas para se chegar a juízos sobre a verdade ou falsidade das declarações de fatos em questão. A análise dessas avaliações, os critérios que os dirigem, a sua estrutura lógica e sua validade são objeto de inúmeras teorias, e a escolha da melhor teoria seria um problema difícil e complexo, que demandaria um estudo *ad hoc*. O que se poderia supor é que, independentemente dos esquemas conceituais e as normas que orientam (ou deveriam nortear) as avaliações e inferências do julgador de fato, elas se destinariam a produzir uma crença verdadeira sobre os factos relevantes para a decisão, que seria uma verdadeira convicção em torno das declarações que se relacionam com estes factos. A veracidade do convencimento dar-se-ia em função de vários fatores, incluindo, principalmente, a quantidade e a natureza dos insumos probatórios obtidos, bem como o rigor e confiabilidade das avaliações e inferências feitas pelo juiz a que se destinam. No original: “Esso include invece la formulazione del convincimento del *trier of fact* in ordine ad ognuno dei fatti rilevanti per la decisione. Tale convincimento nasce da un complesso insieme di scelte, di valutazioni e di inferenze che il *trier of fact* formula allo scopo di pervenire a giudizi intorno alla verità o falsità degli enunciati fattuali in questione. L'analisi di queste valutazioni, dei criteri che le guidano, della loro struttura logica e della loro validità non è qui rilevante, né necessaria. Molte sono le teorie formulate al riguardo, e la scelta della teoria migliore è problema difficile e complesso, che richiede uno studio *ad hoc*. Qui si può presupporre che, independentemente dagli schemi concettuali e dagli *standards* che guidano (o dovrebbero guidare) le valutazioni e le inferenze del *trier of fact*, esse siano destinate a produrre un *true belief* intorno ai fatti rilevanti per la decisione, ossia un convincimento veritiero intorno agli enunciati che vertono su questi fatti. La veridicità del convincimento è una funzione di diversi fattori, tra cui principalmente la quantità e la natura degli *inputs* probatori acquisiti, nonché la correttezza e l'attendibilità delle valutazioni e delle inferenze formulate dal giudice del fatto.” (TARUFFO, Michele. Elementi per un' analisi del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, anno XLIX, n. 3, p. 785-821, settembre 1995. p. 816).

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I. p. 370.

⁶⁹ ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 467-484.

questões de mérito, assim entendidos os pontos controvertidos de fato ou de direito surgidos no curso do processo que, embora não sejam objeto de pedido expresso, apresentam relevância ou são determinantes à solução da controvérsia nuclear e, assim, devem ser enfrentadas e decididas pelo juiz.⁷⁰

Como atividade lógica, voltada ao conhecimento, a cognição desenvolvida no processo produz como resultado o provimento judicial, pelo qual o legislador estabelece ou não a correspondência dos fatos à imperatividade da norma jurídica, através da operação de subsunção.

2.1.1 DA COGNIÇÃO EXAURIENTE

Kazuo Watanabe⁷¹ propõe a sistematização do tema relativo à cognição jurisdicional em dois planos distintos: o horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade).

No plano horizontal, a cognição teria por limite os elementos objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito), e pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada de acordo com o grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).

⁷⁰ Conforme Sydney Sanches, “o objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou a sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do *judicium*, mas também a simples *cognitio*. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionadas ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo”. (SANCHES, Sydney. O objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 4, n. 13, p. 31–47, jan./mar. 1979. p. 44-45).

⁷¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, op. cit., p. 118.

Lembra Teori Zavascki⁷² que, embora se saiba que a justiça absoluta é um valor inatingível e que a verdade nem sempre será revelada⁷³, por mais amplos que sejam os meios empregados para demonstrá-la, ainda assim a cognição exauriente é requisito fundamental de segurança das decisões judiciais.

A cognição, por ser componente central na formação da convicção do magistrado, quando desenvolvida sob a modalidade *plena e exauriente*, mostra-se a técnica mais adequada às garantias do modelo constitucional do processo civil e, principalmente, para se atingir o ideal de justiça protegido no Estado Democrático de Direito. Essa modalidade de cognição é erigida como elemento fundamental ao efetivo exercício e fruição das garantias maiores da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal pelo jurisdicionado.⁷⁴

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

⁷³ Já anotava Calamandrei, com arrimo na doutrina de Wach, que o juízo sobre as provas não se trata de um juízo de certeza, mas de mera verossimilhança - trata-se de verdade formal (a incutir a certeza subjetiva no magistrado) e não verdade absoluta: "*Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*: tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza. Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista [Wach], può valere ugualmente non solo per il processo penale, ma, anche fuori dal campo più direttamente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti : quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. (...). Per ottenere ciò, egli è costretto come extrema ratio a contentarsi di quella che qualcuno continua a chiamare "verità formale", ottenuta coll'artificio delle prove legali o col meccanismo automatico della repartizione dell'onere della prova; ma anche quando, nel sistema delle prove " libere", sembra che la libertà di apprezzamento sia lo strumento meglio adatto al raggiungimento della cosiddetta "verità sostanziale", la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta." (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. X, parte I, p. 164-192, 1955, p. 164).

⁷⁴ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci acentua que, em decorrência do devido processo legal, "impõe-se assegurar a todos os membros da coletividade um processo governado pelo amplo acesso à justiça, perante um juiz natural ou pré-constituído, com um igual tratamento dos sujeitos parciais do processo, para que possam defender os seus direitos em contraditório, com todos os meios e recursos a ele inerentes, dando-se publicidade dos atos processuais e motivando-se os respectivos provimentos; tudo dentro de um lapso temporal razoável." (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 105).

A despeito de se desenvolver em um ambiente com predominância lógica, é certo que outros elementos desempenham importante papel na cognição, como fatores históricos, políticos, regras de experiência e contexto econômico da sociedade no qual se encontra inserido o magistrado, responsável pelo ofício judicante.⁷⁵

Dessa forma, uma vez que discricionariedade e subjetividade do magistrado não se coadunam aos cânones do modelo do Estado Democrático de Direito, a técnica de cognição, sob a modalidade *plena e exauriente*, destaca-se como forma de proteção do cidadão em face do Estado-Juiz, configurando elemento assegurador do cumprimento do princípio geral da segurança jurídica e do devido processo legal.⁷⁶

Cândido Rangel Dinamarco⁷⁷ esclarece nesse sentido que existe uma predisposição a se aceitar decisões desfavoráveis na medida em

⁷⁵ É notória a problemática relativa à compreensão do processo decisório levado a cabo por parte do juiz, especialmente quando desborda do que convencionalmente se entende por "direito", e, nesse caso, as dificuldades de nele se identificar as garantias de racionalidade, razoabilidade, confiabilidade, aceitabilidade e de controlabilidade nos seus numerosos aspectos, na medida em que se confundem diversas dimensões lógicas, cognitivas e argumentativas e que não seriam determinadas especificamente por regras jurídicas. Nesse sentido, Michele Taruffo assenta que, embora óbvio que o raciocínio justificativo tem uma estrutura lógica construída segundo cânones de coerência e inteireza – sabido que de outra maneira a sentença não seria válida e suficientemente motivada – seria impróprio reduzir a justificação da decisão a uma demonstração ou dedução fundada exclusivamente em conexões lógicas. Isso porque o raciocínio justificativo seria de algum modo mais complexo, rico, flexível e aberto ao emprego de elementos persuasivos, dos *topoi* da ciência jurídica e dos precedentes judiciais, mas também ao uso das noções de sendo comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens. A coerência contextual da decisão deve ser entendida à luz do contexto do direito e também à luz do contexto constituído pelo senso comum. Isso seria ainda mais verdadeiro quando se leve em conta a justificação externa da decisão, ou seja, a parte do discurso justificativo em que o juiz explicita o fundamento da escolha das premissas das quais se originou a decisão final. (TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 355, p. 101-118, mai./jun. 2001. p. 116).

⁷⁶ Para J. J. Gomes Canotilho, o princípio geral da segurança jurídica garante ao indivíduo o direito de poder "confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico". (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257).

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.

que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação e influir no seu teor, mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confiaria na idoneidade do sistema em si mesmo.

Para que essa técnica represente efetiva proteção contra potenciais abusos no exercício da jurisdição pelo poder estatal, não bastaria que o ordenamento processual dispusesse genérica previsão de convocação e participação das partes em contraditório, mas, sim, de forma explícita e taxativa, a predeterminação dessa participação em todos os atos processuais ao processo, ao longo da etapa cognitiva do procedimento.

De tal modo, como anota José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁸, a cognição, se plena, se “caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo”.

Nessa relação jurídica processual, os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos processuais devem estar relacionados, de forma sistemática⁷⁹:

- (i) *aos mecanismos para apuração dos fatos, a partir da tipicidade das provas, ordem de iniciativa e extensão;*
- (ii) *às modalidades de defesa ao longo da instrução processual até a fase decisória; e*
- (iii) *às oportunidades das alegações no momento da propositura da demanda, da defesa e demais elementos procedimentais.*

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco destaca que “a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 220).

Anote-se que cabe ao legislador ordinário a competência para estabelecer, segundo critérios próprios concernentes ao contexto político e histórico-social, as características do que se deve entender por cognição *plena e exauriente* no ordenamento processual respectivo.

Assim, conforme observa Andrea Proto Pisani⁸⁰, o valor do que se denomina cognição *plena* diz respeito, primordialmente, ao *estabelecimento prévio* dos atos processuais (modalidade de realização do contraditório). Isso porque o seu conteúdo ou o objeto predeterminados pelo legislador ordinário se relacionam a critérios valorativos, essencialmente cambiantes e dinâmicos ao longo dos tempos.

Mediante os critérios que informam a cognição plena, garante-se às partes do processo a titularidade de poderes processuais - e não somente sujeições - ao longo do seu desenvolvimento, bem como se assegura que o exercício do convencimento do magistrado seja controlado *in iure*, mitigando a possibilidade de discricionariedade do julgador, a quem se impõe o dever de motivação sob uma lógica racional.⁸¹

⁸⁰ “Il valore della cognizione piena è quindi dato più dalla predeterminazione legale del modelo di processo che dal contenuto di questa predeterminazione, contenuto, infatti, che – fermi i minimi su indicati – può variare non solo diacronicamente ma anche sincronicamente (si pensi al fenomeno dei riti speciali a cognizione piena).” (PISANI, Andrea Proto. Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice). *Rivista di Diritto Civile*. Padova, a. XXXVI, n. 3, p. 394-458, 1990. p. 414).

⁸¹ Nesse sentido, Remo Caponi afirma que a realização da garantia constitucional do devido processo - embora sagrada - deve ser temperada pela exigência de celeridade do procedimento sumário, respeitando-se o direito de defesa das partes - também e acima de tudo - pela possibilidade de se instaurar sucessivamente (seja a partir da execução do provimento ou processo autônomo) um processo de cognição plena, isto é, com formas e prazos predeterminados pela lei, e não tendencialmente atribuídos ao poder discricionário do juiz. No original: “Tuttavia la realizzazione della garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliere non già nella – pur sacrosanta – necessità di contemperare le esigenze di celerità del procedimento sommario con il rispetto del diritto di difesa delle parti, bensì - anche e soprattutto - nella possibilità di instaurare sucessivamente (in via di disposizione all’esecuzione del provvedimento o in un autonomo processo) il giudizio a cognizione piena, cioè con forme e termini predeterminati dalla legge, e non affidati tendenzialmente al potere discrezionale del giudice”. (CAPONI, Remo. La tutela somaria nel processo societario in prospettiva europea. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, a. LVIII, n. 4, dicembre 2003. Disponível em: http://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommatoria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea. Acesso em: 15 dez. 2015).

De fato, a técnica do procedimento ordinário desenvolvido em cognição plena assegura a predeterminação normativa das formas e dos termos dos atos do procedimento, a tipicidade das provas admitidas em juízo, assim como o detalhamento de todos os poderes, deveres, ônus e faculdades das partes. Se não bastasse, a cognição plena e exauriente deve se realizar de maneira antecedente ao julgamento do processo, garantindo-se às partes a possibilidade de formulação e apresentação dos argumentos de fato e de direito, culminando com uma decisão hábil a ser revestida da imutabilidade da coisa julgada.⁸²

A cognição *plena e exauriente* é também identificada a partir da inexistência de quaisquer limitações legais em relação ao conhecimento, pelo juiz, dos elementos objetivos do processo, ou seja, o trinômio constituído pelas condições da ação, pelos pressupostos processuais e pelo mérito da causa.

Destaca Luiz Guilherme Marinoni que a cognição exauriente é a cognição típica dos procedimentos que visam à solução definitiva dos conflitos trazidos ao conhecimento do juiz. Em outras palavras, a cognição

⁸² Nesse sentido, o escólio de Andrea Proto Pisani: “Il processi a cognizione piena sono caratterizzati (v. Foro It. 2002, v. 65 ss.): a) dalla tendenziale predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dai corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice. E ciò soprattutto con riferimento: - alle allegazioni di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento; - alla tipicità dei mezzi di prova preconstituiti o costituendi con la tendenziale predeterminazione delle modalità di assunzione delle prove al giudizio e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite al processo; - ai termini a difesa delle parti nella fase introduttiva del processo, nel corso del procedimento e nella fase decisoria; b) dalla realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata, per cui il provvedimento del giudice (provvedimento eventualmente esecutivo) è emanato dopo che è stata garantita ed entrambe le parti la possibilità di far valere tutte le proprie difese (eccezioni, instance probatorie, domande riconvenzionali); c) in considerazioni di queste caratteristiche del processo, all'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato formale è attribuita autorità di cosa giudicata sostanziale in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti.” (PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006. p. 239).

exauriente é característica do procedimento que permite a produção de todas as provas necessárias ao esclarecimento da situação fática.⁸³

Não há, contudo, de se confundir a cognição sumária com atividade procedimentalmente sumária. Há cognição *plena e exauriente* mesmo nas hipóteses em que a sumarização se dá no âmbito procedimental, com a simplificação ou dispensa de formalidades, diminuição de prazos e encurtamento do itinerário processual.

A despeito da compressão de etapas procedimentais, os elementos inerentes à cognição completa restam preservados: os atos de participação dos sujeitos processuais são predeterminados em lei, inexistindo qualquer limitação em relação ao conhecimento, pelo juiz, dos elementos objetivos do processo. Ou seja, há preservação plena do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, a decisão proferida em processo sumário pressupõe cognição exauriente no plano vertical, tratando-se de sumariedade apenas formal.

Teori Albino Zavascki⁸⁴ adverte nesse sentido, destacando que não há como confundir cognição sumária e processo sumário. Esclarece que o processo sumário de conhecimento é autônomo, porque gera prestação jurisdicional definitiva, de cognição exauriente (embora não absoluta), apta a produzir coisa julgada material. Nos processos sumários há cognição exauriente, embora limitada à natureza da situação controvertida e da redução – horizontal – do objeto cognoscível.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1994, p. 40.

⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

Diante desse *iter* procedimental, de forma tipificada e predeterminada, o processo lastreado em cognição *plena* e *exauriente* possui natural legitimidade à emissão de provimento jurisdicional com análise do mérito e habilitado à formação de coisa julgada formal e material, atingindo assim os objetivos da função jurisdicional do Estado.

2.1.2 DA COGNIÇÃO SUMÁRIA

Com o passar do tempo, foi-se constatando a limitação da ordinariedade, especialmente em razão da complexidade das relações sociais.

Percebeu-se que a neutralidade do procedimento ordinário e a completa insensibilidade para a necessidade de instrumentos de tutela adequados às novas necessidades de uma sociedade em constante evolução também seriam responsáveis pela chamada crise da justiça civil.⁸⁵⁻⁸⁶

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119. Nesse sentido, Andrea Proto Pisani anota que a história do direito é também a história dos processos, a questão da reforma é uma questão perene, por assim dizer, no estudo do processo: “limitando propositadamente a análise apenas ao processo civil, deve-se observar que ele normalmente tem por objetivo a tutela dos direitos disponíveis: objeto do processo são direitos privados disponíveis, onde o instrumento processo, enquanto exercício da jurisdição estatal, tem caráter e natureza pública. Enquanto o direito objeto do processo normalmente está sujeito à autonomia privada, à liberdade do privado em relação ao exercício ou não do direito, o instrumento processo, no que concerne a sua natureza pública, pode ser disciplinado pelo legislador de acordo com a variação do ponto de equilíbrio identificado por ele entre o componente privatista e o componente publicista do processo: daí a história dos processos que se sucederam no tempo, daí o problema sempre atual da reforma do processo”. (PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 23-42, 2001. p. 23-24).

⁸⁶ Destacava Ovídio Baptista da Silva que a conjugação de dois fatores – aceleração das mudanças sociais e a experiência democrática que culminaram com uma onda crescente de litigiosidade – tem exacerbado o fenômeno comumente denominado “crise do Poder Judiciário”, expresso no formidável descompasso entre a exigência de proteção judicial e os meios que o Estado dispõe para satisfazê-la – daí a tendência de que a procurada efetividade reduza-se à simples celeridade na prestação da tutela processual exigida, cada vez com maior intensidade. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Celeridade versus economia processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 223-232. p. 224).

Foi, então, na ânsia de se atingir a tão decantada efetividade, especialmente no que concerne às demandas urgentes, que o legislador brasileiro foi se voltando aos procedimentos sumários, enfatizando as tutelas cautelares e viabilizando, por meio de expressa previsão no ordenamento jurídico, a antecipação dos efeitos da tutela.⁸⁷

A respeito da diferenciação entre as técnicas da cognição sumária e da cognição plena, esclarece José Roberto dos Santos Bedaque que:

À técnica da tutela sumária, cautelar ou não, se contrapõe a da cognição plena. Esta se caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo. O contraditório efetivo e equilibrado se realiza sempre antes do provimento, que se torna imutável, adquirindo a qualidade da coisa julgada formal e material. Já a via da tutela sumária dispensa o contraditório antecipado, podendo a decisão ser proferida antes, relegado o exercício da ampla defesa a momento posterior. A iniciativa para que a cognição plena se realiza é normalmente ônus daquele que suportou os efeitos do provimento sumário.⁸⁸

De tal sorte, esclarece Kazuo Watanabe que “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. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto

⁸⁷ A esse respeito, nota Luiz Guilherme Marinoni que “aquele que não dá importância à ‘satisfação’ fundada em cognição sumária, chamando-a de mera ‘satisfação fática’, mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a ‘tutela dos direitos’, uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a ‘tutela do direito’, pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 126).

⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 121.

cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade.”⁸⁹⁻⁹⁰

Justifica-se a limitação dos tipos de pretensão e defesa arguíveis perante o Judiciário em face dos princípios da efetividade da jurisdição, do devido processo legal e da celeridade (art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF, respectivamente), com vistas a otimizar a prestação jurisdicional. Haveria ofensa a esses princípios caso restasse inviabilizado, em outro processo, aventar outras pretensões ou defesas. Nesse sentido, o ensinamento de Kazuo Watanabe:

O direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de “devido processo legal”, assegurado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal. “Devido processo legal” é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma, tipos diferenciados de processo que, consubstanciando-se um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os

⁸⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, op. cit., p. 119.

⁹⁰ Quanto aos processos de cognição parcial e exauriente, Kazuo Watanabe cita os exemplos: (a) processo de conversão da separação judicial em divórcio (Lei nº 6.515/77); (b) processo de embargos de terceiro (art. 1054 do CPC/73); impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 475-I e 745 do CPC/73); embargos à execução de títulos cambiários. Cita ainda como casos de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, (a) a resolução de questão prejudicial surgida no processo de inventário (art. 1000, párr. único, III do CPC/73; (b) processo de mandado de segurança; (c) processo de desapropriação (art. 34, *caput* e párr. único do Decreto-Lei nº 3.365/41). Destaca ainda a existência de casos de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente, como nos casos de ação de prestação de contas ajuizada por quem se julga no direito de exigi-la: “A lei prevê duas alternativas: a) prestar contas; ou b) contestar a ação (art. 915, *caput*, do CPC). Se o réu, citado prestou contas – observa Celso Neves – fê-lo por reconhecer, no autor, o direito de pedi-las, e por essa forma a primeira fase do processo, tipicamente jurisdicional, exauriu-se, pelo reconhecimento implícito do pedido que na atitude de prestá-las. Havendo contestação, a cognição será plena e exauriente.” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, op. cit., p. 122 e ss.).

*princípios estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.*⁹¹

No tocante às medidas liminares em geral e também na antecipação de tutela, afirma Kazuo Watanabe tratar-se de cognição sumária ou superficial, na qual se verifica a limitação quanto à intensidade ou profundidade desta:

Na classificação acima apresentada, o vocábulo sumária ficou reservado, unicamente à cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo.

*Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão ‘cognição sumária’, assim entendida, tem alcance diverso da que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a cognição sumária à cognição plena e completa ou cognição ordinária, tendo, portanto, acepção de cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial.*⁹²

No caso da tutela antecipada, estará o magistrado autorizado a decidir de forma mais rápida sem ter formulado, em seu íntimo, uma convicção total e imodificável de seu ponto de vista. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, deverá “decidir, em determinadas situações, mais com a *aparência* do que parece ser certo e necessário, do que decidir com 100% de razão ou de convicção formada”.⁹³

Esse autor aponta que o ideal, pelo menos com os olhos voltados para a *tradição* do processo civil oitocentista para cá, seria que o

⁹¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil, op. cit.*, p. 131.

⁹² WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil, op. cit.*, p. 128.

⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

magistrado só decidisse depois de formada, de forma irretorquível, sua convicção⁹⁴.

Contudo, haverá situações em que o magistrado não disporá de *tempo* suficiente para a formação de sua convicção. Nessas situações em que premido pela urgência do pedido de prestação jurisdicional, será obrigado a decidir desde logo, independentemente de haver formado uma convicção *definitiva*, em seu ânimo – inclusive sem sequer ouvir os contra-argumentos da parte contrária. Nesses casos, Cassio Scarpinella Bueno afirma tratar-se de cognição *sumária*, típica das sentenças cautelares, e em cognição *superficial*, típica das liminares. O que diferenciaria a cognição sumária da exauriente seria justamente o grau de aprofundamento a que o juiz estaria autorizado ou, ainda, que teria condições de exercer em cada caso concreto.⁹⁵

⁹⁴ Enumera esse autor o iter procedimental hábil a uma cognição plena e exauriente: “Ouvirá o que o autor tem a dizer, ouvirá o que o réu tem a dizer sobre o que o autor disse; muito provavelmente ouvirá o que o autor tem a dizer sobre o que o réu disse sobre o que ele, autor, disse antes; comum, na prática, que o magistrado acabe ouvindo o réu sobre o que o autor disse sobre o que ele disse sobre o que o autor, na petição inicial, havia dito. Não satisfeito, poderá o magistrado, porque o tempo para decidir, nessas condições, não é problema algum, pretender que se façam provas porque os documentos e as alegações de uma parte e de outra não foram suficientes, por qualquer razão, pouco importa aqui, para formar sua convicção sobre os fatos. Designará uma perícia, uma audiência para produção de prova oral ou tomará qualquer outra providência que ele, magistrado repute necessária para formar sua convicção pessoal sobre o que vai julgar. Não há mais espaço para dúvida na doutrina, a esse propósito, sobre a possibilidade de o juiz, insatisfeito com o resultado de uma perícia, determinar, até mesmo de ofício, a realização de outra, porque é ele, o juiz, o destinatário da prova, não as partes, e o *tempo* para que ele, o juiz, forme sua convicção não é importante. O que importa é que ele esteja suficientemente seguro para responder à provocação da jurisdição. As provas, vale a pena frisar este ponto, são mecanismos de que as partes se valem para convencer o juiz de que algo ocorreu de uma forma ou de outra. O que releva é que, nessas condições, o magistrado dispõe de todo o tempo que for necessário para formação de sua convicção. É esta, para empregarmos a expressão de Watanabe, a cognição *exauriente*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, *op. cit.*, p. 17-18).

⁹⁵ Afirma ainda Cassio Scarpinella Bueno: “Quanto menor for o tempo para o juiz decidir, mais “raso”, menos profundo, menos intenso, será o exercício de sua cognição. Quanto mais rápido o juiz tiver de decidir, menos ele terá condições concretas de pesquisar a respeito do caso, menos ele poderá *aprofundar-se* no exame do caso que lhe foi posto para decisão. E justamente por isso, por essa “pressa” em decidir ou, mais precisamente, *pela necessidade de que decida com alguma pressa*, o juiz poderá errar, o juiz poderá, posteriormente, reavaliar aquilo que decidiu. (...) O que ele não pode fazer, mormente quando se analisa a questão a partir do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF, é *não decidir* porque, acha que não tem condições de decidir, que precisa pensar mais, entender melhor o caso e que tais. Isso seria, em última análise, admitir o *non liquet*, que é, para ir direto ao ponto, ferir de morte o próprio conceito de tutela jurisdicional, monopolizada, nas condições que interessam a este trabalho, nas mãos do Estado-juiz.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, *op. cit.*, p. 18-19).

Há aqueles que entendem que a distinção deva centrar-se entre cognições *exauriente e sumária*. No caso da cognição exauriente, o juiz não se encontra premido nem temporal nem materialmente, podendo formar, de modo amplo, a sua convicção sobre o caso, com ânimo de imutabilidade, ou seja, a sua decisão terá aptidão para fazer coisa julgada. Nos casos de cognição sumária, o juiz decide premido pelo tempo, com base em *plausibilidade, probabilidade, verossimilhança*. É essa cognição *sumária* que caracteriza a tutela de urgência.⁹⁶

Nessa última hipótese, afirma Cassio Scarpinella Bueno:

(...) a exemplo do que ocorre para a cognição horizontal, não há qualquer mácula a princípio constitucional do processo algum. O que há, muito pelo contrário, é autorização constitucional para que o legislador crie condições diferenciadas para que lesões e ameaças a direito sejam efetivamente apreciadas pelo Poder Judiciário; para que os resultados práticos de qualquer manifestação judicial possam ser concretamente sentidos no plano exterior ao processo, isto é, no plano de direito material. Se o problema que chega ao juiz reclama urgência e se urgência, para o que interessa ao presente trabalho, é ideia avessa à de “tempo”, por certo que o juiz terá de decidir com os poucos elementos que lhe são apresentados pelo autor e, se for o caso, pelo réu. Quanto menos tempo, menos certeza o juiz terá para decidir, mas, mesmo assim, terá de decidir. Os riscos derivados dessa situação são, por assim dizer, legitimamente assumidos pelo legislador.⁹⁷

Com efeito, para Ovídio A. Baptista da Silva, a cognição superficial corresponderia a uma forma de sumarização horizontal, na medida em que ao juiz seria permitido, ao apreciar o pedido de liminares, investigar todas as questões da lide, porém apenas *superficialmente*. Já nas hipóteses de verdadeira sumarização *vertical*, ao juiz seria vedado conhecer de toda

⁹⁶ Afirma Teori Zavascki que a cognição sumária seria própria da tutela jurisdicional não autônoma, de caráter temporário, inapta a formar coisa julgada material, sempre relacionada a uma tutela definitiva à qual serve. A cognição sumária, própria da tutela provisória sempre daria ensejo a juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, mais apropriados à salvaguarda da presteza necessária a garantir a efetividade da tutela. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 33).

⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, op. cit., p. 19.

uma parcela de questões litigiosas que, não fosse uma determinação do direito material, poderiam ser suscitadas pelo demandado. Aqui, afirma, haverá cognição exauriente, mas o objeto cognoscível poderá ser limitado⁹⁸.

Para esse mestre, a sumariedade horizontal seria própria das liminares, com possibilidade de análise de toda a extensão da lide, horizontalmente, mas com limitação quanto à profundidade.

José Roberto dos Santos Bedaque acaba por analisar a sumariedade horizontal e vertical de maneira diversa:

*A sumariedade da tutela pode decorrer de restrição à atividade cognitiva do juiz, quer no plano vertical, quer no plano horizontal. No primeiro caso a cognição é superficial; no segundo, parcial. A cognição sumária parcial tem por objeto somente uma parte dos fatos relevantes, dos fatos constitutivos. Os outros podem ser alegados somente após o provimento final do juiz, normalmente em outra sede. Já a cognição sumária superficial não é parcial, porque o juiz examina todos os fatos constitutivos da demanda e da defesa. Mas é sumária porque a atividade cognitiva do julgador não é exauriente.*⁹⁹

Há de se reconhecer a existência de sumariedade tanto no que tange aos juízos de aparência, de verossimilhança, em que ocorre uma sumariedade formal, quanto no atinente às lides que vedam ao juiz conhecer toda uma determinada matéria ou meio de prova, quando, então, estar-se-á diante de uma sumariedade material.

Gustavo Bohrer Paim, por sua vez, afirma que a sumariedade não é meramente a cognição superficial dos juízos de verossimilhança ou

⁹⁸ SILVA, Ovídio Batista da. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253-288. p. 255.

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 240.

probabilidade, próprios das liminares, quando se estará diante de sumariedade formal, horizontalmente ampla, mas de profundidade restrita.¹⁰⁰

No seu entender, pode haver *sumarização* (restrição, limitação, corte) da cognição judicial mesmo nos casos em que o *objeto cognoscível* de uma determinada lide seja apreciado em sentença final de mérito, sempre que ao juiz seja vedado o conhecimento de certas defesas que a natureza da causa tornara impossível suscitar. Da mesma forma, não haveria qualquer razão para pretender-se afastar a denominação *sumário* daqueles processos plenários quanto à cognição judicial, mas sumários quanto à sua forma.

Haveria, portanto, sumarização tanto nas questões decididas com base em cognição superficial, como no caso das liminares, quanto nas questões decididas com base em cognição exauriente, mas quando vedada decisão sobre determinada matéria, determinado meio de prova, ou quando reservadas exceções ou defesas para outra demanda, ocasião em que o contraditório poderá ser eventual.

2.2 DO CONTRADITÓRIO

Conforme já declinado, é inegável que o princípio do contraditório encontra-se positivado como norma formal e materialmente constitucional, em razão da previsão constante do inciso LV do art. 5º da Carta, que dispõe que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com

¹⁰⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85.

os meios e recursos a ela inerentes”. Trata-se de corolário do direito constitucional do devido processo legal e viabiliza a realização de outro princípio constitucional: o da isonomia entre os litigantes.

Nesse sentido o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

Mas o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte.¹⁰¹

De fato, o princípio constitucional do contraditório enseja a realização tanto do direito de ação quanto o direito de defesa: assegura ao autor o direito de deduzir sua pretensão em juízo, alegando e provando seu direito; e ao réu, o direito de ser informado sobre todo o conteúdo do processo, podendo se defender, ser ouvido pelo magistrado, e provar suas alegações.¹⁰²

Conforme pontua José Roberto dos Santos Bedaque:

O direito de ação compreende, pois, direito ao contraditório. O direito à ampla defesa é um dos componentes mais relevantes da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Refere-se não só a quem alega ter direito lesado ou ameaçado, e por isso provoca a atividade jurisdicional do Estado, como também àqueles em face de quem a tutela é

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I, p. 33.

¹⁰² Nesse sentido, Luigi Paolo Comoglio: “In senso stretto, azione è (non soltanto la possibilità, ma) l’acceso efetivo proponendo una domanda giudiziale nei confronti di chi debba essere citato e convenuto dinnanzi al giudice. In senso più lato, azione à anche, per chi proponga la domanda, il diritto di essere “ascoltato” dal giudice ed il potere dia gire nel corso del giudizio, alegando i fatti rilevanti, producendo o faceto assumere le prove, tratando e discutindo la causa, affinché il giudice possa pronunziarsi sul mérito di quella domanda, dichiarandola fondato oppure no.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, p. 113).

*pleiteada e cuja esfera jurídica pode ser afetada pelo resultado do processo.*¹⁰³

Lembre-se que a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito da parte de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, consoante os aludidos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que não se limitam à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implicam a possibilidade de a parte ser ouvida também em matéria jurídica em regular processo. Dessa maneira se atende ao princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito.¹⁰⁴

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 98.

¹⁰⁴ São nesse sentido as oportunas considerações de Gilmar Ferreira Mendes: “*Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:*

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).” (STF, MS 24.268/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, j. 5.2.2004, concedida segurança, maioria, Diário da Justiça da União, Brasília, Seção I, 17.9.2004, p. 0053).

Assim, em seu núcleo essencial, o contraditório não exprime a mera exigência de que as partes se encontrem em paridade formal no processo, nem busca a simples neutralidade do julgador, mas requer que as partes estejam em condição de efetivamente influenciar no resultado da demanda.

2.2.1 DO CONTRADITÓRIO DIFERIDO OU EVENTUAL

Não obstante o imperativo do contraditório - pleno e prévio -, haverá situações em que essa exigência merecerá ser mitigada. Isso porque, o ordenamento jurídico empresta igual relevância ao valor *efetividade da prestação jurisdicional*.

Lembra nesse sentido Humberto Theodoro Junior que as múltiplas garantias fundamentais nem sempre são absolutas e, muito frequentemente, entram em atrito umas com as outras, reclamando do aplicador um trabalho de harmonização ou compatibilização, para definir, na área do aparente conflito, qual o princípio a prevalecer.¹⁰⁵

Assim, também o direito ao contraditório e à ampla defesa não é absoluto. Teori Zavascki¹⁰⁶ ressalta que a defesa deve ser ampla, porém não ilimitada. Deve ser ampla “nos limites adequados à necessidade de dar-se ao processo seu sentido prospectivo e dinâmico, de fazer com ele chegue ao seu final no menor tempo possível”. Assim, plenamente legítima a

¹⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203. p. 189-190.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 22.

intervenção do legislador ordinário, instituindo restrições e relativizando a ampla defesa.

Contudo, tais restrições, para que se tenha por justificadas, devem: a) ter por finalidade preservar outro direito constitucional, no caso, o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações impertinentes e, b) preservar condições razoáveis de sustentação e de prova das alegações. O sentido e os limites da razoabilidade devem ser examinados mediante a devida ponderação entre a limitação imposta e o objeto da cognição.

Como observa José Roberto Bedaque, a garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida. Isso pressupõe o poder de pleitear a adoção de medidas idôneas e suficientes para adequar, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada. Entre essas, evidentemente, “providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e dos fundamentos desse suposto direito”.¹⁰⁷

Nessas hipóteses, admite-se que o contraditório não seja prévio - mas diferido, postergado no tempo - sem que isso importe em inconstitucionalidade. Tal se justifica em função das circunstâncias inerentes ao direito material.

Há ainda a questão do denominado “contraditório eventual”, em que a parte, primeiro, deve cumprir a obrigação, sem poder exercer de

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 85.

forma plena o contraditório, para, somente após, em demanda plenária, poder defender-se¹⁰⁸.

Esclarece Ovídio Baptista da Silva, com espeque no CPC/73¹⁰⁹:

Na verdade, o chamado contraditório eventual pode apresentar-se sob duas modalidades distintas. Numa delas, tutela-se o interesse do autor numa fase inicial da causa, para somente depois permitir que o demandado, se o quiser, dê início ao contraditório, tornando-se autor de uma demanda incidental. É o que se dá no processo de execução obrigacional (livro 11 do CPC); e de certo modo também no procedimento monitorio (art. 1.102 do CPC), embora nossa “ação” monitoria insira os “embargos” no próprio procedimento injuncional. Na verdade, tendo a natureza de embargos ou, o que seria mais correto, de simples contestação, a verdade é que o ônus de provocar o contraditório transfere-se para o demandado.

A outra modalidade de contraditório eventual ocorre quando o demandado, a quem cabe provocar o contraditório, ao invés de promovê-lo sob uma dessas duas maneiras, terá de fazê-lo através de uma ação autônoma (não incidental) subsequente.¹¹⁰⁻¹¹¹

¹⁰⁸ Vittorio Colesanti, discorrendo a respeito do princípio do contraditório nos procedimentos especiais, afirma que o que importa é que seja oportunizado à parte valer-se da estrutura dialética do processo e que essa estrutura seja construída de modo tal a possibilitar a sua utilização por cada interessado; assim sendo, a esse respeito seria lícito falar na substituição da “coação ao contraditório” pela liberdade das partes em relação ao contraditório. No original: “Quel che conta, insomma, è che a ognuno sia offerta la possibilità di avvalersi della struttura dialettica del processo, e che essa sia congegnata in modo tale da consentire ad ognuno degli interessati di giovarsene; talché, sotto questo profilo, è lecito dire che alla “coazione al contraddittorio” si è sostituita la libertà del contraddittorio, purché e nella misura in cui sia garantita una struttura processuale comunque idonea alla esplicazione di quella libertà”. (COLESANTI, Vittorio. Princípio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XXX, série II, p. 577-619, 1975, p. 583).

¹⁰⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias, *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁰ Destacava o mestre a resistência história à cláusula *solve et repete*, nos seguintes termos: “Daí dizer Carnelutti, com toda razão, que l’inconveniente’ vislumbrado pelos processualistas, na adoção da cláusula *solve et repete* nos contratos ‘consistiribbe nella scissione del processo in due, e perciò, nel carattere non definitivo dell’accertamento’. Observe-se que o conceito de ‘accertamento definitivo’ aceito por Liebman corresponde àquele contido em uma sentença emanada de uma lide ‘plenária’, ou seja, de uma lide total, perante a qual nada haverá de ficar ‘reservado’ para ser controvertido em demanda subsequente. Para melhor compreensão dessa questão decisiva: para Liebman, o acerto produzido por uma sentença que julgue procedente uma ação possessória – ou julgue procedente a ação cambiária – não seria definitivo em virtude da ‘scissione’ entre a ação e as respectivas exceções. Esta, sem dúvida, sempre foi a invencível dificuldade em que se encontra a doutrina moderna em aceitar ações sumárias.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias, *op. cit.*, p. 277).

