

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO

ALEXANDRE RODRIGUES DE SOUSA

**EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO: A
estabilização da tutela antecipada e seu diálogo com o contraditório e a coisa
julgada material.**

Belo Horizonte

2017

ALEXANDRE RODRIGUES DE SOUSA

**EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO: A
estabilização da tutela antecipada e seu diálogo com o contraditório e a coisa
julgada material.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Belo Horizonte

2017

ALEXANDRE RODRIGUES DE SOUSA

**EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO: A
estabilização da tutela antecipada e seu diálogo com o contraditório e a coisa
julgada material.**

Dissertação apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

A banca examinadora da defesa de dissertação considerou o candidato
_____.

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2017.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Glaucio Maciel Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor João Alberto de Almeida (suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

O tempo é o maior tesouro de que um homem pode dispor; embora inconsumível, o tempo é o nosso melhor alimento; sem medida que o conheça, o tempo é, contudo, nosso bem de maior grandeza: não tem começo, não tem fim; o tempo está em tudo.

(Raduan Nassar – Lavoura Arcaica)

Agradecimentos

Dedico este trabalho em agradecimento aos meus pais por acreditarem nos meus projetos, por serem exemplos da gratificação advinda do esforço por um bom trabalho e, sobretudo, por me ensinar sobre os sinuosos caminhos do amor incondicional.

Às minhas irmãs Maíra e Ana Clara. O amor fraternal não demanda explicação.

À minha avó Maria, o maior exemplo de ser humano que já conheci.

Ao Professor Fernando Gonzaga Jayme pela orientação ao longo deste curso, sobretudo durante o estágio de docência. Obrigado por se mostrar exemplo tanto na pesquisa quanto no exercício da atividade de docência.

Ao Dhionne, por estar presente ao longo das angústias e dos êxitos deste trabalho.

Aos colegas do Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advogados, em especial Raul, Mariana, Mônica e Maria Gabriela. A amizade e a experiência profissional que trilhei com vocês foi essencial para que esta pesquisa alcançasse seu estágio final.

A todos, enfim, que de alguma forma contribuíram com este trabalho o meu muito obrigado!

RESUMO

O direito à tutela jurisdicional fundada em cognição sumária constitui um dos elementos do modelo constitucional do processo brasileiro e é essencial para o oferecimento de uma prestação jurisdicional tempestiva e adequada dos direitos.

O estudo do desenvolvimento das tutelas jurisdicionais fundadas em cognição sumária no direito brasileiro tem relevância para investigar a evolução destas ferramentas processuais e a ampliação de suas funções dentro do sistema processual, de modo a potencializar a efetividade do processo civil brasileiro. Este desenvolvimento alcançou, atualmente, um estágio de desvinculação entre a tutela jurisdicional fundada em cognição sumária e um procedimento de caráter ordinário, fundado na técnica de cognição plena e exauriente. Permitiu, assim, que uma resposta rápida da jurisdição a determinados litígios, datada de menor grau cognitivo, regulasse de forma peremptória o conflito, desde que sob o desinteresse das partes envolvidas na busca do prosseguimento do processo.

Baseado no estudo deste desenvolvimento, a presente pesquisa utiliza de fontes documental e bibliográfica para investigar os limites de aplicação da tutela jurisdicional sumária autônoma, denominada no ordenamento processual como estabilização da tutela antecipada, com as garantias constitucionais do processo, notadamente o contraditório e a coisa julgada material.

Palavras-chave: Processo Civil; Garantias constitucionais do Processo; Tutela Sumária; Estabilização da Tutela Antecipada.

ABSTRACT

The right to judicial protection based on summary cognition constitutes one of the elements of Brazilian's constitutional model of process and is essential for the provision of a timely and adequate judicial protection of rights.

The development of these judicial procedures has reached a stage of untying between judicial protection based on summary cognition and a procedure of an ordinary character, based on a wide cognition technique (autonomous summary procedure). It allowed, therefore, a quick response by the jurisdiction to certain types of litigation, through a lower degree of cognition, to regulate the conflict in a peremptory manner, provided that under the disinterest of the parties involved in the pursuit of the process.

The present research resorts to bibliographical and documental sources to investigate the limits of application of a summary cognition technique in judicial procedures regarding its conciliation with Brazilian constitutional guarantees, especially the contradictory and the *res judicata* (claim preclusion).

Keywords: Procedure Law; Constitutional Guarantees Regarding Procedure Law; Summary Judicial Protection.

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 - A cognição no processo civil brasileiro	14
1.1. Tutela jurisdicional diferenciada.....	14
1.2. Componentes da cognição plena e exauriente	17
1.3. Componentes caracterizadores da cognição sumária.....	23
1.3.1. Considerações gerais: deveres de efetividade e economia processual	23
1.3.2. Investigação sobre uma definição de cognição sumária.....	31
1.3.2.1. Cognição sumária porque superficial.....	34
1.3.2.2. Cognição sumária porque parcial.....	37
1.4. A diferenciação entre cognição plena e cognição sumária na doutrina brasileira	40
Capítulo 2 – O desenvolvimento da tutela sumária no sistema processual civil brasileiro	44
2.1. Da estrutura à função: o desenvolvimento das tutelas cautelares e antecipadas de urgência como mecanismo de neutralização ao dano do tempo do processo	44
2.2. Do tratamento da urgência à distribuição isonômica do tempo no processo: o desenvolvimento da tutela antecipatória no direito brasileiro e a formação da tutela da evidência	56
2.3. Panorama conclusivo: os fundamentos constitucionais das tutelas sumárias.....	62
2.4. Elementos de dependência da tutela sumária ao processo de cognição exauriente	68
2.4.1. Dependência quanto à estrutura do procedimento: necessária e inevitável submissão do provimento jurisdicional sumário à cognição plena e exauriente.....	68
2.4.2. Dependência quanto à eficácia temporal: a provisoriedade do provimento jurisdicional sumário	74
Capítulo 3 – A estabilização da tutela antecipada: tutela sumária potencialmente autônoma	79