De fato, Ovídio Baptista da Silva, que advogava pelas demandas sumárias, já vislumbrava a hipótese de “provimentos de urgência” proferidos em procedimento autônomo, antecedente a qualquer demanda plenária. Nesses casos, questionava a quem deveria ser carreado o ônus relativo ao ajuizamento de uma demanda plenária subsequente e, portanto, do contraditório – ao autor a quem fora conferida uma decisão favorável ou ao réu que teve contra si um provimento jurisdicional. Inclina-se o mestre pela segunda hipótese, justamente com vistas à superação do paradigma concernente ao “contraditório e ampla defesa” do réu na mesma relação processual.¹¹²

¹¹¹ Andrea Proto Pisani esclarecia que haverá casos em que o legislador derogou a regra, em vigor no processo ordinário, de que o contraditório deva ser antecedente à decisão do magistrado. O contraditório, ausente na primeira fase dita sumária, poderá eventualmente ser exercitado em uma fase sucessiva, que terá lugar após a respectiva decisão judicial, mediante a iniciativa do destinatário passivo da referida ordem judicial. Se o contraditório é postecipado, a decisão emitida antes de sua implementação será necessariamente limitada ao conhecimento dos fatos constitutivos invocados pelo autor como fundamento do direito deduzido. Uma vez que a parte contrária não estará em posição de contradizê-los, não serão objeto de cognição os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito invocado. Tal cognição, para usar a terminologia chiovendiana, será sumária porque parcial, pois dela foi objeto apenas uma parte dos fatos relevantes e constitutivos, que poderiam ter sido alegados em juízo, sendo que a outra parte será trazida em uma fase sucessiva à decisão do juiz”. No original: “Nell’ambito di taluni procedimenti il legislatore ha derogato alla regola, vigente nel processo ordinario, secondo cui il contraddittorio deve realizzarsi in via anticipata rispetto al momento della pronuncia da parte del giudice: qui il contraddittorio, assente nella prima fase sommaria, può eventualmente essere attivato in una fase successiva che avrà luogo dopo la pronuncia del giudice su iniziativa normalmente del destinatario passivo del provvedimento giudiziale. 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 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.” (PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 90, p. 22-35, abr./jun. 1998. p. 24).

¹¹² “Neste caso, quem haveria de propor a ação principal, ou seja, aquela ação satisfativa em que se viesse a controverter sobre o direito assegurado e, conseqüentemente, sobre a legitimidade da medida cautelar antecedente? A seu autor, ou aquele que fora sucumbente no juízo sumário? Se optássemos pela primeira alternativa, permaneceríamos sob o domínio do paradigma que preside o sistema, pressupondo, como exige a doutrina, que o princípio do contraditório assegure ao demandado ‘ampla defesa’, na mesma relação processual. Se adotássemos a segunda alternativa, teríamos concebido um caso de ação sumária autônoma – cautelar ou satisfativa, pouco importa – em que 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. Ess 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.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias, *op. cit.*, p. 282-283).

Sobre essa última possibilidade, destaca o mestre que:

O processo que outorgou tutela jurisdicional com base em simples verossimilhança, absolutamente não tranca a possibilidade de que as eventuais injustiças, porventura cometidas pelas formas sumárias de proteção processual, sejam reparadas através de processo subsequente. Pode ocorrer, e em geral é o que ocorre, que a parte que perdera como demandado no processo sumário, tenha de provocar, como autor, a demanda por meio da qual ela pretenda reparar a justiça de que fora vítima, na demanda anterior. Dá-se então uma inversão de contraditório, que é a técnica utilizada pelo título executivo e pelas demais formas usuais de sumarização.¹¹³

Afirmava o mestre então que:

Nosso raciocínio permite extrair duas conclusões. A primeira e a de que ou todas as ações sumárias terão de ser consideradas inconstitucionais, frente à norma do art. 5º, LV da Constituição Federal; ou, se toda essa multidão de ações sumárias deva ser considerada legítima, perante o direito brasileiro, então devemos considerar que o princípio do contraditório será igualmente preservado nos casos do chamado contraditório eventual, em que a defesa transforme-se, de contestação, em 'causa petendi' de uma ação inversa a ser facultativamente ajuizada pelo sucumbente no juízo sumário. A segunda conclusão é o resgate da legitimidade das ações sumárias autônomas, com a formação de coisa julgada material sobre as questões a respeito das quais as partes foram autorizadas a litigar.¹¹⁴

Como o contraditório trata-se de princípio, admite mitigação, no caso concreto, quando em conflito com outras garantias igualmente importantes que devam prevalecer na hipótese, após um juízo de ponderação. Não obstante, a sua relegação para etapa procedimental posterior resguarda de modo equitativo os interesses conflitantes em juízo, atingindo-se o escopo dessa garantia constitucional.

¹¹³ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Teoria da ação cautelar. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63-80. p. 77-78.

¹¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias, *op. cit.*, p. 281.

2.3 DA COISA JULGADA

A coisa julgada foi elevada a garantia constitucional na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXXVI). Visa o instituto conferir estabilidade às relações jurídicas decididas pelo Estado-Juiz, impedindo que uma mesma demanda seja permanentemente discutida, o que acabaria por impossibilitar a paz social.

Esclarece Teresa Wambier, que a expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa bem julgado. A coisa julgada torna “imutável, razoavelmente estável ou marcadamente duradoura” a definição da situação jurídica dada pela sentença.¹¹⁵

De fato, essa definição precisa estabilizar-se, sob pena de não conduzir à eliminação do litígio instaurado entre as partes, frustrando-se um dos escopos da função jurisdicional, que é a pacificação.

Assim sendo, leciona José Roberto dos Santos Bedaque, que a legitimidade da coisa julgada situa-se nas premissas dos próprios objetivos do sistema processual, que não seriam atingidos caso os provimentos judiciais não ficassem imunes a ataques futuros. A imutabilidade dos efeitos da decisão judicial assegura a eficiência do processo, como instrumento da pacificação social.¹¹⁶

Constitui, contudo, opção de política legislativa. Barbosa Moreira¹¹⁷ esclarece que a garantia da coisa julgada possui âmbito de proteção normativo, comportando, assim, a definição, pelo legislador, de seu conteúdo. É a lei que fixa o momento e as condições em que se formará a

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

¹¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo – influência do direito material sobre o processo. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93-96.

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 101, v. 377, p. 43-61, jan./fev.2005. p. 43.

coisa julgada e os limites subjetivos e objetivos do instituto. É também a lei que estabelece se haverá coisa julgada ao final de determinado processo, diante de determinado resultado ou satisfação probatória da instrução, como os casos da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*¹¹⁸, bem como as hipóteses excepcionais de superação da coisa julgada¹¹⁹.

¹¹⁸ Na coisa julgada para a tutela de direitos difusos e coletivos, a coisa julgada é dita *secundum eventum litis* porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa. Assim, ocorrerá coisa julgada em caso de decisão favorável, quando o resultado se operará de forma “II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – lei 8078/90)”. Estabelece ainda o Código de Defesa do Consumidor que aqueles não tiverem intervindo no processo coletivo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (art. 103, § 2º). O mesmo art. 103, em seu § 3º, estabelece que os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347/85, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99. Assim, fala-se em coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*. Estabelece ainda o legislador que não ocorrerá a coisa julgada quando a ação for julgada improcedente por ausência de provas, sendo plenamente viável a propositura da mesma ação futuramente, desde que instruída com prova nova, capaz de alterar o quadro cognitivo da ação anterior. Trata-se da hipótese de formação de coisa julgada material *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova. Haverá, nesse aspecto, ruptura com o princípio de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir a cognição exauriente, autorizando-se uma sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Note-se ainda que semelhante disposição consta da Lei de Ação Popular (nº 4.717/65), art. 18, que estatui que a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹¹⁹ Vislumbam-se hipóteses excepcionais em que se entende pelo afastamento da autoridade da coisa julgada, para que seja revisto ou desconsiderado o estabelecido pela sentença, sem a necessidade de cingir-se ao prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória. Com efeito, propõe-se negar a rigidez desse fenômeno imunizador dos efeitos da sentença, quando as suas disposições colidirem com valores considerados, mediante um juízo de ponderação, mais relevantes no caso concreto, do que o princípio da segurança jurídica, do qual decorre a garantia da coisa julgada. Propõe-se ainda a desconsideração da autoridade da coisa julgada quando a decisão seja inconstitucional em si mesma ou tiver se baseado em lei que venha a ser julgada inconstitucional. É manifestação dessa segunda corrente, a introdução no CPC/73 pela Lei nº 11.232/2005, do parágrafo primeiro do art. 475-L e do parágrafo único do art. 741, que autorizam a declaração de inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal – os chamados casos de *coisa julgada inconstitucional*. Tais disposições foram reproduzidas com algumas alterações no texto consolidado do Novo Código de Processo Civil (arts. 525, § 1º, III, §§ 12, 13, 14 e 15 e 535, III, §§ 5º, 6º e 7º).

A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre da opção política entre dois valores: a segurança representada pela imutabilidade do pronunciamento e o ideal de justiça que justificaria o rejuízo da causa quando a sentença correspondente não primasse por esse valor.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹²⁰ anota que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores* protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico.

Assim sendo, admitindo-se que a coisa julgada possa se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho, após um juízo de ponderação.

2.3.1. CONCEITO E ALCANCE DA COISA JULGADA

Primeiramente, cumpre ressaltar que o conceito de coisa julgada é bastante controverso na doutrina.

Discute-se se a imutabilidade inerente à coisa julgada diria respeito aos efeitos da sentença de mérito, proferida em cognição exauriente, ao comando dessa sentença, ou à sua eficácia declaratória.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 830, p. 55-73, dez. 2004. p. 57.

A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na sua imutabilidade.

Note-se, primeiramente, que a coisa julgada é atributo de atos jurisdicionais que contenham elevado grau de cognição. Assim, não se revestem de coisa julgada material atos judiciais não decisórios, decisões ditas interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem resolução de mérito e as decisões prolatadas após cognição sumária.

A configuração da coisa julgada demanda ainda que tenham sido esgotadas quaisquer possibilidades de alteração da sentença mediante mecanismos internos ao processo em que proferida.

Esclarece Eduardo Talamini¹²¹ que, se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material. Não há identidade de conceitos. O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito.

Giuseppe Chiovenda¹²² anota que os romanos justificavam a coisa julgada por meio de razões inteiramente práticas, de utilidade social: “para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida e garantir o resultado do processo”.

¹²¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, p. 370.

Assim, com relação à autoridade da coisa julgada, esse autor afirma dizer ela respeito ao fato de que o bem julgado torna-se incontestável (*finem controversiarum accipit*): a parte a que se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu não só tem o direito de persegui-lo praticamente, em face de outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e a esse gozo¹²³. A eficácia ou autoridade da coisa julgada seria, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.

Giuseppe Chiovenda não partilhava da noção tradicional, de índole romanística, de que a coisa julgada seria um dos efeitos da sentença. Para esse autor “coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda”.¹²⁴

Enrico Liebman¹²⁵, por seu turno, distinguiu a coisa julgada e efeitos da sentença. A coisa julgada seria uma qualidade (“autoridade”) dos efeitos da sentença e não um dos seus efeitos. Seria “a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade, ou modo de ser deles”. No seu entender:

*na realidade, a declaração contida na sentença faz derivar a sua força obrigatória, ou mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e autorizativa do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória.*¹²⁶

¹²³ E prossegue, afirmando que a coisa julgada “consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 370).

¹²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 374.

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 15.

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*, op. cit., p. 21.

Assim, a imperatividade e a imutabilidade da sentença seriam fenômenos distintos: “a sentença é imperativa e produz todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado”¹²⁷.
Esclarece o mestre:

*todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo e executório) podem de igual modo imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis da sentença.*¹²⁸⁻¹²⁹

De tal modo, acaba por qualificar a autoridade da coisa julgada não como efeito da sentença, mas sim como o modo de manifestarem-se e produzirem-se os efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.¹³⁰

Divergiu desse entendimento Barbosa Moreira. Para esse autor, a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença. Isso porque os efeitos da sentença tanto podem modificar-se, extinguir-se ou mesmo ser objeto de renúncia pela parte, acaso se trate de direito disponível. Contudo, será inviável a prolação de outro comando, junto a qualquer juiz, para aquele mesmo objeto de processo antes de decidido pela sentença revestida de coisa julgada.

¹²⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença, op. cit.*, p. 36.

¹²⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença, op. cit.*, p. 22.

¹²⁹ Dizia Liebman: “Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo tempo admitir que a sentença ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem? (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença, op. cit.*, p. 14).

¹³⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença, op. cit.*, p. 36.

Explicita o mestre o seu entendimento:

*Embora a sentença se destine a produzir efeitos jurídicos, nem por isso se destina necessariamente a tornar-se imutável. A imutabilidade não é conatural à sentença – e isso continuaria a ser verdade mesmo que porventura não existissem, nem jamais tivessem existido, sentenças indefinidamente passíveis de modificação. Se as leis em regra excluem tal possibilidade e fazem imutável a sentença a partir de certo momento, o fato explica-se por opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática.*¹³¹

Assim sendo, no seu sentir, o que se colocaria sob o pálio da incontrastabilidade, com referência à situação existente no tempo em que a sentença foi prolatada, “não são os efeitos, mas a própria sentença, ou mais precisamente a norma jurídica concreta nela contida.”¹³²

Para Ovídio Baptista da Silva, contudo, a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai apenas sobre a declaração contida na sentença. Esse autor, questionando a lição de Enrico Liebman, para quem todos os efeitos da sentença estariam sujeitos à qualificação pela coisa julgada, afirma que os efeitos constitutivos e condenatórios se sujeitam naturalmente à modificação, com exceção do declaratório. Assim, “se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia declaratória da sentença.”¹³³

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. *Temas de direito processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-114. p. 103.

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *op. cit.*, p. 110.

¹³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 104-106.

Como esclarece Eduardo Talamini¹³⁴, a coisa julgada não estabelece ficção ou presunção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional. De modo que, no seu entender, as partes ficariam vinculadas ao conteúdo do dispositivo, posto que esse, ao contrário dos efeitos da sentença, não poderia ser contrariado por novo pronunciamento.

Fredie Didier Jr., por seu turno, equiparando qualidade a efeito jurídico, consigna que “a coisa julgada é um efeito jurídico que decorre da lei, que toma a decisão como apenas um de seus pressupostos. A decisão não é o fato jurídico da coisa julgada, que, por isso, não é o efeito dela; a decisão compõe o fato jurídico da coisa julgada”.¹³⁵

No entender desse autor, a coisa julgada não torna indiscutíveis e imutáveis os efeitos da decisão, mas sim a própria decisão, como inclusive explicitariam os arts. 502 e 503 do novo Código de Processo Civil¹³⁶. Afirma perder um pouco da importância a discussão sobre se a coisa julgada reveste apenas a declaração, ou também a constituição ou condenação, posto que também nesses casos, haveria declaração.¹³⁷

João Batista Lopes, por seu turno, consigna que a imutabilidade da coisa julgada se circunscreve ao dispositivo da sentença.¹³⁸

¹³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 36.

¹³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015. v. 2, p. 515.

¹³⁶ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 516.

¹³⁸ LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 1991, p. 109.

Assim, não obstante o entendimento a que filie, a discussão está necessariamente atrelada à ideia de que antes era possível examinar algo e depois já não o é mais.

Como esclarece Eduardo Talamini¹³⁹:

Portanto, em certa perspectiva – e sem prejuízo da precisa distinção entre efeitos (ou demais efeitos) da sentença e sua imutabilidade – o advento da coisa julgada pode ser visto, em si mesmo, como uma eficácia própria constitutiva. (...). Com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença.

Nessa perspectiva, seria um efeito diretamente atribuído por lei, em relação ao qual a sentença transitada em julgado funciona como mero fato jurídico. Essa eficácia constitutiva seria o instrumento pelo qual operaria a qualidade consistente na imutabilidade do *decisum*.

Sob essa ótica, propõe Eduardo Talamini não considerar a coisa julgada como efeito da sentença, mas, sim, como efeito do trânsito em julgado da sentença¹⁴⁰.

Posto isso, a par da função negativa da coisa julgada, há de se destacar também uma função positiva, que obriga o juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demandas que o pressuponham.

Já destacava Enrico Liebman:

Também os juízes lhe estão sujeitos: não porém, de modo diverso de qualquer outro, e de todo em todo

¹³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 44.

¹⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 45.

independentemente da coisa julgada; acontece apenas que, estando sempre e sem limitação investidos do poder jurisdicional dentro da esfera da própria competência, poderiam – mau grado a obrigatoriedade da precedente declaração – pronunciar em processo novo uma segunda sentença eventualmente contraditória. Para evita-lo serve a coisa julgada, pela qual dispõe a lei que o efeito produzido por uma sentença permaneça irrevogavelmente adquirido.¹⁴¹

A situação jurídica que se constitui com o advento da coisa julgada não concerne ao direito material, mas ao processo. É a proibição de que se emita um novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual e ainda a determinação de que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processos subsequentes para os quais o objeto do processo anterior funcione como questão prejudicial. Em ambos os casos, trata-se de diretrizes cogentes para os órgãos da jurisdição e para o exercício das garantias jurisdicionais.¹⁴²

Embora a coisa julgada não seja atributo essencial da jurisdição, há de, contudo, ter-se em conta que somente o ato jurisdicional pode, em determinadas condições, tornar-se imutável. E, a esse respeito, observa Eduardo Talamini, o aspecto nuclear consistiria em verdadeira “reserva de sentença”: apenas um pronunciamento jurisdicional poderia remover ou modificar outro pronunciamento jurisdicional. Os comandos contidos na sentença apenas poderiam ser revogados, alterados ou declarados ilegítimos mediante outras pronúncias jurisdicionais.¹⁴³

¹⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 37-38.

¹⁴² Veja-se, nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 45.

¹⁴³ Afirma ainda o mestre que: “De todo o modo, essa é uma afirmação que tem valia jurídico-positiva e não logico-jurídico. Não se trata de uma inerência da jurisdição e sim do Estado de Direito, tal como delineado nos modernos ordenamentos: por um lado, consagra-se a inafastabilidade da jurisdição, assegurando-se sempre ao prejudicado pelo ato legislativo ou administrativo a sua revisão jurisdicional, e, por outro lado, impede-se ingerência dessas outras atividades sobre o resultado da atividade jurisdicional. Portanto, se algum ato público está apto a tender à imutabilidade, esse é o ato jurisdicional e não os outros.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 48).

Como adiantado, outro parâmetro fundamental para a configuração da coisa julgada é a existência de cognição exauriente. O instituto – que tem por essência a imutabilidade – é incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial, e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação.

Eduardo Talamini¹⁴⁴ assenta que, ainda que não exista disposição na Carta expressa nesse sentido, tal seria uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade, inclusive da cláusula do devido processo:

O que confere idoneidade para o ato para ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo, a profundidade da cognição que se pode desenvolver.

Embora a emissão das decisões amparadas em decisão sumária (superficial) não seja, em si mesma, incompatível com as garantias do processo, nestas estar-se-ia renunciando a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito, em troca de uma decisão célere, perfeitamente justificada nas hipóteses em que configurada a necessidade de proteção jurisdicional rápida e eficiente. Assim sendo, a contrapartida pelo emprego da cognição superficial seria a impossibilidade de que a decisão assim proferida adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente.

Teresa Wambier¹⁴⁵, a propósito dessas decisões fundadas em cognição judicial limitada, no plano horizontal ou vertical, características das tutelas de urgência, afirma ser relevante para o operador do direito a análise

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 54.

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

de duas situações distintas: uma diria respeito à imutabilidade do comando contido na decisão judicial; outra diria respeito à irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência realizada. Em todos esses casos, estar-se-ia diante de sentenças que, em decorrência da natureza da cognição judicial realizada, não estariam destinadas a transitarem em julgado.

Esclarece a mestre que assim se daria, pois a coisa julgada é fenômeno que se opera de modo diverso, quer se se cuidar de ação fundada em cognição sumária (menos aprofundada no vertical), ou se se cuidar de cognição parcial (limitada no plano vertical).

Nos casos em que há cognição parcial, se, em relação aos temas que serão objeto de decisão, for permitida a realização de cognição exauriente, em princípio ocorrerá coisa julgada em relação aos temas que tiverem sido objeto de cognição.

O mesmo não ocorreria, necessariamente, com as decisões fundadas em cognição sumária, que, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não teriam aptidão para gerar coisa julgada.

A sumariedade da cognição, afirma Teresa Wambier, está no que se é permitido conhecer no decorrer do processo, e não no que é efetivamente conhecido. Pode ocorrer que, embora se esteja diante de procedimento que permita a realização de cognição plena e exauriente, a parte não faça todas as alegações que lhe seria lícito fazer e, ainda assim, a

decisão será acobertada pela coisa julgada, mesmo em relação às alegações e defesas que poderiam ter sido utilizadas, mas não o foram.¹⁴⁶

Por isso, não seria o grau de convencimento pessoal do juiz, no momento da sentença, que permitiria qualificar a atividade cognitiva então encerrada como exauriente ou não. O adequado critério para tal qualificação (sumário *versus* exauriente) seria dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo ou por aquilo que o procedimento legalmente previsto possibilitava fazer para chegar à decisão.

Nas ações de conhecimento, nas quais ocorrem os efeitos da revelia (total ou parcial), e também nos casos em que não há impugnação específica dos fatos que constituem a pretensão do autor, não haveria propriamente, cognição sumária, mas cognição plena e exauriente sobre o objeto litigioso. Tanto a cognição não seria sumária que o juiz pode não ter como crível o fato, embora não contestado, e isso ele constatará examinando-o. Nesses casos, a cognição seria plena e exauriente, nos limites daquilo que for oferecido pelas partes ao juiz. A sentença aí proferida, deste modo, seria acobertada pela coisa julgada.¹⁴⁷

Assim, a estrutura procedimental instrutória repercute na qualificação da cognição. A vedação normativa da discussão de

¹⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁷ Eduardo Talamini esclarece, nesse sentido, que “a sentença de mérito proferida no processo comum de conhecimento em que houve revelia faz, sim, coisa julgada material. Mas não se tem na hipótese cognição sumária. O juiz está investido de toda a gama de poderes instrutórios que lhe permitem, se for necessário, inclusive determinar a produção de provas de ofício. (...) A existência dessa possibilidade já é o que basta para que não se possa considerar a hipótese como sendo de cognição sumária. Há uma fundamental diferença, p. ex., entre essa situação no processo comum de conhecimento e aquela que ocorre no processo monitório quando o réu deixa de passar em branco o prazo para opor embargos ao mandado. Nesse último caso, o juiz está de mãos atadas, não pode promover nenhuma diligência instrutória, formando-se de pleno direito o título executivo. Isso sim é um caso de cognição sumária e não gera coisa julgada material”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, *op. cit.*, p. 55-56).

determinados pontos (cognição parcial) ou de seu exame mais aprofundado (cognição sumária) é que determinará se ocorrerá ou não a coisa julgada, acerca dos temas em relação aos quais não se permitiu a cognição plena e exauriente.¹⁴⁸

Anote-se ainda a controvérsia a respeito das tutelas de urgência satisfativas, idôneas a disciplinar de modo definitivo uma dada situação de direito material, nem sempre em virtude do grau de cognição realizado pelo juiz, mas em virtude da imutabilidade dos efeitos da tutela concedida.

Luiz Fux destaca que, nessas hipóteses em que a providência é reclamada diante de um *periculum in mora* e, uma vez deferida, revela cunho satisfativo e faz desaparecer o interesse de agir, conforme o resultado alcançado se revele irreversível, haveria de fazer coisa julgada material, malgrado concebida numa situação de cognição sumária. No seu entender, “essa possibilidade de a coisa julgada revestir julgamento não exauriente decorre do fato de que nada mais será discutido a respeito do objeto litigioso, por isso não incide o veto normalmente lançado à possibilidade de a imutabilidade do julgado incidir sobre discussões de mera probabilidade”.¹⁴⁹

¹⁴⁸ A respeito anota Andrea Proto Pisani, a existência, no direito italiano, de provimentos inidôneos a ditarem uma disciplina imutável ao direito controvertido, embora capazes de assegurarem uma tutela provisória (provimento sumário cautelar); e provimentos dotados de mera eficácia executiva, assimiláveis aos títulos executivos extrajudiciais (provimentos sumários-simplificados-executivos não passíveis da imutabilidade da coisa julgada). No original: “I processi sommari possono concludersi (...) sia con provvedimenti inidonei a dettare una disciplina immutabile al diritto controverso, ma capaci di assicurare una tutela provvisoria (provvedimenti sommari cautelari); sia con provvedimenti aventi mera efficacia executiva, assimilabili ai titoli esecutivi di formazione stragiudiziale (provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi senza attitudine al giudicato).” (PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano. Revista de Processo, São Paulo, a. 23, n. 90, p. 22-35, abr./jun. 1998. p. 24).

¹⁴⁹ FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 70.

Teresa Wambier discorda desse posicionamento. Para essa autora, a ocorrência de coisa julgada, em relação às tutelas de urgência, não poderia depender das diferenças existentes entre as categorias de tutelas de urgência¹⁵⁰, especialmente no que se refere à distinção entre a coisa julgada e a irreversibilidade dos efeitos da decisão concedida.

Entende que, nessas hipóteses não se poderia dizer que a irreversibilidade dos efeitos da decisão atribuiria a esta a condição de decisão acobertada pela coisa julgada. Isso porque, sendo impossível o retorno *in natura* ao *statu quo ante*, a parte lesada teria o direito à recomposição da lesão operada, mesmo que por meio de indenização por meio de perdas e danos.^{151- 152}

¹⁵⁰ “Pode-se dizer, assim, que no direito brasileiro existem três modalidades de tutela de urgência, que possuem características similares, mas têm estruturas sensivelmente distintas e que podem ser assim visualizadas: a) tutela cautelar, antecedente ou incidental; (b) antecipação dos efeitos, diretos ou indiretos (ou reflexos) da tutela; e tutela de urgência satisfativa, com ou sem realização da cognição exauriente sucessivamente, no mesmo processo.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, *op. cit.*, p. 128).

¹⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵² Do mesmo entendimento partilha Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Continuo pensando que o conteúdo decisório de uma providência não depende de circunstâncias externas, qual seja, a irreversibilidade fática que dela possa decorrer. O que interessa é o caráter formal, isto é, a idoneidade para adquirir autoridade de coisa julgada. Ora, a verdadeira e própria sentença cautelar jamais conterà suficiente dose de declaração, em virtude da peculiar cognição do juiz, a se estender apenas à aparência do direito, pela instantânea necessidade de prevenção do dano e, ainda assim, em juízo de mera verossimilhança. Não se entenda, porém, que inexista conteúdo declaratório na atividade jurisdicional cautelar. Também aqui o juiz aplica a norma de caráter geral ao caso concreto. O problema é da extensão dessa cognição. Certeza sobre relação jurídica material litigiosa somente haverá em processo de conhecimento, acelerado ou não. Ora, se assim é por mais que se procure relegar a segundo plano a importância do processo de cognição, não há como equiparar a irreversibilidade fática com a imutabilidade operativa da coisa julgada material, ante a consubstancial diversidade funcional e estrutural entre ambas. Não se pode confundir o efeito prático com o efeito jurídico, que é, no fundo, o que interessa ao direito, todo feito de eficácias jurídicas.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo cautelar*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 19, n. 76, p. 88-93, out./dez. 1994. p. 91).

Fredie Didier Junior¹⁵³ corrobora o entendimento asseverando que se a decisão judicial apta à coisa julgada deve fundar-se em cognição exauriente, as decisões proferidas em cognição sumária - referindo-se expressamente àquelas concessivas de tutela provisória previstas nos arts. 294 a 311 do novo Código de Processo Civil -, não estariam aptas à coisa julgada, mormente porque essa estabilidade pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão.

Assim, é coerente com o sistema desenvolvido a partir do realce ao valor histórico-cultural da cognição ampla e exauriente, que apenas a sentença proferida em demanda plenária possa se revestir da imutabilidade da coisa julgada. Daí porque, se o pronunciamento judicial foi emitido em processo em que possibilitada apenas a cognição parcial e sumária, como aqueles relativos à tutela de urgência, não se encontra ele apto a se revestir da imutabilidade da coisa julgada.

Não obstante, se a coisa julgada, as hipóteses de incidência e de mitigação decorrem de opção do legislador, nada obstará que, em determinadas circunstâncias, diante de outros princípios igualmente considerados dignos de proteção, os seus contornos ganhem nova configuração.

¹⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 515.

3 ANTECEDENTES DA TUTELA ANTECIPADA

3.1 A EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil, quando se separou de Portugal, com exceção da Constituição, adotou as leis portuguesas então vigentes (nessa época, as Ordenações Filipinas). As leis foram surgindo paulatinamente, com o decorrer do tempo.

Em 1871, o governo imperial encarregou o Conselheiro Ribas de consolidar as Ordenações e as leis extravagantes, que, posteriormente à independência, foram sendo promulgadas pelo Governo Imperial, vindo, por uma resolução imperial de 1876, a ser adotada como lei processual, a Consolidação Ribas. As Ordenações Filipinas, portanto, por meio da Consolidação Ribas, continuaram a reger o processo civil até a proclamação da República.¹⁵⁴

Após a Proclamação da República em 1822, foi editado, pelo Governo Provisório, o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, visando à aplicação do Regulamento do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850¹⁵⁵, que, por sua vez, disciplinava o processo comercial, as causas cíveis, salvo quanto às disposições das Ordenações relativas a processos especiais.¹⁵⁶

¹⁵⁴ ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

¹⁵⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm, Acesso em: 9 dez. 2015.

¹⁵⁶ Art. 1º São aplicáveis 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 se contem no título 1º, no capítulo 1º do título 2º, nos capítulos 4º e 5º do título 4º, nos capítulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capítulo 5º do título 7º, e no título 8º da primeira parte. Parágrafo único. Continuam em vigor as disposições legais que regulam os processos especiais, não compreendidos no referido regulamento. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D763.htm. Acesso em: 9 dez. 2015)

Referido Decreto previa a existência de “processos preparatórios, preventivos e incidentes”, no Título VI, capítulo I, entre os quais (i) o embargo e o arresto, nos casos em que o devedor “intenta ausentar-se ou vender os bens que possui, ou não paga a obrigação no tempo estipulado” (art. 321), cabendo ao autor demonstrar “urgência ou ineficácia da medida se fosse demorada” (art. 323, § 2º); (ii) a detenção pessoal (art. 343 e ss.) nos casos em que o devedor intenta ausentar-se furtivamente sem o pagamento da dívida, hipótese em que, em casos de urgência em que possa ficar prejudicada a diligência, poderá ser determinada a expedição de mandado sem inquirição prévia (art. 346); e a (iii) exibição de livros (art. 351 e ss.).

Já o Decreto nº 848, de 11 de outubro 1890, teve por objetivo organizar a justiça federal¹⁵⁷, sendo de se destacar que, à época, União e Estados possuíam competência legislativa em matéria processual¹⁵⁸. O Capítulo XXXI do Título III previa “processos precatórios e preventivos”, entre os quais o embargo e o arresto (art. 202), em caso de urgência ou ineficácia da medida.

A Carta de 1891 estabeleceu a competência dos Estados para organizar a sua justiça e legislar sobre matéria processual, reservando

¹⁵⁷ Dispunha o referido Decreto no art. 386: “Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁵⁸ Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-149/>. Acesso em: 9 dez. 2015.

à União a competência para legislar sobre o processo concernente à justiça federal e à matéria de direito civil, comercial e criminal.¹⁵⁹

De tal modo, ainda filiados ao mencionado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, e ante o dispositivo constitucional, os Estados começaram a editar os seus códigos de processo.

Pode-se então citar, exemplificadamente, o Código de Processo Civil do Estado de São Paulo, editado com a promulgação da Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930¹⁶⁰. Esse diploma dispunha no Livro III sobre os processos preparatórios, preventivos e incidentes. Desses, destacam-se as cautelares de arresto (arts. 372 a 384), de sequestro (arts. 385 a 390), de caução e fiança (arts. 392 a 397), de busca e apreensão (arts. 402 a 406), de exibição (arts. 407 a 411), de venda judicial (arts. 412 a 416), as medidas provisionais (arts. 431 a 437), protesto de títulos (arts. 442 a 446) e ação de atentado (arts. 457 a 462).

O poder geral de cautela estava previsto no art. 11, para as seguintes hipóteses: “Poderão ser determinadas em caráter provisório: I - Pelo juiz do lugar onde estiver o incapaz, as medidas urgentes de proteção; II - Pelo juiz da situação, as medidas conservatórias dos bens de ausentes e heranças jacentes e dos que não tiverem dono conhecido.”

A unidade processual foi determinada pela Constituição Federal de 1934, que em seu art. 5º, inc. XIX, “a”, estabeleceu a

¹⁵⁹ Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...). 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; (...);26º) organizar a Justiça Federal, nos termos dos arts. 55 e seguintes da Seção III; (...).

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Acesso em: 9 dez. 2015.

competência privativa da União para legislar sobre essa matéria¹⁶¹. O art. 11 das Disposições Transitórias previa que, uma vez promulgada a Carta, o Governo nomearia uma comissão de três juristas para organizar, no prazo de três meses, um projeto de Código de Processo Civil e Comercial e ainda de Processo Penal.¹⁶²

Em consequência do golpe de Estado, foi editada a Carta de 1937, reafirmando o propósito de unificação do processo.¹⁶³

Em vista disso, foi instituído o Código de Processo Civil pelo Decreto nº 1.608, de 18 de setembro de 1939¹⁶⁴. A exemplo do Regulamento nº 737, o seu Livro V disciplinada os “processos acessórios”, e no Título I,

¹⁶¹ Art. 5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁶² Art. 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 9 dez. 2015)

¹⁶³ Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...). g) processo judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁶⁴ O regime de unidade do direito material e processual foi mantido pela Constituição de 18 de setembro de 1946. O Código de Processo Civil promulgado pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, entrou em vigor a 1º de março de 1940. O art. 1º do D.L. estatuiu no seu art. 1º que “o processo civil e comercial, e em todo o território brasileiro, reger-se-á por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituam objeto de lei especial”.

“as medidas preventivas”, que o código nominava nos incs. I a X do art. 676¹⁶⁵.

O art. 675 conferia ao juiz um poder geral para determinar providências que pudessem “acautelar” o interesse das partes e, em seguida, em seus incisos I a III, apresentava um rol de situações genéricas em que aquelas medidas poderiam ser decretadas:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:
I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;
III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.¹⁶⁶

Apesar do *caput* do art. 675 atribuir ao magistrado um poder geral de cautela, o fez de forma tímida. Isso porque, as situações previstas

¹⁶⁵ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁶⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 9 dez. 2015.

nos incs. I a III ensejavam a limitação do poder previsto no *caput* do dispositivo.¹⁶⁷

O art. 687, por seu turno, deixava nítida a acessoriedade do processo cautelar e a natureza temporária e provisória do provimento, ao estabelecer que “as medidas preventivas só terão eficácia enquanto pendente a ação”, cessando de plano a sua eficácia com o trânsito em julgado da sentença que resolver a lide.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹

Sobreveio então o Código de Processo Civil de 1973. Nesse ordenamento, o primeiro livro se destina ao processo de conhecimento, o segundo, trata do processo de execução e o terceiro, do processo cautelar.

¹⁶⁷ Em comentários a respeito, destaca Luiz Guilherme Marinoni que parte da doutrina não enxergou no art. 675 um poder geral de cautela, tendo afirmado Liebman, em notas às Instituições de Chiovenda, que ‘também na legislação brasileira omite-se a atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que ele possa se valer segundo as necessidades e as circunstâncias, fora dos casos tradicionalmente expressamente previstos’. O certo, porém, é que a maioria dos processualistas entendeu estar presente na norma referida um poder geral de cautela. Os tribunais, entretanto, infelizmente, não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estrito do art. 675.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102).

¹⁶⁸ Art. 687. As medidas preventivas só terão eficácia enquanto pendente a ação, podendo ser revogadas ou modificadas.

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§ 2º Se a sentença que resolver a lide transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada.

§ 3º Findando o processo por outro motivo, a medida perderá a eficácia a partir do momento da cessação. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁶⁹ Galeno Lacerda, a par de anotar a distribuição assistemática dos títulos, destaca que o Código de 1939 seguia os passos da doutrina então dominante, em especial de Calamandrei, para quem a medida cautelar seria sempre provisória quanto à finalidade. De tal modo, o caráter provisório decorreria de sua natureza temporária e transitória, e a natureza complementar, pois acessória a uma ação principal a ser ou já proposta. (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII. t. I. p. 5).

Verifica-se então o destaque dado ao processo cautelar¹⁷⁰⁻¹⁷¹, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução.

Em comentários a respeito, Galeno Lacerda¹⁷² aponta que essa posição de destaque correspondia à autonomia reconhecida à cautela como uma das espécies de função jurisdicional. Tal autonomia, contudo, não significava independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*. Ela decorreria da natureza diversa da prestação requerida ao juiz. Enquanto no processo de conhecimento se pediria a declaração do direito, acrescida de eventual condenação ou constituição (positiva ou negativa), e no processo de execução se cuidava de realização coativa do direito reconhecido, na função cautelar a prestação

¹⁷⁰ Na exposição de motivos, Alfredo Buzaid explicita a concepção do Código de Processo Civil quanto ao processo cautelar e a escolha da denominação: "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 (arts. 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. (...). A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção." (Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 9 dez. 2015).

¹⁷¹ O Livro III, relativo ao processo cautelar, divide-se em dois capítulos. O primeiro contém disposições gerais sobre medidas inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos procedimentos cautelares específicos, regulados no capítulo seguinte. Disciplina os seguintes procedimentos cautelares específicos: o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, o atentado, a posse em nome do nascituro, protestos, notificações e interpelações, justificação, nunciação de obra nova e outras medidas, como obras de conservação em coisa litigiosa, entrega de objeto e bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, a posse provisória, a guarda e a educação dos filhos, o depósito de menor e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

¹⁷² LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 3.

jurisdicional se caracterizaria pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções.

Os arts. 798 e 799 do CPC/73 consagram o poder geral de cautela do magistrado, qualificado como inominado ou atípico, exatamente porque se situa fora e além das cautelas específicas previstas pelo legislador.

Trata-se de poder de natureza “discricionária” para ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pela parte contrária. Discricião essa, contudo, que não significa arbítrio, mas liberdade para agir dentro dos limites traçados pelo legislador. Assim, o poder cautelar inominado está sujeito aos mesmos pressupostos e condições das cautelares jurisdicionais.

Exige-se, então, a aparência do bom direito – o *fumus boni iuris* – e não a titularidade absoluta, cabal e indiscutível do direito subjetivo material. Ainda, o *periculum in mora*¹⁷³ - o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação. Não obstante o elastério quanto à diferença de grau ou qualidade relativamente a essas expressões, dificilmente mensuráveis, e, portanto, objeto de valoração subjetiva do magistrado, há de se considerar, em qualquer hipótese, o risco de tornar-se inútil, no todo ou em parte, a sentença definitiva, caso não concedida a medida.

¹⁷³ Enrico Finzi afirmava que haveria sempre *periculum in mora* quando a futura justiça correr o risco de se tornar ineficaz e definia *periculum in mora* como o dano marginal decorrente do atraso na execução e hábil a ser sanado com a execução provisória. No original: “havvi sempre pericolo nel ritardo quando la giustizia di domani potrebbe riuscire senza effetto. Con maggiore precisione mi pare definibile il *periculum in mora* come quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, che scompare con la esecuzione provvisoria.” (FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. III, parte II, p. 44-51, 1926. p. 50).

3.2 ALCANCE DO PODER GERAL DE CAUTELA

Controvertia, entretanto, a doutrina, a respeito do alcance desse poder atribuído ao magistrado para determinar as medidas provisórias que julgar adequadas. Em especial, debatia-se se, no âmbito do “processo cautelar” essas medidas tratavam-se apenas de medidas preventivas ou conservativas ou se poderiam comportar providências antecipatórias do direito material vindicado pela parte – em outras palavras, as ditas “medidas cautelares satisfativas”.

Estabelecia-se então a distinção entre “cautelaridade” – a proteção ao direito cujo reconhecimento ou satisfação se estivesse buscando em processo no qual o resultado da atividade jurisdicional estivesse fadado à inutilidade pela ação do tempo - e “satisfatividade” - esta correspondendo ao pronto reconhecimento do direito, ainda que de forma provisória, viabilizando ao seu titular sua fruição imediata no plano concreto.

Galeno Lacerda, ao propor a sua classificação finalística das medidas cautelares, a par daquelas tendentes à segurança quanto à prova, e segurança quanto aos bens, encartava a “segurança mediante a antecipação provisória da prestação jurisdicional”.¹⁷⁴

Humberto Theodoro Junior¹⁷⁵, em interpretação mais restritiva, afirmava que “não se trata, porém, de antecipar o resultado do processo principal, porque os objetivos do processo cautelar são diversos daqueles

¹⁷⁴ Afirmava então o mestre: “A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atende, em regra (com exceções possíveis nas cautelas atípicas), à necessidade de proteção imediata das pessoas. Isto pode ocorrer, por exemplo, em matéria de alimentos e de guarda de menores e incapazes, e, em geral, nas demais questões de família. A antecipação preventiva da tutela se justifica pela relevância dos valores humanos em jogo. (...). No campo das cautelas inominadas, essa antecipação se estende em dimensões notáveis, praticamente a todos os setores do direito.” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I, p. 13).

¹⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. II. p. 363.

procurados por este”. Consignava que “as medidas preventivas não são satisfativas, mas apenas preservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil.”

J. J. Calmon de Passos¹⁷⁶, em posição intermediária, admitia em determinados casos a satisfatividade. Indagava o mestre: “como fazer, se, para resguardar o resultado útil do processo outro expediente inexistente fora da antecipação da própria tutela, ainda que em caráter provisório?” Nestas circunstâncias, consignava o mestre que a resposta haveria de ser no sentido de que a antecipação (liminar) seria a própria cautela, identificando-se ambas. E, assim, a antecipação estaria autorizada, por força de sua função cautelar.

Ovídio Baptista da Silva, por seu turno, destacava a sua perplexidade com a formação teórica do chamado “processo de conhecimento” e a decorrente premissa de que não deve haver o menor vestígio de execução, e, portanto, inviável a concepção de liminares satisfativas, em homenagem ao princípio de que a cognição haverá de sempre preceder a execução (*nulla executio sine titulo*), dado que os sistemas jurídicos que descendem do direito romano canônico não admitem a existência de uma sentença baseada em simples verossimilhança do direito. E, portanto, uma tutela jurisdicional da aparência, mesmo com efeitos rigorosamente idênticos aos da execução tida por verdadeira, não seria execução satisfativa, por não lhe anteceder a sentença, que transformaria a aparência em realidade, com a produção da coisa julgada.¹⁷⁷

Distinguia o mestre as hipóteses de *segurança para execução* (estas cautelares *stricto sensu*) e *execução para segurança* (estas verdadeiras medidas antecipatórias)¹⁷⁸. Quanto a esta última hipótese, que o

¹⁷⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. X. t. I. p. 112.

¹⁷⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 84.

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar, op. cit.*, p. 116.

mestre admite, afirmava ele que certas liminares nada mais seriam do que *entrega antecipada do pedido*, com função nitidamente satisfativa. A circunstância de ser provisória a tutela satisfativa não a transformaria, no entanto, em tutela cautelar¹⁷⁹.

Grassavam, portanto, as divergências doutrinárias a respeito da matéria, que se refletiam na jurisprudência, gerando insegurança jurídica - seja com decisões concessivas de liminares satisfativas e com inviável retorno ao *status quo ante*, em prejuízo ao contraditório e ampla defesa; seja com decisões que negavam terminantemente a tutela de urgência antecipada, dita satisfativa, com base no poder geral de cautela, em inegável prejuízo, muitas vezes irreversível, ao direito da parte.

Donaldo Armelin¹⁸⁰ já advertia a respeito que:

Do desuso da tutela jurisdicional cautelar está se chegando à distorção do seu uso. Essa distorção pode ser detectada de várias formas:

- a) pela exagerada extensão que se tem dado a esse tipo de tutela, que acaba por suprimir a tutela jurisdicional satisfativa, deixando, pois, de ser cautelar para assumir outra função que a desnatura;*
- b) paradoxalmente, pela perda de sua autonomia, transformando-se em medida meramente antecipatória da eficácia executiva do processo satisfativo;*
- c) pela sua concessão indiscriminada, sem a presença de seus fundamentos específicos e, finalmente;*

¹⁷⁹ Explicita o mestre: "Por outras palavras, para determinadas causas, torna-se supérflua qualquer investigação probatória demorada, tendo em vista a evidência com que se apresenta a legitimidade da posição do demandante; ou então, porque a simplicidade do litígio, por si só, afasta a necessidade de um contraditório mais extenso e profundo; finalmente, pode preconizar-se a execução antecipada de futura sentença de mérito em casos, como acontece com as liminares interditaes e no mandado de segurança, nos quais o interesse cuja proteção se busca no processo seja extremamente relevante, a determinar uma reação pronta e eficaz da ordem jurídica. Em todas essas hipóteses, as liminares porventura outorgadas pelo juiz, como antecipação da fase decisória da própria lide satisfativa é igualmente provisão jurisdicional satisfativa, que realiza o conceito de execução para segurança ou reproduz alguma espécie de processo injuncional. A cautelaridade em todas elas não entra como função predominante da medida. (...). A circunstância de ser provisória a tutela satisfativa não a transforma, no entanto, em tutela cautelar." (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, op. cit., p. 117).

¹⁸⁰ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 111-137, jan./jun. 1985. p. 129.

d) como corolário desta última circunstância, pela facilidade com que admitem contracautelas insubsistentes.

Visando superar as mencionadas divergências, e, a partir da compreensão de que um processo eficiente não poderia assim ser chamado se não possibilitasse também a concessão de medidas de urgência atuantes no campo de satisfação do próprio direito subjetivo material lesionado ou na iminência de assim o ser, realizou-se a reforma de 1994.

Buscou-se, então, a reorganização das tutelas jurisdicionais mediante a introdução de mecanismos formais para a garantia da efetividade do processo.

Foi nesse contexto que foi editada a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu no Código de Processo Civil de 1973, o art. 273, que passou a expressamente autorizar a concessão de medidas de antecipação dos efeitos da tutela principal ou de mérito.¹⁸¹

Assim sendo, trilhou-se o caminho de regular como remédios distintos as medidas conservativas ou cautelares (arts. 798 e ss. do CPC/73) e as medidas incidentais, ditas satisfativas, de antecipação dos efeitos da tutela principal ou de mérito (art. 273 do CPC/73): aquelas tendo como requisitos, basicamente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; estas o risco de dano irreversível e prova inequívoca da verossimilhança do alegado.¹⁸²

¹⁸¹ Araken de Assis confere o predicado de revolucionário à medida: “a antecipação da tutela representa a única, realmente, a merecer a designação de revolucionária”. (ASSIS, Araken de. *Antecipação de tutela*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 14).

¹⁸² Teori Zavascki afirma que: “O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu a sua finalidade clássica – a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituíam 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, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46).

A integração legislativa implicou a superação do entendimento clássico sobre a necessidade da cognição, plena e exauriente, com o esgotamento de todos os meios de defesa, previamente à concessão do bem perseguido, ainda que dependente de confirmação posterior.

O novo Código de Processo Civil, por sua vez, editado pela Lei nº 13.105/2015, dedicou ao que denominou “tutela provisória” o Livro V de sua Parte Geral, desdobrado em três títulos, sobre as disposições gerais, a tutela da urgência, antecipada ou cautelar, e tutela da evidência – aquelas tendo como pressupostos e requisitos apenas a “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” como se explicitará em capítulo próprio.

No que concerne à tutela de urgência, antecipada, previu o legislador a sua autonomização, com a possibilidade de, se requerida em processo antecedente, seus efeitos restarem estabilizados, caso o réu não recorra, e transcorrido o prazo de dois anos sem o ajuizamento de uma ação de cognição exauriente, com o escopo de invalidar, reformar ou revogar a decisão proferida.

Assim, no campo das tutelas de urgência estão compreendidas mais de uma espécie, todas elas voltadas à neutralização da ação do tempo no processo, incluindo-se as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas.

3.3 TUTELAS SATISFATIVAS SUMÁRIAS ANTERIORES À LEI Nº 8.952/94

Anteriormente à edição da Lei nº 8.952/94, havia previsão, tanto no próprio Código de Processo Civil/73, como em legislações extravagantes, de concessão de tutelas provisionais ou interinais, embora sem a denominação de tutela antecipada, mediante o preenchimento de requisitos específicos, nem sempre associadas à urgência.

Passa-se a seguir a decliná-las, de modo sucinto, de modo a demonstrar que não se tratou de absoluta inovação a introdução do mecanismo de tutela antecipada no Código de Processo Civil, mas a explicitação de um instituto que já vinha sendo empregado no ordenamento pátrio.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 3.365/41, que disciplina as desapropriações por utilidade pública, permitia, no art. 15, imissão provisória na posse, em razão da urgência, mediante o depósito do preço, conforme as condições previstas no § 1º do mesmo dispositivo.

A Lei nº 1.533/51, que então disciplinava o mandado de segurança, autorizava, no art. 7º, inc. II, a concessão de decisão liminar de nítido conteúdo satisfativo, determinando-se a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, quando relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida a ser ao final requerida. Trata-se de ação civil de rito sumário especial, com objeto determinado, destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito, mediante prova pré-constituída, inadmitindo, portanto, dilação probatória. A medida liminar concedida poderá ter efeito cautelar ou satisfativo.¹⁸³

¹⁸³ A mesma disposição foi reiterada na Lei nº 12.016/2009. Confira-se: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 28.

A Lei nº 4.717/65, que rege a ação popular, mediante os acréscimos da Lei nº 6.513/77, passou a admitir, no art. 5º, § 4º, a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

O Decreto-Lei nº 911/69, ao alterar a Lei nº 4.728/65, que estabelece o procedimento atinente à alienação fiduciária, prevê, no art. 3º, a concessão de liminar autorizando a busca e apreensão do bem alienado, uma vez comprovada a mora ou inadimplemento do devedor. Trata-se de medida liminar satisfativa, a ser indeferida independentemente da comprovação da urgência ou *periculum in mora*.

Na ação de usucapião especial de imóveis rurais, a Lei nº 6.969/81, autorizava, no art. 5º, § 1º, a concessão de liminar após audiência preliminar, para que o autor, expondo o fundamento do pedido e individualizando o imóvel, pudesse ser mantido na posse, até a decisão final da causa.

A Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, prevê em seu art. 4º, a concessão de medidas cautelares a fim de evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁸⁴. O art. 12, por seu turno, autoriza ao juiz a concessão de mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

A Lei nº 8.078/90, que disciplina o Código de Defesa do Consumidor, prevê, no art. 83, a admissibilidade de todas as espécies de

¹⁸⁴ Presentemente, o dispositivo conta a seguinte redação, dada pela Lei nº 13.004/2014: Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso: 9 dez. 2015).

ações capazes de propiciar a efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos por aquele código. No § 3º do art. 84, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, autoriza-se ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

A Lei nº 8.245/91, que passou a disciplinar a locação de imóveis urbanos, prevê a concessão de liminar na ação de despejo e na ação revisional de aluguel, ambas de cunho satisfativo, dispensando, contudo, a evidência do risco de dano ou urgência.

Quanto ao Código de Processo Civil/73, este diploma admitia, na venda com reserva de domínio (art. 1071), a liminar satisfativa para a apreensão e depósito da coisa vendida, uma vez provada a mora do comprador mediante o protesto de título.

As ações possessórias, de igual forma, já admitiam a concessão de liminar satisfativa, nos termos do art. 927 e 928 do CPC/73, para a manutenção ou reintegração do autor na posse, tendo como requisitos a prova da posse e do ato espoliativo e sua data, praticado pelo réu. A concessão da liminar dispensa a comprovação do *periculum in mora*. Nesse caso, a urgência é presumida pelo legislador¹⁸⁵. Na hipótese, ocorre a limitação, tanto quanto na profundidade das matérias levadas a juízo, quanto na sua investigação. A par da posse, as demais questões poderiam ser objeto

¹⁸⁵ Teori Zavascki anota a respeito que “mostra a experiência multimilenar que, nas controvérsias decorrentes de tais relações, o uso da força, e, portanto, os riscos de danos à coisa e às pessoas, é presumível. A posse, por ser fato, quando disputada, o é mediante atos de força, de ações concretas. Conquista-se ou perde-se a posse mediante alteração da realidade fática”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 30).

de defesa, podem ser suscitadas em ação petitória, por força da autonomia conquistada pelo juízo possessório.¹⁸⁶

3.3.1. O PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A ação monitória foi instituída em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, que acrescentou ao Código de Processo Civil/73 o art. 1.102 A, B e C, com posterior alteração pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005¹⁸⁷.

Como destaca João Batista Lopes, trata-se de instituto que remonta ao direito romano intermédio, mediante o qual se objetiva evitar a

¹⁸⁶ Conforme salienta Ovídio Baptista da Silva, ao demandado no juízo possessório fica vedada a utilização de qualquer uma das espécies de defesas que lhe seria permitida, caso o autor – temendo não provar o esbulho – optasse pelo juízo petitório: “É claro que, tendo sucumbido no juízo possessório, nem por isso ficará o demandado, que perdera a posse, impedido de retomá-la se voltar a juízo como autor de alguma ação petitória que lhe possa caber, inclusive a reivindicatória, de modo que uma ou mais daquelas defesas que lhe foram vedadas no processo possessório sejam agora empregadas como causa petendi da ação inversa de natureza petitória. O que poderia ser objeto de defesa, se a ação fosse plenária, torna-se fundamento de uma nova ação de natureza petitória, por força da autonomia conquistada pelo juízo possessório. Aquilo que a reivindicatória teria realizado, numa única relação processual, agora – em virtude do fracionamento do processo integral – terá de ser feito através de duas relações processuais. Não fora a autonomia da ação possessória, que a torna, como qualquer outra, uma demanda terminal, seria possível conceber a tutela imediata da posse como fase liminar de uma ação reivindicatória, pois tanto no juízo possessório quanto na reivindicação, o objeto visado pelo autor será a recuperação da posse”. (SILVA, Ovídio Batista da. *O contraditório nas ações sumárias*. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 266).

¹⁸⁷ Anote-se que o Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, previa, dentre as ações especiais, a ação de assignação de dez dias para o réu pagar ou, dentro do respectivo prazo, “alegar e provar os embargos que tiver” (art. 246), cujas matérias passíveis de alegação eram restritas. Os direitos pleiteados teriam de ser líquidos e evidenciados mediante prova documental, sendo que a respectiva decisão poderia ser executada de plano, independentemente de recurso, e, se o caso, mediante caução. Como esclarece José Rogério Cruz e Tucci, tratava-se de ação sumária, mas se os embargos fossem recebidos, tornava-se ordinária. Contudo, a trajetória desse instituto processual, no sistema jurídico brasileiro, encerrou-se sob a égide da mencionada lei, já que o Código de Processo Civil subsequente deixou de cotemplá-lo. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória: Lei nº 9.079 de 14.7.1995*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39)

morosidade do procedimento comum, estabelecendo-se formas especiais de abreviação orientadas à criação de um título executivo.¹⁸⁸

Estabeleceu-se que o titular de prova escrita, sem eficácia de título executivo, poderia ingressar em juízo, via ação monitória, buscando o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de bem fungível ou de determinado bem móvel. As hipóteses que ensejam a ação monitória foram alargadas pelo Novo Código de Processo Civil, que possibilitou a veiculação ainda da pretensão de coisa infungível ou de bem imóvel (inc. II do art. 700) e de adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer (inc. III do mesmo dispositivo).

O juiz, verificando a presença dos requisitos, determinará a expedição de mandado para pagamento, entrega da coisa ou cumprimento da obrigação de fazer/não fazer. No prazo de 15 dias, contado da respectiva intimação, poderá o réu cumprir a determinação ou impugná-la via embargos à ação monitória, que suspenderão a eficácia da decisão inicial. Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos pelo procedimento ordinário.

Destaque-se que o mandado de pagamento inicialmente expedido tem força executiva imediata, mas provisória, já que, se forem apresentados os embargos, restará suspenso. O novo CPC restringe a suspensão à prolação da decisão de primeira instância.

Caso não sejam opostos os embargos à ação monitória ou sendo eles rejeitados, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se na forma do capítulo atinente ao cumprimento da

¹⁸⁸ LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 83, p. 18-26, jul./set. 96. p. 19.

sentença. Cumprido o réu o mandado, ficará isento de custas. O CPC/73 estabelecia também a isenção de honorários advocatícios.

A decisão que ordena a injunção reveste-se da característica de provimento sumário satisfativo e autônomo, em que há terminalidade da resposta jurisdicional, encerrando a fase sumária do procedimento monitorio.¹⁸⁹

Percebe-se, na ação monitoria, a inversão do contraditório, na sua fase preliminar, cabendo ao réu a iniciativa de provocar o autor para discutir a origem e legitimidade do crédito.

Nesse procedimento, como destaca João Batista Lopes, cabe ao devedor a iniciativa do contraditório, ou seja, o juiz não determina a citação do réu para oferecer defesa, mas emite – desde logo – e, portanto, sem ouvir o réu – mandado de pagamento, que se converterá em título executivo se não for impugnado no prazo legal. Quanto ao âmbito de abrangência do instituto, afirma tratar-se de papel complementar, no sentido de proteger o credor em muitas situações não abrangidas pela ação de execução e pela tutela antecipada (na qual se dispensaria a exigência da prova escrita da obrigação)¹⁹⁰.

No seu entender, então, trata-se de procedimento especial (sumário) do processo de conhecimento. Destaca o mestre que “o que o extrema dos demais é a ordem (mandado) de pagamento expedida *inaudita*

¹⁸⁹ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 198.

¹⁹⁰ LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitoria, *op. cit.*, p. 19-20.

altera parte em cognição sumária, com finalidade de preparar a execução”.¹⁹¹

Donaldo Armelin lembra que a técnica da antecipação é eventual, atuando *secundum eventum defensionis*: ausente a defesa, dispensa-se praticamente toda a fase de cognição antecedente à execução, e, pois, a prolação de sentença condenatória, com real proveito para a celeridade na prestação jurisdicional. Tal provimento antecipa, destarte, aquela sentença, produzindo seus efeitos no concernente à formação do título executivo.^{192_193}

¹⁹¹ Carreira Alvim, discorrendo sobre o procedimento monitorio italiano, invoca Garbagnati, para quem: “o decreto de injunção contém um provimento jurisdicional de natureza declaratória, idêntico ao provimento do juiz contido numa sentença (ordinária) definitiva de condenação; e isto não obstante a forma diversa da prescrita pelo legislador para o provimento que encerra um processo ordinário de cognição. A sumariedade da cognição que precede o decreto incide sobre a estrutura do procedimento de injunção, isto é, sobre a forma e sequência dos atos coordenados ao provimento final do juiz, mas não exclui que através do seu desenvolvimento se alcance o exercício da mesma jurisdição declarativa. A forma especial do provimento – decreto em vez de sentença – se justifica não em razão do exercício de um poder diverso do poder jurisdicional decisório, mas unicamente em consideração à estrutura especial do procedimento e da sumariedade da cognição, correlata à falta de contraditório. A natureza da ação exercitada no procedimento de injunção, de forma especial, é a mesma ação de condenação que o credor exercita no processo ordinário de cognição. O procedimento de injunção, conclui Garbagnati, é um processo especial de cognição, no qual o exercício, em forma especial, de uma ação ordinária de cognição, provoca a pronúncia, também em forma especial, de um provimento jurisdicional, idêntico, por natureza, não obstante a sumariedade da cognição, àquele pronunciado no exercício da jurisdição declaratória, num processo ordinário de cognição” (ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 75-103, jul./set. 1995. p. 84).

¹⁹² ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar.1992. p. 52.

¹⁹³ Esclarece o mestre: “Chiovenda o considerou um procedimento específico, gerador de sentença de prevalente função executiva, ao lado de outros procedimentos com idêntico escopo. Entretanto, não o descartou da área do processo de conhecimento. Deveras é nesta que o procedimento monitorio encontra a sua adequada colocação. Ainda que a cognição do juízo, na hipótese de revelia do réu, cinja-se à admissibilidade da via injuncional e à plausibilidade do direito nela invocado, existe atividade cognoscitiva e é ela pressuposto do acesso à via executiva, através do título executivo nela formado. O processo de execução emerge do resultado da ação monitoria, que inexoravelmente o antecede para a formação do título executivo judicial, mas com ela não se confunde, até porque não pode ser incoado *ex officio*, pois resta ao alvedrio do credor. Ora, se o procedimento monitorio decorre da propositura da ação dessa natureza e, por si só, hábil a gerar um título executivo judicial, sua função, exaurindo-se com esse resultado, demonstra a sua autonomia em face do processo de execução, o que significa não se confundir com este.” (ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitoria: Lei 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 14, p. 25-76, abr./jul. 1996. p. 30-31).

Kazuo Watanabe, por seu turno, afirma tratar-se de hipótese de cognição eventual, plena ou limitada e exauriente. O contraditório é eventual, com a possibilidade de supressão de toda uma fase tipicamente jurisdicional pelo só comportamento do réu, independentemente de sentença. Destaca o autor que, “no *processo monitorio*, há a inversão da iniciativa do contraditório, tornando-se necessária a cognição somente quando o demandado adotar tal iniciativa”. Com arrimo na doutrina de Calamandrei, assenta que “a cognição está considerada aqui não tanto em sua função imediata de preparação do título executivo. É a declaração com predominante função executiva a que alude Chiovenda.”¹⁹⁴ ¹⁹⁵

Teresa Wambier¹⁹⁶, sob a ótica do CPC/73, afirmava que, justamente porque não exige a norma jurídica que o juiz verifique a plausibilidade de existência do direito, para emissão do mandado monitorio em face do transcurso *in albis* dos embargos pela parte contrária, a cognição realizada na fase inicial da ação monitoria era incompleta, fincada apenas na constatação da existência daqueles requisitos (“prova escrita sem eficácia de título executivo”).

Assim, como o magistrado terá realizado apenas cognição parcial acerca dos elementos documentais trazidos pelo autor, e, porque não

¹⁹⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

¹⁹⁵ Afirma Willis Santiago Guerra que, quando acolhido o pedido, a condenação se dá, *in limine litis*, sem que o juiz tenha plena certeza de que, de fato, o devedor é inadimplente. Contudo, ela representa, assinala Liebman, uma figura especial de ação condenatória, porque destinada à emissão de provimento cognitivo simplificado e incompleto, dotado de um dos efeitos normais da condenação, o executivo, o qual se antecipa aos demais. Esse resultado é necessariamente provisório e condicionado, porque, conforme o resultado da segunda fase do processo, o provimento ora descrito ficará inteiramente cancelado ou se completará através de uma sentença condenatória ordinária, na qual ficará absorvido; ou ainda, passará a ter efeitos de tal condenação, se a segunda fase do processo não feita ou se extinguir. Desse modo, essa decisão condenatória se submete à condição resolutiva, conseqüentemente, à semelhança do que ocorre com a sentença sujeita a recurso.” (GUERRA, Willis Santiago. Ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 48-53, jan./mar. 1996. p. 49-50).

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 120.

houve resistência, não haverá cognição acerca da existência do crédito afirmado, e, portanto, não poderá se revestir da imutabilidade da coisa julgada (o que ocorreria caso tivessem sido opostos embargos, na medida em que a ação passaria a prosseguir com o procedimento ordinário).

De tal forma, no entender de Teresa Wambier, nada impediria que o réu, posteriormente, argua, em embargos à execução, qualquer matéria que poderia ter oposto em sua defesa, no curso da ação monitória. Eduardo Talamini discorda, posicionando-se no sentido de que, não se opondo embargos monitórios ocorreria preclusão, ficando vedada a discussão de toda e qualquer matéria anterior àquele momento. Portanto, na fase executiva da ação monitória, os embargos somente poderiam versar sobre as matérias elencadas no art. 741 do CPC/73.¹⁹⁷

Carreira Alvim¹⁹⁸, por seu turno, divergindo, consigna que, dadas as características do procedimento, o juiz, ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitória, emite decisão que importaria no reconhecimento (que pode ou não ser definitiva) da existência do crédito e, portanto, do mérito da pretensão substancial. Assim, essa decisão teria, sob o aspecto processual, forma de interlocutória e conteúdo de decisão definitiva, podendo, *modus in rebus* ser equiparada a uma “interlocutória mista”.

José Rogério Cruz e Tucci em obra produzida ainda sob a égide do CPC/73, afirmava que, a despeito de ser catalogada entre as interlocutórias, esse provimento se equipara, sob o prisma ontológico em cerdadeira sentença *potencialmente* condenatória, passando a gozar de

¹⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 150.

¹⁹⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória*, *op. cit.*, p. 92.

eficácia executiva plena e imediata. E acrescenta: “é a própria inércia do devedor que vai conferir esse atributo àquela decisão”.¹⁹⁹

Willis Santiago Guerra²⁰⁰ defende a natureza jurídica de sentença, afirmando tratar-se de sentença condenatória, visto que, além de tornar certa a exigência da obrigação substancial ajuizada, abre caminho para a execução forçada.

O novo Código de Processo Civil, contudo, no art. 701, § 3º, afirma ser cabível a ação rescisória contra a constituição de pleno direito do título executivo, na hipótese de não pagamento ou não apresentação dos embargos previstos no art. 702 do mesmo ordenamento.

Ronaldo Vasconcelos²⁰¹ discorda do dispositivo que equipararia o mandado monitório convertido em título executivo por conta da dupla omissão do réu, pelo simples fato de por fim à fase cognitiva do

¹⁹⁹ José Rogério Cruz e Tucci invoca ainda a doutrina italiana, especialmente Valiutti e De Stefano, que reconhecem uma “natureza de um accertamento com *attitudine al giudicato*, em tudo idêntico àquele contido em uma sentença definitiva de condenação emitida ao final de um procedimento comum de cognição”. Nota, contudo, o mestre, ainda discorrendo sobre o procedimento di *ingiunzione* italiano, que a possibilidade de se conferir o status de coisa julgada à decisão liminar proferida na ação monitória não é unânime na doutrina daquele país. Nesse sentido, o entendimento de Giovanni Tomei, para quem ocorreria apenas preclusão endoprocessual que não permitiria que o réu impugnasse o título e a decisão. Nada obstante, seria assegurado ao réu a possibilidade de ajuizar uma ação autônoma, de cognição plena e exauriente com o fito de discutir a natureza do título e o valor correspondente. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória: Lei nº 9.079 de 14.7.1995*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47-48 e 85).

²⁰⁰ Afirma esse autor que, quando acolhido o pedido, a condenação se dá, in limine litis, sem que o juiz tenha plena certeza de que, de fato, o devedor é inadimplente. Contudo, ela representa, assinala Liebman, uma figura especial de ação condenatória, porque destinada à emissão de provimento cognitivo simplificado e incompleto, dotado de um dos efeitos normais da condenação, o executivo, o qual se antecipa aos demais. Esse resultado é necessariamente provisório e condicionado, porque, conforme o resultado da segunda fase do processo, o provimento ora descrito ficará inteiramente cancelado ou se completará através de uma sentença condenatória ordinária, na qual ficará absorvido; ou ainda, passará a ter efeitos de tal condenação, se a segunda fase do processo não feita ou se extinguir. Desse modo, essa decisão condenatória submete a condição resolutiva, conseqüentemente, à semelhança do que ocorre com a sentença sujeita a recurso.” (GUERRA, Willis Santiago. *Ação monitória. Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 48-53, jan./mar. 1996. p. 49-50).

²⁰¹ VASCONCELOS, Ronaldo. Da ação monitória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.617.

processo monitorio. Fica a sua posição no fato do mandado monitorio tratar-se de mera decisão interlocutória com a qual o juiz determina ao réu o cumprimento de uma obrigação extraída da prova documental escrita extraída da inicial.

Antonio Carvalho²⁰² afirma que o pronunciamento inicial não poderia se converter, com a inércia do devedor, em sentença. Isso porque, a ausência de embargos não teria o condão de deslocar topicamente e alterar a natureza específica da tutela monitoria. Destaca que o provimento pode ter função e eficácia semelhantes à da sentença condenatória no processo comum de conhecimento, mas nem por isso seria sentença.

Contudo, da leitura sistemática do aludido dispositivo, com o art. 966, *caput* do CPC/2015, que estabelece as hipóteses de rescindibilidade da “decisão de mérito, transitada em julgado”, afirma decorrer duas conclusões: “a) a primeira que a decisão interlocutória do procedimento monitorio é decisão de mérito; b) a segunda é que se não houver o pagamento pelo devedor ou a apresentação de embargos ao mandado monitorio, ela formará coisa julgada material”.

Arremata, consignando ter havido um novo tratamento legal da coisa julgada, rompendo com as balizas do sistema anterior, ao se estabelecer que se denomina “coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502), o que implicaria que não apenas a sentença, mas também decisões interlocutórias de mérito – como seria a hipótese em comento – teriam o condão de perfazer coisa julgada material, por expressa opção legislativa.²⁰³

²⁰² CARVALHO, Antônio. A tutela monitoria no CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 525-570. p. 540.

²⁰³ CARVALHO, Antônio. A tutela monitoria no CPC/2015, *op. cit.*, p. 543.

Veja-se, portanto, que o legislador conferiu a uma decisão de cognição sumária, fundada na aparência do direito invocado pela parte, que parcela considerável da doutrina entendia como incapaz de se revestir da imutabilidade da coisa julgada, esse *status*, na hipótese de ausência de pagamento ou impugnação pela parte contrária.

O paralelo que se pode estabelecer entre a tutela da ação monitória e a tutela antecipada antecedente baseada na urgência se refere à similitude da técnica empregada e a *ratio* subjacente: obtenção de uma decisão efetiva sem a imposição de que necessariamente o requerente seja submetido ao processo ordinário, tudo a depender da iniciativa da parte contrária. Dela se distingue pela circunstância de que o legislador, em caso de mutismo do devedor, atribuiu à decisão a imutabilidade da coisa julgada.

3.4 OPÇÃO ADOTADA EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

O modelo de estabilização da tutela antecipada de cognição sumária evoluiu a partir dos modelos constantes nos ordenamentos jurídicos francês e italiano, nos quais se podem identificar proteções jurisdicionais provisórias autônomas, aptas a regular de forma definitiva os litígios.

3.4.1 O MODELO FRANCÊS

O primeiro modelo a ser analisado e paradigma inspirador do conceito de um provimento provisório, mas com recursos a se tornar definidor da controvérsia, é o francês do procedimento em *référé*.

Destaque-se, primeiramente, que no *Code de Procédure* francês identificavam-se várias possibilidades de tutelas de urgência. E entre essas, podem ser citadas as:

- (i) *mésures d'attente*: modalidade clássica da tutela cautelar, por meio da qual se objetiva resguardar, via arresto, sequestro, produção antecipada de provas, etc., determinada situação litigiosa de perigo de dano, mas sem adentrar no mérito;
- (ii) *mésures provisoires qui anticipent sur le jugement*: modalidade de tutela antecipada, apta a produzir resultados provisórios satisfativos do direito do litigante;
- (iii) *mésures provisoires qui anticipent sur l'exécution*: modalidade de tutela antecipada que permite ao magistrado, antes do trânsito em julgado, autorizar, se necessário, a execução provisória da sentença, ainda pendente de recurso.²⁰⁴

O sistema francês prevê ainda a figura das *ordonnances sur requête* (art. 493 do *Code de Procédure Civile*²⁰⁵), que equivaleriam às liminares concedidas *inaudita altera parte*, nas quais, entretanto, não se admite o contraditório. Estas, como anota Galeno Lacerda, se assemelham aos atos judiciais de polícia decretados unilateralmente, em situações de excepcional urgência, em que a eficiência da medida poderia ficar prejudicada se conhecida pelo requerido.²⁰⁶

Contudo, o que interessa especificamente à presente dissertação é a *ordonnance de référé*. Esse sistema resultou de uma longa marcha evolutiva do direito processual francês, voltada à criação de técnica de tutela jurisdicional diferenciada com o predicado da cognição sumária e

²⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Tutela antecipada: aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181-203. p. 183-184.

²⁰⁵ Art. 493. L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015)

²⁰⁶ Nesse sentido, confira-se: LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 107.

destinado à rápida formação de um título executivo sem o necessário vínculo ao requisito de urgência.

Identifica-se no instituto do *référé* a característica do pronunciamento judicial de conteúdo antecipatório do juízo de mérito, que se desenrola independentemente da instauração do processo em cognição plena e exauriente.

Como esclarece Gustavo Bohrer Paim²⁰⁷, o instituto do *référé* é antigo no direito francês, sendo a sua origem situada no ano de 1685, no âmbito do Châtelet de Paris, como forma de se tentar sanar a lentidão da justiça parisiense. Posteriormente, ao ser incorporado pelo Código de Processo Civil de 1806, foi institucionalizado, passando a ter aplicação em toda a França.

Conforme estabelece o art. 484 do novo Código de Processo Civil francês, o *référé* é uma decisão provisória prolatada a pedido de uma parte, na presença de outra ou sendo esta chamada, por um juiz que não está vinculado ao processo principal, e que tem o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.²⁰⁸

O art. 808 do novo Código de Processo Civil francês²⁰⁹ dispõe sobre o *référé*, em geral, explicitando que cabe ao presidente do tribunal de grande instância, em caso de urgência, a prolação das medidas necessárias,

²⁰⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 203, p. 99-118, jan. 2012. p. 100.

²⁰⁸ Article 484 - L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9EA776E79174D923FC85743578A59104.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165205&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez.2015).

²⁰⁹ Article 808 – Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

que não enfrentem contestação séria ou que justifiquem a existência de uma controvérsia.²¹⁰

Na primeira parte do art. 809, que cuida do *référé* especial, está previsto que o presidente do tribunal pode, mesmo diante de uma contestação séria, prescrever medidas de conservação ou de prevenção, nos casos em que essas se imponham para prevenir um dano iminente ou cessar um transtorno manifestamente ilícito²¹¹. Trata-se de medidas de conservação, com base na aparência do direito, que implicam uma “apreciação provisória e superficial dos interesses em conflito”.²¹²

²¹⁰ Conforme Olivier Caprasse, sempre se admitiu que o juiz de *référé* pudesse colocar fim a uma circunstância de fato, sem prejudicar o mérito. Abria-se a possibilidade a uma intervenção marginal do juiz de *référé* em casos de ilegalidade flagrante, que pudessem ser definidos como aqueles que não contavam com qualquer justificação legal ou aqueles que impediam o exercício de um direito evidente. Igualmente se reconhecia ao juiz de *référé* o poder de fundamentar a sua decisão no direito das partes, nos casos em que se tratasse de direitos evidentes e que não fossem contestados seriamente. O juiz de *référé* podia ainda abordar o mérito se isso fosse realmente necessário para decidir o litígio: aquele que pleiteia, por meio do *référé*, uma medida que implique necessariamente o mérito de sua pretensão, deve justificar a certeza do direito e, desde que a pretensão não seja incontestável, o juiz de *référé* deve se declarar incompetente. Essas exigências postas à intervenção do juiz de *référé* referem-se às medidas antecipatórias, a saber, aos mandados de fazer, de não fazer e pagar soma em dinheiro. No original: “Il a tout d’abord été admis que le juge des référés pouvait mettre fin à une voie de fait, sans pour autant préjuger du fond du litige. Ceci ouvrirait la voie à une intervention marginale du juge des référés en cas d’illégalité flagrante, lavoie de fait se définissant comme l’acte ‘qui ne peut manifestement s’autoriser d’aucune justification légale’ ou ‘par lequel on empêche l’exercice d’un droit évident’. On également reconnu au juge des référés le pouvoir de fonder son ordonnance sur les droits des parties, lorsqu’il s’agit de droits évidentes et non sérieusement contestés. Le juge des référés peut donc aborder le fond si celui-ci ne nécessite pas de réel examen pour trancher le litige: ‘celui qui demande en référé une mesure qui implique nécessairement le bien-fondé de sa prétention, doit justifier la certitude de son droit et dès l’instant où la prétention au fond n’est pas incontestable, le juge des référés soit se déclarer sans compétence. Ces exigences posées à l’intervention du juge des référés son relatives aus mesures d’anticipation, “a savoir aux injonctions de faire, de ne pas faire et de payer des provisions”. (CAPRASSE, Olivier e AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*. Bruxelas: Larcier, 2010, p. 148).