3.1. Fundamentos para a inserção de uma tutela sumária independente no sistema processual brasileiro	79
3.2. Independência procedimental: desvinculação ao procedimento ordinário de cognição exauriente	86
3.3. Abrandamento quanto à eficácia temporal: provimento sumário provisório, porém potencialmente definitivo	90
3.4. Análise da tutela sumária em ordenamentos jurídicos estrangeiros	93
3.4.1. A proteção jurisdicional sumária no direito francês.....	93
3.4.2 – A proteção jurisdicional provisória no direito italiano.....	101
Capítulo 4 – A estabilização da tutela antecipada e sua adequação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.....	105
4.1. A estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015.....	105
4.2. A estabilização da tutela antecipada no CPC 2015 e a garantia do contraditório	109
4.2.1. Cognição sumária superficial e o contraditório diferido	109
4.2.1. Cognição sumária porque parcial e o contraditório eventual.....	117
4.3. Imutabilidade da estabilização da tutela antecipada: a relação do conceito de estabilidade com a formação de coisa julgada material.....	123
4.3.1. A vinculação da coisa julgada material à cognição plena e exauriente: análise de um paradigma.	124
4.3.2. Decisão estabilizada potencialmente capaz de formar coisa julgada material	130
4.3.3. Ponderação das duas posições frente à estabilização da tutela antecipada no CPC/2015	134
4.3.4. Apêndice: a tentativa de imutabilidade da tutela provisória francesa no Projeto Magendie e uma possível lição ao direito brasileiro	139
Conclusão	148
REFERÊNCIAS	151

Introdução

Constitui relevante desafio do direito processual contemporâneo conciliar o dever de entrega tempestiva e efetiva da atividade jurisdicional e o tempo necessário para realização desta atividade, sobretudo com o adequado exercício das garantias constitucionais que informam o processo.

A inafastabilidade do poder jurisdicional do Estado para solução dos litígios, em razão da proibição à autotutela, atrelada à garantia fundamental de uma “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹ exigiu que a doutrina processual se readaptasse, para fins de evitar que o tempo do próprio método para solução dos litígios agrave a situação jurídica que ele se propõe a corrigir².

Ciente de que o modelo processual clássico onera tão somente o demandante com o tempo da atividade jurisdicional³, os estudiosos do processo buscaram alterações na estrutura método de cognição plena e exauriente, de modo a torná-lo mais simples e breve, acelerando o acesso do jurisdicionado à tutela pretendida, ou ao menos distribuindo de forma mais equânime o dano marginal decorrente do tempo inerente ao processo.

Dentre as diversas formas de adaptação da tutela jurisdicional, a instauração da tutela antecipatória no ordenamento brasileiro afigurou-se como mecanismo de extrema eficácia para garantia de resultado efetivo ao processo. Como regra geral aplicável ao processo de conhecimento, a tutela antecipatória foi estatuída inicialmente pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o revogado Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo tratamento diferenciado aos direitos evidentes, isto é, aqueles cuja defesa se apresenta como abusiva (art. 273, II), bem como aqueles direitos submetidos a receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I) ou, por fim, à parcela incontroversa da demanda (art. 273, §6º). Nestas hipóteses, tem-se a possibilidade de antecipação da exigibilidade dos efeitos da tutela definitiva, invertendo o ônus do tempo do processo e garantindo à parte autora o bem da vida que consubstancia a ação.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa de 5 de outubro de 1988. Art. 5º, inciso LXXVIII.

² “a demora excessiva na entrega da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação de justiça, o que não se coaduna com o escopo da ciência processual.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 117.

³ “O verdadeiro custo do processo, representado pelo *tempo*, não onera jamais o demandado que, durante o interminável procedimento ordinário, tem o privilégio de desfrutar do *status quo ante*, sem responder pelo custo representado pelo tempo.” SILVA, Ovídio Baptista da. Tempo do processo e regulação da sucumbência. *Revista de Direito Processual*, n. 7, São Paulo, 2003, p. 76.

Mais importante: o regime de antecipação de tutela era caracterizado pela sua instrumentalidade e provisoriedade, na medida em que sua utilização ocorria apenas dentro dos limites de um processo de conhecimento de cognição plena e exauriente, e a eficácia da decisão de antecipação estava sempre condicionada ao juízo de certeza derivado desta espécie de cognição.

A decisão antecipatória encontrava, portanto, limites dentro da própria relação processual, sendo incapaz de dirimir o conflito de maneira peremptória – ainda que atenda de maneira efetiva às partes envolvidas.⁴

Este cenário incitou estudos para um segundo passo sobre a tutela antecipatória, denominada no cenário brasileiro de *estabilização da tutela antecipada*. Trata-se de ferramenta processual que permite a extensão dos efeitos de uma decisão inicialmente de caráter provisório, proferida em sede de antecipação e lastreada em cognição sumária, para além da relação jurídica processual, regulando o conflito de maneira peremptória - desde que sob a concordância (tácita) pela parte adversária.

Em maiores detalhes, a antecipação da tutela satisfativa que for concedida e sem a devida impugnação pelo réu, pelas vias processuais reguladas em lei, resultará na extinção do processo, de modo que a decisão antecipatória conservará efeitos a posteriori, regulando peremptoriamente o conflito. Reconhece-se, em suma, a possibilidade de que decisões lastreadas em juízo de cognição sumária possam regular, de maneira definitiva, a crise de direito material. Nesses casos, não haveria necessidade de se buscar a cognição plena, mediante o procedimento ordinário, dilatando o tempo processual para um conflito já, de fato, dirimido.

Enquanto a tutela antecipada incidente ao procedimento ordinário objetiva realizar a equânime distribuição do ônus do tempo do processo entre as partes, realizando “a igualdade no processo diante do ônus que o tempo representa na vida dos litigantes”⁵, a estabilização distribui o ônus da causa de pedir, permitindo que ambas as partes rejeitem a necessidade de uma cognição plena para solução do litígio, assim como busquem-na,

⁴ “o autor que, por exemplo, obtenha a tutela antecipada é obrigado, pelo sistema brasileiro vigente, a prosseguir no processo até a decisão de cognição plena”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A Autonomização e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT ano 37, n. 206, p. 18, abr/2012.

⁵ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo Civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

após a estabilização, para fins de aquisição de um provimento jurisdicional peremptório, com contornos de imutabilidade e indiscutibilidade, inerentes à coisa julgada material.

No plano normativo brasileiro, a estabilização motivou a criação do Projeto de Lei nº 186/2005, desenvolvido pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni. Embora o referido projeto tenha sido posteriormente arquivado, a técnica foi objeto de nova inserção dentro do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), com significativas alterações em comparação à tentativa legislativa de 2005.

Sem prejuízo da análise destes textos legais, o presente trabalho visa a sistematizar e analisar os fundamentos que justificam a inserção da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro, dialogando-os com as garantias processuais que informam ao processo e substanciam a cognição plena e exauriente, notadamente o contraditório e a coisa julgada material.