²¹¹ Article 809 -Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire. (Disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²¹² L’octroi de ‘mesures conservatoires qui régissent provisoirement la situation des partir des manière à sauvegarder leur intérêts en conflit, répond à des conditions plus souples: ces mesures, qui n’impliquent pas le bien-fondé de la prétention du demandeur, ne requièrent pas des droits évidentes et non sérieusement contestes mais des apparences de droit suffisantes. Le juge est ainsi habilité à se livrer, non pas à um examen des droits des parties, mais seulement à une appréciation provisoire et superficielle des droits em conflits.” (CAPRASSE, Olivier e AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires, op. cit.*, p. 148).

Assim, o *référé*, em sua manifestação ordinária, exige a presença concomitante dos requisitos “urgência” e ausência “de contestação séria” ou de uma “controvérsia”. No caso do *référé* especial, mesmo diante de contestação séria, se exige a “urgência” em razão da presença de dano iminente ou para cessar o ilícito.²¹³

Porém, em razão de evolução paulatina, a legislação aderiu também à tutela dos direitos evidentes, sob o modelo do *référé provision* disposto na segunda parte do art. 809, do novo Código de Processo Civil. Lá está disposto que, nos casos em que a existência da obrigação não for objeto de uma contestação séria, pode ser concedida ao credor, ou ser ordenada a execução de obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer.²¹⁴

²¹³ Esclarece Gustavo Bohrer Paim que essa disposição da primeira parte do art. 809 foi acrescentada por um Decreto de 17.6.1987, com vistas a alargar o domínio do *référé*, “não permitindo que o julgador se escude atrás de uma contestação séria para não tomar uma decisão de justiça.” (PAIM, Gustavo Bohrer. *O référé francês*, *op. cit.*, p. 103).

²¹⁴ Pierre Drai anota que o *référé* é um tipo de cultura judiciária, deve-se querer, amar, escutar e decidir. Crê que foi, sob esse ponto de vista, que se desenvolveu ao longo dos trinta últimos anos, de uma maneira muito clara e explicativa. No Código de 1806-1807, o juízo dos *référés* já existia, cabendo ao presidente do tribunal de primeira instância da corte civil, que fazia a recomendação de não causar prejuízo à demanda principal: do que se deduz que não de poderia adentrar à matéria de fundo; depois houve uma evolução com o Decreto de 17 de dezembro de 1973, a respeito das medidas de instrução, mediante o qual se introduziu a terceira alínea ao artigo 809, por meio da qual o juiz podia, quando a obrigação não fosse impugnável seriamente, conceder a tutela. A Corte de Cassação, segunda câmara civil, bem entendeu, com clarividência, que nesses casos o juízo do *reféré* não havia de invocar a urgência e que se podia inclusive conceder a integralidade do mérito – foi efetivamente sintomático. (...). O Decreto de 17 de outubro de 1987 então previu de uma medida bem clara e confirmou a jurisprudência da Corte de Cassação: mesmo em caso de obrigação seriamente contestável, cabe ao juiz adotar todas as medidas cabíveis para prevenir um dano iminente e por termo a um dano manifestamente ilícito. No original: “Le référé, c’est une sorte de culture judiciaire, il faut vouloir, aimer, écouter et décider”. Et à cet égard je crois que ce qui s’est passé au cours des trente dernières années le démontre d’une façon très claire et très parlante. Dans le Code de 1806-1807, le juge des référés existait, c’était toujours le président du tribunal de première instance du tribunal civil, il lui y était surtout fait recommandation de ne pas porter préjudice au principal; on en avait déduit qu’il ne pouvait pas “toucher le fond du droit”; puis les choses ont évoluè, em 1973, par le décret du 17 décembre 1973 sur les mesures d’instruction, une toute petite disposition a prévu comme troisième alinea de l’article 809 que le juge pouvait, lorsque l’obligation n’est pas sérieusement contestable, accorder une provision. La Cour de Cassation, deuxième chambre civile, est allée bien entendu dans le sens d’une clairvoyance puisqu’elle a estimé que le juge des référés, dans ces cas là n’est devait pas invoquer l’urgence et qu’il pouvait même accorder le plein de la demande, c’était une aide tout à fait symptomatique de la Cour de Cassation pour les juges du fond, et puis le décret du 17 octobre 1987. (...) Le décret du 17 octobre 1987 a donc prévu d’une façon très claire et a confirmé la jurisprudence de la Cour de Cassation: même em cas de obligation sérieusement contestable, il appartient au juge de prendre toutes les mesures propres à prevenir um dommage iminente pour mettre un terme à um trouble manifestement illicite.” (DRAI, Pierre. *Le référé. Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 209-212. p. 210).

Veja-se que, nesse caso, se dispensa a urgência, concedendo-se a totalidade do pedido.

Roger Perrot afirma que esse tipo de *référé* tem o mérito de proporcionar desde logo à vítima uma parte da satisfação esperada. Não exige comprovação da urgência, mas sim a existência de uma obrigação que não possa ser razoavelmente contestada.²¹⁵

Gustavo Bohrer Paim²¹⁶ destaca que a ausência de contestação séria pode ser entendida quando não haja dúvida razoável acerca da solução – juízo de mérito – que se daria à questão, de fato ou de direito. Tratar-se-ia de um “prejulgamento de mérito, sob a aparência do direito, que não é seriamente contestado”.²¹⁷

Note-se que o art. 810²¹⁸ esclarece que os poderes do presidente do tribunal de grande instância, previstos nos arts. 808 e 809 retro

²¹⁵ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 94, n. 342, p. 161-169, abr./jun.1998. p. 165.

²¹⁶ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês, *op. cit.*, p. 103.

²¹⁷ Alain Lacabarats esclarece, a respeito, que o caráter provisório da decisão é uma nota fundamental do *référé*: o juiz não aprecia o mérito do litígio; mesmo se, na prática, a sua decisão produz efeitos definitivos, ele não pode, em princípio, proferir medidas destinadas a preservar os direitos das partes, antes da apreciação pelo juiz da causa principal. Deve se ater à aparência e à evidência do direito para tomar as medidas necessárias e resolver os aspectos mais cruciais do conflito entre as partes. (...). O que é digno de nota, no entanto, é a liberdade conferida ao juiz do *reféré* quanto ao conteúdo de sua decisão, a tal ponto que esse magistrado parece muitas vezes dotado de poderes superiores àqueles do juiz da causa principal. No original: “Le caractère provisoire de la décision est une donnée fondamentale du *référé*: le juge des *référés* ne tranche pas le fond du litige; même si, em pratique, as décisions produites ont des effets définitifs, il ne peut en principe prononcer d’appréciation par le “juge du principal”. Il s’en tient à l’apparence et à l’évidence” pour prendre les mesures nécessaires et apaiser les aspects les plus aigus du conflit opposant les parties”. (...). “Ce qui est remarquable en revanche, c’est la liberté laissée au juge des *référés* quant au contenu de sa décision, à tel point que ce magistrat paraît parfois doté de pouvoirs supérieurs à ceux d’un juge du fond.” (LACABARATS, Alain. Le *référé*. *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 213-224. p. 218; 222)

²¹⁸ Article 810 - Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance prévus aux deux articles précédents s’étendent à toutes les matières où il n’existe pas de procédure particulière de *référé*. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

citados, estendem-se a todas as matérias em relação às quais não haja procedimento próprio de *référé*.

O procedimento do *référé* prima pela celeridade e simplificação. É expedida uma convocação ao demandado para comparecer a uma audiência, com data e hora precisas, assegurando-se que, entre a citação e a audiência, haja tempo suficiente para que o réu prepare sua defesa²¹⁹. Em casos de urgência, a convocação poderá ser agendada mesmo para feriados ou dias não úteis²²⁰. Há ainda a possibilidade de o juiz do *référé*, diante de uma controvérsia complexa, enviar a matéria ao colegiado da jurisdição competente.²²¹⁻²²²

²¹⁹ Article 486 - Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²²⁰ Article 485 - La demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés. Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²²¹ Article 487 - Le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²²² Alain Lacabarats esclarece a necessidade de observância do princípio do contraditório mesmo no procedimento do *référé*, com a comunicação precisa do objeto, causa e textos legais suscetíveis de serem aplicados à hipótese, para que possa exercer da melhor maneira a sua defesa: "La contradiction est inhérente à laprocédure de référé e s'impose à tous. Pour les parties, le respect du principe de la contradiction implique bien sûr uma communication régulière de loyauté, tenant compte des spécificités de la procédure. Malheureusement, cette obligation est trop solvante perdue de vue: - toute assignation devrait comporter um enoncé précis de l'objet et de la cause de la demande ou, bien que cela revienne au même, cite tous les textes susceptibles d'être appliqués par le juge des référés. Un tel pratique place de defendeur dans l'impossibilité de savoir sur quel terrain précis il doit se défendre ou supposerait qu'il puisse examiner toutes les solutions concevables, ce qu'il ne peut faire, à l'evidence, compte tenu de la brieveté de certains delais de comparution." (LACABARATS, Alain. *Le référé. Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 213-224. p. 220).

A ordem do *référé* constitui-se em um título executivo, passível de execução forçada. O devedor é obrigado a pagar imediatamente, podendo o juiz subordinar a execução provisória à constituição de uma garantia.²²³

Ao se incursionar especificamente no tema da estabilidade de seus efeitos, a redação do art. 488 da legislação processual francesa não deixa qualquer dúvida em relação à opção política de seu legislador, no sentido de que a ordem do *référé* é desprovida da autoridade da coisa julgada material.²²⁴ Prossegue ainda o legislador francês, afirmando, na segunda parte do referido art. 488, que esse provimento, no entanto, apenas poderá ser modificado ou modificado em caso de novas circunstâncias.

Humberto Theodoro Junior²²⁵ destaca que uma das características básicas que toma o instituto processual francês do *référé* é sua autonomia frente ao processo principal. Assim sendo, ao contrário do ordenamento pátrio, em que a opção até então foi no sentido de que a tutela cautelar ou antecipada esteja sempre subordinada à decisão em cognição exauriente proferida em processo principal ou posterior, no direito francês, o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. Ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, que não depende de posterior processo principal para confirmação. A ulterior

²²³ Article 489 - L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peu toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²²⁴ Article 488. L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. (Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7415F9A5EB68448710D7DA6DE7605B66.tpdila16v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165206&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151102. Acesso em: 9 dez. 2015).

²²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito brasileiro e europeu. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 157, p. 129-146, mar. 2008. p. 136.

composição do litígio, em caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica.

Sua originalidade essencial residiria em atribuir efeitos jurídicos ao mutismo do devedor, no sentido de que, se este não se opõe ao decreto de injunção no prazo fixado, seu silêncio valerá como reconhecimento implícito da dívida.

Gustavo Bohrer Paim²²⁶ anota que há sempre a possibilidade de instaurar um processo de cognição plena, com todas suas garantias. O caráter provisório do mandado de *référé*, que não é revestido de coisa julgada, autoriza que o juiz do processo principal, caso assim entenda, diante dos elementos trazidos ao processo, modifique ou revogue a decisão.²²⁷

Contudo, a ordem do *référé* não pode ser modificada ou revogada, em *référé*, salvo em caso de circunstâncias novas. Trata-se de uma ordem excepcional, visto que concedida apenas diante de um direito manifesto. Sua eficácia não é subordinada a um eventual processo à cognição plena.

A parte sucumbente poderá impugnar a decisão, mas, como destaca Gustavo Bohrer Paim, os meios de impugnação não se confundem com o juízo de mérito, pois as duas jurisdições não se dão em um mesmo plano. Assim, a impugnação da decisão não prejudica a instauração do processo à cognição plena e vice-versa:

²²⁶ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês, *op. cit.*, p. 106.

²²⁷ “Le caractère provisoire de l’ordonnance de *référé* a pour unique portée qu’elle n’est pas revêtue de l’autorité de chose jugée à l’égard du juge du fond, qui est libre de statuer em sens contraire s’il est postérieurement saisi de la cause; ele n’a qu’une autorité de chose décidée *rebus sic stantibus*, qui permet au juge de la modifier ou de la rétracter em fonction de la situation.” (CAPRASSE, Olivier e AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires*, *op. cit.*, p. 151).

*O référé é marcado por sua independência procedimental no seu nascimento - a existência de um processo de mérito em curso ou porvir não é condição para sua concessão-, no seu desenvolvimento- os eventos de eventual processo de fundo não o afetam - e no seu termo - a extinção de um eventual processo de mérito não leva, em princípio, à extinção da tutela provisória.*²²⁸

Afirma que “a ordem do référé, provisória em direito, muitas vezes se tornará definitiva de fato, sem que haja intervenção do juízo de mérito”.²²⁹

Humberto Theodoro Junior lembra ainda que o fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito. O seu objetivo é a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso. Ressalva que “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 de autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento do référé é apenas provisório (embora não temporário nem acessório).*²³⁰

É prerrogativa das partes a instauração posterior de processo principal. Nada obstante, a tutela judicial prolatada no *référé* perdurará indefinidamente e sem a necessidade de posterior confirmação em processo com cognição exauriente.

Roger Perrot, após destacar que, em muitos casos o processo se detém no patamar do provisório, pois o réu, consciente de que a causa é

²²⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. *O référé francês*, op. cit., p. 106.

²²⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *O référé francês*, op. cit., p. 113.

²³⁰ THEODORO JR., Humberto. *Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista*, op. cit., p. 137.

indefensável, nem sequer tenta dar continuidade ao feito no tribunal, destaca a virtude, no seu sentir, dessa modalidade de *référé*: “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”. Assim, afirma não ser 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.²³¹⁻²³²

Dessa forma, a técnica de tutela sumária autônoma adotada pelo sistema francês, visa cumprir a função de deflacionar o volume de processos judiciais em cognição completa, conferindo à parte o imediato gozo do direito postulado, quando este se mostrar evidente.

3.4.2 O MODELO ITALIANO

O Código de Processo Civil italiano concebia o poder geral de cautela como instrumento de realização de providências urgentes, apenas *conservativas*.

No entanto, as exigências de efetividade da tutela jurisdicional conduziram a doutrina a elastecer a compreensão da atividade cautelar

²³¹ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI, *op. cit.*, p. 165.

²³² No mesmo sentido, anota Michel Armand-Prevost que, embora sujeito a recurso e a um juízo sobre o mérito da causa principal, na prática não se verifica o juízo sobre o principal, após ter sido concedida uma ordem em *référé provision*: “Le *référé provision* met en pratique fin au litige, car il n’y a presque jamais d’assignation au fond après une ordonnance accueillant une demande de *référé provision*. Déjà em 1993 Le Prédissent Grandjean notait que le *référé provision* figure dans les textes comme un simples lever de rideau avant l’instance au fond appelée, devant la juridiction collégiale, à trancher véritablement, mais que la réalité est tout autre et qu’il n’y a presque jamais d’assignation au fond après qu’ait été rendue une ordonnance de *référé provision*.” (ARMAND-PREVOST, Michel. *Le référé commercial. Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 225-224. p. 229).

genérica, de modo a nela incluir, também, a antecipação da tutela de mérito, concebendo-se medidas cautelares antecipatórias ou satisfatórias.²³³

Esclarece Edoardo Ricci²³⁴ que a redação do art. 700 do Código de Processo Civil italiano, contudo, que estabelecia a definição dos provimentos de urgência, não propiciava uma autorização clara e direta para a inclusão, em seu âmbito, das medidas antecipatórias dos efeitos da futura decisão de mérito da demanda principal.

No texto da norma, inserida no capítulo III, do livro IV, do Código de Processo Civil, intitulado “Dei procedimenti cautelari” consta: *“quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer um direito seu em via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode requerer com ‘ricorso’ ao juiz os provimentos urgentes, que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito”*.²³⁵

²³³ Luigi Comoglio destaca que, na Itália, fala-se usualmente em “tutela cautelare”, em vez de “tutela provisória”, aludindo ao exercício de uma correspondente ação autônoma, quando se deseja identificar o conjunto de remédios típicos ou atípicos, disciplinados pela lei e concedidos pelo juiz, com os quais - antes de um juízo de cognição ordinária, ou durante o mesmo - seja consentido neutralizar antecipadamente, e com oportuna presteza, os perigos que, durante o tempo necessário para obter a proteção judicial definitiva dos direitos vindicados, possam comprometer a sua efetivita (ou frutuosità) final. No original: “Orbene, in Italia si parla usualmente di ‘tutela cautelare’, piuttosto che di ‘tutela provvisoria’, alludendo all’esercizio di una corrispondente ed autonoma azione, allorquando si voglia identificare l’insieme dei rimedi tipici od atipici, disciplinati dalla legge ed accordati dal giudice, con cui - prima del promovimento di un giudizio di cognizione ordinaria, oppure nel corso del medesimo - sai consentito neutralizzare in anticipo, e com oportuna sollecitudine, i pericoli che, durante il tempo necessario per ottenere la tutela giurisdizionale definitiva dei diritti azionati, possono comprometterne l’effettività (o la frutuosità) finale.” (COMOGLIO, Luigi Paolo e FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XLV (II Serie), p. 963-981, 1990. p. 973).

²³⁴ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória no direito italiano. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 4, p. 125-141, jan./abr. 1997. p. 126.

²³⁵ Art. 700: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul mérito. (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Acesso em: 9 dez. 2015).

Esclarece o mestre que, “assegurar” os efeitos da decisão de mérito, não quer dizer, a rigor, “antecipar” tais efeitos:

A expressão usada pelo legislador faz, portanto, pensar, pelo menos a uma leitura rigorosa, que nos termos do art. 700 do Código de Processo Civil, não possam ser pronunciados provimentos dirigidos a antecipar a tutela, cuja obtenção se dá mediante sentença. O fim perseguido pelo legislador parece, antes, aquele de consentir provimentos de caráter lato sensu conservativos, tais a evitar que, uma vez prolatada a sentença, nesse meio tempo a satisfação efetiva do direito seja tornada impossível; e neste sentido tem sido, de resto, a tese sustentada por uma parte da doutrina.²³⁶

²³⁶ Era esse, com efeito, o entendimento de Carlo Calvosa, que afirmava que a medida provisória ao abrigo do art. 700 do CPC, é acessória e temporária, uma vez que visa assegurar provisoriamente, e ainda com função preventiva, por meio de uma tutela jurisdicional preventiva e autônoma, os efeitos da decisão posterior sobre o mérito, de modo que a futura decisão judicial não reste afetada pelo tempo necessário para implementá-la. Ressalta o necessário caráter instrumental das medidas de emergência e também a relação entre liminar e decisão final sobre o mérito; a primeira deveria assegurar os efeitos da segunda. A medida provisória do art. 700 não poderia ser usada para forçar acesso a um direito ainda não reconhecido, porque, caso contrário, a medida não teria uma função cautelar e ensejaria a aquisição antecipada de vantagens que poderiam apenas ser obtidas após a efetiva constituição do direito. Assenta ainda que, estritamente falando, deve-se admitir que a função de medidas provisórias seria garantir a aplicação efetiva da decisão final de mérito e não antecipar, mesmo que a título provisório tal decisão, evitando-se, conseqüentemente que o objeto da liminar possa ser, em princípio, o mesmo da decisão de mérito. No original: “Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. ha carattere accessorio e temporaneo, in quanto è volto ad assicurare provvisoriamente, e quindi con funzione cautelare, attraverso una tutela giurisdizionale preventiva e autonoma, gli effetti della successiva decisione di merito, onde la futura pronuncia del giudice non reste pregiudicata dal tempo necessario ad attuarla. Ne viene che risulta esaltato il carattere di strumentalità necessaria dei provvedimenti d'urgenza e altresì posto in particolare evidenza il rapporto intercorrente tra provvedimento d'urgenza e decisione definitiva di merito; il primo, invero, dovrebbe assicurare gli effetti della seconda. (...). Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 non può essere impiegato allo scopo di imporre un passaggio su fonde altrui e a favore di un fondo non intercluso, in quanto, ad ammettere il contrario, il provvedimento non rivestirebbe funzione cautelare, ma varrebbe a far acquisire anticipatamente, nell'aspettativa di un diritto, quei vantaggi che potranno ottenersi soltanto dopo la costituzione del diritto. (...) A stretto rigore, dovrebbe ammettersi che la funzione dei provvedimenti d'urgenza è quella di assicurare l'efficace attuazione della decisione definitiva sul merito e non quella invece di anticipare, ancorchè in via provvisoria, tale decisione, sicchè sembrerebbe conseguente escludere che, oggetto del provvedimento d'urgenza, possa essere, di massima, quello stesso della decisione di merito. Tuttavia, quando l'efficace attuazione della decisione sul merito non possa essere altrimenti garantita che con l'anticipazione, in via provvisoria, degli effetti di essa decisione, non può certo costituire ostacolo all'emanazione del provvedimento d'urgenza la rilevata identità dell'oggetto di esso provvedimento con l'oggetto della futura decisione sul merito.” (CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*. Torino: Unione, 1970, p. 760, 764 e 782)

Ocorre essa rigorosa interpretação rapidamente desencontrou-se das urgências da prática, que passou a aplicar o art. 700 do CPC, como hipótese de tutela antecipatória:

Precisamente por esta razão, tornou-se moda (se assim posso expressar-me) o confronto entre os provvedimenti d'urgenza 'como são' e os 'provvedimenti d'urgenza 'como deveriam ser', onde a diferença entre o escopo originário da norma e a sua experiência aplicativa tem sido posta a lume nos seus vários aspectos.^{237_238}

Como explicita Humberto Theodoro Junior, restou estabelecido que a justificação dos provimentos de urgência com função satisfativa do direito controvertido não seria encontrada na regra disciplinadora dos provimentos de urgência, mas em elementos do próprio sistema²³⁹⁻²⁴⁰. O seu delineamento então se deu mediante um “exercício principiológico”, por meio do qual foi estabelecida a idoneidade dos *provvedimenti d'urgenza* para garantir efeitos da sentença de mérito, segundo

²³⁷ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória no direito italiano, *op. cit.*, p. 126.

²³⁸ Também Giuseppe Tarzia esclarece que: “De outro lado, é verdade que a fórmula legislativa italiana atual parece atribuir à medida uma função *lato sensu* conservativa; mas de fato, a medida é utilizada seja para a conservação da situação existente *pendente judicio* (como a alemã *Sicherungsverfügung*, § 935 da ZPO), seja para a regulamentação provisória de situação de fato relativa à situação jurídica controvertida (como a *Regelungsverfügung*, § 940 da ZPO), seja ainda para a antecipação total ou parcial da decisão sobre o mérito (*Befriedigungsverfügung*). A doutrina antecipatória desenvolveu-se na Itália partindo da interpretação e das aplicações do art. 700 do CPC”. (TARZIA, Giuseppe. Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 25, n. 99, p. 206-222, jul./set. 2000. p. 212).

²³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista, *op. cit.*, p. 141.

²⁴⁰ Federico Carpi, em artigo a respeito dos provimentos antecipatórios, anota que a Corte constitucional, relator Andrioli, considerou constitucional, sob a ótica dos arts. 3, 24 e 111, a utilização da tutela urgente nos termos do art. 700 do Código de Processo Civil. No original: “La Corte costituzionale, relatore Andrioli, há ritenuto addirittura che sia un parametro di costituzionalità, nell’ottica degli artt. 3 e 24 ed ora 111) della Costituzione, l’utilizzabilità della tutela urgente ex art. 700 c.p.c.” (CARPI, Federico. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l’oralità per un processo civile efficiente. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 178, p. 283-300, dez./2009, p. 292)

a técnica antecipatória, resguardando-se, porém, como traço distintivo, a provisoriedade.²⁴¹⁻²⁴²

Essa interpretação ampliativa dos *provvedimenti d'urgenza*, para neles incluir a antecipação de efeitos da futura sentença de mérito, não desfez o caráter acessório, nem mesmo quando exercida com função satisfativa, determinando-se a subordinação ao exame em processo de cognição exauriente. Assim, os efeitos dos *provvedimenti d'urgenza* deveriam extinguir-se se o processo principal não viesse a ser promovido dentro do prazo decadencial²⁴³, ou, se já proposto, viesse a ser extinto.²⁴⁴

²⁴¹ Destacava Comoglio que, para eliminar o perigo que a duração do processo de mérito a respeito do direito controverso, seja de *per se* motivo de prejuízo ao direito, o ordenamento prevê a tutela cautelar de urgência, como provimento atípico, nos termos do art. 700 do Código de Processo Civil. A norma atribui ao juiz uma ampla discricionariedade na escolha dos mecanismos, segundo as circunstâncias, idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos que seriam próprios de futura decisão do mérito da causa. Tratar-se de uma medida cautelar atípica com a possibilidade de se obter uma tutela cautelar urgente para todos os direitos que possam sofrer um prejuízo iminente e irreparável, durante o tempo decorrido para ser tutelado na via ordinária, em processo de cognição plena. No original: “Per eliminare il pericolo che la durata del processo di merito, sul diritto controverso, sia di per sé stessa motivo di pregiudizio al diritto medesimo, l’ordinamento prevede la tutela cautelare di urgenza, data dal provvedimento, atipico, di cui all’art. 700 del código di procedura civile. La norma attribuisce al giudice un’assai ampia discrezionalità nella scelta dei contenuti che appaiono, secondo la circostanze, maggiormente idonei ad assicurare provisoriamente gli effetti che saranno propri della futura decisione sul mérito della causa. Si tratta dunque di una azione cautelare atípica con possibilità di ottenere una tutela cautelare urgente per tutti quei diritti che, prescindendo dal loro contenuto, possono subire un pregiudizio imminente e irreparabile, durante il tempo occorrente per essere tutelati in via ordinaria, nel processo di cognizione.” (COMOGLIO, Luigi Paolo e FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontre comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XLV (II Serie), p. 963-981, 1990. p. 973).

²⁴² Ovídio Baptista da Silva destaca que a doutrina italiana “antepõe o cautelar ao ‘definitivo’, jamais ao ‘satisfativo’, de modo que a tutela cautelar passou a ser tutela ‘provisória’, no curso de uma demanda ‘definitiva’ ou, no máximo, tutela (sempre) ‘provisória’ que a antecede, na condição de tutela ‘dependente’ da ação principal, o que naturalmente significa ‘tutela satisfativa antecipada’, jamais tutela apenas cautelar”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 270).

²⁴³ Era essa a antiga redação do art. 702, que fixava o prazo peremptório e que foi revogado pela Lei 353 de 26/11/1990: “Nel caso che il provvedimento sia chiesto al pretore, si procede a norma degli articoli 689 e seguenti, in quanto applicabili. Nel pronunciare il provvedimento il pretore deve in ogni caso fissare un termine perentorio entro il quale l’istante è tenuto a iniziare il giudizio di merito di cui all’articolo 700.” (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Acesso em: 9 dez.2015).

Em 2005, as modificações, pelas quais passou o Código de Processo Civil italiano²⁴⁵, introduziram, em relação às medidas cautelares antecipatórias profundas inovações. Os *provvedimenti d'urgenza* passaram a ter a sua função antecipatória (ou satisfatória) expressamente proclamada pelo texto da lei, desaparecendo o caráter acessório em face do processo de mérito.²⁴⁶

²⁴⁴ “Con la riforma apportata dalla legge 80/2005, le disposizioni relative alla prosecuzione nel merito *del* procedimento cautelare definito con ordinanza non trovano applicazione nei confronti anche dei provvedimenti d'urgenza di cui al presente articolo. La riforma ha altresì attenuato il c.d. vincolo di strumentalità necessaria tra la fase cautelare e quella di merito, poichè il passaggio al giudizio ordinario di cognizione è rimessa alla volontà delle parti. Per tale motivo, nell'ordinanza che accoglie la richiesta di concessione del provvedimento d'urgenza non viene indicato il termine entro cui proseguire il giudizio di merito ed il giudice investito della domanda cautelare dovrà pronunciarsi anche sulle spese.” (Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iii/sezione-v/art700.html>. Acesso em: 9 dez. 2015).

²⁴⁵ Gustavo Bohrer Paim anota que “a reforma do direito societário foi concebida na Itália como um ensaio para uma reforma mais geral do processo civil. Assim, o Decreto legislativo de 17 de janeiro de 2003 alterou o direito societário, tornando facultativa a instauração do processo de mérito após a concessão de uma tutela cautelar, permitindo um caráter definitivo aos efeitos produzidos por essas tutelas, sem, contudo, adquirir a eficácia de coisa julgada. Assim, as tutelas provisórias, quando fossem aptas a antecipar os efeitos da eventual decisão de mérito, seriam retiradas do regime clássico do provisório dependente, não perdendo sua eficácia em caso de não propositura do processo de mérito. (...) A afirmação de independência e autonomia plena do procedimento provisório - ao menos em relação às tutelas antecipadas - procedia a uma verdadeira revolução na Itália, pois marcava o abandono do princípio da subordinação da cautela em relação ao mérito. Contudo, em 2009, houve uma alteração legislativa, Lei 69/2009, e o processo societário acabou revogado.” (PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 186-187).

²⁴⁶ “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, nonche' ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte puo' iniziare il giudizio di merito. Il giudice, quando emette uno dei provvedimenti di cui al sesto comma prima dell'inizio della causa di merito, provvede sulle spese del procedimento cautelare. L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa. L'autorità' del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo.” (Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iii/sezione-v/art700.html>. Acesso em: 9 dez. 2015).

Outras inovações importantes relacionados com os *provvedimenti d'urgenza* foram aquelas constantes dos arts. 186-*bis*²⁴⁷⁻²⁴⁸ e 186-*ter*²⁴⁹⁻²⁵⁰, que vieram a permitir, de forma expressa, imposição de

²⁴⁷ Art. 186 – bis. “Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.” (Disponível em <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em 9 dez. 2015).

²⁴⁸ Edoardo Ricci anota a respeito que: “O art. 186-*bis*, do CPC, é o primeiro fruto deste progresso cultural. A norma dispõe que “a requerimento de parte, o juiz instrutor pode dispor, até o momento da definição das conclusões, o pagamento das somas não contestadas pelas partes constituídas” (parágrafo 1º); acresce que “a ordinanza constitui título executivo e conserva a sua eficácia em caso de extinção do processo” (parágrafo 2º); e conclui fixando o princípio da revogabilidade da **ordinanza** por parte do juiz que a pronunciou (parágrafo 3º).” (RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória no direito italiano, *op. cit.*, p. 126).

Giuseppe Tarzia, em comentários ao mesmo dispositivo anota que: “o provimento não encerra o processo, e pode ser revogado até a decisão de mérito; não reduz, por isso, o objeto da causa; não exclui as somas, admitidas como devidas, do tema da decisão; constitui somente um título executivo, que permanece eficaz em caso de extinção do processo. A não contestação foi definida como um comportamento processual, que ‘nasce da un sistema di argomentazioni del difensore della parte’: um sistema de argumentações, que se torna relevante não no plano probatório, mas naquele das alegações de direito. Não se trata aqui, parece-me, de confrontar a exposição dos fatos do autor e as defesas apresentadas pelo réu, para estabelecer se alguns fatos, afirmados por uma parte, não tenham sido contraditados pela outra. É necessário, entretanto, vislumbrar se a defesa do réu admite, ao menos implicitamente e, em parte, o crédito alegado pelo autor. O provimento de pagamento se funda, por isso, num comportamento ativo, não na revelia, na ausência ou também no simples silêncio da parte acionada como devedora.” (TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 51-76, jul./set. 1995. p. 59). Confira-se também: LUISO, Paolo; SASSANI, Bruno; CONSOLO, Claudio. La riforma del processo civile in Italia. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 66, p. 79-103, abr./jun. 1992. p. 87.

²⁴⁹ Art. 186 - ter. “Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 633, primo comma, n. 1), e secondo comma, e di cui all'art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L'ordinanza deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 641, ultimo comma, ed è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'art. 648, primo comma. La provvisoria esecutorietà non può essere mai disposta ove la controparte abbia disconosciuto la scrittura privata prodotta contro di lei o abbia proposto querela di falso contro l'atto pubblico.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177 e 178, primo comma. Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, primo comma.

Se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647. L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.” (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em: 9 dez. 2015)

pagamento antecipado de somas de dinheiro, sob determinadas condições, mas sempre a título pontual e sem uma sistematização geral do instituto, e, ainda, sem uma desvinculação do processo de mérito.

Mas o que, efetivamente, representou considerável inovação procedimental foi a adoção de ação sumária autônoma para pleito dos provimentos de urgência de natureza antecipatória.

A Lei n. 80, de 14 de maio de 2005, generalizou o recurso ao modelo do provisório independente no processo civil italiano²⁵¹, acrescentando ao art. 669-*octies* do CPC um sexto parágrafo que estabeleceu que a disposição do art. 669-*novies*, que subordina a manutenção dos efeitos da decisão cautelar à propositura do processo de mérito não se aplica aos provimentos de urgência do art. 700 do CPC e aos outros

²⁵⁰ Giuseppe Tarzia afirma a respeito que: “Este provimento, através do qual o juiz determina o pagamento de soma ou a entrega de coisa ou de quantidade de coisas pedidas (art. 186 ter CPC), pode ser declarado provisoriamente executivo quando o crédito é fundado em títulos de particular valor, como a cambial, o cheque bancário, o cheque ao portador ou o ato público, ou quando existe perigo de grave prejuízo na demora, ou ainda quando a parte contrária representada, resistiu à demanda mas a sua defesa não é fundada em provas escritas ou de pronta solução. Em todas essas situações (nas quais teria sido possível a injunção *ante causam*), pode existir esse pronunciamento. Todavia, este também pode ser revogado a qualquer momento, naturalmente com base em novas provas, ou num diverso juízo sobre os seus pressupostos *in iure et in facto*. Se o processo extingue a *ordinanza*, se já não a tem, adquire eficácia executiva. A função antecipatória aparece nitidamente também neste provimento, quando seja declarado provisoriamente executivo ou quando seja pronunciado contra parte revel. Neste caso, melhor, à falta de representação do réu dentro de um curto prazo, a *ordinanza* tornar-se-á definitivamente executiva e imutável. Temos aqui, pois, uma forma abreviada do procedimento condenatório.” (TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália, *op. cit.*, p. 60-61).

²⁵¹ “Alla stregua delle modifiche introdotte dalla l. n. 80/2005 (applicabile ai processi di cognizione instaurati dopo il 1º marzo 2006), che raccolgono proposte da tempo avanzate ed anticipate nel processo societario dall’art. 23, 1º e 2º comma d. lgs. N. 5/2003, tale nesso strutturale tra provvedimento cautelare e giudizio di mérito è venuto meno in relazione al rilascio di uno dei provvedimenti cautelari elencati dall’art. 669-*octies*, 6º comma cpc (in breve: provvedimenti cautelari anticipatori), mentre è rimasto intatto in relazione al rilascio di misure cautelari di contenuto puramente conservativo.” (CAPONI, Remo. La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale nell’ordinamento italiano. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.) *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 986-997. p. 986).

provimentos cautelares idôneos a anticipar os efeitos da sentença de mérito.²⁵²⁻²⁵³

As atuais disposições do CPC italiano desvinculam o destino dos provimentos satisfativos até mesmo da extinção do processo de mérito²⁵⁴⁻²⁵⁵, embora não lhe confira autoridade para prevalecer em relação a outros processos²⁵⁶ (art. 669- octies, *in fine*).²⁵⁷

A instauração de um processo para accertamento do mérito depois de concedido um provimento em um procedimento sumário cautelare

²⁵² Art. 669, octies, 6º comma: “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, nonche' ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte puo' iniziare il giudizio di mérito.” (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Acesso em: 9 dez. 2015).

²⁵³ “Con la riforma apportata dalla legge 80/2005 è stata prevista la c.d. strumentalità attenuata con la tutela di merito per i provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 del c.p.c., i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito previsti dal codice civile o da leggi speciali, i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688 del c.p.c.. In tali casi, il ricorrente che ha ottenuto uno dei provvedimenti sopra elencati non è obbligato a promuovere il giudizio di merito, ma “può” scegliere se promuoverlo o meno.” (Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iii/sezione-i/art669octies.html>. Acesso em: 9 dez. 2015).

²⁵⁴ Art. 669, octies, 8º comma: “L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa.” (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Acesso em: 9 dez. 2015).

²⁵⁵ “Inoltre, la strumentalità attenuata si ricava anche dal presente comma il quale dispone che nel caso di estinzione del giudizio di merito non si determina l'inefficacia dei provvedimenti cautelari.” (Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iii/sezione-i/art669octies.html>. Acesso em: 9 dez. 2015).

²⁵⁶ Art. 669, octies, 9º comma: “L'autorità' del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo.” (Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>. Acesso em: 9 dez. 2015)

²⁵⁷ “Con tale disposizione il legislatore ha voluto escludere che il provvedimento cautelare non seguito dal giudizio di merito acquistasse efficacia di giudicato, nè formale nè sostanziale. Infatti, il provvedimento di cui in analisi offre una soluzione che, nonostante sia idonea a durare nel tempo, è in ogni caso precaria, poichè sarà efficace fino a quando verrà messo in discussione in un giudizio di merito. Il provvedimento cautelare di cui sopra non può in alcun modo costituire un vincolo positivo o negativo in altri giudizi concernenti lo stesso diritto oppure diritti dipendenti o incompatibili rispetto a quello oggetto del provvedimento cautelare.” (Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-iii/sezione-i/art669octies.html>. Acesso em: 9 dez. 2015).

seria meramente facultativo, com a possibilidade de conseqüente definitividade dos efeitos produzidos, mas sem eficácia de coisa julgada.

A ação cautelar antecipatória, por não produzir *res iudicata* material, pode ser rediscutida mediante a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, se alguma das partes houver por bem buscar o acerto judicial sobre o mesmo litígio. Nessa fase então se poderá alcançar a definitividade da *res iudicata*, seja por meio da confirmação da tutela antecipada sumariamente concedida, seja na sua reforma ou cancelamento.

Afirma Gustavo Bohrer Paim que, nesse contexto, as tutelas provisórias suscetíveis de ter os efeitos de satisfação antecipada passam a se sujeitar ao regime do provisório independente:

*Independente na sua origem, porque não é necessária a propositura de um processo de mérito para continuar a se beneficiar dos efeitos da decisão provisória, e independente em seu fim, visto que a decisão provisória pode conservar seus efeitos mesmo diante da extinção do processo de mérito.*²⁵⁸

A tônica da reforma de 2005 consistiu na superação do caráter acessório ou instrumental que tradicionalmente caracteriza o procedimento da tutela de urgência e a adoção de um modelo similar ao do *référé* francês, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas.

Na experiência italiana a antecipação de tutela surgiu como ampliação do poder geral de cautela, permanecendo sob o rótulo geral de medida cautelar, mas com papel distinto dentro da jurisdição.

²⁵⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, op. cit., p. 188.

Como esclarece Humberto Theodoro Junior²⁵⁹:

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, na 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 raiz com que se alcança o provimento 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, com a característica de, entretanto, não produzir a coisa julgada.

Destaca ainda o mestre que a solução italiana não é, em matéria de antecipação de tutela, a que tipicamente se encontra por meio das ações cautelares, mas a própria das ações cognitivas sumárias.²⁶⁰

Gustavo Bohrer Paim afirma, com arrimo no escólio de Francesco Luiso, que a lei relativa ao processo societário, posteriormente revogada, e o art. 669-*octies* do CPC italiano, alterado em 2006, dividiram em dois grupos os procedimentos cautelares.

No primeiro grupo, estariam os procedimentos cautelares conservativos, mantendo as características tradicionais das tutelas cautelares italianas. Já, ao segundo grupo, pertenceriam os provimentos cautelares

²⁵⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista, *op. cit.*, p. 143.

²⁶⁰ Confira-se ainda o que explicita Humberto Theodoro Junior com apoio no escólio de Franco Cipriani: “os provimentos cautelares antecipatórios, ‘uma vez privados da característica da instrumentalidade, torna os substancialmente ou potencialmente autônomos, em relação ao juízo de mérito, acabaram por ser cautelares somente por modo de dizer’. Isto porque, doravante, no direito italiano, ‘se mostram claramente distintos dos verdadeiros e próprios provimentos cautelares, aqueles ditos conservativos’. Por isso conduzem à afirmação de que ‘agora a tutela cautelar antecipatória se transformou em tutela sumária não definitiva’. Embora não obriguem a invocação em outro processo, nem produzam coisa julgada, geram provimento potencialmente permanente.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista, *op. cit.*, p. 144).

antecipatórios, para os quais a instauração de um juízo de mérito seria apenas eventual, e a sua não instauração faria com que os provimentos mantivessem sua eficácia.

Com a nova disposição legal, o nexo de instrumentalidade entre a tutela provisória e o mérito restou atenuado, devendo-se fazer a distinção entre as tutelas cautelares dos provimentos conservativos e os provimentos que possuem função de antecipar o conteúdo e os efeitos da sentença de mérito. Em relação às tutelas conservativas, manter-se-ia a regra da instrumentalidade estrutural. Contudo, no que tange aos provimentos antecipatórios, não haveria mais o ônus de o beneficiário da tutela iniciar o juízo de mérito, que deverá ser intentado pelo sucumbente. De qualquer sorte, permaneceria uma instrumentalidade funcional, pela possibilidade de o provimento antecipatório ser modificado no juízo de mérito.

O Código italiano poria assim à disposição do litigante uma opção entre duas vias de acerto: uma sumária e célere, mas sem o atributo da coisa julgada; e outra com acerto pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material.

4 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

4.1 CARACTERÍSTICAS. DISTINÇÃO ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

O provimento que defere à parte, por meio da técnica da antecipação, a imediata fruição dos efeitos da tutela que seria concedida ao final de um procedimento ordinário, de cognição exauriente, configura decisão interlocutória.

Como assevera Teori Zavascki, a primeira nota característica dessa espécie de tutela jurisdicional está no fato que lhe serve de pressuposto: existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição.²⁶¹

Trata-se de decisão de caráter provisório que visa a tutelar, de forma eficaz, o direito da parte, mediante o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei. A cognição realizada pelo magistrado para o deferimento da tutela antecipada é sumária e, portanto, não se reveste da definitividade que caracteriza a coisa julgada.

Discute-se, contudo, na doutrina, se essa tutela tem natureza cautelar, instrumental, e se se trata de provimento satisfativo, especialmente quando a decisão que a concede enseje a produção de resultados fáticos irreversíveis.

João Batista Lopes consigna que a sua natureza jurídica não é de tutela cautelar, ainda que se possam identificar semelhanças entre essas

²⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1997, p. 28.

duas espécies de tutela²⁶². Afirma o mestre que “a tutela antecipada tem em comum com a tutela cautelar a provisoriedade e a revogabilidade, mas dela se extrema, por não ter caráter instrumental, nem se referir a outro processo, dito principal”.²⁶³

Teresa Wambier²⁶⁴ partilha do mesmo entendimento, afirmando que a diferença entre essas duas categorias estaria na instrumentalidade da tutela cautelar em relação à tutela “principal”. Essa instrumentalidade²⁶⁵, no seu entender, congênita à tutela cautelar – e não à antecipação dos efeitos da tutela antecipada – serviria para explicar o motivo pelo qual nem sempre o *periculum in mora* seria requisito da antecipação dos efeitos da tutela, mas o seria, em relação à tutela cautelar propriamente dita.

Diverge José Roberto dos Santos Bedaque²⁶⁶, para quem a tutela jurisdicional antecipada insere-se no ramo das cautelares por ser medida ontológica e estruturalmente provisória e instrumental, e, portanto, irrelevante o seu conteúdo.

No entender desse autor, a antecipação dos efeitos da futura tutela definitiva se dá para assegurar a utilidade do resultado que restaria comprometido não fosse adotada tal providência. Indaga se o seu escopo não seria justamente o de assegurar o resultado útil do provimento, pois a parte suportaria resultados detrimenais irreparáveis ou de difícil reparação, caso

²⁶² LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

²⁶³ Com efeito, afirmava Carnelutti que “se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente, sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo).” (CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Tradução Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, p. 62).

²⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

²⁶⁵ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

²⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 317.

tivesse de pacientar o momento próprio de usufruir os efeitos da tutela jurisdicional:

Nessa medida, antecipar os efeitos práticos constitui meio para assegurar a efetividade jurídica do provimento destinado a eliminar com eficiência a crise de direito material, proporcionando ao autor uma situação mais próxima possível daquela que lhe é conferida pela regra substancial e que deveria ter sido alcançada espontaneamente pelo cumprimento voluntário do dispositivo legal. A tutela antecipatória atua como instrumento da tutela final que, por sua vez, é instrumento do direito material.

Assim, ao contrário dos autores precedentes, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que ambas teriam idêntica função instrumental no sistema, tratando-se de tutelas provisórias e fundadas em cognição sumária. Divergiriam apenas as suas consequências, na medida em que a cautelar antecipatória incidiria sobre a própria tutela final, antecipando-lhe os efeitos; enquanto a cautelar conservativa teria eficácia diversa, pois não atingiria o direito material pleiteado.

Ambas – tutela genuinamente cautelar e tutela antecipada – são provisórias, seja em relação ao provimento jurisdicional em si mesmo considerado, seja em relação aos seus efeitos. Assim, são passíveis de modificação e revogação.

Quanto a essa provisoriedade que qualificaria tanto a tutela genuinamente cautelar quanto a tipicamente satisfativa, Ovídio Baptista da Silva propõe uma distinção. Para esse autor, provisória é apenas a antecipação da tutela. A tutela cautelar não seria provisória, mas sim temporária, de modo que, sob mais esse aspecto, distinguir-se-iam.

Esclarece Ovídio Baptista da Silva que o provisório será substituído pelo definitivo se houver, entre ambos, uma identidade de seus efeitos. Isso se for uma antecipação do definitivo. O temporário, por seu turno, não obstante tenha duração determinada no tempo, será definitivo apenas no sentido de que nada virá para substituí-lo. A sua duração deverá ser condicionada à duração da situação de risco a que esteja exposto o interesse tutelado. A temporariedade exigida para a tutela assecurativa seria em decorrência do fato desta tutela ser, em si mesma, temporária e igualmente os seus efeitos.^{267_268}

²⁶⁷ Afirma Ovídio Baptista da Silva que a tutela cautelar deve ser temporária por motivos que não dizem respeito ao fato de tratar-se de tutela pré-ordenada à proteção do provimento jurisdicional definitivo e que deveria ter sua duração condicionada à prolação da sentença principal. A tutela seria temporária porque: (a) deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado, e não apenas até a sentença final do processo principal. Poderá ser que a partir de então o provimento cautelar se torne desnecessário, seja em razão do desaparecimento do estado de perigo a que o direito aparente fora exposto, seja porque a sentença o declarou inexistente, seja porque, dentre suas disposições, contenha a sentença alguma providência apta a conferir ao direito reconhecido proteção satisfativa que dispense a proteção cautelar; (b) a sentença que confere a tutela cautelar jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material. No seu entender, toda sentença que contenha algum provimento de natureza preventiva, capaz de acautelar de algum modo o direito ou interesse eventual da parte, e, que, ao mesmo tempo, contenha eficácia declaratória em tal quantidade que o direito protegido seja declarado existente, com força de coisa julgada – tal como se dá na ação declaratória típica – ultrapassará o limite da simples cautelaridade, para tornar-se tutela satisfativa de uma pretensão existente. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86).

²⁶⁸ Era, com efeito, essa a distinção engendrada por Piero Calamandrei: “É oportuno, no entanto, advertir que o conceito de provisoriedade (e como aquele, coincidente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito que aquele de temporaneidade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por isso mesmo, duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente tempo intermediário que precede o evento esperado.” Esse autor, contudo, entendia que a qualificação de provisórios dada aos procedimentos cautelares, em última análise, significa que os seus efeitos jurídicos não só têm duração temporânea, como limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de um outro procedimento jurisdicional, que, na terminologia comum, vem indicando, em contraposição à denominação cautelar dada ao primeiro, com a denominação definitivo. Assim, a provisoriedade dos procedimentos cautelares seria um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo) que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro. (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 26-27).

Assim sendo, para Ovídio Baptista da Silva, uma tutela cautelar não poderia engendrar uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, justamente em razão dessa característica de ser uma forma de tutela processual destinada a perdurar apenas 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.²⁶⁹

De outro lado, no que concerne à tutela antecipada, ainda que esta seja dotada de efeitos fáticos irreversíveis, em razão dessa provisoriedade, admite-se a sua revogação, modificação ou a perda de eficácia no plano jurídico, indenizando-se a parte pela impossibilidade de recomposição do *status quo ante*.

Verifica-se ainda disceptação a respeito da satisfatividade da tutela que antecipa os efeitos práticos da tutela a ser concedida a final – tratar-se-ia da satisfatividade meramente fática e não jurídica, ou absolutamente irrelevante a distinção, considerando-se os efeitos práticos decorrentes.

Para Teori Zavascki²⁷⁰, terá natureza cautelar a providência que não puder ser identificada, no todo ou em parte, como coincidente com as do atendimento espontâneo do direito, ou seja, com as da realização natural da situação jurídica que o autor quer ver definitivamente consolidada. Isso porque a tutela cautelar teria conteúdo próprio, diverso da tutela definitiva.

²⁶⁹ Também quanto a esse aspecto, anota Piero Calamandrei que o procedimento cautelar, até que não sobrevenha aquele procedimento sobre a relação substancial do qual ele antecipa os efeitos, é estável e imutável como declaração das condições da medida cautelar, em igualdade de cada uma das outras sentenças nesse sentido definitiva: “e se os efeitos da medida cautelar são destinados a não acontecer com a emanção do procedimento sucessivo, isso não deriva, como já foi dito, da mutabilidade ou instabilidade da declaração, mas da especial função, temporânea porque instrumental, da relação constituída pela medida cautelar, que em si, como declaração das condições necessárias para a constituição de tal relação, é igualmente estável a cada declaração chamada *definitiva*.” (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 47).

²⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, op. cit., p. 52.

Seu objeto não seria satisfazer o direito afirmado, mas promover garantias para a sua certificação ou para a futura execução forçada.

Na antecipação, coincidiria a providência a ser ordenada pelo tribunal e a consequência jurídica resultante do direito material. Tal significaria dizer que os efeitos antecipáveis serão os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor.²⁷¹

Esclarece João Batista Lopes que, muito embora implique adiantamento dos efeitos práticos do pedido – daí porque se dizer tratar-se de provimento satisfativo -, a tutela antecipada não constitui juízo de mérito da demanda, mas apenas acerca da presença ou não dos requisitos para a concessão da tutela provisória requerida.²⁷²

²⁷¹ Humberto Theodoro Junior destaca que, não obstante a existência de campos em que a separação entre tutela cautelar e antecipada seja tranquila, em outros se estará diante de verdadeiras zonas cinzentas em que a diferenciação se mostrará bastante delicada. Registra nesse sentido, a indicação da doutrina italiana de que o critério distintivo haverá de estar na linha de satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual, se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do provimento final, ou seja, se o provimento satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como provimento antecipatório, hábil a adquirir estabilidade. (THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, n. 206, p. 13-59, abr. 2012. p. 51).

²⁷² Prossegue o mestre esclarecendo que, não obstante a existência de uma zona cinzenta que eventualmente pode dificultar a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada – daí porque a admissibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade -, rigorosamente, tratar-se-iam de duas espécies de tutela distintas, com disciplina diversa na lei. Isso em razão da dogmática engendrada pela escola processual italiana, pela qual a verdadeira função da atividade cautelar era a de mera proteção do “processo principal”, acompanhando o epíteto do “instrumento do instrumento” cunhado por Calamandrei. (LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 73-74).

De fato, afirmava Piero Calamandrei que há, nos provimentos cautelares, mais que o escopo de atuar o direito, o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que, por sua vez, irá atuar o direito. A tutela cautelar é, em confronto ao direito substancial, uma tutela mediata: mais que fazer justiça serve para garantir o funcionamento eficaz da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que por eles atuam, nos provimentos cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: são de fato, indispensavelmente, um meio predisposto para a melhor conclusão do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para atuação do direito; são, assim, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento. No

A esse respeito, Rogério Aguiar Munhoz Soares²⁷³ anota que justamente em razão do atingimento antecipado da fruição de algo que só em momento posterior seria alcançado, os atos satisfativos praticados antecipadamente não se repetem uma vez confirmada a decisão antecipatória por sentença. Assim, não obstante seja provisória a decisão concessiva, seria definitiva a fruição do bem postulado.

De fato, essa satisfatividade se dá não no sentido de se conceder ao demandante providência definitiva acerca do direito pleiteado, mas se refere à possibilidade de se permitir à parte a fruição total ou parcial dos efeitos oriundos da tutela pleiteada, ainda que de modo provisório.

Para Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁴, contudo, ao se antecipar a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, realiza-se, em verdade, plenamente o direito posto em causa. As medidas cautelares propriamente ditas, enquanto tutela apenas da segurança, limitar-se-iam a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a pretensão assegurada.²⁷⁵

original: “C’è dunque nei provvedimenti cautelari, più che lo scopo di attuare il diritto, lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto. La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l’efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, strumenti dello strumento.” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 21-22).

²⁷³ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181-182.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 108.

²⁷⁵ Anota ainda Luiz Guilherme Marinoni o que, “em termos de objeto de cognição, vale dizer, o mérito da ação cautelar, do objeto litigioso, o elemento que desponta, além da situação perigosa, é o direito ou pretensão material à cautela afirmada na inicial e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona, virá ao processo apenas como causa de pedir remota. A cognição sumária não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota e sim principalmente ao próprio direito substancial de cautela afirmado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 112).

Destaca a inexistência de ligação instrumental entre a tutela sumária satisfativa e a tutela definitiva. A tutela sumária satisfativa não serviria a outro processo: o processo que lhe segue é que seria instrumento destinado a preservar o direito à adequada cognição da lide. Assim, essa decisão apenas não se considerava definitiva em razão da cognição que lhe era peculiar.²⁷⁶

Sob a perspectiva de direito material, anota, poder-se-ia concluir que o direito do autor já havia sido satisfeito e, que, portanto, a tutela era sumária satisfativa. Contudo, sob a perspectiva do processo ordinário - o único entendido como capaz de declarar a existência do direito - essa tutela não poderia caracterizar-se como satisfativa, “já que satisfação e coisa julgada material, para aqueles que assim enxergam as coisas, andam de mãos dadas”.²⁷⁷

Assim, no seu entender, despidiend a discussão sobre a distinção entre a satisfatividade fática e jurídica, eis que, sob a ótica da tutela dos direitos, de mister a ruptura da relação entre satisfatividade e coisa julgada material e entre esta última e executividade, já que a efetividade da tutela de um direito nada teria a ver com a coisa julgada material. Não seria a coisa julgada que conferiria a satisfação ao autor, mas sim a tutela

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 119.

²⁷⁷ Alvaro Ragone anotava que: “Todas las tutelas de urgencia tienen un elemento en común, quedan fuera de la órbita de la cosa juzgada material. Ese precisamente es el problema, ya que uno de los principios tradicionales – prejuicios – es identificar res iudicata com jurisdiccionalidad y hasta com presupuesto necesario para la satisfacción del derecho pretendido. Nada más errado em nuestro critério, que esta premisa, la cosa juzgada material precisa un tempo ineludible; mas las tutelas diferenciadas precisamente actúan em ese espacio temporal necesario, mas para que una vez culminado no haya sido el proceso um actuar sin utilidad, o peor aún, un actuar con consecuencias concretas injustas.” (RAGONE, Alvaro J. D. Perez. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 135-140, jan./mar. 1996. p. 136).

jurisdicional, que, para ser efetiva, haverá de, eventualmente, ser prestada com base em cognição sumária.²⁷⁸

José Roberto dos Santos Bedaque, distinguindo a satisfatividade fática da satisfatividade jurídica, afirma que somente essa, por se tornar definitiva, teria aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto. Como visto, para esse autor, a antecipação dos efeitos da tutela final, tal como a cautelar chamada típica, teria como função apenas prevenir o dano, não se confundindo com satisfatividade.

De qualquer sorte, embora se reconheça o evidente interesse da parte na imediata fruição dos efeitos fáticos do provimento a ser conferido a final, não há como se escapar da constatação de que, tal como engendrado pelo legislador, há necessidade de confirmação mediante procedimento de cognição exauriente, sob pena de, enquanto provisória, sujeitar-se à modificação ou revogação.

²⁷⁸ Afirma o mestre: “A demonstração de que a tutela do direito pode ocorrer com base em cognição sumária deixa evidenciado o equívoco daqueles que pensam que a satisfatividade fundada com cognição sumária não é propriamente satisfatividade jurídica, mas, apenas, satisfatividade fática (ou algo que não tem relevância jurídica). Quem raciocina desta forma confunde satisfação do direito material (que obviamente pode ocorrer mediante decisão fundada em cognição sumária) e satisfação processual (coisa julgada material). Mais do que isso, aquele que não dá importância à satisfação fundada em cognição sumária, chamando-a de mera satisfação fática, mostra não estar atento à mais recente preocupação da doutrina, vale dizer, a preocupação com a tutela de direitos, uma vez que na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a tutela do direito, pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 126). Em artigo a respeito da tutela antecipatória, preconizava que “a ideia de ligar jurisdição a coisa julgada material, que deu origem ao *mito da coisa julgada*, está destinada a desaparecer em vista das novas exigências do mundo contemporâneo, que não mais podem esperar a *coisa julgada material* (isto é, a declaração relevante, que somente pode ser produzida pela cognição exauriente) para a realização dos direitos. Não é apenas a qualidade de coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento, nem é apenas a tutela marcada pela coisa julgada material que incide sobre as relações jurídicas substanciais. A realização de um direito através da tutela antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 104-117, jul./set. 1995. p. 105).

Nada impediria, contudo, a modificação da opção legislativa nesse sentido, conferindo-lhe definitividade, caso preenchidos determinados requisitos. É o que ocorreu, guardadas as devidas proporções, com a introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, uma vez transcorrido *in albis* o biênio para a ação tendente a modificá-la ou revogá-la.

4.1.1 DA FUNGIBILIDADE

Consoante declinado, de maneira geral, tem-se que a tutela cautelar consiste em providência que não se confunde com o objeto da tutela definitiva e dura apenas enquanto persistir o estado de perigo em face do qual serve de garantia, não sendo, por conseguinte, substituída ou sucedida por outra garantia de igual conteúdo.

Já com relação à tutela antecipada, ainda quando concedida em face da urgência, terá conteúdo que se identifique no todo ou em parte com a tutela definitiva, de modo que a sentença de procedência prolatada ao final irá substituí-la, transformando em definitivo o que era então provisório.

Não obstante a diferenciação acima, na doutrina passou-se a se verificar a existência de duas correntes. A primeira, inclusive levando em conta os termos da lei, entendia pela diferenciação dos regimes de cada uma

das tutelas de urgência e a inexistência de confusão entre elas²⁷⁹. A outra, que entendia pela aproximação entre esses regimes, na medida em que se trataria de espécies de um mesmo gênero, admitindo a fungibilidade prática, quando o juiz se deparasse com pedido de medida preventiva que não correspondesse, exatamente, ao enquadramento proposto pela parte, mas que pudesse ser subsumida nos moldes de outra tutela de urgência.²⁸⁰

Esses caminhos processuais não conseguiram manter-se em sua pureza inicialmente programada. Isso porque a tutela voltada para eliminar os males da demora do procedimento comum tanto poderia situar-se no plano da conservação de bens como na antecipação de efeitos materiais do futuro provimento previsto para a tutela satisfativa.

²⁷⁹ Conforme refere Teori Albino Zavascki, a tutela cautelar é um “instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, 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”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 57).

Também João Batista Lopes já destacava os traços distintivos entre essas duas tutelas, em especial, o caráter instrumental da tutela cautelar. (LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 239).

Luiz Guilherme Marinoni afirma que: “É inconcebível que se pense que a distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar não possa ter relevância. Além de a autorização do tema da tutela antecipatória ser fundamental para que seja desvendada a ideologia do “processo civil clássico”, é evidente que a tutela antecipatória *stricto sensu*, justamente pela razão de conferir um bem da vida ao autor sem a realização plena do contraditório, possui uma repercussão na esfera jurídica do réu muito maior que a simples tutela cautelar. Mais do que isto: é conveniente lembrar que o Código de Processo Civil foi corrigido no final de 1994, confiando-se ao juiz a oportunidade de conferir tutela antecipatória, exatamente pela razão de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais, antes da mencionada reforma, não admitia que a tutela sumária satisfativa pudesse ser prestada sob o manto protetor da tutela cautelar inominada. Portanto, é curioso que depois de introduzia a tutela antecipatória no Código de Processo Civil diga-se justamente que aquela tutela que não podia ser conceituada como cautelar e que por esta razão conduziu a uma reforma processual, deva ser definida como cautelar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, *op. cit.*, p. 118). Nada obstante, mais adiante salienta que: “Não há qualquer lógica na distinção entre a convicção de verossimilhança própria à tutela antecipatória e aquela característica à tutela cautelar. Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, evidentemente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.” (*Antecipação da tutela*. *Op. cit.*, p. 171).

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 707-710.

Afirma Humberto Theodoro Junior que, seja quando se ocupe de medidas cautelares puras, seja quando se autorize a tutela antecipada do direito material litigioso, o que se verificaria no direito positivo seria sempre a luta legítima contra os males que o tempo pode causar aos direitos da parte enquanto aguarda o desfecho do processo:

Por isso, em ambas as situações incômodas geradas pelo perigo da demora (“periculum in mora”) o remédio processual tem uma só programação: acelerar o procedimento para que a efetividade da prestação jurisdicional possa ser assegurada, malgrado o risco pela duração do processo.²⁸¹⁻²⁸²

Em arrimo ao seu entendimento, afirma que, do ponto de vista da tutela constitucional prometida como garantia de acesso a uma tutela justa e efetiva, ambas as tutelas de urgência são provisórias e se empenham, dentro do sistema, a cumprir uma só tarefa, que é a de, emergencialmente, eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, ambas consideradas direitos fundamentais componentes do devido processo legal.²⁸³

A mesma posição adota Roberto dos Santos Bedaque, que indaga qual a razão para a distinção efetuada, se ambas têm a mesma função

²⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução, op. cit.*, p. 132.

²⁸² O autor menciona apenas como diferenciação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, a existência de um maior rigor na avaliação sumária do direito material invocado pela parte como objeto da proteção por meio de antecipação de tutela, não podendo o juiz deferir a medida lastreado apenas na perfunctória aparência de direito em que se inspiraria a cautelar puramente conservativa. Para antecipar efeitos materiais da demanda, teria o juiz de apoiar-se na existência de provas inequívocas da verossimilhança do alegado. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução, op. cit.*, p. 133).

²⁸³ Assevera que: “Via de regra, a justificativa para a tutela de urgência é dada pela necessidade de evitar que o direito subjetivo material da parte sofra dano imediato e de difícil reparação, caso se tenha de aguardar toda a longa trajetória do procedimento comum (CPC, art. 273, I). Antecipa-se, provisoriamente, a tutela porque afinal, quando ultrapassadas todas as etapas do processo exauriente, o direito reconhecido ao litigante vitorioso já estaria de tal modo mutilado e inutilizado, em sua função natural, que não se poderia considerá-lo tutelado pela justiça estatal. O processo legal teria fracassado no seu propósito tutelar, e é isso que se pretende evitar por meio do provimento urgente e provisório autorizado pelo art. 273.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Evolução, op. cit.*, p. 133).

no sistema e são estruturalmente provisórias²⁸⁴. Afirma não existir razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares, considerando-se ademais as características comuns a essas tutelas, como a cognição sumária, a precariedade e a referência a outra tutela, exatamente aquelas que determinam a natureza cautelar do provimento. Sequer seria relevante o argumento topológico para a caracterização e diferenciação da natureza do instituto, considerando-se os equívocos cometidos pelo legislador ao enquadrar os institutos processuais.

A discussão, no seu entender, acabaria sendo meramente terminológica, na medida em que se estaria diante de “duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tomando inútil o resultado do processo, mas identificadas mediante denominações diversas”:

*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.*²⁸⁵

Humberto Theodoro Junior²⁸⁶ acrescenta, em arrimo à sua tese, ainda com espreque no Código/73, que continuam a ser tratadas como urgentes as medidas concedidas como antecipação de tutela para repressão do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu

²⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, op. cit., p. 309.

²⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, op. cit., p. 309.

²⁸⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução*, op. cit., p. 134.

(CPC/73, art. 273, II), ou ainda para solucionar, na pendência de pedidos cumulados, aqueles que se mostram incontroversos (CPC/73, art. 273, § 6º).

É que, no seu sentir, contemporizar com a conduta protelatória do demandado, ou deixar de solucionar de pronto a parte incontroversa da causa, corresponderia a uma atitude do juízo de retardamento da prestação jurisdicional já possível em favor do autor; e sendo cabível essa parcial satisfação da pretensão, qualquer protelação na resposta do juízo configuraria retardamento injustificado na tutela ao direito material ameaçado ou violado. Dar-se-ia, pela demora, uma denegação de justiça, ou seja, uma injustiça contra quem faria jus, comprovadamente, à tutela efetiva da jurisdição. Não definir, de plano, essa tutela equivaleria a premiar o violador do direito alheio com os efeitos da demora processual, mal que a tutela diferenciada de urgência se acha empenhada em coibir.

Eduardo Scarparo assemelha ainda as tutelas cautelar e antecipada sob outra ótica – para esse autor tratar-se-iam ambas de técnicas para que a tutela jurisdicional seja obtível de modo antecipado, e não formas diferenciadas de tutela.²⁸⁷

²⁸⁷ “Pela exigência de um perigo de dano e pela prestação de tutela pautada em cognição não exauriente, mediante as antecipações de tutela previstas no art. 273 do CPC/1973, a doutrina comum ente associou como duas espécies do gênero "tutelas de urgência" as medidas cautelares e as satisfativas que decorriam de uma antecipação. Essa classificação, no entanto, importa errôneo significado atribuível às antecipações de tutela. Isso porque, como se apura da própria nomenclatura, essas medidas não são formas autônomas de tutela jurisdicional, mas apenas técnicas para fins de que a tutela jurisdicional final seja obtível de modo antecipado. Em outros termos, não há um tipo novo de tutela de urgência com as assim conhecidas antecipações de tutela; há tão somente a fruição antecipada da tutela jurisdicional. A tutela prestada antecipadamente, tanto pela perspectiva processual quanto material, é a mesma tutela objeto do provimento final do processo. Não representa um novo tipo, mas, tão somente, uma técnica para fazer executável a tutela provável antes do trânsito em julgado. Já a tutela cautelar é aquela destinada a garantir a posterior execução de um direito sob risco, fazendo contraposição apenas com a tutela satisfativa (aquela destinada à satisfazer os direitos reconhecidos, com aptidão executiva plena). O equívoco do entendimento doutrinário anterior significava a premissa de contrapor cautelares e antecipações de tutela, e, não, tutelas cautelares e satisfativas. Tendo essa compreensão bem resolvida, é possível concluir, sem espanto, que as antecipações de tutela podem ser utilizadas tanto para fins de antecipar a fruição de uma tutela cautelar, quanto a fruição de uma tutela satisfativa.” (SCARPARO, Eduardo. A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de Código de Processo Civil: um exame em perspectiva político-epistemológica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 110, n. 420, p. 96-118, jul.-dez./2014. p. 110-111).

Eduardo Talamini²⁸⁸, por sua vez, consigna que a diferença entre medidas cautelares e antecipatórias urgentes não seria qualitativa, mas quantitativa. Seria perceptível certa gradação da carga antecipatória nas medidas de urgência não tendentes a se tornar, por si só, definitivas, assim como naquelas pacificamente tidas como conservativas:

Daí concluir-se que, mesmo que se conceba a distinção entre as providências de urgência cautelares e antecipadas, tal diferenciação é feita, no mais das vezes, tomando-se em conta o conteúdo preponderante da medida (conservativo ou antecipador). Do ponto de vista prático, a eliminação da duplicidade de regimes evita armadilhas ao jurisdicionado. Precisamente porque a diferença é de grau, e não verdadeiramente de essências, inúmeras medidas encontram-se em uma zona cinzenta, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira 'dúvida objetiva'.

Assim, incluir-se-iam, no âmbito das tutelas de urgência, tanto as medidas cautelares *conservativas* como as medidas antecipatórias *satisfativas* – todas elas demandando a atuação célere do Estado de forma a conferir ao jurisdicionado a proteção imediata ao seu direito, impedindo que este se perca ou não possa ser futuramente exercitado de modo eficaz. Combater-se-ia, de tal modo, pela via de tutela diferenciada, os males do tempo sobre o processo.

O legislador houve então por bem introduzir o § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil/1973, pondo fim às divergências instaladas na doutrina. Explicitou-se que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

²⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, a. 37, n. 209, p. 13-34, jul./2012. p. 16.

Patenteou-se então a ausência de diferença substancial entre as duas modalidades da tutela de urgência, na medida em que, por expressa previsão legal, o pedido inadequadamente formulado pela parte em face de seus requisitos específicos poderia ser acolhido com apoio em satisfação dos requisitos de outra modalidade preventiva. Se fungíveis entre si, evidentemente integrantes do mesmo gênero.

Conclui então Humberto Theodoro Junior:

Em suma: a antecipação de tutela se inspira nas mesmas razões e cumpre a mesma finalidade institucional da tutela cautelar geral. Apenas as exigências ou requisitos legais de deferimento, in concreto, são diferentes, o que, obviamente, não anula a visão ampla e unitária da moderna tutela de urgência, quando sua justificação maior se encontra na efetividade da tutela jurisdicional assegurada por meio do direito fundamental de acesso à justiça.²⁸⁹

O novo Código de Processo Civil, como se abordará em capítulo próprio, adotou um regime unificado para as tutelas de urgência cautelares e antecipadas, no que concerne aos seus pressupostos e requisitos, distinguindo-as quanto ao procedimento.

4.2 OBJETO DA ANTECIPAÇÃO

A antecipação da tutela não significa a antecipação do próprio julgamento da lide, que seria obtido a final, após o iter procedimental ordinário. Antecipar os efeitos da tutela não é antecipar a sentença, mas sim os efeitos que a futura sentença poderá produzir.

²⁸⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista, *op. cit.*, p. 135.

Cassio Scarpinella Bueno²⁹⁰ esclarece que a tutela antecipada é assim chamada porque precipita a produção dos efeitos práticos de uma sentença, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, pois não seriam sentidos na realidade concreta, no plano exterior ao processo, no plano material, portanto, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento de recursos com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado.

Discute-se, contudo, quais efeitos da sentença seriam passíveis de antecipação.

João Batista Lopes²⁹¹ anota que o legislador, ao prever a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, não estabeleceu qualquer distinção entre os efeitos principais, secundários, anexos ou reflexos. Entretanto, não se afiguraria razoável, no seu sentir, interpretação que estendesse, indiscriminadamente, o âmbito da tutela antecipada a todos os efeitos da sentença, como se se tratasse de julgamento antecipado da lide.

Para Teori Zavascki, 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, afirma o mestre, 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 a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.*²⁹²

²⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

²⁹¹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 76.

²⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 50.

Explicita o mestre que essa eficácia deve ser entendida como a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações constantes do preceito normativo. E por se passar, não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos, deve ser denominada eficácia social ou efetividade.^{293_294}

Ainda a esse respeito, lembra Eduardo Talamini que toda sentença reúne uma multiplicidade de eficácias. Assim, a sentença (e a demanda respectiva) classificar-se-ia tomando-se em conta não um único efeito, mas aquele preponderante:

Em outros termos, cada categoria de sentença não se peculiariza pela aptidão de gerar um único efeito (só declaração, só condenação etc.): o que a identifica é o elemento eficaz que sobressai, que prevalece sobre os outros. Entre as várias eficácias geradas pela mesma sentença, uma é a que tem mais destaque: é a "eficácia preponderante" ou "força" da sentença.^{295_296}

²⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 50

²⁹⁴ Mais adiante, destaca que, quando se fala em urgência, em dano, em *periculum in mora*, está se falando em fatos e não em abstrações. “Perigo é fenômeno concreto e não formal. No plano jurídico-formal, ou seja, no mundo dos pensamentos, a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum. A demora em sua prolação jamais será empecilho a que a sentença definitiva produza os seus efeitos no plano abstrato. Não há perigo que possa comprometer a tutela jurisdicional no que tange a declarar direitos, ou a constituir e desconstituir relações jurídicas, ou impor condenações. O perigo, quando existe, diz respeito à eficácia social da sentença, ou seja, à sua aptidão para tornar concreta a sua eficácia jurídico-formal. É nesse plano que se instala o *periculum in mora*, e é a eficácia nesse plano, conseqüentemente, a que deve ser antecipada. Daí a razão de se reafirmar: antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 51).

²⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 135-180. p, 144.

²⁹⁶ Destaca ainda esse mesmo autor que “a constatação da multiplicidade de eficácias não se confunde com a simples consideração de que uma mesma ‘sentença’ enquanto ato formal, pode decidir, acolhendo duas ou mais demandas cumuladas – cumulando, conseqüentemente, eficácias (por exemplo, a sentença que resolve o contrato, desconstituindo-o e condena o vendedor inadimplente a devolver o preço pago e indenizar perdas e danos cumula essas duas eficácias em virtude da cumulação de duas demandas). Ao se falar em multiplicidade de eficácias quer-se demonstrar que a sentença que acolhe a uma mesma e única demanda conjuga em si a variedade de eficácias.” (TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC, op. cit., p. 144).

Afirma que, ainda que não se concorde com essa classificação, há de se levar em conta a noção de que as diferentes eficácias principais, mediante um único *decisum*, podem ser coordenadas e conjugadas para tutelar uma mesma situação controvertida.

Pois bem, a doutrina adota a classificação tripartida das ações (e sentenças) de conhecimento como declaratórias, constitutivas e condenatórias. Pontes de Miranda acresceu a esse rol as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*:

- a) as declaratórias, que se limitam a afirmar a existência, inexistência de um fato ou relação jurídica. Sua repercussão fática se dá pela eliminação de incerteza a respeito;
- b) as constitutivas são aquelas associadas aos direitos potestativos. Declaram a existência de um direito, constituem ou desconstituem novo estado jurídico, podendo também modificar, criar ou extinguir relação jurídica;
- c) as condenatórias declaram a existência do direito a uma prestação de algo que se possa cobrar por execução, prestação essa de dar, fazer ou entregar e determinam a sanção;
- d) as mandamentais seriam aquelas que contêm ordens, a serem atendidas sob pena de ser imposta alguma medida coercitiva, ou mesmo, de caracterizar crime de desobediência;
- e) as executivas *lato sensu* seriam aquelas autossuficientes, autoexecutáveis, devendo unicamente serem cumpridas.²⁹⁷

²⁹⁷ Esclarece Luiz Guilherme Marinoni a diferença entre o efeito mandamental e o executivo: a sentença que ordena sob pena de multa é mandamental, uma vez que atua sobre a vontade do demandado visando ao seu adimplemento. Já a sentença que realiza o direito afirmado independentemente da vontade do réu é executiva, diferenciando-se da condenatória por realizar o direito independentemente da via expropriatória. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 61).