Para isso, investigar-se-á, num primeiro momento, as características e distinções entre a cognição plena e exauriente e a chamada cognição sumária, esta última que lastreia as decisões antecipatórias suscetíveis à estabilização, de modo a delimitar as premissas conceituais que serão utilizadas ao longo do estudo.

Em seguida, serão delineadas as principais funções da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária no sistema processual brasileiro, indicando os danos marginais do tempo que busca mitigar e o objetivo de distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, bem como os fundamentos que implicam a dependência desta tutela sumária à cognição plena e exauriente, notadamente sua provisoriedade e sua instrumentalidade.

Caracterizados os elementos essenciais da tutela sumária enquanto elemento vinculado e dependente à cognição plena e exauriente, tecer-se-á as razões que justificam a autonomia procedimental da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária, resultando na sua aptidão para regular o conflito, no plano fático, de maneira peremptória. Este objetivo utilizará, inclusive, de uma análise comparativa⁶ dos ordenamentos jurídicos italiano e francês, que possuem maior experiência com o que denominamos

⁶ A análise comparativa presente neste estudo terá como função primordial, nas palavras de Peter Gottwald, “auxiliar a encontrar princípios subjacentes e aprofundar o entendimento sobre a própria legislação, ajudando a refletir, defender ou aprimorar determinada posição da legislação nacional ou as razões desta posição.” (“...those studies may help to find underlying principles and thus *deepen the understanding of the own law*, sometimes help to reflect, defend or improve the own national position or the reasons for this position.”). GOTTWALD, Peter. Comparative Civil Procedure. *Ritsumeikan Law Review*, N. 22, 2005, p. 24.

tutela sumária e que inspiraram a inovação legislativa no Código de Processo Civil de 2015.

Toda a exposição acima será utilizada, por fim, como base para traçar possíveis limites que a imutabilidade da estabilização da tutela sumária possui diante das garantias constitucionais do processo. A análise buscará compreender os fundamentos que associam a cognição exauriente ao exercício efetivo do contraditório e à formação da coisa julgada material, de modo a compreender se (i) a decisão estabilizada, ao regular o conflito de forma peremptória, é constitucional por atender à garantia do contraditório e se (ii) é possível qualificar a decisão estabilizada como coisa julgada material e, em caso negativo, qual o nível de mutabilidade que a decisão estabilizada possui frente ao modelo constitucional de processo brasileiro.

Capítulo 1 - A cognição no processo civil brasileiro

1.1. Tutela jurisdicional diferenciada

É inequívoco que o processo, como meio de prestação da tutela jurisdicional, demanda tempo. A relação do processo com o tempo tem uma dupla dimensão, nos termos colocados por Ítalo Andolina, sendo o qual existe tanto o *tempo no processo*, como aquele que organiza o método e a fluência das fases do procedimento, como também o *processo no tempo*, que representa a harmonia do tempo com a realidade fática.⁷

Nesta ordem de ideias, torna-se necessário pensar a tutela jurisdicional considerando o tempo como um elemento dela determinante – o que interfere, por consequência, na formação do procedimento.

É na tentativa de mitigar ou diminuir as consequências do tempo à entrega adequada da justiça que foram criadas as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas. Buscam, em sua essência, a adaptação do método estatal de solução de conflitos aos contornos da situação de direito material que aquele visa a dirimir.⁸

Pode-se distinguir as tutelas jurisdicionais diferenciadas a partir de duas premissas de trabalho que podem motivar sua criação: uma que busca acelerar a prestação jurisdicional alterando o procedimento de cognição plena e exauriente, de modo a adaptá-lo à crise de direito material objeto do processo; e, por outro lado, a criação de técnicas de tutela sumária, também sob o intuito de aceleração da tutela jurisdicional, sendo que sua principal característica constitui a diminuição qualitativa da atividade cognitiva do juiz.

⁷ ANDOLINA, Ítalo. Il tempo e Il processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, pp. 259-274, outubro/2009. pp. 261 e 274 *apud* GORON, Lívio Goellner. Repensando as Tutelas de Urgência e as Fronteiras entre Medidas Cautelares e Antecipatórias. *Temas Atuais de Processo Civil*, V.2, N.1, Jan./2002. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/54-v2-n-1-janeiro-de-2012/160-repensando-as-tutelas-de-urgencia-e-as-fronteiras-entre-medidas-cautelares-e-antecipatorias>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

⁸ “A regulação dos efeitos da passagem do tempo sobre os direitos controvertidos é um dos fundamentos para a criação das *tutelas jurisdicionais diferenciadas*. Para cumprir sua finalidade o processo reclama adequação objetiva e subjetiva ao direito material, isto é, à natureza do direito material posto em causa e à qualidade das partes. A norma da *adaptabilidade* é a expressão deontológica dessa exigência de adequação dos procedimentos ao direito material e de criação de tutelas diferenciadas, relacionando a estrutura dos procedimentos à função processual. Tal adequação só pode ser alcançada com a estruturação de um número suficiente de ferramentas jurídico-processuais adaptadas aos reclames das diferentes realidades jurídico-materiais, que correspondem às exigências organizacionais e procedimentais dos direitos fundamentais à tutela efetiva e adequada e à razoável duração do processo.” GORON, Lívio Goellner, *op. cit.*

Note-se, portanto, que ambas as técnicas da tutela jurisdicional diferenciada consistem, ainda que sob características diversas, em técnicas de sumarização.⁹ Utilizando a didática de Andolina apresentada acima, enquanto uma visa a diminuir o tempo no processo (diminuição de fases procedimentais), outra busca mitigar o dano marginal do processo no tempo (sumarização da cognição).

É de se perceber, portanto, que embora o termo tutela jurisdicional diferenciada não esteja expressamente ligado aos procedimentos de cognição sumária, seu conceito é implicitamente vinculado às alterações legislativas que ocorreram no processo civil no que toca com o objetivo de acelerar a tramitação do procedimento mediante a diminuição do grau de cognição do juiz¹⁰.

Num plano genérico, pode-se entender como tutela jurisdicional diferenciada como qualquer procedimento diverso do ordinário, caracterizado pela cognição plena e exauriente, no intuito de adequar as fases procedimentais aos contornos da crise de direito material que o processo visa a dirimir.

Sob está análise, inserem-se no conceito de tutela jurisdicional diferenciada qualquer modificação procedimental moldada consoante determinadas especificidades do direito material controvertido, tais como a Lei de Locação de Imóveis Urbanos (8.245/1991), a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992) ou o procedimento especial de inventário e partilha (artigos 610 e seguintes do Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015); como também as técnicas processuais de sumarização da cognição, como as tutelas de urgência e de evidência (artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil – CPC).