A doutrina tem entendido pela possibilidade de serem antecipados os efeitos mandamentais e executivos²⁹⁸. As divergências, contudo, grassam no que concerne aos efeitos declaratórios e constitutivos.

Ovídio A. Baptista da Silva²⁹⁹ assinalava, a propósito das ações exclusivamente cautelares ou constitutivas que estas, por definição, prescindem de qualquer atividade, seja da parte, seja do juiz, tendente a interferir no mundo empírico. Isso porque essas sentenças produzem seus efeitos exclusivamente no mundo normativo, seja simplesmente declarando a existência ou a inexistência de uma determinada relação jurídica, seja constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. São sentenças que se bastam a si mesmas.³⁰⁰

Assim, afirma João Batista Lopes³⁰¹ que a antecipação de tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória e não se ajusta à natureza da ação constitutiva. No que concerne à declaratória questiona esse autor a possibilidade de se declarar provisoriamente que uma relação jurídica existe ou não inexistente. Aventa, entretanto, a possibilidade de, em tese, antecipar-se alguns efeitos práticos decorrentes da tutela declaratória, mas não a própria *declaração*. Quanto à tutela nas ações constitutivas afirma esse autor que, por igual, a constituição ou desconstituição não pode ser provisória.

²⁹⁸ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 60; LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 77; SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-433. p. 417.

²⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Sobrevivência da *querela nullitatis*. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81-92. p. 87.

³⁰⁰ No mesmo sentido João Batista Lopes anota que “o que particularmente define a ação declaratória e a extrema das outras ações de conhecimento é que nela, a pretensão do autor se exaure na simples declaração de existência, de existência, ou de inexistência, de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento.” (LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 48).

³⁰¹ LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 204-220. p. 211.

Ferruccio Tommaseo³⁰² igualmente se manifesta negativamente sobre a possibilidade de se antecipar em sede de medida cautelar urgente o efeito declaratório da sentença de mérito, atribuindo imediatamente a certeza jurídica que apenas seria obtida com a sentença de mérito. Para esse autor, isso ocorreria não em razão de uma pretensa incompatibilidade lógica entre certeza e provisoriedade, mas em razão de uma intrínseca inidoneidade da cognição cautelar de possibilitar ao juiz antecipar a certeza das relações jurídicas em que se reduz o bem atribuído pela sentença declaratória.

Do mesmo entendimento partilha Teori Albino Zavascki³⁰³. Isso porque nos casos das ações declaratórias ou constitutivas, vislumbra-se que tutela somente poderá servir ao demandante quando concedida em forma definitiva, não havendo utilidade alguma em antecipá-la provisoriamente.³⁰⁴

Nesse sentido, lembra Athos Gusmão Carneiro que há um bem da vida que não pode ser antecipado, e esse bem seria a certeza jurídica, decorrente da sentença declaratória com trânsito em julgado. Afirma que uma "certeza provisória" sujeita a revogação ou modificação a qualquer tempo, simplesmente não seria certeza.³⁰⁵

³⁰² No original: "I dubbi sorgono riguardo alla possibilità di anticipare in sede cautelare urgente l'effetto dichiarativo della sentenza di merito attribuendo immediatamente alla parte quel bene della certezza dei rapporti giuridici che è conseguibile con la sentenza di mero accertamento. Non vi è dubbio che se la questione è posta in modo così drastico, la risposta non può che essere negativa: questo, si noti, non per una pretesa logica incompatibilità fra certezza e provvisorietà, quanto per l'intrinseca indoneità della cognizione cautelare di consentire al giudice d'anticipare quella certezza sull'assetto dei rapporti giuridici in cui si risolve il bene attuato dalla sentenza dichiarativa." (TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 257).

³⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, op. cit., p. 85

³⁰⁴ Afirmava Enrico Tulio Liebman que: "Pode-se assim, reconhecer que uma declaração destituída de autoridade de coisa julgada é para quem a obteve pouco menos que inútil." (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 21).

³⁰⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 45.

Araken de Assis partilha do entendimento pela impossibilidade de antecipação dos efeitos meramente declaratórios, mas considera ela viável nos casos de ações constitutivas.³⁰⁶

Barbosa Moreira³⁰⁷, por seu turno, discorda da afirmação de que uma declaração prolatada em caráter reversível de nada valeria como certificação da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Embora anotando a sua escassa utilidade, assenta que enquanto não sobrevenha outro pronunciamento que a modifique, valeria como norma de conduta para as partes e a possibilidade de que venha a ser modificada não diminuiria a força com que atuou durante a sua existência.

Já Luiz Guilherme Marinoni³⁰⁸ externa o entendimento no sentido de que não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária.

³⁰⁶ Afirma o mestre: “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 da 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*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-36. p. 22).

³⁰⁷ Confira-se: “Uma declaração – argumenta-se – desprovida de aptidão para impor-se em caráter definitivo e irreversível de nada vale como certificação oficial da existência ou da inexistência de uma relação jurídica. Mas o argumento, afinal de contas, reduz-se à observação bastante trivial, de que um pronunciamento de vida precária, sujeito a ver-se contraditado por outro, tem praticamente escassa utilidade. Nisso se pode convir sem grandes reservas, cabendo apenas notar que não se trata, a rigor, de uma peculiaridade da declaração, ou do elemento declaratório; igual inconveniente haverá sem dúvida, v.g., na eventual controvertibilidade da modificação jurídica operada por sentença constitutiva. Daí a dizer que não se concebe declaração sem imutabilidade, entretanto, a distância é grande. Enquanto não sobrevenha outro pronunciamento que a nulifique, ela valerá como norma de conduta para as partes; e a possibilidade de que venha a cair nem sequer diminui a força com que atua durante o tempo de sua existência, do mesmo modo que a lei não vale menos como lei, enquanto vigora, pelo mero fato de ser revogável.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: _____. *Temas de direito processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-114. p. 103).

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 51.

Afirma que o problema não seria o de admitir uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária, mas justamente o de se indagar sobre a viabilidade e a utilidade de tutelas em face das diversas situações concretas. Assim, esse autor destaca que se, por exemplo, é completamente inviável uma constituição provisória nas ações de estado, não pareceria ser impossível a constituição provisória de um aluguel.

Salienta ademais que a utilidade da declaração e constituição sumária dependeria da sua observância pela parte a que se destina e dos meios que o direito processual estabelece para que tal tutela tenha efetividade no caso de não ser observada.³⁰⁹

Ainda no que concerne à sentença constitutiva, anota que esta produz um duplo efeito – um primeiro de natureza declaratória, sobre a existência do direito potestativo à modificação jurídica, e, um segundo, que seria propriamente constitutivo, de operar tal modificação na esfera jurídico-patrimonial das partes.

Se o direito potestativo requer, para produzir efeitos, uma sentença constitutiva, e assim, uma atuação jurisdicional que se protraia no tempo, não haveria dúvida que o tempo necessário para que seja proferida a sentença constitutiva poderia causar prejuízo e, assim, abrir ensejo, não só à

³⁰⁹ Ferruccio Tommaseo, não obstante afirmar a impossibilidade de se antecipar o efeito declaratório da sentença, admite que, em certas circunstâncias, eventualmente poderá ser suficiente ao requerente a satisfação provisória, mediante a obtenção daquela certeza em grau menos elevado como a que resulta na valoração em termos de probabilidade do direito reclamado. Tais seriam os casos em que tal direito surgisse, em concreto, nas hipóteses em que a parte esteja em condições de valer-se do *dictum* judicial para determinar o seu próprio comportamento em vista de particulares situações de direito substancial: “Se quindi è nel vero quella dottrina secondo cui non può essere anticipato in sede cautelare l'effetto dichiarativo della sentenza di merito, nondimeno ci si può chiedere se non dia sufficiente, al fine di soddisfare provvisoriamente l'interesse del recorrente, il conseguimento di quella certeza di modesto grado che si risolve nella valutazione in termini di probabilità del buon diritto affermato dalla parte. (...). Gli esempi tratti dall'esperienza giurisprudenziale mostrano che tale interesse può in concreto sussistere e ciò in quanto la parte sai posta in condizione di avvalersi del *dictum* giudiziale per determinare il proprio comportamento in specifiche vicende sostanziali.” (TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d'urgenza*, *op. cit.*, p. 258-9).

tutela antecipatória constitutiva (ou à constituição provisória), mas também à tutela antecipatória de natureza mandamental ou executiva na pendência da ação constitutiva.³¹⁰

Assim, os efeitos mandamental ou executivo poderiam antecipar a alteração do plano substancial, conferindo antecipadamente o efeito concreto que se pretende obter mediante a sentença constitutiva.³¹¹

É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque³¹² lembra que o pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que possa qualquer delas produzir no plano material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito. De tal modo, na tutela condenatória, a própria satisfação do direito é antecipada, ainda que parcialmente, com o início dos atos materiais de execução, mesmo sem que haja condenação prévia e, portanto, sem o título executivo. Também os provimentos declaratórios e constitutivos não são antecipados, o que ocorre com apenas alguns dos efeitos a ele inerentes.

No mesmo diapasão, afirma Humberto Theodoro Júnior que

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 54.

³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 56.

³¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221-245. p. 230.

tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas.^{313_314}

Com efeito, como anota Teori Zavascki, efeitos executivos podem ser identificados não apenas nas sentenças condenatórias, mas igualmente nas constitutivas e mesmo nas puramente declaratórias. A ação declaratória, via de regra, possui alto efeito mandamental. É uma ação de preceito, que traz conteúdo inibitório, propugna um não fazer. Essa eficácia negativa seria passível de antecipação: ordens de abstenção, de sustação, de suspensão de atos ou comportamentos seriam antecipáveis.³¹⁵

Verifica-se, pois, que, embora se entenda pela impossibilidade de antecipar a certificação do direito que seria obtida por meio da sentença declaratória ou ainda questionável a possibilidade de antecipação da sentença constitutiva, em tese seria viável a antecipação de tutela nas demandas com esse escopo, relativamente a determinados efeitos inerentes, adotada a premissa que tais ações sejam preponderantemente declaratórias ou constitutivas.

³¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 181-203, esp. 189.

³¹⁴ Também Kazuo Watanabe afirma que a utilidade da declaratória "está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório". (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-52. p. 35).

³¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, op. cit., p. 86-87.

4.3 REQUISITOS PARA CONCESSÃO PARA TUTELA ANTECIPADA

A concessão da tutela antecipada demanda a configuração de dois requisitos cumulativos e indispensáveis, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança. Destaca Olavo de Oliveira Neto tratarem-se de requisitos positivos, posto que devem necessariamente estar presentes.³¹⁶

A tutela antecipada requerida com base na urgência demanda, a par dos dois requisitos antecedentes, a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a parte tenha que pacientar o regular transcurso do processo. Trata-se, então, conforme o mesmo autor, de requisito facultativo, conforme a modalidade de tutela antecipada.

Além desses requisitos, há necessidade do preenchimento de um requisito dito negativo, e que se refere ao fato de que, em regra, a antecipação de tutela não poderá ser concedida quando houver risco de irreversibilidade da medida.

Tais requisitos estavam expressamente previstos no Código de 73, e se encontram igualmente previstos no Novo Código de Processo Civil, de modo que os ensinamentos da doutrina formulados sob a égide do ordenamento anterior permanecem atuais.

Destaque-se, outrossim, que o Código de Processo Civil de 1973 encartava, entre a tutela antecipada, a figura da tutela da evidência, que requeria a configuração do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, ou a existência de parte incontroversa da demanda.

³¹⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2015, v. I, Parte Geral. p. 608.

O novo Código de Processo Civil, embora classificando essa modalidade no Livro V - “Da Tutela Provisória”, conferiu-lhe tratamento diferenciado em um Título próprio: III – Da Tutela da Evidência, distinto da Tutela de Urgência, que se encontra prevista no Título II. No novo ordenamento, além do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, declinou-se especificamente as hipóteses em que se há por entender a incontrovérsia³¹⁷.

Não se cuidará então dos requisitos dessa modalidade de tutela, eis que, por expressa disposição legislativa, a decisão que a concede não será objeto de estabilização.

4.3.1. REQUISITOS POSITIVOS OBRIGATÓRIOS

Cumpra primeiramente destacar a aparente incongruência em se exigir como requisitos a prova inequívoca – que, em tese, propiciaria um juízo de certeza – e, ao mesmo tempo, a verossimilhança, que ensejaria um juízo de aparência, de mera plausibilidade.

³¹⁷ 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. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2015).

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a dificuldade de conciliar tais requisitos decorreria da não distinção entre “prova” e “convencimento judicial”. Saliencia que “a prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova da verossimilhança ou prova de verdade”.³¹⁸

Nelson Nery Junior esclarece, por seu turno, que “para conciliar as expressões *prova inequívoca* e *verossimilhança*, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca.”³¹⁹

No mesmo sentido, o magistério de Araken de Assis, para quem a locução “prova inequívoca” foi empregada pelo legislador “como um grau intermediário entre a dúvida e a certeza, motivo por que a aparente *contradictio in adjecto* desaparece, substituída pela noção de verossimilhança.”^{320_321}

Conciliam-se assim as duas locuções, levando-se em conta o juízo tomado no âmbito da cognição sumária.

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela, op. cit.*, p. 167.

³¹⁹ NERY Jr., Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 381-412. p. 386, itálicos originais.

³²⁰ ASSIS, Araken. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-36. p. 24.

³²¹ Esse também é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “O art. 273 contém duas expressões aparentemente inconciliáveis, mas que não querem senão dizer que o *fumus*, para que possam ser adiantados os efeitos da sentença final, há de ser mais robusto, *mais veemente, mais expressivo* do que aquele exigido para a concessão de liminar em ação cautelar.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: ____ (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555. p. 536, itálicos originais.

4.3.1.1 Prova Inequívoca

A prova inequívoca seria qualquer meio de prova, em geral documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco ou de abuso do réu.³²²

A respeito do termo, João Batista Lopes³²³ afirma não ter sido feliz o legislador, posto que “prova inequívoca” faria supor a existência de elementos de convicção com valor absoluto, insuscetíveis de impugnação, o que por si só, ofenderia o princípio do contraditório. Lembra o mestre que a qualidade “inequívoca”, ou seja, clara e evidente, nenhuma prova *a priori* e a rigor, ostentaria, eis que necessário o crivo do julgador a respeito.

Luiz Guilherme Marinoni³²⁴ lembra nesse mesmo sentido que uma prova que aponta em dois sentidos também pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente. Destaca que “a verdadeira questão da prova que aponta em dois sentidos não está na sua credibilidade, mas sim na convicção que pode gerar.”³²⁵

Para Cassio Scarpinella Bueno, “o melhor entendimento para prova inequívoca é aquele que afirma tratar-se de prova robusta,

³²² ASSIS, Araken. *Antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 24.

³²³ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 94.

³²⁴ “Se o juiz, antes de valorar a prova, tem que aferir a sua credibilidade, não há como confundir prova que aponta em dois sentidos com falta de credibilidade. É evidente que essa prova pode merecer credibilidade e, por consequência, ser valorada. Ou seja, é inegável a sua potencialidade para a formação da convicção. Assim, não há como aceitar a tese de que não é possível chegar à fase em que se verifica a força persuasiva da prova para ver verossímil (ou provável) a alegação do requerente”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 173).

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, *op. cit.*, p. 174.

contundente, que dê maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato.”³²⁶

Kazuo Watanabe, por sua vez, ao distinguir as hipóteses de prova inequívoca e de fumaça do bom direito, destaca que “o juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito”.³²⁷

Cuidando-se de cognição sumária, deve-se analisar o requisito da prova inequívoca, pela ótica do juízo de verossimilhança, que será tratado adiante.

Daí bem observa João Batista Lopes que, para que a norma não perca a sua operatividade não deverão os juízes interpretar literalmente o seu enunciado, mas tomar em atenção a *ratio legis* e, pois, satisfazer-se com prova segura das alegações do autos.³²⁸

Nesse contexto, prova inequívoca deve ser entendida como aquela de alto grau de convencimento, apta a ensejar no magistrado a impressão de verossimilhança da alegação.

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, op. cit., p. 37.

³²⁷ WATANABE. Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), op. cit., p. 33-34.

³²⁸ LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC, op. cit., p. 218.

4.3.1.2 Verossimilhança

Verossímil é o que tem aparência de verdadeiro. No escólio de Barbosa Moreira, “o juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista.”³²⁹

Salienta Athos Gusmão Carneiro³³⁰ que o juízo de verossimilhança supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada - *ex facto oritur ius* -, conducente, pois, às consequências jurídicas postuladas pelo autor.³³¹

Ou seja, o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as *quaestiones facti* como as *quaestiones iuris* induzem ao merecimento, pela parte, da concessão da prestação jurisdicional postulada em seu favor.

³²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, v. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996. p. 204;

³³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28.

³³¹ Nesse sentido a lição de Piero Calamandrei, que afirmava que um fenômeno processual diverso daquele examinado ocorre no procedimento sumário no qual a lei, visando simplificar e acelerar a prolação do provimento de caráter provisório e urgente, autoriza ao juiz contentar-se com um juízo de verossimilhança fundado em provas “leviores”, ou como se diz, prova “prima facie”. (...). Mas essa sumariedade da investigação quase sempre se resolve num juízo de verossimilhança baseada principalmente na confiabilidade da alegação, que por si só pode ser suficiente, se o tribunal considerar que não há necessidade até mesmo de outras informações para torná-lo mais plausível e apta à concessão da medida. No original: “Un fenomeno processuale diverso da quelli esaminati fin qui si ha in quei procedimenti sommarii, in cui la stessa legge, allo scopo di semplificare e accelerare la emanazione di provvedimenti di carattere provvisorio ed urgente, autorizza il giudice ad accontentarsi di un giudizio di verosimiglianza, fondato su prove *leviores*, o, come anche si dice, su prove *prima facie*. (...). Ma questa sommarietà di indagine si resolve in realtà quasi sempre in un giudizio di verosimiglianza fondato soprattutto sulla attendibilità della allegazione, la quale può bastare essa sola, qualora il giudice ritenga che non ci sia bisogno neanche di assumere sommarie informazioni per renderla maggiormente credibile, alla concessione del provvedimento.” (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. X, parte I, p. 164-192, 1955. p. 186).

Impõe-se salientar, contudo, que verossimilhança é um conceito vago, sujeito à apreciação livre do magistrado.

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca, contudo, que nada haveria de discricionário na decisão por meio da qual o magistrado concede ou não a antecipação de tutela, sendo o seu entendimento no sentido de que todo conceito jurídico pode ser aplicado e gerar uma só solução justa³³².

Anota que a liberdade de apreciação crítica do juiz tem por finalidade a precisa conformidade para com o direito. Assim, o princípio da legalidade seria burlado se se entendesse que o Judiciário pudesse decidir diferentemente em face da mesma lei e de casos idênticos num mesmo contexto histórico:

*A palavra do Judiciário é a lei “in casu”. A sentença proferida pelo magistrado é àquela hipótese, com exclusão de qualquer outra, contenha ou não a norma um termo vago ou conceito indeterminado.*³³³

Justamente por essa razão que Luiz Guilherme Marinoni³³⁴ salienta que “quando se pensa na verossimilhança suficiente para a concessão da tutela antecipatória, o real problema está na racionalidade da decisão judicial, ou melhor, no controle de racionalidade da decisão que concede ou não a tutela antecipatória”. Isso porque, no seu entender, essa racionalidade não poderia ser garantida por intermédio de uma artificial e

³³² Lembra essa autora que os conceitos jurídicos amadurecem e, portanto, diminuem o seu grau de indeterminação: “quando de um termo ou expressão vaga se faz uso reiteradamente, passam a se instalar certos pressupostos de verdade que passam a alterar o sistema de raciocínio de tópico para quase que dedutivo ou subsuntivo clássico. Os núcleos conceituais, que formam como que a estrutura óssea da ordem jurídica, conferindo-lhe a estabilidade necessária, são pressupostos operativos de realização dos valores certeza e segurança.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____ (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555. p. 527).

³³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, *op. cit.*, p. 532.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada*, *op. cit.*, p. 176.

impossível determinação do grau de verossimilhança ou de uma indevida restrição do direito à produção de prova.

Assim sendo, também na tutela antecipatória o juiz não pode deixar de justificar: i) as razões que o levaram a acreditar, ou não, na prova; ii) a relação que realizou entre a prova e os fatos; iii) os motivos que o levaram a estabelecer, ou não, uma presunção; iv) de referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio.

De tal modo, a formação do convencimento do magistrado a respeito, devidamente motivado, haverá de se balizar pelo quadro fático corroborado pelas provas “inequívocas” colacionadas pela parte, temperado pela demonstração do perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como pelo eventual abuso do direito de defesa perpetrado pela parte contrária ou manifesto propósito protelatório.

4.3.1.3 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

O legislador estabeleceu como requisito obrigatório para a hipótese autorizadora da antecipação de tutela baseada na urgência o fundado receio de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se de uma antecipação assecuratória, devendo o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ser concreto, e não hipotético, além de ser atual e grave.

Fundado receio é que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas sim de elementos concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança ou de probabilidade em torno de risco de prejuízo grave.

Assim sendo, ressalta Humberto Theodoro Júnior que seria indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.³³⁵

Para Teori Zavascki há necessidade de demonstração do “risco concreto (e não hipotético ou eventual), ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte)”. Afirma ainda o mestre que “se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação de tutela”.³³⁶

João Batista Lopes³³⁷ bem destaca que expressões “dano irreparável ou de difícil reparação” configuram conceitos indeterminados, que não possuem conteúdo perfeitamente delimitado, e, por isso, ficam na dependência de interpretação flexível do juiz, ajustada à natureza das coisas segundo as circunstâncias do caso concreto.

Ressalva o mestre que, em princípio, todo dano material é reparável por meio de indenização. Caberia então distinguir as hipóteses de irreparabilidade absoluta e irreparabilidade relativa. A primeira ocorreria quando a indenização se mostrar inidônea para satisfazer plenamente a parte. A segunda ocorreria quando a indenização, embora não logrando o retorno ao *status quo ante*, a indenização seria apta a recompor o patrimônio da parte lesada.

Carlo Calvosa propunha então dois critérios para se qualificar o dano como irreparável – um subjetivo e um objetivo. Pelo critério

³³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada, *op. cit.*, p. 196.

³³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, *op. cit.*, p. 77.

³³⁷ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, *op. cit.*, p. 98.

objetivo deveria ser levado em conta o prejuízo e a efetiva possibilidade de ser reparado de forma específica ou equivalente. Com relação ao critério subjetivo, haveria de ser considerada a capacidade da parte contrária, seja voluntariamente ou por meio de execução forçada, reparar os danos sofridos. Assim, verificando-se um ou outro critério, o prejuízo se qualificaria como irreparável, porque irrelevante seria para a parte sujeita ao prejuízo, se o dano, uma vez produzido, não possa ser reparado pela incapacidade econômica de quem deveria ressarcir ou pela impossibilidade objetiva do dano ser reparado na íntegra ou mesmo em parte.³³⁸

Luiz Guilherme Marinoni, por seu turno, assenta que:

Há "irreparabilidade" quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo). Mas, há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia. Ou seja, existe irreparabilidade quando o direito não pode ser restaurado na forma específica. (...). O dano é de "difícil reparação" se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de "difícil reparação" se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.³³⁹

³³⁸ No original: "L'irreparabilità è un tale qualificazione del danno, che deve essere considerata e valutata usando un duplice criterio: obiettivo, l'uno, riferito, il pregiudizio, all'oggettiva possibilità di ristoro, sia col mezzo del risarcimento in forma specifica, sia per equivalente; soggettivo, il secondo, facendosi, cioè, riferimento alla capacità del soggetto che, volontariamente ovvero per il mezzo dell'esecuzione forzata, dovrà prestarsi, perchè possa prevenirsi a riparare il pregiudizio da altri subito. è del tutto evidente que, quando ricorra l'una o l'altra delle due cennate condizioni, il pregiudizio si qualifica per la sua irreparabilità, perchè non rileva, pel soggetto che dovrebbe subire il pregiudizio, se il danno, una volta prodottosi, non possa poi essere ristorato per l'incapacità, economica, di colui che dovrebbe prestarsi al risarcimento, ovvero per l'impossibilità, oggettiva, che il danno sia risarcito totalmente o anche solo parzialmente." (CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*. Torino: Unione, 1970, p. 770)

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 155-156.

De qualquer modo, caso o transcurso do processo imponha risco ao direito da parte, irreparável ou de difícil reparação, será o caso de tutela antecipada, isso se configurados os demais elementos necessários e concorrentes mencionados acima, a saber, a prova inequívoca e a verossimilhança do direito invocado.

4.3.2 REQUISITO NEGATIVO: IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Por fim, além da presença dos requisitos positivos obrigatórios, requereu o legislador um requisito negativo, qual seja, "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Cumpra primeiramente destacar a imprecisão terminológica uma vez que, como explicita João Batista Lopes³⁴⁰, o provimento antecipado sempre será reversível, seja porque cabível contra ele recurso, seja porque sua natureza é provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Assente na doutrina que a tutela antecipada precipita não a própria decisão final, mas os efeitos que esta produziria no campo fático a irreversibilidade, a que alude a legislação processual, concerne aos efeitos práticos do provimento antecipatório no mundo empírico.

É nesse sentido o escólio de Teori Albino Zavascki:

³⁴⁰ LOPES, João Batista, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 111.

*Antecipar irreversivelmente significa antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício este que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.*³⁴¹

Conforme salienta Ovídio Baptista da Silva, o prejuízo, como dano, ainda que irreparável, não configura um prejuízo, enquanto prejulgamento, de modo que o juiz poderá perfeitamente antecipar efeitos que se eternizem, por serem irreversíveis, desde que não prejulgue o mérito da causa.³⁴²

Uma decisão provisória poderia então ter efeitos irreversíveis, sem que deixe de ser provisória, visto que ela permanece destinada a ser suprimida ou substituída por uma decisão definitiva.³⁴³

João Batista Lopes³⁴⁴ anota que a proibição da tutela antecipada nos casos de perigo de irreversibilidade é opção política do legislador com o evidente propósito de resguardar os direitos do réu cuja defesa ainda não foi amplamente examinada.

³⁴¹ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 100.

³⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*. In: _____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3-24. p. 22.

³⁴³ Nesse sentido, esclarece Luiz Guilherme Marinoni: "Não seria preciso dizer que 'irreversibilidade do provimento' e 'irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento' são coisas que não se misturam, se não fosse a confusão, que sempre reinou nos tribunais, entre a estrutura e a função da tutela antecipatória. (...). Porém, não há contradição entre provisoriedade e satisfatividade, entendida esta como a realização antecipada do direito afirmado pelo autor. A tutela é provisória apenas e tão-somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe. A provisoriedade da tutela deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, pela sua absoluta falta de idoneidade para declaração ou, em outros termos, para a produção da coisa julgada material." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, op. cit., p. 192)

³⁴⁴ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, op. cit., p.112.

Contudo, a vedação à antecipação dos efeitos da tutela irreversíveis deve ser relativizada, caso a caso, sob pena de inviabilizar o próprio instituto, ensejando lesão grave e irreparável ao postulante.

Como assenta Luiz Guilherme Marinoni, não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro mais provável.³⁴⁵

Teori Zavascki³⁴⁶ reconhece a existência de casos extremos em que o conflito de direitos seria tão profundo que apenas um deles poderia sobreviver, já que a manutenção de um fatalmente importará no sacrifício completo do outro. Nesses casos, afirma o mestre, “caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar os bens e valores colidentes e tomar a decisão a favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito.”

Assim, sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto. Nos casos em que o direito do autor for de manifesta verossimilhança e que for igualmente claro o risco de seu dano iminente, não se justificaria sacrificá-lo em nome de uma possível situação de irreversibilidade.

Como observa Flávio Luiz Yarshell, a irreversibilidade é fator que pode atuar tanto para a concessão, quanto para a denegação da tutela antecipada. Em casos de conflito de valores, portanto, será preciso

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, op. cit., p. 198.

³⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, op. cit., p. 102.

confrontar os benefícios e os malefícios da concessão e da denegação, recorrendo ao denominado *principio da proporcionalidade*. Anota o mestre, o que “se não resolve inteira e satisfatoriamente essa complexa questão, representa, pelo menos, a busca de um critério atento à *preservação da efetividade dos provimentos jurisdicionais*.”³⁴⁷

Assim, caberá ao julgador sopesar os interesses dos litigantes em conflito, preservando meios eficientes e hábeis ao retorno ao *status quo ante*, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea, pelo menos para garantir a reparação por eventual indenização.

³⁴⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-180. p. 178.

5 ESTABILIZAÇÃO COMO TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

A decisão antecipatória, tal como concebida pelo modelo do Código de Processo Civil de 1973, é provisória e depende de confirmação por meio de uma decisão final de mérito a ser prolatada em um processo ordinário de cognição exauriente, hábil a se revestir da imutabilidade da coisa julgada.

5.1 PROJETO DE LEI Nº 186/2005

Para evitar essa necessária continuidade processual e a sempre provisoriedade das decisões antecipatórias é que, inicialmente, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, em comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, cunhou o anteprojeto que tratava da estabilização da tutela antecipada.

Converteu-se no Projeto de Lei nº 186/2005, publicado no Diário do Senado Federal em 25 de maio de 2005, e, apresentado pelo então Senador Antero Paes de Barros, visava modificar os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescentar os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao Código de Processo Civil/73, para permitir a aludida estabilização:

Art. 1º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

Art. 273 (...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

“Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

Pela redação da exposição de motivos da comissão elaboradora do anteprojeto, ficava evidente o intuito de habilitar no sistema processual técnica que outorgasse às partes a decisão sobre a conveniência ou não da instauração e do prosseguimento da demanda e sua definição em método tradicional, tornando definitiva e suficiente a resposta jurisdicional contida no provimento antecipatório.

Com efeito, pelo referido projeto, a decisão antecipatória poderia estabilizar-se caso, no prazo de trinta dias, (i) o réu não intentasse

demanda destinada à sentença de mérito, (ii) ou autor, contemplado com antecipação parcial, não intentasse demanda visando a satisfação integral da pretensão.

A mesma hipótese ocorreria no caso de tutela concedida no curso do processo em que a parte interessada, cientificada dessa decisão, não se manifestasse pelo prosseguimento do processo.

Assim, a ação sumária material autônoma teria, em sua fase liminar, uma autonomia procedimental. A faculdade de promover a demanda plenária seria do sucumbente, em prazo estabelecido em lei, sendo que a sua omissão transformaria a provisoriedade em definitividade. Não sendo proposta a ação plenária, ou continuada, a decisão proferida em juízo sumário poderia se estabilizar.

Ada Pellegrini Grinover³⁴⁸, em seminário sobre a reforma, principiou a defender o projeto, argumentando que não se poderia “exasperar o entendimento meramente formal das garantias, em casos que o seu deferimento não configura prejuízo à parte”.

Lembrou que se encontrava superado o entendimento de que o processo de conhecimento - que continua indispensável para um certo grupo de controvérsias que exigem maior segurança e garantias – seria a solução desejável para todas as questões de direito material. De tal modo, a defesa pela tutela que, de provisória, poderia tornar-se definitiva, evitando ou encurtando o processo de conhecimento, pela preclusão dos recursos ou pelo não exercício do contraditório.

³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Estabilização dos efeitos da tutela antecipada. In: *A reforma do processo civil brasileiro*. Brasília: Artcor Editora, 2005, p. 183-194. Disponível em: <http://wss/bibpesquisa/Documentos%20Compartilhados/REFORMA%20JUDICIÁRIA/SEMINÁRIO%202005%20-%20MINISTÉRIO%20DA%20JUSTIÇA.PDF>. Acesso em: 9 dez. 2015. p. 185.

Afirmou que o que se pretendia era deixar que as partes decidissem sobre a conveniência ou não da instauração ou do prosseguimento do processo de conhecimento, a exemplo da experiência brasileira com a ação monitória e dos sistemas jurídicos francês e italiano (estes com a particularidade da decisão não transitar em julgado, como a proposta do PL 186/2005).

Tratava-se, à época, sem dúvidas, de projeto audacioso e inovador, na medida em que não só permitia a definição da demanda por meio de provimento sumário autossuficiente e desprendido de necessário juízo cognitivo completo superveniente, mas também o dotava da imutabilidade representada pela coisa julgada material.

Determinava, após a preclusão da decisão que concedeu a tutela antecipada - inclusive em procedimento preparatório -, e o decurso do prazo peremptório para a propositura da demanda destinada à decisão de mérito pela parte interessada, a incidência da coisa julgada substancial, não se sujeitando mais o direito do caso concreto à retratabilidade em outros juízos porventura instaurados sobre a matéria.

Em comentários a respeito, José Roberto dos Santos Bedaque³⁴⁹ afirma tratar-se de “alteração substancial da natureza do instituto da tutela antecipada, que perderia a provisoriedade, assumindo a natureza de tutela sumária não cautelar”. A decisão sobre a antecipação dos efeitos da tutela final, nos termos da proposta, não estaria sujeita apenas à preclusão interna ou endoprocessual, eis que não iniciado ou continuado o processo de cognição exauriente, a decisão proferida em processo sumário adquiriria imutabilidade, verificando-se o fenômeno da coisa julgada material.

³⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed., rev. e ampl, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 333.

Consequência natural da opção, seria a submissão das respectivas decisões, inclusive as interlocutórias, à ação rescisória.

Ressalva que tal, contudo, não importaria inovação substancial no sistema processual, eis que se aproximaria do tratamento dado à revelia, em que, devido à omissão do réu, o autor obtém resultado favorável mediante decisão precedida de cognição sumária e apta a tornar-se definitiva. Verificada a revelia no processo de conhecimento, os fatos afirmados na inicial tornam-se incontroversos, independentemente de prova, viabilizando, portanto, a sentença apta ao trânsito em julgado.³⁵⁰

Destaca ainda que, no tocante à tutela antecipada, a instrumentalidade entre essa e o mérito seria uma questão de pura política legislativa. Tratando-se de provimentos antecipatórios, que “não têm natureza cautelar, pois possuem aptidão para transformar-se na regulamentação definitiva da relação material objeto do processo”³⁵¹, seria perfeitamente possível disciplinar de forma diversa o seu relacionamento com a tutela definitiva.

Assim, nada obstaría que o legislador regulasse de forma diversa o instituto da tutela de urgência antecipatória, especialmente quando não dotada de provisoriedade ou instrumentalidade.

O referido projeto de Lei acabou arquivado por decisão de sua Relatora Ideli Salvatti, de 7 de março de 2007, tendo em vista o término da legislatura e a não reeleição de seu autor no ano de 2006.

³⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 335.

³⁵¹ Lembre-se que esse autor, como mencionado alhures, entende que a tutela antecipada encarta-se dentre as cautelares, e que serve para assegurar o resultado útil da decisão a ser conferida após posterior cognição exauriente. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 340).

5.2 A CONCEPÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De qualquer sorte, em 2010 foi nomeada uma Comissão de Juristas pelo Presidente do Senado Federal, com o intuito de elaborar um projeto de novo Código de Processo Civil. A referida comissão foi presidida pelo Ministro Luiz Fux, atualmente componente do Supremo Tribunal Federal, cabendo à Teresa Arruda Alvim Wambier sua relatoria.

O projeto culminou com promulgação de um novo Código de Processo Civil, no qual as tutelas de urgência, cautelares ou satisfativas, restaram unificadas, tendo sido previsto o instituto da estabilização da tutela de urgência requerida em caráter antecedente, viabilizando uma tutela provisória apta a regular, de fato, o litígio, de forma definitiva, sem, contudo, produzir coisa julgada material. A inspiração, conforme consta da própria exposição de motivos, decorreu dos sistemas italiano e francês, anteriormente referidos.³⁵²

Trata-se de decisão proferida em demanda procedimentalmente autônoma - porque não sujeita necessariamente a uma decisão posterior de mérito -, com a inversão do contraditório, cuja defesa do réu pode se converter em causa de pedir de uma eventual nova demanda plenária. Em vez de a demanda dividir-se em duas fases, sendo a primeira interna, com contraditório diferido, dividir-se-ia em duas ações, autônomas, invertendo-se o contraditório em relação à propositura da segunda, quando a iniciativa de rever, reformar ou invalidar a decisão partir do réu.

³⁵² “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária. As partes podem, até a sentença, modificar pedido e causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório. De cada processo, por esse método, se obtém tudo o que seja possível.” (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2015).

A decisão provisória será revestida de uma autoridade e estabilidade próprias. Muito embora não se revista da autoridade de coisa julgada material, não poderá ser rediscutida.

Contudo, a estabilização da tutela de urgência não significa um rompimento integral com o sistema tradicional. Continua mantendo as características de provisoriedade e revogabilidade, alterando-se apenas a obrigatoriedade de seguir-se com o processo principal, para sua confirmação, caso não seja de interesse das partes a prolação de sentença hábil a revestir dos efeitos da coisa julgada.³⁵³

A possibilidade de estabilização da tutela antecipada brasileira já havia sido analisada por Edoardo F. Ricci, logo após a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994, no seguinte sentido:

Consolidar os próprios fundamentos significa, todavia, estabelecer as premissas para passos seguintes; e, a essa altura, não pode ser olvidado o problema de saber se não vale a pena tornar a tutela antecipatória de tipo satisfativa mais estável, prevendo que esta sobreviva em certos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito. Isto se obteria, por exemplo, e se impusesse à parte demandada (contra a qual a tutela antecipatória foi concedida) o ônus de

³⁵³ Confira-se, nesse sentido: “O sistema adotado pelo Projeto de Código de Processo Civil, ao contrário de negar a natureza instrumental das tutelas de urgência, mantém sua provisoriedade e revogabilidade, deixando muito claro que a decisão de urgência somente produzirá seus efeitos caso não surja decisão contrária, em sede cautelar ou em posterior processo de cognição exauriente. A peculiaridade, no entanto, está somente no fato de que, caso a medida cautelar não seja impugnada pela parte interessada, o sistema proposto – ao contrário do vigente – não estipula qualquer ônus em relação ao demandante, no que tange ao ajuizamento da ação principal. A ideia, portanto, ao contrário de negar a função instrumental da tutela cautelar, é somente evitar a necessidade de ajuizamento de demanda muitas vezes pautada como inútil e indesejada pelas próprias partes. Estas, em muitos casos, são obrigadas a lançar mão do processo principal somente para manter os efeitos da medida previamente deferida. No mais, a instrumentalidade não é elidida pela estabilização dos efeitos da medida de urgência, pois ainda que o beneficiado da tutela entenda por não propor a medida de cognição exauriente, poderá o demandado fazê-lo, obtendo, neste novo processo – se for o caso – a revogação ou modificação da medida.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, n. 202, p. 235-267, dez. 2011, p. 256).

*propor uma contestação ou oposição dentro de um certo lapso, e se previsse que em caso de falta de contestação ou oposição no prazo o processo seria encerrado por uma sentença de indeferimento, com conservação da força executiva (ou mais genericamente satisfativa) do provimento antecipatório.*³⁵⁴

De se salientar que a possibilidade de uma decisão concedida mediante cognição e procedimentos sumários se tornar definitiva não configura inovação para o direito brasileiro.³⁵⁵

Na hipótese de não apresentação de recurso contra essa decisão, o contraditório fica relegado para a ação posterior, desestimulando-se o demandado a persistir em casos meramente procrastinatórios. Entretanto, caso entenda pertinente, poderá o sucumbente discutir a causa em uma demanda plenária, com pleno respeito à garantia do contraditório. Ademais, a referida decisão poderá ser impugnada consoante o sistema recursal existente.

Eduardo Talamini afirma que a estabilização da tutela antecipada antecedente reúne as características essenciais da técnica monitória:

(a) há o emprego de cognição sumária com o escopo da rápida produção de resultados concretos em prol do autor;

³⁵⁴ RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Tradução José Rogério Cruz e Tucci. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, p. 691-720, set./dez.1997. p.702.

³⁵⁵ Destaque-se a possibilidade do provimento provisório vir a tornar-se definitivo já havia sido objeto da doutrina de Piero Calamandrei, quando discorria sobre a provisoriedade dos procedimentos sumários: "Aqui, portanto, a provisoriedade do primeiro procedimento (sumário) nasce da possibilidade de um último procedimento (definitivo), que pode eventualmente vir a anular ou modificar os efeitos do primeiro. Mas, na maioria dos casos, essa possibilidade não se verifica (ou, de todo modo, o legislador calcula que não se verifique): e, permanecendo inativa a parte interessada para provocar o conhecimento ordinário, o procedimento provisório consolida-se e torna-se ele próprio definitivo". (CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 31).

(b) a falta de recurso do réu contra a decisão antecipatória acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável;

(c) nessa hipótese, a tutela em vigor permanece em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover a ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; e

(d) não haverá coisa julgada material.³⁵⁶

Como destaca Eduardo Talamini, reconhece-se que a técnica monitoria funda-se essencialmente na disponibilidade do exercício de uma posição jurídico-processual pelo réu – de modo que a estabilização reflète, em algum grau, o não exercício de uma faculdade que poderia ter sido livremente exercida³⁵⁷⁻³⁵⁸.

De tal modo, estando o réu ciente da possibilidade de estabilização, expressa na opção realizada pelo autor na inicial, a ausência de insurgência poderia configurar-se aquiescência tácita a respeito.

Na concepção da estabilização da tutela antecipada, não haveria então violação ao princípio do contraditório, podendo sua provocação ficar a cargo do sucumbente na decisão liminar.

³⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 119-143. p. 136.

³⁵⁷ Ressalta, contudo, esse autor, que “não há como dizer que, ao aperfeiçoar-se plenamente, a tutela monitoria sempre retrate um cenário de paz social: o não exercício da faculdade pode decorrer da negligência, incúria ou até mesmo desprezo pelas instituições”. (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada, *op. cit.*, p. 139).

³⁵⁸ É nesse sentido o entendimento de Dierle Nunes: “essa possibilidade de continuidade ou apresentação posterior do processo de mérito, de cognição mais abrangente, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição.” (NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4, p. 78.

6 A TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

6.1 CONFIGURAÇÃO GERAL

O novo Código de Processo Civil não está organizado estruturalmente como o Código de Processo Civil de 1973. O novo CPC, na Parte Especial, prevê apenas o processo de conhecimento (Livro I) e o processo de execução (Livro II) e no Livro III, trata do processo nos tribunais e meios de impugnação de decisão judicial.

Consolida-se então, o modelo procedimental sincrético, com a possibilidade de convivência de duas ou mais atividades procedimentais numa mesma estrutura procedimental.

Não há previsão de *processo cautelar*³⁵⁹.

O Código de Processo Civil/73 regulamentava a tutela de urgência em livros distintos. A tutela de urgência dita cautelar era disciplinada

³⁵⁹ Afirma Luiz Guilherme Marinoni que a conjugação feita, em um determinado momento da história, entre técnica processual e tutela dos direitos, pelo instituto da antecipação da tutela, “agora encontra uma pálida e pobre tradução na designação tutela provisória empregada pelo legislador (arts. 294 a 311). Ao preferi-la, o legislador deu vários passos atrás e optou por o processo por uma perspectiva interna de análise em detrimento de uma preocupação com uma efetiva tutela de direitos. A adoção da terminologia empregada pelo legislador deixa na sombra aquilo que mais interessa para quem vai ao processo – a busca pela tutela do direito. Ao falar em tutelas provisórias, o legislador imagina mais uma vez – voltando mais de cem anos na história do processo civil – que é possível tratar o direito material com uma categoria interna, única e invariável que não fornece qualquer pista a respeito dos pressupostos materiais que devem ser alegados e provados para a proteção do direito material. Aludir simplesmente a tutelas provisórias e tutelas sumárias – e aos conceitos correlatos de tutelas definitivas e tutelas exaurientes - sem ilumina-las com o conceito de tutela dos direitos é perder de vista aquilo que a parte foi efetivamente procurar no processo. É fazer com que o legislador falte com o seu dever de legislar de modo a guiar a ação dos juízes e dos advogados para prestação de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2, p. 196).

pelo Livro III, que regulava o “processo cautelar”. Ali estavam previstos o poder geral de cautela, a possibilidade de concessão de cautelares inominadas e as cautelares nominadas. No Livro I, que regulamentava o processo de conhecimento, encontrava-se a tutela de urgência dita antecipada. No dispositivo pertinente (art. 273), o legislador tratava ainda da tutela da evidência, do julgamento parcial de mérito e a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

O novo Código de Processo Civil tratou do tema “tutela provisória” de forma significativamente diferente. Não há previsão quanto a um “processo cautelar” ou medidas cautelares típicas. O novo Código simplesmente estabelece o poder geral de cautela (art. 297).³⁶⁰⁻³⁶¹

Houve a unificação do regime da tutela provisória (art. 294), que se tornou gênero de duas espécies de tutelas: (i) a tutela da urgência,

³⁶⁰ Sobre esse dispositivo - que, segundo Cassio Scarpinella Bueno “faz as vezes” daqueles previstos nos arts. 273 e 798 do Código/73 – o mestre afirma ser “nele que reside o acerto da afirmação de que a tutela provisória deve ser compreendida como a reunião de técnicas aptas ao assecuramento do direito (ou, para quem quiser, do resultado útil do processo) e/ou, tudo a depender das necessidades do caso concreto, à satisfação imediata de um direito.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. único. p. 223)

³⁶¹ Afirma Daniel Mitidiero: “Ressalvada a execução contra a Fazenda Pública, a atividade executiva pode se valer de *técnicas executivas atípicas* para promoção da tutela dos direitos. No desenho original do Código Buzaid, tínhamos um *sistema rígido* de correlação entre tipos de obrigação e tipos executivos. As *Reformas* introduziram um *sistema parcialmente maleável*, permitindo o emprego de técnicas executivas atípicas para cumprimento das situações substanciais consubstanciadas em um fazer, não fazer e no direito à coisa. Com exceção da execução contra a Fazenda Pública, o novo Código *quebrou integralmente o sistema de tipicidade da técnica processual*, permitindo o emprego do meio executivo mais adequado para tutela do direito em *toda e qualquer situação substancial*. Trata-se de quebra que visa à promoção da *tutela específica dos direitos*, pugnada pela doutrina preocupada com a efetividade do processo. (...) Com isso, o direito brasileiro afasta-se de um sistema de técnica executiva rígida e avizinha-se a um sistema de técnica executiva maleável, seguindo nesse particular tendência que emerge do direito comparado.” (MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 778).

que, por sua vez, se subdivide em tutela cautelar e tutela antecipada (pár. único do art. 294); (ii) e a tutela da evidência.³⁶²

O novo Código adotou um regime unificado para a tutela de urgência no que tange aos seus pressupostos e requisitos, que passam a cingir-se à “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300)³⁶³.

No entanto, optou por manter a distinção procedimental entre as duas técnicas, criando procedimentos preparatórios diversos: a técnica antecipatória capaz de prestar a tutela entendida como satisfativa está prevista nos arts. 303 a 304 e aquela idônea à prestação da tutela dita cautelar nos arts. 305 a 310. Se a pretensão à tutela for baseada na evidência, será viabilizada nos termos do art. 311.

Cassio Scarpinella Bueno afirma que, a despeito da conservação da distinção entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”, com

³⁶² Dierle Nunes não partilha do entendimento de que o novo CPC teria promovido a unificação em regime único das técnicas de urgência. No seu entender, “a nova lei mantém a diversidade de regimes entre as técnicas e um ótimo exemplo dessa percepção é o da estabilização, que se limita somente às hipóteses das antecipatórias”, que “se trata de mais uma técnica de monitorização genérica (além da monitoria típica) na qual em cognição sumária uma decisão não impugnada tornar-se-á estável.” (NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4, p. 61-94. p. 64)

³⁶³ “Daí que falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das *Reformas*, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (**receio de ineficácia do provimento final**). Em segundo lugar, porque a *tutela cautelar não tem por finalidade proteger o processo*. A tutela provisória é necessária **simplesmente porque não é possível esperar**, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões **perigo de dano** e **risco ao resultado útil do processo** como alusões ao **perigo na demora** (“pericolo di tardività”, na clássica expressão de Calamandrei, *Introduzione alio Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari* cit.). Vale dizer: há urgência quando a **demora** pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.” (MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 783, destaques do original).

importantes reflexos procedimentais, é correto entender que, na perspectiva do dispositivo, os requisitos para a sua concessão foram igualados.³⁶⁴

Assim sendo, não haveria mais espaço para discutir, como no CPC/73, sobre os requisitos para a concessão da tutela antecipada (*prova inequívoca da verossimilhança da alegação*), se estes seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar - perspectiva que, para esse autor, sempre pareceu enormemente artificial. De modo que a concessão de ambas as tutelas de urgência reclamaria a mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.³⁶⁵

Contudo, a distinção elaborada pela doutrina entre *satisfatividade* e *cautelaridade* parece continuar integralmente aplicável ao novo Código de Ritos. A técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório pode desde logo viabilizar a *realização* e a *fruição do direito* pela parte (tutela satisfativa) ou pode apenas *assegurar* que essa fruição tenha condições de eventual e futuramente ocorrer (tutela cautelar).³⁶⁶

³⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 225.

³⁶⁵ Fredie Didier Jr. destaca o entendimento de Eduardo José da Fonseca Costa para quem: “O ‘fumus boni iuris’ e o ‘periculum in mora’ são vistos como ‘pautas móveis’, que podem se apresentar em graus ou níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos (...). Conseqüentemente, para conceder-se a liminar, não há necessidade da presença simultânea dos dois pressupostos. Entre eles há uma espécie de ‘permutabilidade livre’. Se o caso concreto desviar-se do tipo normal, e somente um dos pressupostos estiver presente em ‘peso decisivo’, mesmo assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma ‘configuração atípica’ ou ‘menos típica’, que se afasta do modelo descrito na lei. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de liminares, o ‘fumus boni iuris’ e o ‘periculum in mora’ fossem ‘elementos’ ou ‘forças’ que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional”. (DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, 10. ed., rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015. v. 2, p. 594).

³⁶⁶ Cassio Scarpinella Bueno, por seu turno, destaca que, mesmo que se aceite a proposta de distinção entre essas duas figuras, “nem sempre é simples distinguir até onde vai o “assegurar” e onde começa o “satisfazer” (e vice-versa). Até porque, a distinção repousa, quando bem compreendida, na preponderância ou na ênfase de uma característica sobre a outras, não se sua exclusividade, é dizer: assegurar pode também (ou é também) satisfazer, ainda que em menor intensidade; satisfazer pode também (ou é também) assegurar, ainda que em menor intensidade. E mais: a distinção entre “assegurar” e “satisfazer” tem que levar em conta também o direito (ou os direitos) a serem assegurados ou satisfeitos.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 220).

Poderá, como contracautela, ser exigida a caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, § 1º).

O novo Código, no entanto, restringe, tal como no CPC/73, a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º).

Destaque-se que parece superada a discussão até então verificada sobre a possibilidade de o juiz conceder a tutela de ofício (satisfativa ou cautelar). Isso em razão do regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição – reponsabilidade por dano processual e perdas e danos -, previsto no art. 302, o qual a parte pode não ter interesse em submeter-se em caso de reversão do provimento.³⁶⁷

O legislador inovou ainda ao tornar procedimentalmente autônomo o juízo sumário que leva à concessão da tutela de urgência “antecipada requerida em caráter antecedente” (art. 303). Estabelece o dispositivo que:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido

³⁶⁷ Nesse sentido, também o entendimento de Fredie Didier Jr.: “Além disso, a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida ex officio, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo. (DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 594).

*de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.*³⁶⁸

Tratou-se de opção que teve como objetivo principal viabilizar a introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro.³⁶⁹

³⁶⁸ Edoardo Ricci já assim se manifestava a respeito do modelo de concessão de tutela antecipada mediante procedimento próprio, antecedente, separado do processo civil ordinário: “É esse o modelo aplicado na Europa pelo sistema francês mediante o *référé*, previsto nos arts. 808 e 809 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, e ainda pelo sistema belga no art. 584 do *Code Judiciaire*. (...). Em primeiro lugar, somente a tutela antecipatória estruturalmente inserida no bojo do processo de conhecimento ordinário pode aspirar a fundamentar-se em todas as informações, com base nas quais deverá ser proferida a sentença. O procedimento reservado à tutela antecipatória, que se desenvolve antes e separadamente do processo civil ordinário, tende a assumir as características do procedimento sumário, no que concerne à colheita do material instrutório (e do material de cognição em geral). Nem todos os instrumentos disponíveis no processo ordinário podem, ao menos em regra, ser utilizados. É então fatal que a valoração do juiz, ao invés de extrair elementos de um aprofundado exame da controvérsia, tenda a coincidir com a apreciação do *fumus boni iuris*; e aumenta o risco de que a tutela antecipatória seja concedida a quem tenha infringido a lei, ou mesmo de que seja negada a quem tenha razão. Em segundo lugar, quando as informações vêm recolhidas no procedimento em separado e, por força da própria separação e de seu caráter sumário, com uma técnica diversa daquela típica do processo civil ordinário, necessariamente se caracterizarão pela falta das garantias ínsitas a essa espécie de processo. A tutela antecipatória é então sinônimo de tutela menos garantida sob a ótica de seu *iter* formativo; e certamente não será o processualista a menosprezar a importância das garantias processuais como instrumento idôneo a favorecer a justiça do provimento judicial.” (RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Tradução José Rogério Cruz e Tucci. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 6, p. 691-720, set./dez.1997).

³⁶⁹ Eduardo Talamini critica a opção do novo Código: “A estabilização da tutela urgente implica a reunião de institutos e técnicas que têm em mira finalidades distintas. Pretende-se conjugar a função de afastar perigo de danos (tutela urgente) com a função de propiciar rapidamente resultados práticos em caso e inércia do réu (tutela monitoria). O risco daí advindo é o de enfraquecimento da tutela antecipada antecedente como mecanismo de tutela urgente, ao se lhe acoplar a técnica monitoria.” (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 119-143. p. 141).

6.2 REQUISITOS PARA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Com efeito, estabeleceu o novo Código de Processo Civil a possibilidade da estabilização da tutela antecipada, baseada na urgência, mediante procedimento tendencialmente autônomo.³⁷⁰⁻³⁷¹

O art. 303 faculta ao autor que a petição inicial limite-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.³⁷²

³⁷⁰ Eduardo Talamini lembra que “essa regra, na versão original do projeto do Código, seria aplicável tanto à tutela antecipada, quanto à tutela cautelar concedidas em caráter preparatório. Na Câmara dos Deputados, passou-se a prever que apenas a tutela antecipada preparatória seria apta a estabilizar-se. A razão de se limitar a estabilização à 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 se obter a estabilização.” (TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada, *op. cit.*, p. 136). Também sobre o tema manifesta-se Teresa Wambier: “Ao analisar o tema aqui estudado, ganha importância a diferenciação entre ambas, porquanto a regra da estabilização da tutela de urgência, ao menos numa interpretação literal, serve tão somente à tutela antecipada, não valendo para a cautelar. Isso se dá, porque a técnica conservativa empregada pela tutela cautelar, presume a adoção de uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido principal. Utilizando-se desse raciocínio, fica difícil imaginar a estabilização de efeitos cautelares. (...) Assim, a técnica da estabilização volta-se à tutela antecipada e não à tutela cautelar. O NCPC fará ressurgir a discussão sobre a natureza da medida de urgência concedida, se cautelar ou satisfativa. Desta vez, com requintes de crueldade: sem o auxílio da fungibilidade.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 511).

³⁷¹ De outro lado, o dispositivo menciona apenas a possibilidade de estabilização da tutela concedida em caráter antecedente, sendo silente a respeito daquela requerida incidentalmente, durante o curso do processo de conhecimento. Humberto Theodoro Junior já afirmava a respeito que “nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferenciação substancial entre estabilização no curso do processo de cognição plena ou naquele prévio e antecedente: em ambos os casos a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função”. (THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, n. 206, p. 13-59, abr. 2012. p. 49).

³⁷² Mirna Cianci salienta que, no caso da tutela antecipada, haverá de ser demonstrado “com toda a exuberância” o direito e a sua violação, ou não se poderá extrair convencimento suficiente ao reconhecimento *in limine*: “difícil imaginar situação na qual, pendente da completa instrução documental e fática, a ser complementada em momento posterior, sob alegação de eventual impossibilidade, possa ser antecipada a tutela, senão por conta de situações excepcionais e raras, o que torna o instituto, já em seus pressupostos primários, de discutível utilidade”. (CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, n. 247, p. 249-261, set. 2015. p. 254).

Daniel Mitidiero afirma nesse sentido que apenas pode ser concedido provisoriamente aquilo que pode sê-lo definitivamente:

*A técnica antecipatória não pode prestar uma tutela do direito que se encontra fora da moldura da tutela final. Uma vez antecipada a tutela, essa conserva a sua eficácia na pendência do processo, só sendo oportunamente absorvida pela tutela final. Isso quer dizer, por exemplo, que se a tutela é prestada pelo juízo de primeiro grau mediante decisão interlocutória, então em regra essa conserva a sua eficácia até o advento da sentença: a cognição exauriente subjacente à sentença substitui-se à cognição sumária que suporta a decisão provisória.*³⁷³⁻³⁷⁴

Assim, a relação que existe entre a tutela antecipada (ou provisória) e a tutela final é de *identidade total ou parcial*. Isso porque provisório e definitivo seriam qualificativos do provimento judicial, ou ainda do *ato processual*. Inexistiria uma relação de *instrumentalidade* entre a técnica antecipatória e a tutela final ou entre a tutela provisória e a tutela definitiva:

Isso porque a tutela que é prestada de forma provisória é exatamente a mesma, no todo ou em parte, que pode ser prestada de forma definitiva: a tutela provisória não tem uma

³⁷³ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 776.

³⁷⁴ Bruno Garcia Redondo ressalva que, no seu entendimento, há situações em que seria descabida a concessão de tutela antecipada de forma antecedente e/ou a sua estabilização. Seriam elas: (i) quando o réu for citado por edital ou com hora certa, se for incapaz sem representante legal (ou com interesses colidentes) ou se estiver preso; (ii) quando se tratar de direito indisponível, ou for o caso de situação em que, ainda que inexistisse contestação, ficaria impedida a produção do efeito material da revelia; e (iii) quando o pedido antecedente referir-se a tutela declaratória ou constitutiva, para as quais se entende, majoritariamente, que não cabe a técnica da antecipação de efeitos. Destaca ainda as seguintes situações em que, apesar de ser possível a adoção da técnica da estabilização da tutela antecedente, não haveria cabimento para a extinção do processo, que deverá prosseguir rumo à resolução do mérito: (i) quando o pedido de tutela antecedente referir-se a somente parte do mérito (a apenas parcela do pedido formulado ou a apenas um dos pedidos cumulados), não sendo, assim, o único objeto da demanda; e (ii) quando o pedido de tutela antecedente for concedido apenas parcialmente. (REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela antecipada antecedente. Disponível em: https://www.academia.edu/14248035/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_e_negocia%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_de_urg%C3%A2ncia_antecipada_antecedente. Acesso em: 07 jan. 2016).

*natureza diversa daquela que será prestada de forma definitiva.*³⁷⁵⁻³⁷⁶

Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 301, § 1º, inc. I).

O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 301, § 3º). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 301, § 2º). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 301, § 1º, II). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 301, § 1º, III).

Caso o julgador entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, 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 (art. 301, § 6º).³⁷⁷

³⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 777.

³⁷⁶ Ferruccio Tommaseo também já assinalava que a técnica da antecipação se funda na circunstância de que, ao menos parcialmente, a mesma matéria a ser objeto da sentença de mérito será objeto do provimento antecipatório: "Infatti, affermare che la tecnica dell'anticipazione si fonda sulla circostanza che un provvedimento da pronunciarsi prima della sentenza di merito investe, almeno parzialmente, la medesima materia destinata ad essere oggetto di tale sentenza, significa in definitiva attribuire il giusto rilievo all'anticipazione degli effetti e quindi all'elemento oggettivo che abbiám visto essere determinante ai fini dell'individuazione dei provvedimenti anticipatori" (TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 47).

³⁷⁷ Daniel Mitidiero afirma a respeito que: "O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 329: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 301, § 1º, inciso I." (MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150331142307.pdf. Acesso em: 9 nov. 2015).

A questão de que cuida a presente dissertação gira em torno da previsão contida no *caput* do art. 304 do Novo Código, que prevê 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”.

Com efeito, concedida a tutela em caráter antecedente - e desde que o Autor tenha indicado na petição inicial que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303, conforme exigência do § 5º do mesmo dispositivo, será cientificado o réu dessa decisão. Caso o réu apresente recurso (o agravo de instrumento, conforme art. 1015, inc. I) contra a decisão que concedeu a tutela, e desde que aditada a inicial, o processo prosseguirá rumo à audiência de conciliação e mediação. Não havendo autocomposição, iniciar-se-á o prazo para contestação (art. 335).

Caso permaneça silente, a decisão torna-se estável (art. 304, *caput*) e o processo será extinto, conforme determinação do § 1º do mesmo dispositivo. O Código não é claro a respeito da natureza dessa decisão, se terminativa (sem resolução do mérito) ou definitiva (com resolução do mérito)³⁷⁸. Talvez mais consentâneo com o instituto e, com a assertiva de que a decisão não fará coisa julgada, seria classifica-la como terminativa, encaixando-a no inciso X do art. 485 do novo Código, que prevê a extinção do processo, sem resolução do mérito, “nos demais casos prescritos neste

³⁷⁸ Daniel Mitidiero afirma tratar-se de extinção do processo com resolução do mérito, projetando a decisão provisória seus efeitos para fora do processo. (MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 790). Nelson Nery Junior, por seu turno, suscita o seguinte questionamento: “Esse dispositivo concede à tutela antecipada uma presunção de força e estabilidade pela necessidade de propositura de ação própria para discuti-la. Mas, com isso, acaba sendo criado um impasse em relação à economia processual, e cria-se um problema que não havia na concessão da tutela antecipada do CPC/73, relativamente a casos nos quais o pedido de antecipação de tutela seja exauriente e consista no único provimento requerido na ação principal: a decisão que concede a tutela antecipada, não recorrida, se ‘converte’ em sentença se não houver recurso? Afinal, da concessão, reforma ou rejeição da decisão que concede a antecipação da tutela cabe agravo (CPC, art. 1015, inc. I), e o processo não é extinto a não ser por via da sentença (CPC, art. 203, § 1º). A menos que se admita que para a tutela satisfativa, exista uma ação específica, finalizada por sentença, nos mesmos moldes do que ocorria com as medidas cautelares satisfativas, no regime do CPC/1973.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 864).

Código”³⁷⁹. Caso contrário, muito embora a decisão tenha sido proferida em cognição sumária, por se tratar de extinção com resolução do mérito, ensejará discussão sobre a formação da coisa julgada material.

Além disso, não esclarece se há imposição do dever de arcar com os ônus da sucumbência (despesas processuais e honorários advocatícios), nem qual a parte que deveria arcar com os mesmos. Evidente que a decisão concessiva da tutela antecipada não disporá nesse sentido, mas aquela que extingui o processo à míngua da competente irresignação. Em razão do princípio da causalidade que preside a condenação nas verbas sucumbenciais, essa haveria de aplicar-se à espécie.³⁸⁰⁻³⁸¹.

³⁷⁹ Nesse sentido o entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica, que afirma que “o § 1º do art. 304 preceitua que a estabilização da tutela provisória produz após a extinção do processo, sem informar se com ou sem resolução do mérito. O art. 487 (que basicamente reproduz as hipóteses do art. 269 do CPC de 1973) não inclui essa hipótese, ao passo que o art. 485 (equivalente ao art. 267 do CPC/73) poderia abarcar a situação em seu inciso X (que torna o dispositivo meramente exemplificativo ao nele incluir os “demais casos prescritos neste Código”). Assim é mais fácil encaixar essa situação nas sentenças terminativas, o que afastaria o art. 502 (que reserva a formação da coisa julgada material à sentença de mérito.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC. Doutrina selecionada. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p.177-197. p. 187)

³⁸⁰ Heitor Vitor Mendonça Sica anota a respeito que: “Aqui, hei de recusar o paralelo com a ação monitória regulada pela CPC de 1973. Como é curial, o cumprimento espontâneo do mandado injuntivo pelo réu o isenta de responsabilidade pelo custo do processo (art. 1.102-C, § 1º). Trata-se de um incentivo para o réu satisfazer de plano a pretensão do autor (e que, aliás, não é incólume a críticas). Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica a satisfação do autor, mas apenas a formação do título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu, que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas da sucumbência.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada, *op. cit.*, p. 191).

³⁸¹ Traça-se um paralelo com os honorários nas sentenças cautelares. Galeno Lacerda então afirmava: “Sucumbência existe onde houve lide instaurada, o que ocorre sempre nos processos jurisdicionais e eventualmente nos voluntários, quando nestes surgir litígio. Daí a obrigação do vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (art. 20), obrigação extensiva ao desistente e àquele que reconheceu o pedido (art. 26). A jurisprudência divide-se quanto ao cabimento de condenação ao pagamento em honorários no processo cautelar, com predominância da corrente afirmativa. A matéria comporta distinção. Em princípio, os honorários são sempre devidos nas cautelares jurisdicionais antecedentes. Nelas se manifesta lide parcial, há despesas com o processo e honorários a cargo das partes em remuneração ao trabalho dos advogados. A aplicação do princípio da sucumbência enquadra-se, assim, no sistema do Código. Além do mais, nem sempre haverá processo principal, ou porque o autor do processo cautelar decaiu da medida, ou nela obteve sentença contrária e não ingressou com a ação principal. A condenação em honorários e despesas, porém, pode padecer da transitoriedade peculiar às medidas cautelares, segundo o *eventum litis*. Assim, se o autor da ação cautelar vier a perder a ação principal, devolverá ao réu os honorários e despesas recebidos no processo acessório, nos termos do art. 811.” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII, t, I, p. 238).

Em caso de extinção do processo, nos termos do art. 304, § 1º, o juízo a respeito da tutela antecipada permanece proceduralmente autônomo, e a decisão projetará seus efeitos para fora do processo (art. 304, § 3º).

O Código, com efeito, não foi claro relativamente à hipótese em que se dará o aditamento à inicial. Isso porque se a parte, nos termos do *caput* do art. 303, requereu a concessão da tutela em caráter antecedente, indicando que pretende beneficiar-se da estabilização, qual o sentido em aditar a inicial, conforme determina o inc. I do § 1º do art. 303, uma vez concedido provimento, quando ainda eventualmente não escoado o prazo para o recurso da parte contrária? Esse aditamento dar-se-ia *ad cautelam* e condicionado ao transcurso *in albis* do prazo recursal pelo réu?

Mirna Cianci³⁸² defende, como forma de compatibilização, o entendimento de que se estará diante de dois ritos: o do art. 303, que decorreria da interposição do recurso, impedindo a estabilização da tutela, e, pois, exigindo o aditamento da inicial e prosseguimento do feito em cognição exauriente; e o do art. 304, nos casos em que não houver recurso e dará ensejo imediato à estabilização da tutela e extinção do processo.

Qualquer das partes, contudo, poderá, dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 2º), propor ação visando a exaurir a cognição - isto é, com o objetivo de aprofundar o debate iniciado com a ação antecipada antecedente. Trata-se então, do mecanismo do contraditório eventual invertido.

Discute-se a esse respeito sobre a denominada inversão do ônus da prova, quanto é o réu que deve tomar a iniciativa do ajuizamento da ação para revogar, invalidar ou reformar a decisão concessiva da tutela

³⁸² CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica), *op. cit.*, p. 252.

antecipada em caráter antecedente. Argumenta-se que, quando o encargo de ajuizar essa ação principal é transferido ao demandado, este ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito lhe seria transferido.

Afirma Daniel Mitidiero que, como simples prosseguimento da ação antecedente, o processo oriundo da ação exauriente não implicaria 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 extintivo³⁸³. 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*). De outro lado, tal situação poderia ainda ser remediada pelo fato do novo Código de Processo Civil prever a distribuição dinâmica do ônus da prova, minimizando a situação desfavorável que assumiria o demandado ao ajuizar a ação.³⁸⁴

Teresa Wambier³⁸⁵ partilha do mesmo entendimento, consignando que se essa nova demanda reabre a discussão do processo extinto, aprofundando a cognição até então exercida, não altera a distribuição originária do ônus da prova.

³⁸³ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 789.

³⁸⁴ Mirna Cianci guarda ressalvas quanto a esse entendimento, afirmando que a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, encampada pelo novo ordenamento, não incidiria sobre essa hipótese, uma vez que teria pressuposto próprio, de demonstração de dificuldades ou impossibilidade de cumprimento do encargo, em contraponto com a maior dificuldade da parte contrária (CPC, art. 373, § 1º), pressuposto que não coincidiria com a inversão de papéis proporcionada pela estabilização da tutela antecipada. (CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica), *op. cit.*, p. 257).

³⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 513.

A petição inicial da ação em que concedida a tutela antecipada estabilizada poderá ser desarquivada por qualquer das partes com o fito de instruir a ação exauriente³⁸⁶.

Estará prevento para conhecer da ação final (art. 304, § 4º) o juízo que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Por fim, conforme refere o § 6º do art. 304, “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.”³⁸⁷

O legislador refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada (será apenas estável), mas seus efeitos não poderão ser afastados se, depois de dois anos, não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição.

³⁸⁶ “Embora o art. 304, § 4º, dê a entender que se trata de uma faculdade da parte, é fundamental que a petição inicial e a decisão anterior instruem o processo para fins de aferição dos limites do debate e da eficácia da decisão anterior. Trata-se de documento essencial”. (MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150331142307.pdf. Acesso em 9 nov. 2015).

³⁸⁷ É em razão disso que Daniel Mitidiero afirma que “o conceito de *provisoriedade* adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo: provisória é aquela decisão que *tendencialmente* não dura para sempre e *potencialmente* será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte.” (MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 777).

6.2.1. INCONFORMISMO DO RÉU

Fredie Didier Junior³⁸⁸ afirma que embora o art. 304 fale apenas em não interposição de recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada iria além disso: seria necessário que o réu não tenha se valido de recurso, tampouco de nenhum outro meio de impugnação da decisão, dentre os quais cita a suspensão de segurança ou o pedido de reconsideração³⁸⁹. Acrescenta que basta para impedir a estabilização a interposição do recurso, pouco importando a sua sorte.

Esse autor aventava ainda com a hipótese do réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação³⁹⁰. Nessa situação, defende que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela:

Afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá de dar seguimento ao processo para aprofundar a sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a

³⁸⁸ DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 608.

³⁸⁹ Dierle Nunes aventava ainda a suspensão de liminar e a reclamação, que, apesar de não se enquadrarem propriamente como recurso, configuram meio de impugnação de decisão judicial, e, portanto, no seu entender, produziriam efeito semelhante ao do recurso, “de modo que, nestes casos, mesmo sem a apresentação do recurso propriamente dito (agravo de instrumento) evitar-se-ia a estabilização prevista no art. 304 do novo CPC”. (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, op. cit., p. 75).

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 609.

*uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada.*³⁹¹

Daniel Mitidiero³⁹² partilha da mesma posição e acrescenta que essa solução, no seu sentir, teria a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, afirma, “a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento”.

Do mesmo entendimento é Cassio Scarpinella Bueno, para quem, ao menos por ora, a melhor resposta seria aceitar a interpretação ampliativa. Assim, “desde que o réu, de alguma forma manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo que começou na expectativa de estabilizar-se (...) prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde a sua cognição e profira oportunamente decisão de mérito sobre a *tutela final*, apta a transitar em julgado”³⁹³.

Em arrimo à sua posição, invoca o disposto no art. 303, § 1º, que, no seu sentir, exigiria do autor a emenda da petição inicial quando a tutela provisória for concedida, “independentemente de saber se o réu recorrerá, deixará de fazê-lo ou assumirá qualquer outro comportamento após as suas regulares citação e intimação”. Isso porque, como adiantado no item precedente, não obstante o disposto no art. 303, § 5º, que determina ao autor

³⁹¹ Marcelo Pacheco Machado destaca ainda que “esse dispositivo, caso interpretado literalmente, levaria ao entendimento de que – na contramão da história – ao invés de reprimir a recorribilidade, estaria positivando verdadeiro incentivo à ampliação dos recursos. O demandado, mesmo certo de que os fatos trazidos em sua defesa seriam suficientes para reverter em primeira instância a medida liminar concedida, estaria obrigado a recorrer da decisão, levando a questão desnecessariamente ao Tribunal?” (MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência, *op. cit.*, p. 262)

³⁹² MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150331142307.pdf. Acesso em: 9 nov. 2015.

³⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 233.

indicar na petição inicial que pretende valer-se do benefício da estabilização, o diminuto prazo do art. 303, § 1º, o compeliaria a tanto:

*Fosse o prazo previsto no § 1º do art. 303 mais largo ou, o que seria preferível, aberto somente após a adoção (ou não) de alguma postura do réu, a remissão que ele faz teria maior significado.*³⁹⁴

Fredie Didier Junior invoca ainda a possibilidade de estabilização em razão da inércia do réu, mesmo na hipótese de ausência de emenda à inicial pelo autor:

O que acontecerá? Extingue-se o processo, sem estabilização, por força do § 2º do art. 303? Extingue-se o processo, com estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente, por força do art. 304?

*Deve prevalecer a estabilização da tutela antecipada - e isso em razão da abertura conferida às partes para rever, invalidar ou reformar por meio da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC.*³⁹⁵

Dierle Nunes analisa a questão sob outro ângulo³⁹⁶. Suscita a hipótese de o autor aditar, *ad cautelam*, a inicial, porque ainda não teve notícia da interposição de agravo de instrumento pelo réu, contra a decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente. Isso porque o termo *a quo* dos prazos para o aditamento e para interposição do recurso não necessariamente coincidirão. Indaga se esse aditamento então poderia afastar a estabilização sob o fundamento de que o próprio autor estaria se manifestando pela cognição plena e exauriente.

³⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 233.

³⁹⁵ DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 610.

³⁹⁶ NUNES, Dierle e 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, op. cit., p. 84-85.

Destaca o dilema: se o autor não aditar, poderá ver o procedimento extinto sem julgamento de mérito (art. 303, § 2º do novo CPC), e, ao mesmo tempo, o aditamento poderia traduzir a inviabilização da estabilização da tutela. Para evitar tal incongruência, no seu entender, ter-se-ia de construir a interpretação no sentido de que o § 5º do art. 303 se dirige ao aditamento e não à inicial propriamente dita do procedimento antecipatório.

Assim, afirma, a estabilização deve depender tão-somente da manifestação recursal, considerando-se o aditamento mera opção da parte em buscar a cognição exauriente ou não.