Para fins deste estudo, destaca-se que os procedimentos especiais, não obstante apresentarem um certo distanciamento do procedimento comum ordinário no intuito de apresentar maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional sob os direitos materiais

⁹ José Carlos Barbosa Moreira aponta que “não se afigura errôneo usar a palavra ‘sumarização’ a propósito de ambos esses gêneros de técnicas; para analisar, no entanto, a diferença entre eles, diz que, no primeiro, se sumariza apenas o procedimento, ao passo que no segundo, se sumariza a cognição. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber sem dificuldade o selo da coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compreensões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado, a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial de proceder a ele.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: LTr, n. 23, 2003, p. 64.

¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco conceitua a tutela jurisdicional diferenciada como “a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 3, p. 767.

que tutelam, permanecem caracterizados pela existência de cognição plena e exauriente, em paralelo com a prestação jurisdicional cunhada sob o procedimento ordinário.

Nesse contexto, a diferenciação do método de prestação jurisdicional restringe-se aos aspectos do procedimento, com inequívoca manutenção das garantias que constituem o devido processo legal, de modo que persiste a aptidão destes provimentos formarem coisa julgada material, na medida em que prolatados sob a denominada cognição exauriente.

Significa dizer que, tratando-se tais procedimentos especiais, a tutela jurisdicional diferenciada compreende apenas uma sumarização do procedimento, sem que haja verdadeira sumarização da cognição.

Para fins deste trabalho, focar-se-á nas técnicas jurisdicionais diferenciadas que caracterizam a sumarização da cognição.¹¹ Natural que existam procedimentos especiais que, na sua essência, possam inserir cortes na atividade cognitiva do juiz. Estes procedimentos serão analisados neste estudo na medida em que projetam estas delimitações na técnica cognitiva, e não por se tratarem de uma diferenciação da tutela jurisdicional fundada em cognição exauriente.

Assume-se, no presente estudo, a tutela jurisdicional diferenciada caracterizada pela redução da atividade cognitiva do processo, o que podemos chamar de tutela sumária. Esta tutela diferenciada foi criada com o objetivo de diminuir a diferença entre a situação jurídica assegurada em tese pelo direito material e aquela efetivamente assegurada pelo processo.

Em outras palavras, a tutela jurisdicional diferenciada que, fundada em situações de urgência ou de evidência, permite conferir força executiva a decisões fundadas em juízo de probabilidade, no intuito de evitar o dano marginal¹² causado pelo próprio

¹¹ Ricardo de Barros Leonel esclarece essa distinção ao afirmar que “o destaque que deve ser dado ao ponto é no sentido de afastar a confusão entre sumariedade do procedimento e a sumariedade da cognição: a primeira não é sinônima da última. Ademais, pode ser que esteja presente, na tutela diferenciada, a sumariedade do procedimento. Entretanto, nem sempre a sumariedade do procedimento assegura a identificação da tutela diferenciada.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdiciona diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, p. 84.

¹² “Fala-se, a propósito dessa eventualidade periculosa, em dano marginal, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo. Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional.” THEODORO JUNIOR, Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. *Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, V. 5, N. 17, 2002, p. 27.

processo à situação de direito material a ser dirimida¹³ - sem que esta redução, por óbvio, comporte negativa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Feita esta breve distinção doutrinária para fins de esclarecimento, analisar-se-ão os elementos caracterizadores da cognição plena e da cognição sumária, vinculando-os ao nível de eficácia ao contraditório que cada uma delas materializa.

1.2. Componentes da cognição plena e exauriente

Nas palavras de Kazuo Watanabe, a cognição do processo consiste em “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 *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”¹⁴.

Chiovenda, no mesmo sentido, descreve a atividade cognitiva como “uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existe ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita”¹⁵.

Ao realizar a atividade de examinar fatos, alegações e provas, pode-se dizer que a cognição permite ao juiz realizar uma aderência entre a realidade fática e jurídica e o bem da vida objeto da controvérsia.

No plano histórico, a cognição plena e exauriente ganha força a partir da formação do processo construído sob o modelo do Estado Liberal, o qual via a discricionariedade e subjetividade do juiz como obstáculo à liberdade e à imparcialidade que deveriam comandar a atuação do Estado. É dizer: a cognição plena e exauriente é uma ferramenta para o cumprimento do princípio geral da segurança jurídica e do devido processo legal, aplicadas no âmbito do procedimento judicial.¹⁶

¹³ “la ragione di questa tendenza mi sembra facilmente individuabile nell’intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del processo civile, intolleranza che si accompagna alla sicura coscienza che la rapidità della giurisdizione è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuali ordinari può comportare l’*exxentuatione* di diseguglianze sostanziali fra le parti.” CAPRI, Federico. *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista Trimesrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, marzo 1980, p. 239.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Vol. 1. Campinas: Ed. Bookseller, 2000, p. 217.

¹⁶ J. J. Canotilho leciona que o princípio geral da segurança jurídica assegura ao indivíduo o poder de “confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento

O primeiro movimento que influencia a formação da cognição plena no processo sob o modelo do Estado Liberal é a existência de um procedimento previamente regulamentado em todas as suas fases, de modo que as partes pudessem ter adequada previsibilidade sobre o caminho processual a ser perpassado, sem abrir grandes espaços para a discricionariedade¹⁷ do juiz no plano do procedimento.¹⁸

Somada à previsão de um procedimento previamente regulado em todas as suas fases pela lei, a busca de proteção contra eventuais abusos no exercício da jurisdição exigiu que o procedimento preceituasse, outrossim, a previsão de convocação e participação das partes em contraditório em todas as suas etapas cognitivas.¹⁹

Identificados estes elementos, é possível asseverar, conforme ensinado por José Roberto dos Santos Bedaque, que a cognição plena “se caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo”²⁰.

Sendo um elemento essencial para a convicção e para a motivação da decisão, a cognição no processo torna-se, na verdade, um elemento de materialização das garantias constitucionais do processo, de modo a atender o denominado devido processo legal.²¹

jurídico.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 257.

¹⁷ Quanto ao que se entende de discricionariedade, ressalva-se aquela que atinge apenas pequenas partes do procedimento que não possuem conteúdo decisório ou que se inserem nos estreitos limites de prerrogativas de ofício do juiz. Nesse sentido indica Andrea Proto Pisani: “ciò non esclude che residuino dei poteri discrezionali attribuiti al giudice, ma si tratta di poteri che: a) o sono insuscettibili di influire sul contenuto della decisione, quali i poteri di fissare la data delle udienze; b) o di poteri estremamente limitati in quanto relativi alla scelta del mezzo di prova da disporre d’ufficio o alla determinazione del termine concesso alle parti, poteri che come si à detto sono sempre pienamente controllabili in sede di impugnazione in quanto sempre interni all’unico potere giurisdizionale.” PISANI, Andrea Proto. *Foro Italiano*. Zanichelli Editore, mai. 2011, p. 8.

¹⁸ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira rechaça a “possibilidade de se conceder espaço no processo a um poder incondicional do órgão judicial, como se este pudesse ser o ‘senhor do processo’ (Herr des Verfahrens)”, na medida em que “além de todos os inconvenientes inerentes ao exercício arbitrário do poder, atitude dessa ordem poderia conduzir a desigual realização do direito material”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil - Proposta de um formalismo-valorativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

¹⁹ “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, vol. 1, p. 220.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

²¹ “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: Ed. RT, 2006, p. 105.

Adicionalmente, destaca-se que a cognição plena também é marcada pela inexistência de qualquer limitação à abrangência das matérias objeto de análise pelo juiz, inserindo-se as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito da causa.²² Além disso, a cognição plena caracteriza-se pela inexistência de limites legais das matérias a serem avaliadas pelo órgão judicial, inclusive no que toca à utilização dos meios de prova²³, podendo aquela ser conhecida a fundo pelo juízo.²⁴

A construção prévia de um procedimento organizado consiste, assim, como um instrumento de materialização do devido processo legal, que assegure a participação de maneira previsível do jurisdicionado antes que lhe alcancem a vida, a liberdade ou o patrimônio.²⁵

Com efeito, apenas mediante este procedimento amplo no que tange ao conhecimento do conflito, legalmente previsto quanto ao método e pautado pela efetiva participação das partes em contraditório que se pode efetivamente tornar a prestação jurisdicional capaz de adquirir predicados de imutabilidade e indiscutibilidade inerentes à coisa julgada material.²⁶

É dizer, do ponto de vista político e filosófico, que somente sob a égide do contraditório e da ampla defesa, sob os contornos de um procedimento previamente estruturado e com a ampla dilação probatória que se legitima definir à uma determinada

²² Nesse sentido leciona WATANABE, *op.cit.* e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, vol. 2, 2004, p. 621.

²³ “sotto tale profilo, la cognizione può definirsi 'piena' quando il procedimento nel quale si realizza la pienezza del contraddittorio tra le parti e non sono previste deroghe alle disposizioni sulle prova dettate per l'ordinario processo dicognizione. La cognizione, invece, può definirsi 'sommaria' quando l'esame del thema decidendum è in qualche modo limitato dalla non pienezza del contraddittorio e/o dalle deroghe alle disposizione sulle prove previste per il processo ordinario". LOMBARDO, Luigi. *Natura e caratteri dell'instruzione probatória nel processo cautelare*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, aprile. 2001, p. 484.

²⁴ “a cognição sumária só é admissível em virtude de norma expressa, pois a regra é que o juiz deve conehcer a fundo todas as questões a que uma demanda dá origem”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Trad. 2 ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 216.

²⁵ “la garantía de debido proceso consiste, em último termino, em no se ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto em la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.” COUTURE, Eduardo J. *Estúdios de derecho procesal civil*. 3 ed., Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 39.

²⁶ “L'essenza della cognizione piena va dunque colta, da un lato, nella predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delel forme e dei termi in cui il processo si articola, dall'atro, nella realizzazione del contraddittorio medesimo in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l'accertamento finale possa essere donato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale.

La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all'acertamento della verità, al raggiungimento della certeza.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 544-545.

prestação jurisdicional o caráter de cognição plena, com o selo estatal de verdade e certeza.²⁷

Note-se que os elementos caracterizadores da cognição plena e exauriente aqui apresentados podem ser sintetizados pelas características a seguir: (i) existência de um procedimento previsto em lei indicando previamente todas as suas fases, de modo a restringir a discricionariedade judicial; (ii) previsão de participação adequada das partes nesse procedimento, tendo em vista a garantia do contraditório e (iii) inexistência de limitação às matérias e provas sob análise do juízo.

De forma mais detalhada, Leonardo Greco, com fulcro na obra de Proto Pisani, apresenta um rol mais minucioso de elementos que caracterizam a cognição plena e exauriente:

Seguindo os ensinamentos de Andrea Proto Pisani, em diversos escritos⁴¹, e fiel ao meu compromisso com a mais ampla efetividade das garantias fundamentais do processo, aponto as seguintes características essenciais da cognição plena ou exauriente: 1) a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; 2) a definição de uma sequência de atos que permita às partes propor fundamentadamente as suas demandas, exceções e argumentos, assim como demonstrar a sua procedência e a dos fatos que constituem o seu fundamento, em igualdade de condições; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; 4) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 5) a predeterminação de prazos razoáveis de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória, assim como para a cognição adequada do juiz; 6) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais); 7) a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; 8) a possibilidade de completo reexame da cognição do

²⁷ “La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all'accertamento della verità, al raggiungimento della certezza”. PISANI, Andrea Proto. *Il diritto e le tutele*. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 180. Em sentido similar leciona Marinoni: “a cognição exauriente é a cognição típica dos procedimentos que visam à solução definitiva dos conflitos trazidos ao conhecimento do juiz. Em outras palavras, a cognição exauriente é característica do procedimento que permite a produção de todas as provas necessárias ao esclarecimento da situação fática.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 40.

juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; e 9) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição.²⁸

Nesse contexto, imperioso reconhecer que os elementos que constituem a cognição plena e exauriente, capaz de regular peremptoriamente um conflito em sede jurisdicional, podem variar conforme determinada época ou local, de modo a atender os anseios primordiais daquela sociedade e, inclusive, as exigências efetividade que podem ela exigir.

Não obstante estas diferenciações conjunturais, tem-se como essência da cognição plena a existência de um procedimento complexo e predeterminado em lei, o qual funciona como concretizador das garantias de contraditório e ampla defesa das partes – seja ao reduzir a abrangência da discricionariedade do juiz, seja ao assegurar a efetiva participação das partes mediante o contraditório.²⁹

Posto que a cognição constitui exercício que traduz a ordem jurídica ao fato controvertido em análise, sob o viés de um procedimento previsível e mediante acesso às alegações e provas produzidas pelas partes, pode-se afirmar que analisar a cognição no processo significa analisar, no contexto atual, a existência e o nível de eficácia do contraditório dentro daquele procedimento. A cognição plena, sob este raciocínio, representa a formação da tutela jurisdicional no qual as partes possam exercer suas prerrogativas defensivas.³⁰

É de se concluir, assim, que a cognição plena e exauriente é aquela que atende com máxima eficácia as garantias do processo vinculadas ao contraditório. Logo, deve constituir elementos que atentem para o contraditório na sua tridimensionalidade³¹,

²⁸ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 6, n. X, jul-dez. 2012, p. 286.