A questão está longe de ser pacífica, colhendo-se, como visto, abalizados entendimentos tanto num como noutro sentido.

No que tange ao aditamento, esse apenas teria sentido em caso de ausência de recurso por parte do réu, quando a demanda restará estável. Se houver insurgência, a mesma justifica-se, pois se seguirá rumo ao processo de cognição exauriente. Assim é que, o legislador não foi feliz, merecendo o artigo explicitação nesse sentido.

Quanto ao inconformismo hábil a ensejar a não estabilização da decisão, haveria de ser considerado tanto aquele manifestado na esfera recursal quanto na instância de origem via contestação, desestimulando-se recursos muitos vezes desnecessários, mas intentados apenas com vistas a evitar a estabilização.

6.3 ESTABILIZAÇÃO E COISA JULGADA

6.3.1 ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À EQUIPARAÇÃO À COISA JULGADA

O novo Código de Processo Civil estabelece que a decisão que concede a tutela antecipada *não fará coisa julgada*, mas seus efeitos *não poderão ser afastados* se, depois de dois anos, *não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição*.

Debate então a doutrina como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos³⁹⁷ *sem* que tenha sido proposta a ação de cognição exauriente.

Daniel Mitidiero³⁹⁸ destaca que, embora o legislador não tenha sido explícito ao afirmar que a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, § 6º), “então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se *inafastável*”. Em outras palavras, se a decisão se torna imutável e indiscutível, inviabilizando a revisão do decidido em outro processo, então essa disposição dificilmente poderia ser caracterizada de modo diverso de coisa julgada.

Argumenta que, não obstante seja legítimo, do ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF), criar vias alternativas ao procedimento comum - desenhando procedimentos diferenciados sumários

³⁹⁷ Dierle Nunes destaca que não há consenso a respeito do prazo de dois anos e, “ao que tudo indica, tal prazo será tratado como prazo decadencial e, se não ajuizada a ação em tal prazo, ter-se-á a estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada”. (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, *op. cit.*, p. 79.

³⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória, *op. cit.*, p. 791.

do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito) - seria de legitimidade constitucional bastante duvidosa *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.

Consigna que:

Essa opção do legislador, pois, remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado Constitucional. Somente a partir dessa perspectiva será possível analisar se semelhante opção é suportada pela nossa ordem constitucional. (...).

Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das suas finalidades, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa - e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição.

De tal modo, afirma, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a autoridade da coisa julgada - que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. No seu entender, passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição,

a decadência e a *supressio*). Esse mesmo entendimento é partilhado por Eduardo Cambi³⁹⁹ e Teresa Wambier⁴⁰⁰.

Essa última autora exemplifica o seu entendimento consignando que, concedido provimento mandamental atendendo pedido de tutela satisfativa antecedente, é este apenas apto à estabilização. Não haverá qualquer decisão judicial, fundada em cognição exauriente, que reconheça em definitivo o direito do autor. Nesse contexto, diante da ausência de coisa julgada, após o prazo previsto no § 2º do art. 304, afirma Teresa Wambier, o demandado poderá ajuizar ação judicial com eficácia preponderantemente declaratória, mediante ampla cognição, inclusive dilação probatória. E a decisão aí proferida eventualmente poderá repercutir na antecipação de tutela estável, mesmo após o decurso de prazo de dois anos.⁴⁰¹

Para Cassio Scarpinella Bueno, a redação do artigo espanca quaisquer dúvidas que possam subsistir quanto à inviabilidade de formação de coisa julgada, por opção política do legislador. É peremptório ao afirmar que a mera circunstância de, passados dois anos do § 5º do art. 304, não

³⁹⁹ No mesmo sentido, Eduardo Cambi: “Com efeito, a decisão que concede a tutela antecipada está baseada em cognição sumária e, por isso, não faz coisa julgada (art. 304, § 6º, NCPC), 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 do art. 304 do NCPC. Assim, não compromete a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), que fica apenas eventualmente postergado.” (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodium, 2015. v.4. p. 95-118. p. 112.

⁴⁰⁰ “O instituto da coisa julgada é incompatível com decisão conferida com base em cognição superficial, e, por isso mesmo, provisória e sujeita à confirmação. O que confere idoneidade para que uma decisão fique imune à revisão é justamente a profundidade da cognição nela desenvolvida. (...) O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 514).

⁴⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 515.

haver mais meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão, não faz com que ela transite materialmente em julgado. Haverá mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da segurança jurídica, de modo que “*não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da “ação rescisória”, técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses.*”⁴⁰²⁻⁴⁰³

Para Dierle Nunes, “a opção pela não ocorrência de coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia ofertar a mesma dignidade processual a um procedimento baseado em cognição em cognição sumária e a um outro, baseado em cognição exauriente”⁴⁰⁴.

Em arrimo ao seu entendimento, aduz que o novo Código modificou o regime da coisa julgada material, ampliando, em algumas hipóteses, seus efeitos, para abranger a coisa julgada para as questões prejudiciais (art. 503, § 1º), exigindo a implantação de um contraditório pleno e efetivo. Assim seria incongruente e assistemática a defesa de formação da coisa julgada em cognição sumária, quando na sua formação excepcional aqui discutida (coisa julgada excepcional) se exige o contraditório substancial, não estabelecido na estabilização.

Também para Fredie Didier Junior não há resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se daria num momento em que esse pedido sequer foi formulado.

⁴⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 234.

⁴⁰³ Foi o que também assentou o Fórum Permanente de Processualistas no Enunciado 33: “(art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.”

⁴⁰⁴ 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, *op. cit.*, p. 77.

Mais ainda, porque não houve julgamento ou declaração suficiente à coisa julgada. O juiz teria concedido a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador teria determinado a extinção do processo “sem resolução do mérito”, preservando os efeitos da decisão provisória – simplesmente.

Acrescenta que, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, apenas os seus 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 os seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que torna indiscutível a coisa julgada.

Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo de coisa julgada.⁴⁰⁵

Destaca esse autor tratar-se de uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo. Exatamente por isso, não caberá rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o § 5º do art. 304 do novo Código de Processo Civil.⁴⁰⁶

De qualquer forma, ressalta Dierle Nunes⁴⁰⁷ que não haveria a necessidade de se invocar a coisa julgada para cobrir tal estabilização jurídica dos efeitos da decisão de cognição sumária, pois ela adviria dos institutos da prescrição ou decadência. De tal modo, no seu entendimento,

⁴⁰⁵ DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 613.

⁴⁰⁶ DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 613.

⁴⁰⁷ 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, *op. cit.*, p. 82.

decorridos os dois anos, superveniente discussão em juízo a respeito do mesmo direito material não será rejeitada com base na coisa julgada, mas com base na prescrição ou decadência.

Assim é que argumenta:

Nesse sentido, sob o aspecto prático, a decisão de estabilização, inicialmente na forma dos arts. 303 e 304 do novo CPC, e, posteriormente atingindo a estabilização definitiva (art. 304, § 6º do novo CPC), não se poderá mais ter acesso à ação de cognição exauriente para rediscutir a matéria (art. 304, §§ 2º e 4º), mas mesmo que tal ação venha a ser ajuizada ou em outra ação distinta venha a matéria a ser novamente invocada, o juiz não poderá extinguir o processo sem resolução do mérito (art., 485, V) de plano ou sem maiores indagações, mas sim terá de adentrar o mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório, seguindo-se, após, se se reconhecer que matéria encontra-se estabilizada de forma definitiva na forma do citado art. 304, § 6º, a extinção do processo com resolução do mérito (art. 487, II), como se passa no caso de se ajuizar ação cujo direito material tenha sido acobertado pela prescrição ou decadência.⁴⁰⁸

A estabilização da tutela representaria uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

Com efeito, houve ressalva expressa do legislador no sentido de que a tutela conferida em caráter antecedente não se revestirá da imutabilidade da coisa julgada. A disposição é consentânea com o arcabouço teórico, no qual se forjou as características e consequências das tutelas jurisdicionais proferidas em ação de conhecimento mediante cognição plena e exauriente e aquelas proferidas em ações sumárias de cognição parcial.

⁴⁰⁸ NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada, *op. cit.*, p. 82.

Nessa hipótese, a decisão que extinguir o processo, no qual proferida a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, haverá de ser sem resolução de mérito, nos termos do inciso X do art. 487 do novo Código de Processo Civil, ensejando a rediscussão da matéria, mesmo após o biênio, em demanda plenária.

Ressalva-se apenas nesse sentido, o atendimento à eficiência e à segurança jurídica, que se visou proteger, com a possibilidade de rediscussão, após considerável decurso de prazo, de uma decisão já consolidada no tempo.

Assim é que a propalada estabilidade poderá ser infirmada em razão do caráter eminentemente provisório da respectiva decisão, sujeita ao transcurso do biênio e ainda, a posterior e eventual ação de cognição plena e exauriente – mitigando-se as almejadas celeridade e eficácia da prestação jurisdicional.

6.3.2 ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À EQUIPARAÇÃO À COISA JULGADA

Leonardo Greco entende tratar-se de coisa julgada a estabilização que reveste a decisão concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente, operando-se a decadência do direito de propor a ação revocatória após o decurso de prazo de dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 199-222. p. 207;

No mesmo sentido o entendimento de Frederico Augusto Gomes e Rogério Rudinik Neto⁴¹⁰. Esses autores afirmam, a partir da doutrina de Ovídio Baptista da Silva, a existência de um direito substancial à cautela, ou seja, o direito a uma pretensão jurisdicional que assegure a satisfação do direito material contra eventual dano irreparável. O foco haveria de ser o direito material.

Esse então seria o pressuposto teórico mediante o qual se poderia compreender o motivo pelo qual uma decisão concessiva de tutela urgente não recorrida, pode estabilizar-se:

*É que essa tutela urgente não foi concedida para a proteção da prestação jurisdicional final, que nesse caso não existirá, mas para a proteção do direito substancial do jurisdicionado.*⁴¹¹

Consignam restar superado o entendimento de que, aos provimentos de cognição sumária deva ser atribuída eficácia temporal provisória, posto que destinados a serem substituídos por futuro provimento de cognição exauriente – o que apenas se explicava em decorrência da necessidade de justificação da interferência do Estado-juiz – marcadamente liberal – na esfera jurídica do particular.

Afirmam ainda que toda a reconstrução de um fato pretérito, seja dentro ou fora do processo judicial, ensejará apenas um juízo de verossimilhança, e nunca de certeza; de modo que, em termos de cognição, não haveria diferença substancial entre a decisão concessiva da tutela em caráter antecedente e aquela final. Apenas ressalvam quanto ao

⁴¹⁰ GOMES, Frederico Augusto e RUDINIK NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 161-175. p. 167-170.

⁴¹¹ GOMES, Frederico Augusto; RUDINIK NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas, *op. cit.*, p. 168.

contraditório, que, contudo, não foi suprimido, somente foi ele entendido como prescindível pelo réu.

Ainda, se o mérito é aquilo que é pedido em juízo - ou seja, é a pretensão -, quando o novo Código possibilita um processo antecedente mediante o qual poderá ser pleiteada tão somente uma medida urgente, que eventualmente poderá ser estabilizada, então haveria uma nova modalidade de mérito: o mérito de urgência.

Por fim, se “a coisa julgada não é uma *razão natural*, mas uma *exigência prática*”, então seria “equivocada a tradicional associação entre descoberta da verdade e coisa julgada, vez que esta possui a função política de contribuir com a pacificação das relações sociais”. Consignam que o melhor entendimento seria aquele que afirma ser a coisa julgada uma qualidade da sentença e dos seus efeitos, capaz de tornar alguns deles imutáveis, como de resto constaria da redação do art. 502 do novo CPC.

Conjugando essas premissas, afirmam que “a decisão concessiva de tutela de urgência pode ser encarada como decisão de mérito e, após decorridos os dois anos para sua rediscussão, nada impede que lhe seja atribuída a qualidade da coisa julgada”.⁴¹²

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, por seu turno, afirma que a decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente pode sim revestir-se da imutabilidade da coisa julgada.⁴¹³

⁴¹² GOMES, Frederico Augusto; RUDINIK NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas, *op. cit.*, p. 170.

⁴¹³ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>. Acesso em: 9 dez. 2015.

O seu entendimento é baseado na interpretação que conferiu ao art. 304, §§ 2º, 3º, 4º e 5º c/c art. 337, pars. 1º e 4º do novo Código de Processo Civil.

Primeiramente, esse autor, a partir da redação conferida aos arts. 337, §§ 1º e 4º e 502 do novo Código de Processo Civil, propôs a seguinte definição para a coisa julgada:

situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros.

Assim sendo, tendo como premissa essa conceituação, afirma que, ao concretizar-se a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (art. 337, §§ 1º e 4º do novo CPC), uma vez esgotado o prazo de dois anos para rediscussão da tutela antecipada antecedente (art. 304, § 2º), tornando-a indiscutível e imutável (art. 502), restará configurada, de modo inequívoco, a coisa julgada.

Ressalva a necessária fluência do prazo de dois anos, pois, antes disso, em que pese a extinção do processo, com a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, o § 2º do art. 304 do novo CPC permite que as partes proponham ação “com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, o que “impede a formação da coisa julgada sobre a tutela antecipada concedida, pois a ela não se agregará, até então, o selo da indiscutibilidade e da imutabilidade panprocessual”.

Afirma ainda esse autor que a parte inicial do § 6º, do art. 304 do novo CPC, ao mencionar que a decisão que concede a tutela antecipada *não fará coisa julgada*, não contraria esse entendimento. Isso porque, no seu

sentir, a sua interpretação deve se dar em consonância com todo o sistema processual e, em especial com o retro mencionado art. 337. De tal modo, consigna “o que a referida norma quis dizer é que não há coisa julgada enquanto for possível a repositura da ação prevista no par. 2º do art. 304 do novo CPC”. Essa menção do legislador teria por escopo apenas “reforçar a estabilidade dos efeitos da tutela liminar, depois da extinção do processo e até eventual revisão, na forma procedimental do aludido § 2º. Nada mais”. Por conseguinte, enquanto perdurar o direito de revisão da tutela antecipada, não haveria coisa julgada. Findo este direito, a tutela restaria “selada” com a autoridade da coisa julgada.

Esse autor, contudo, distingue ainda a tutela conferida em caráter antecedente da tutela conferida em julgamento final de mérito, afirmando que, não obstante acobertada pela coisa julgada, pode ser substituída pela definitiva:

Por fim, queremos dizer que a coisa julgada da tutela antecipada antecedente respeitará a natureza provisória desta decisão. É importante ficar claro que a estabilização da tutela antecipada não a torna definitiva. Destarte, sobrevindo a tutela de mérito, que é definitiva, aquela desaparecerá do mundo jurídico: o que é definitivo substitui o que é provisório.

Assim, o julgamento do mérito, com a conseqüente substituição da tutela provisória, não importa em violação coisa julgada, uma vez que não houve repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto: a apreciação da tutela antecipada baseia-se na probabilidade do direito e na presença da urgência enquanto a tutela final desconsidera a urgência e busca a certeza do direito. São atividades jurisdicionais diversas, sobre objetos distintos.

Igualmente Bruno Garcia Redondo⁴¹⁴ afirma a existência da coisa julgada material após o transcurso *in albis* do biênio previsto pelo legislador. Acresce aos argumentos, aquele no sentido de que, caso possível

⁴¹⁴ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela antecipada antecedente, *op. cit.*

a demanda destinada a debater o direito material mesmo após o prazo de dois anos, as disposições dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º do art. 304 restarão inócuas, incapazes de gerar qualquer consequência jurídica ou qualquer sanção (processual) em caso de seu descumprimento.

Consigna que a própria regra do § 6º do art. 304 não impede a conclusão no sentido da formação da coisa julgada material: “dito dispositivo não afirma que jamais existirá, a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não há coisa julgada somente durante o período de 02 anos previsto para a ação de modificação”.

No seu sentir, superado o entendimento clássico de que a coisa julgada material seria exclusiva de decisões fundadas em cognição exauriente, firmado sob a égide dos anteriores Códigos, que não previam essa nova e complexa técnica. Muito embora se trate de decisão interlocutória fundada em cognição não exauriente aquela concessiva da tutela antecipada antecedente, seria ela inegavelmente, decisão de mérito, pois reconheceria e concederia o direito material. A sentença extintiva então deveria ser capitulada como solucionadora do mérito (art. 487, I).

De tal modo, consigna, em decorrência da formação da coisa julgada material, transcorrido *in albis* o biênio referido no art. 304, impõe-se que seja definitiva, e não meramente provisória, a execução da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente e apenas cabível a propositura de ação rescisória (desde que presentes seus pressupostos de cabimento, conforme art. 966), inadmissível qualquer ação autônoma destinada a rediscutir o direito material.

Os entendimentos, externados acima, propõem a superação do entendimento clássico, no sentido de que a coisa julgada deva revestir

apenas decisões de mérito prolatadas por meio de cognição plena e exauriente.

Ora, a finalidade da *res iudicata* está atrelada à percepção de quais valores jurídicos se pretende proteger. Miguel Reale, com precisão, demonstra a profunda relação entre as perspectivas teleológica e a axiológica no Direito:

*O fenômeno jurídico se manifesta ou existe porque o homem se propõe fins. (...) Um fim outra coisa não é senão um valor jurídico posto e reconhecido como motivo de conduta. Não existe possibilidade de qualquer fenômeno jurídico sem que se manifeste este elemento de natureza axiológica, conversível em elemento teleológico.*⁴¹⁵

Donaldo Armelin⁴¹⁶, por seu turno, em considerações respeito da tutela jurisdicional diferenciada, em data anterior à edição do novo Código, mas em tudo aplicável à hipótese, afirma, quanto à coisa julgada, que nessa hipótese, “não impede que não se faça ela mister em determinadas situações em que a urgência da prestação jurisdicional sacrifica a certeza em favor da eficácia”.

No seu entender, a onipresença da exigência de imutabilidade da prestação jurisdicional, mesmo no processo de conhecimento, resulta de opção política quanto ao resultado da atividade jurisdicional, que há de levar em consideração as coordenadas socioculturais da comunidade em que tal atividade se desenvolve. Mais ainda, que nem mesmo a garantia constitucional da coisa julgada impediria que algumas decisões judiciais consubstanciadoras de prestação jurisdicional não integral não se tornem unidas da inalterabilidade inerente a esse instituto processual. Isso porque, consigna ser o conceito de coisa julgada material

⁴¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 544.

⁴¹⁶ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar.1992. p. 47.

definido por lei e esta, como o texto constitucional, não impor a sua extensibilidade a todas as prestações jurisdicionais e na mesma medida.⁴¹⁷

Assim sendo, haverá de haver consenso pela superação do entendimento clássico e pela necessidade, diante do contexto social, político e jurídico vigentes, de se prestigiar, diante dos reclamos de eficácia da tutela jurisdicional, uma solução célere, calcada na verossimilhança, revestindo-a da imutabilidade da coisa julgada.

No que concerne à tutela monitória, foi esta a proposição do legislador, ao afirmar que a respectiva decisão, na ausência de pagamento ou insurgência da parte contrária por meio dos competentes embargos, poderia ser impugnada via ação rescisória. Conferiu a uma decisão baseada em verossimilhança, e, portanto, cognição sumária, sem que ainda o contraditório tivesse se aperfeiçoado, o *status* de decisão de mérito, revestindo-se da imutabilidade da coisa julgada material.

O mesmo entendimento poderia ser estendido à decisão concessiva da tutela em caráter antecedente, conferindo-se expressamente a essa decisão, que calcada na verossimilhança e na prova inequívoca, antecipa os efeitos da decisão de mérito, a definitividade, considerando-se a ausência de inconformismo pela parte contrária.

A opção do legislador há de se tornar expressa nesse sentido, no que concerne à estabilização da tutela antecipada, prestigiando-se a necessária segurança jurídica que deve presidir a prestação da tutela jurisdicional.

⁴¹⁷ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, *op. cit.*, p.48.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objeto a tutela de urgência, com especial enfoque na previsão, introduzida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, de estabilização da tutela antecipada, requerida em face da urgência, em caráter antecedente, quando a respectiva decisão concessiva não for objeto de recurso pela parte contrária.

O conceito de tutela jurisdicional há de ser entendido a partir da perspectiva histórica e do contexto político social a ela contemporâneo.

A edição da Carta de 1988 e os imperativos da inafastabilidade do controle jurisdicional a partir de um processo em que se propicie a isonomia entre os litigantes, o contraditório e ampla defesa, dotado de razoável duração, conferiram uma nova dimensão ao conceito de tutela jurisdicional.

Reclama-se então uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, apta a concretizar de modo célere e eficaz o direito pleiteado pela parte.

A justiça não se resolve apenas pela positivação da lei. Pressupõe a aplicação da norma legítima de maneira correta. Assim sendo, como corolário do princípio da segurança jurídica, pressupõe-se a aplicação justa da lei e a possibilidade concreta e eficiente de fazer valer essa mesma lei em caso de litígio.

Daí o entendimento da necessária superação da prevalência do procedimento de cognição plena e exauriente - e suas conseqüentes limitações - e a inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de modalidades de tutelas jurisdicionais diferenciadas, aptas a realizar, de modo eficiente, por meio de sumarização procedimental e material, em processos nos quais o contraditório é eventual e diferido, os direitos reclamados em juízo, evitando-se, assim, os males do tempo e os danos marginais derivados da tramitação prolongada e exaustiva do método estatal de solução de controvérsias.

Com efeito, a importância da cognição plena e exauriente, com a prolação de decisões hábeis a se revestir da imutabilidade da coisa julgada, está atrelada a critérios valorativos, cambiantes e dinâmicos ao longo do tempo. O mesmo ocorre com a coisa julgada, cujo conteúdo, momento e condições são definidos pelo legislador, podendo ser citados os exemplos da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* e as hipóteses excepcionais relativização.

É nesse contexto que se inserem as tutelas de urgência, em especial a tutela jurisdicional antecipada, concedida mediante cognição sumária e juízo de verossimilhança, em virtude da urgência caracterizada pelo risco de dano iminente, irreparável ou de difícil reparação.

Como visto, resultou ela da evolução no âmbito das medidas cautelares, que inicialmente se apresentavam como medidas típicas, concebendo-se, posteriormente, um poder geral de cautela, mediante o qual se possibilitou o alargamento do campo de atuação. A tutela preventiva não ficava mais adstrita às medidas típicas idealizadas pelo legislador, porque ao juiz se conferia outras providências para afastar o perigo de dano decorrente da demora do processo principal, que se adequassem às particularidades do caso concreto.

O entendimento que então grassava, no sentido de que esse poder criativo não deveria ultrapassar o campo neutro das medidas conservativas, foi sendo gradativamente superado a partir da compreensão de que um processo eficiente não poderia ser assim denominado se não viabilizasse medidas de urgência atuantes no campo do próprio direito subjetivo material, sujeito a um dano iminente de difícil ou inviável reparação.

Daí a sua expressa inserção no Código de Processo Civil de 1973, regulada como remédio tutelar distinto das medidas conservativas ou cautelares – muito embora, como explicitado, se verificasse o entendimento pela aproximação dos regimes das tutelas de urgência, eis que espécies do mesmo gênero, admitindo-se a sua fungibilidade prática. Não por outra razão, os critérios para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada foram unificados sob a égide do Novo Código de Processo Civil, que previu a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Também foi, no contexto mencionado, que se concebeu a estabilização da decisão concessiva dessa tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, em procedimento sumário autônomo, uma vez transcorrido *in albis* o prazo previsto para o ajuizamento de uma ação plenária apta a revogar ou modificar essa decisão.

Em razão das particularidades do direito a ser tutelado, o contraditório, necessariamente prévio e exauriente, passa a ser - a exemplo do que ocorre na ação monitória e na experiência francesa e italiana - diferido, invertido e eventual, a depender da iniciativa da parte legitimada a realizá-lo.

Tratando-se de garantia constitucional, o contraditório não é absoluto, admitindo-se mitigação, como forma de se harmonizar e compatibilizar com outras de igual valor, como a eficácia da prestação jurisdicional.

Preserva-se a garantia da ampla defesa e do contraditório, submetida, no entanto, ao crivo volitivo das partes, a quem caberá o juízo a respeito da conveniência na sua instauração do procedimento ordinário. Busca-se, assim, o desestímulo ao prolongamento estéril de discussões temerárias, permitindo-se a abreviação do procedimento, propiciando à parte a fruição imediata dos efeitos que lhe seriam conferidos apenas ao final da demanda plenária de cognição exauriente.

Discute-se, entretanto, a respeito do requisito à estabilização da tutela antecipada, pois a lei menciona explicitamente “recurso”, e vislumbra-se também na contestação e na manifestação pela audiência de conciliação ou mediação o inconformismo hábil a que o processo prossiga rumo à decisão em cognição exauriente. Essa seria solução mais consentânea ao escopo do instituto.

A disposição do novo Código de Processo Civil pretendeu ainda a superação da provisoriedade e instrumentalidade características das tutelas sumárias de urgência, conferindo-lhe autonomia procedimental, autossuficiência e a possibilidade de disciplinar de modo permanente a relação jurídica entre as partes - ainda que, por opção legislativa, não lhe seja conferido o *status* de coisa julgada material.

Contudo, a mencionada superação é apenas eventual. A decisão concessiva da tutela antecipada antecedente se sujeita à invalidação, revogação ou reforma, no aludido interregno de dois anos, e,

passado esse prazo, para parcela da doutrina, justamente por não se revestir da imutabilidade da coisa julgada, poderá ser questionada em ação plenária autônoma, enquanto não prescrito o direito vindicado. Daí a crítica no sentido da contradição em se falar em estabilização quando se tem em conta, justamente, a latente provisoriedade da decisão concedida nesses moldes.

A se entender que o que é colocado sob o pálio da imutabilidade é o comando normativo proclamado na sentença, e não os seus efeitos (que podem ser modificados, extintos e renunciados); e se a declaração contida no provimento antecipado é restrita, posto que em relevo apenas a presença dos requisitos autorizadores, mediante a qual se confere a fruição antecipada dos efeitos da futura sentença de mérito – parece coerente a opção pela não formação da coisa julgada material, admitindo-se a rediscussão em superveniente demanda plenária.

No entanto, questiona-se a respeito da eficiência e da segurança jurídica - valores almejados com o novo Código de Ritos - na possibilidade de se permitir, mesmo após o biênio, a rediscussão de uma decisão já consolidada pelo tempo. Se se entende que um dos fatores hábeis a conferir eficiência e segurança ao processo é justamente a imutabilidade da decisão judicial, ao se permitir que as questões submetidas ao crivo do Judiciário possam ser continuamente debatidas, muito provavelmente ensejará que se alcance o desiderato da pacificação social.

Anote-se, contudo, que a disciplina da matéria, tal como disposta no novo Código de Processo Civil enseja numerosas discussões, especialmente sobre a coerência do modelo adotado, como se infere da profusão de posições doutrinárias a respeito. A par da natureza jurídica da estabilização, da decisão que extingue o processo quando a decisão concessiva da tutela antecipada não é recorrida, a possibilidade do

ajuizamento de nova ação após o transcurso do prazo, discute-se ainda, detre outras, a necessidade ou não do aditamento da inicial pelo autor que obteve a antecipação de tutela não contestada pelo réu; se esse aditamento não poderia configurar a desistência da estabilização e opção pelo procedimento ordinário; a inversão do ônus na prova na ação tendende a invalidar, revogar ou reformar a decisão estabilizada; a possibilidade de cominação de honorários.

Ora, o legislador deveria ter consignado, de modo inequívoco e coerente, a sua opção, não merecendo encômios o laconismo e dubiedade no que concerne ao modelo adotado. Tal imprime insegurança ao sistema e fomenta a litigiosidade, em prejuízo do jurisdicionado – justamente aquele que se visou proteger, e que então restará ao sabor de uma interpretação particular, em função da corrente a que se filie o magistrado.

Assim, no que concerne à matéria objeto desta dissertação, o Código deveria ter explicitado que a decisão que extingue o processo em razão da estabilização da tutela trata-se de decisão meramente terminativa, sujeitando-se à rediscussão nos prazos pertinentes ao direito reclamado, municiando a parte dos elementos hábeis a avaliar a pertinência, no caso concreto, da adoção desse modelo.

Ou então, se desejável, em prestígio à celeridade e eficácia do provimento, a superação da concepção estrutural vigente a respeito da coisa julgada - necessariamente dependente da cognição plena e exauriente -, de mister a previsão explícita de que essa decisão ao acolher o pedido formulado pelo autor, resolve a lide tal qual posta, e, portanto, o processo se extingue nos termos do seu art. 487, revestindo-se da imutabilidade da coisa julgada material, restando conseqüentemente inviabiliza a sua rediscussão, a não ser mediante competente rescisória.

A questão é evidentemente controvertida, verificando-se abalizados entendimentos tanto num como noutra sentido.

Considerando-se a opção política quanto aos valores aos quais se pretende conferir proteção e prestígio no que concerne à configuração e ao resultado da atividade jurisdicional - no caso, a celeridade e eficiência -, nada impediria que assim se procedesse, mediante previsão legislativa, conferindo-se a uma tutela sumária, que não tem natureza diversa daquela a ser prestada de forma exauriente, a autoridade da coisa julgada, que, como visto, é definida por lei.

Esse *status* foi conferido à decisão na ação monitória - também ela proferida em cognição sumária, com contraditório diferido e eventual, quando não houver o pagamento ou irresignação da parte adversa - possibilitando a sua impugnação por meio de ação rescisória.

De tal modo, por coerência, a mesma disposição haveria de atuar no caso da tutela antecipada, levando-se em conta a evidente e declarada similitude entre os institutos.

Em conclusão, essa disposição poderia conferir maior celeridade e eficácia à prestação jurisdicional, considerando-se, outrossim, ter sido ela proferida com base em probabilidade e prova inequívoca do direito vindicado, conferindo-se efeitos jurídicos ao mutismo da parte adversa, que, por não ter se insurgido no prazo fixado, ensejaria reconhecimento implícito da pretensão do autor.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 75-103, jul./set. 1995.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1;

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed., rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

_____. A evolução do direito e a tutela de urgência. In ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152- 175;

ARMAND-PREVOST, Michel. Le référé commercial. *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 225-243;

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992;

_____. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 111-137, jan./jun. 1985;

_____. Apontamentos sobre a ação monitória: Lei 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 14, p. 25-76, abr./jul. 1996;

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-26;

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5 ed., Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Direito e processo – influência do direito material sobre o processo. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001;

_____. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221-245;

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 09 dez. 2015;

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 9 dez. 2015;

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1850, Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm, Acesso em: 9 dez. 2015;

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil – 1890, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 9 dez. 2015;

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. Coleção de Leis do Brasil – 1939, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 9 de dez. 2015;

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de setembro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 9 dez. 2015;

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 9 dez. 2015;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2015;

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. único;

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936;

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000;

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. X, parte I, p. 164-192, 1955;

CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*. Torino: Unione, 1970;

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 95-118;

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003;

CAPONI, Remo. La tutela somaria nel processo societario in prospettiva europea. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, CAPONI, Remo. La tutela somaria nel processo societario in prospettiva europea. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, a. LVIII, n. 4, dicembre 2003. Disponível em: http://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommatoria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea. Acesso em: 15 dez. 2015;

_____. La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale nell'ordinamento italiano. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.) *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 986-997;

CAPRASSE, Olivier e AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*. Bruxelles: Larcier, 2010;

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Tradução Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942;

CARPI, Federico. La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 178, p. 283-300, dez.2009;

CARVALHO, Antônio. A tutela monitoria no CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 525-570;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I;

CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, n. 247, p. 249-261, set. 2015;

COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XXX, série II, p. 577-619, 1975;

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998;

_____; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. XLV (II Serie), p. 963-981, 1990;

_____ ; _____ ; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed., Bolonha: Mulino, 2011;

COUTURE, Eduardo J. A tutela jurídica. Tradução de Jacy de Assis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, n. 38, p. 53-62, 2º trim. 1983;

DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015. v. 2;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009. v. I;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3;

DRAI, Pierre. Le référé. *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 209-212;

FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. III, parte II, p. 44-51, 1926

FRANÇA. Code de Procédure Civile. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20151214>. Acesso em: 9 dez. 2015;

FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996;

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIK NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 161-175;

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 199-222;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Estabilização dos efeitos da tutela antecipada. In: *A reforma do processo civil brasileiro*. Brasília: Artcor Editora, 2005, p. 183-194. Disponível em: <http://wss/bibpesquisa/Documentos%20Compartilhados/REFORMA%20JUDICIÁRIA/SEMINÁRIO%202005%20-%20MINISTÉRIO%20DA%20JUSTIÇA.PDF>. Acesso: em 9 dez. 2015;

GUERRA, Willis Santiago. Ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 48-53, jan./mar. 1996;

ITÁLIA. Codice di Procedura Civile, de 20 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.altalex.com/cerca?query=codice+di+procedura+civile>. Acesso em: 9 dez. 2015;

ITÁLIA. Libreria del Giurista. Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/>. Acesso em 9 dez. 2015;

LACABARATS, Alain. Le référé. *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*. Paris: La documentation française, 1998, p. 213-224;

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. VIII. t. I;

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945;

LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 83, p. 18-26, jul./set. 96;

_____. *Ação declaratória*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991;

_____. Fundamento constitucional da tutela de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 8, p. 67-71, nov. 2003;

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 204-220;

LUIISO, Paolo; SASSANI, Bruno; CONSOLO, Claudio. La reforma del proceso civile in Italia. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 17, n. 66, p. 79-103, abr./jun. 1992;

MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, v. 202, p. 235-267, dez. 2011;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000;

_____. Relativizar a coisa julgada material? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 830, p. 55-73, dez. 2004;

_____. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2;

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1994;

_____. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 104-117, jul./set. 1995;

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

_____. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150331142307.pdf. Acesso em: 29 out. 2015;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: _____. *Temas de direito processual: Terceira Série*, p. 27-42, São Paulo: Saraiva, 1984;

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de direito processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-30;

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985;

_____. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 101, v. 377, p. 43-61, jan.-fev./2005;

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-114;

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, v. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996;

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>. Acesso em: 9 dez. 2015;

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002;

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 381-412;

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 61-94;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 19, n. 76, p. 88-93, out./dez. 1994;

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Manual da monografia jurídica*. 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013;

_____; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. v. I. Parte Geral;

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

_____. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

PASSOS, J.J. Calmon de. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001;

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. X. t. I;

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*, São Paulo, a. 31, n. 131, p. 239-249, jan. 2006;

_____. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 23, n. 90, p. 22-35, abr./jun. 1998;

_____. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 16, p. 23-42, 2001;

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXXIV (II Serie), p. 539-591;

_____. Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. CPC (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice). *Rivista di Diritto Civile*. Padova, a. XXXVI, n. 3, p. 394-458, 1990;

PEIXOTO, Ravi; LOPES, João Batista; HECKER, João Paulo et al. Abrangência da estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229666,91041-Abrangencia+da+estabilizacao+da+antecipacao+da+tutela>. Acesso: 9 dez. 2015;

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 94, n. 342, p. 161-169, abr./jun.1998;

PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 141-146, jan./mar. 1996;

RAGONE, Alvaro J. D. Perez. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 81, p. 135-140, jan./mar. 1996;

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2002;

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela antecipada antecedente. Disponível em: https://www.academia.edu/14248035/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_e_negocia%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_de_urg%C3%Aancia_antecipada_antecedente. Acesso em: 07 jan. 2016;

RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Tradução José Rogério Cruz e Tucci. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 6, p. 691- 720, set./dez.1997;

_____. A tutela antecipatória no direito italiano. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 4, p. 125-141, jan./abr. 1997;

SANCHES, Sydney. O objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 4, n. 13, p. 31-47, jan./mar. 1979;

SÃO PAULO. Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Institui o Código de Processo Civil e Commercial. Secretaria da Justiça e Segurança Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 14 jan. 1930. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Acesso em: 9 dez. 2015;

SCARPARO, Eduardo. A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de Código de Processo Civil: um exame em perspectiva político-epistemológica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 420, a. 110, p. 96-118, jul./dez.2014;

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p.177-197;

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253-288;

_____. Teoria da ação cautelar. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63-80;

_____. Sobrevivência da *querela nullitatis*. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81-92;

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: _____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3-24;

_____. Celeridade versus economia processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 223-232;

_____. O processo civil e a recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413-430;

_____. Do processo cautelar. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

_____. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1995;

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000;

STF, MS 24.268/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, j. 5.2.2004, concedida segurança, maioria, Diário da Justiça da União, Brasília, Seção I, 17.9.2004, p. 0053;

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

_____. *Tutela monitoria*. São Paulo: RT, 1998;

_____. Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 135-180;

_____. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC. Doutrina selecionada*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 4. p. 119-143;

_____. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012;

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 355, p. 101-118, mai./jun. 2001;

_____. Elementi per un' analisi del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, anno XLIX, n. 3, p. 785-821, set. 1995;

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 51-76, jul./set. 1995;

_____. Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 25, n. 99, p. 206-222, jul./set. 2000;

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 157, p. 129-146, mar. 2008;

_____. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II;

_____. *Curso de direito processual civil*, 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I;

_____. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203;

_____; ANDRADE, Érico. A autonomização e estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, n. 206, p. 13-59, abr. 2012;

TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983;

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

_____. *Ação monitória: Lei nº 9.079 de 14.7.1995*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

VASCONCELOS, Ronaldo. Da ação monitória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

VERDE, Giovanni. Il processo cautelare (osservazioni sparse sui Codidici di procedura in Italia e in Brasile). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 79, p. 35-50, jul./set. 1995;

YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993;

_____. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-180;

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007;

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 21, n. 82, p. 53-69, abr./jun. 1996;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____ (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555;

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

_____; MELLO, Rogério Licastro Torres de; SILVA, Leonardo Ferres da. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

WATANABE Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012;

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.