²⁹ “Non è sufficiente perchè un giudizio dia garanzia di elevato grado di approfondimento del caso trattato, che in concreto, e *a posteriori*, se ne possa verificare la pienezza della cognizione, ma è necessario che ciò sia avvenuto attraverso uno modello procedimentale ritenuto idoneo *ex ante* dal legislatore ad assicurare alle parti il pieno esercizio di tutte le facoltà difensive (in punto di contraddittorio, prova, validità degli atti, mezzi di impugnazione...) e rigidamente prestabilito da norme generali ed astratte.” GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 142.

³⁰ “È del tutto normal che in uno Stato di diritto il modello processuale a cui la Costituzione affida l'esercizio della giurisdizione sia quello a cognizione piena, nel quale le parti possono esercitare per intero tutte le loro prerogative difensive, e non quello a cognizione sommaria, che comunque, a prescindere da tutto, evoca storicamente ed ideologicamente un modo di esercitare la giurisdizione arbitrarie e poco rispettoso dei diritti dei cittadini.”. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009. p. 149.

³¹ Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco, ao analisar o contraditório na sua tridimensionalidade, informam ser ele integrado por “a) direito das partes à ciência, informação e

notadamente o direito de informação e de se manifestar, assim como o direito de influência no provimento jurisdicional e não surpresa pelo magistrado e, por fim, o direito de ter seus argumentos expressamente considerados junto ao provimento jurisdicional prolatado.

Somente o atendimento ao contraditório sobre estas dimensões asseguram efetivamente as garantias constitucionais que informam o modelo constitucional de processo³², sobretudo com base nas prerrogativas de manifestação estatuídas no Código de Processo Civil vigente³³.

O exame desta cognição perpassa, inclusive, não só a identificação de elementos *in abstracto* que permitem a formação de uma cognição plena e exauriente, como também de elementos *in concreto*, a serem averiguados caso a caso, sem os quais até mesmo o procedimento ordinário e comum pode, em tese, assegurar a formação da cognição plena e exauriente e, nesse sentido, permitir a desconstituição da decisão transitada em julgado (art. 966, VI e VII CPC/2015).³⁴

Toda a exposição apresentada arremata no sentido de que, ao contrário do que se poderia inicialmente imaginar, a característica fundamental da cognição plena e exauriente não é apreendida necessariamente pela qualidade lógica ou profundidade da decisão. Na verdade, não se pode apreender que todas as decisões fundadas em cognição sumária terão um grau de convicção menos fundamentados que o de cognição exauriente, tampouco vice-versa.³⁵

participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório).". JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014, p. 349-350.

³² Art. 5º, incisos XXXV, XXXVI e LV da Constituição.

³³ O art. 10 do Código impede ao juízo decidir com base em fundamento ao qual não se tenha dado às partes a oportunidade de manifestação prévia, ainda que de se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. No mesmo sentido, o art. 489, §1º, inciso IV considera não fundamentada a decisão que deixa de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a decisão do julgador.

³⁴ Sobre a avaliação em abstracto e em concreto da cognição judicial, cf. ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Capítulo 2.

³⁵ Nas palavras de Eduardo Talamini a “psicologia do juiz, seu efetivo ‘grau de convencimento’, é insondável”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 81.

O verdadeiro traço da técnica cognitiva, é de se reconhecer, reside no âmbito das garantias processuais: quanto maior o grau de efetividade concedida ao contraditório e à ampla defesa, maior a justiça da decisão.

Leonardo Faria Schenk, em sua tese de doutorado defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)³⁶, destacou como o contraditório participativo é núcleo essencial para informar o que se define como cognição plena. E não se assevera esta vinculação no sentido de impedir técnicas de sumarização, mas de forma a adequar a instituição destas técnicas às balizas constitucionais de integração das garantias aos jurisdicionados, a vontade das partes e, é claro, o dever de uma resposta jurisdicional tempestiva:

O exercício da jurisdição, matizado pelas garantias fundamentais do processo justo, e, em especial, pelo contraditório participativo, em seu aspecto amplo, apenas se esgotará com a entrega da tutela fruto da cognição plena. Apenas a decisão judicial de mérito, colhida em procedimento idôneo, em cognição plena, reunirá os predicados necessários para a formação da coisa julgada material.

Dessa constatação não decorre, com efeito, que toda a tutela jurisdicional deva ser prestada por meio de um procedimento que assegure a cognição plena. (...) O que se tem, a rigor, ao divisar como exigência constitucional o emprego, como modelo padrão, de uma técnica cognitiva capaz de assegurar, em plenitude, o contraditório participativo, ao menos em uma oportunidade, é a inquietante constatação de que o legislador processual, ainda que voltado aos mais nobres fins, não é livre para lançar mão das técnicas de sumarização da cognição, enquanto técnicas voltadas à simplificação e à aceleração aos processos cíveis.

O equilíbrio dessas exigências constitucionais, ligadas à garantia do contraditório participativo, sede de cognição plena, e ao princípio da duração razoável dos processos, vetor das técnicas de sumarização, passa, necessariamente, pelos estudos das balizas constitucionais e dos meios de integração, no menor tempo possível, conforme as circunstâncias da causa e a vontade das partes.³⁷

1.3. Componentes caracterizadores da cognição sumária

1.3.1. Considerações gerais: deveres de efetividade e economia processual

³⁶ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

³⁷ *Ibid.*, p. 128-129.

Após uma breve investigação sobre os elementos caracterizadores da cognição plena e exauriente, bem como seu reflexo na materialização das garantias processuais que informam o processo e concedem-lhe legitimidade democrática³⁸, pode-se examinar o fenômeno da sumarização da cognição e suas espécies.

No direito processual, o termo sumarização associa-se inicialmente à simplificação do procedimento. Simplifica-se inspirado nos deveres de economia processual e efetividade, de modo a extrair do método fases que podem se verificar inócuas ou desnecessárias, sobretudo sobre o ângulo da crise de direito material a ser dirimida.

Isto ocorre em função do custo e da morosidade decorrentes do procedimento responsável por uma cognição plena e exauriente. Sabe-se que o procedimento ordinário, responsável por esta forma de cognição aprofundada e atenciosa às garantias do contraditório e da ampla defesa, consiste num protótipo múltiplo e idealizado que abarca diferentes tipos de litígios, sendo insensível a quaisquer contornos que o direito material pode apresentar.³⁹

Conquanto evidente a necessidade do procedimento de cognição plena e exauriente, não só para o efetivo exercício do debate no plano das garantias processuais, mas também para a busca da verdade em causas de maior complexidade⁴⁰, é também inequívoco que o procedimento de cognição nos moldes em questão exige notável custo e tempo – exigências muitas vezes inconciliáveis com a dinamicidade das relações sociais e jurídicas atuais⁴¹.

³⁸ “O contraditório, como ‘projeção processual do princípio político da participação democrática’, consiste em garantia fundamental que permite o exercício direto, pelas partes, do soberano poder popular, dentro de um enfoque amplamente democrático de tutela da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Nessa toada, o contraditório constitui fundamento de legitimidade da função jurisdicional.” JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veigas. O princípio do contraditório no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014, p. 350.

³⁹ “El procedimiento ordinario de cognición constituye el modelo ideal imaginado para resolver la generalidad de los conflictos cualquiera fuere la naturaleza del derecho material en crisis. Un prototipo múltiple asentado en la cognición plena, profunda y completa del juez, la rigurosa observancia del contradictorio sin concesiones a su diferimiento, la plenitud de las pruebas, que culmina en la sentencia de mérito con fuerza de cosa juzgada material que abre el camino, tan solo ella, a su ejecución para la efectiva realización del derecho declarado.” BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, n. 165, set. 2008, p. 142.

⁴⁰ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Vol. 1, Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 69-70.

⁴¹ “Como o procedimento comum do processo de conhecimento foi construído sem liminar e com provimento final que não tinha aptidão para evitar a violação de um direito (já que a sentença condenatória, que deve ser seguida pela execução, é voltada para o passado), não foi difícil perceber a infusificência de tal processo para a efetiva tutela dos novos direitos, basicamente dos direitos não patrimoniais (que evidentemente não podem ser lesados) e dos direitos patrimoniais que não podem ser efetivamente tutelados

Com efeito, o procedimento de cognição plena e exauriente pode não se afigurar efetivo para conflitos específicos, os quais determinado elemento caracterizador faz com que o tempo gasto para o exercício completo das garantias processuais seja relativizado em prol de uma prestação jurisdicional mais imediata, ainda que não dotada do caráter de verdade e certeza característicos da cognição plena.

São em cenários como estes que se justifica a inserção de procedimentos que sumarizam a atividade cognitiva do juiz, de modo a permitir a emissão de provimentos jurisdicionais cunhados em probabilidade e verossimilhança, os quais permitem uma intervenção muitas vezes provisória ao conflito, mas que, em última análise, asseguram a efetividade da prestação jurisdicional e a pacificação social.

Quanto às razões que justificam as tutelas sumárias, Remo Caponi afirma que historicamente a inserção destes provimentos visam a atender três exigências principais. A primeira objetiva afastar os custos de um processo de cognição plena quando falte uma contestação efetiva e séria pela parte demandada, tornando despiciendo o uso do procedimento, desde que o direito seja disponível. A segunda exigência consiste no dever de efetividade da prestação jurisdicional, que deve ser capaz de atuar quando se reclamam direitos urgentes com iminente risco de prejuízo ou dano grave. E a terceira, por fim, busca evitar que o réu abuse do direito de defesa, de modo a equalizar o ônus do tempo do processo entre as partes.⁴²

Nota-se, pelo exposto, que a utilização da cognição sumária como fator orientador da criação de procedimentos tem valor fundamental ao ordenamento jurídico, sobretudo no panorama de proteção aos direitos fundamentais hoje vivenciados, na medida em que favorece não só o direito fundamental a um processo célere em si, mas,

por meio de sentença condenatória (vale dizer, do ressarcimento através de dinheiro), como por exemplo o direito à marca comercial.” MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo no processo civil brasileiro. Teresina, ano 9, n. 441, set. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5717>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

⁴² “La storia del diritto processuale dimostra invece che la tutela sommaria è chiamata a soddisfare esigenze specifiche ed ulteriori rispetto ad un accertamento del diritto dedotto in giudizio semplicemente accelerato rispetto al corso del processo ordinario. Una prima esigenza è di evitare il costo del processo a cognizione piena, non già in modo indifferenziato, bensì se il legislatore valuta che manchi, o sia altamente probabile che manchi, una contestazione effettiva da parte del debitore e il diritto da attuare sia disponibile. Una seconda esigenza è di assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale, quando ciò richieda un provvedimento urgente, in relazione alla qualità del diritto in giudizio o all’imminenza di un pericolo di pregiudizio irreparabile, o comunque grave, anche a causa della durata fisiologica del processo a cognizione piena. Una terza esigenza è di evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa, non già in modo indifferenziato, bensì quando il tempo necessario a pervenire all’accertamento del diritto dipenda essenzialmente da necessità probatorie del convenuto.” CAPONI, Remo. Un nuovo modello processuale a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-BIS C.P.C. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

outrossim, à uma tutela jurisdicional efetiva e que permite, em última análise, fazer valer em juízo os próprios direitos.⁴³

No Brasil, o cenário de morosidade e ineficiência do processo tornam ainda mais nítida a necessidade de uma tutela que prime pela efetividade e pela busca de uma resposta jurisdicional tempestiva – ainda que em detrimento de um tradicional juízo de verdade e certeza, fundado em cognição plena e exauriente.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “Justiça em Números” evidencia que o tempo médio do processo de conhecimento, entre distribuição e sentença é de um ano e oitos meses na Justiça Federal e um ano e onze meses na Justiça Estadual. O tempo médio dos processos pendentes até 31 de dezembro de 2015 agrava ainda mais a situação, ao evidenciar que na Justiça Federa este período é de dois anos e seis meses, enquanto na Justiça Estadual é de 3 anos e 2 meses.

Seguindo a mesma morosidade, verifica-se que o tempo da fase de Execução dos processos na Justiça Federal alcança o tempo médio de sete anos e nove meses e na Justiça Estadual chega a quase uma década: oito anos e onze meses.

⁴³ “Ahora bien, en el vértice de la escala valorativa constitucional se ubica el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* – la eficaz presación se los servicios de justicia (art. 114, párrafo tercero, apart. 6 C. N.); o la tutela judicial continua y efetiva (art. 15, CBPA) – que no solo es un derecho fundamental sino uno de los más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valor los propios derechos. Su contenido integra los genéricamente denominados *derechos o garantías fundamentales materiales y formales de la organización el procedimiento, el due process* iusfundamental, da naturaleza instrumental y destinado a la realización y asseguramiento de los (demás) derechos fundamentals, a través de la organización y los procedimientos. Fenómeno, por otra parte, directamente vinculado con el acceso a la justicia bajo el aspecto de la *efectividad* de la tutela de ciertos derechos e intereses especialmente vulnerables en las sociedades contemporáneas, como los colectivos en general.” BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, n. 165, set. 2008, p. 134-135.

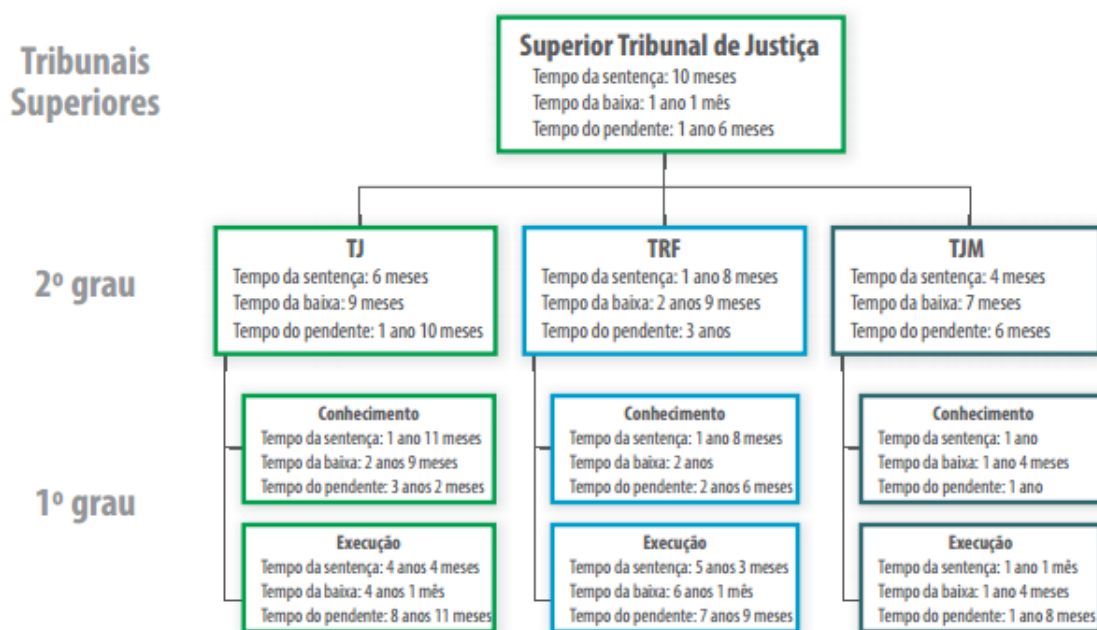


Figura 1: Tempo médio de duração dos processos de cognição execução na Justiça Comum.⁴⁴

O longo interregno de pendência dos processos faz evidenciar que o cenário de congestionamento do Judiciário brasileiro é reflexo da dificuldade em dar fim às causas existentes. A análise histórica da taxa de congestionamento evidenciou que, ao invés de um decréscimo ao longo do tempo dos processos pendentes, nota-se uma majoração pequena a partir de 2012, e que esse congestionamento se manteve no mesmo patamar mesmo após a adoção obrigatória de processos eletrônicos na maioria dos Tribunais – medida que, a princípio, deve favorecer a celeridade na tramitação dos feitos e a diminuição dos tempos mortos do processo.

⁴⁴ Relatório *Justiça em Números* (infográfico). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

Gráfico 3.36 – Série histórica da taxa de congestionamento e dos índices de atendimento à demanda e de processos eletrônicos no Poder Judiciário

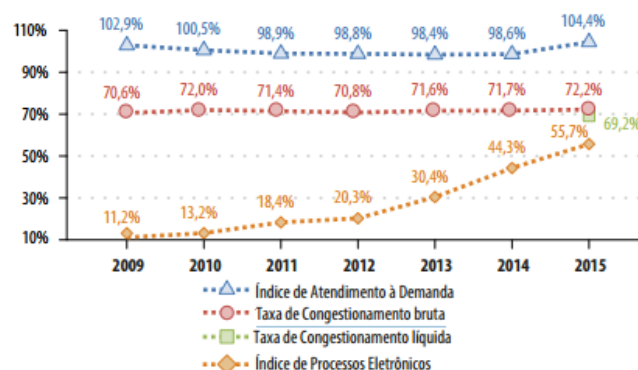


Figura 3: Série histórica da taxa de congestionamento e dos índices de atendimento à demanda e de processos eletrônicos no Poder Judiciário.

Estes dados tornam-se ainda mais relevantes a este estudo quando examinados por Justiça: o número de processos em fase de conhecimento e execução pendentes na Justiça Estadual e Federal são maiores que aqueles correlatos às Justiças Especializadas, sendo que na Justiça Estadual supera a margem de setenta por cento:

Gráfico 3.37 – Taxa de congestionamento bruta e líquida, por justiça

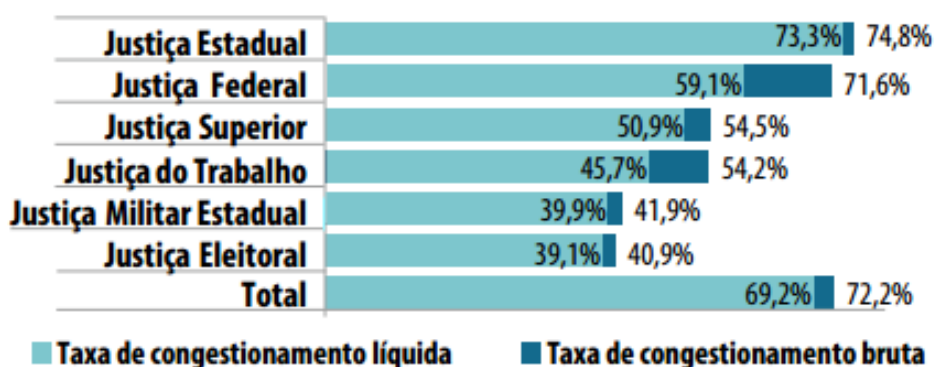
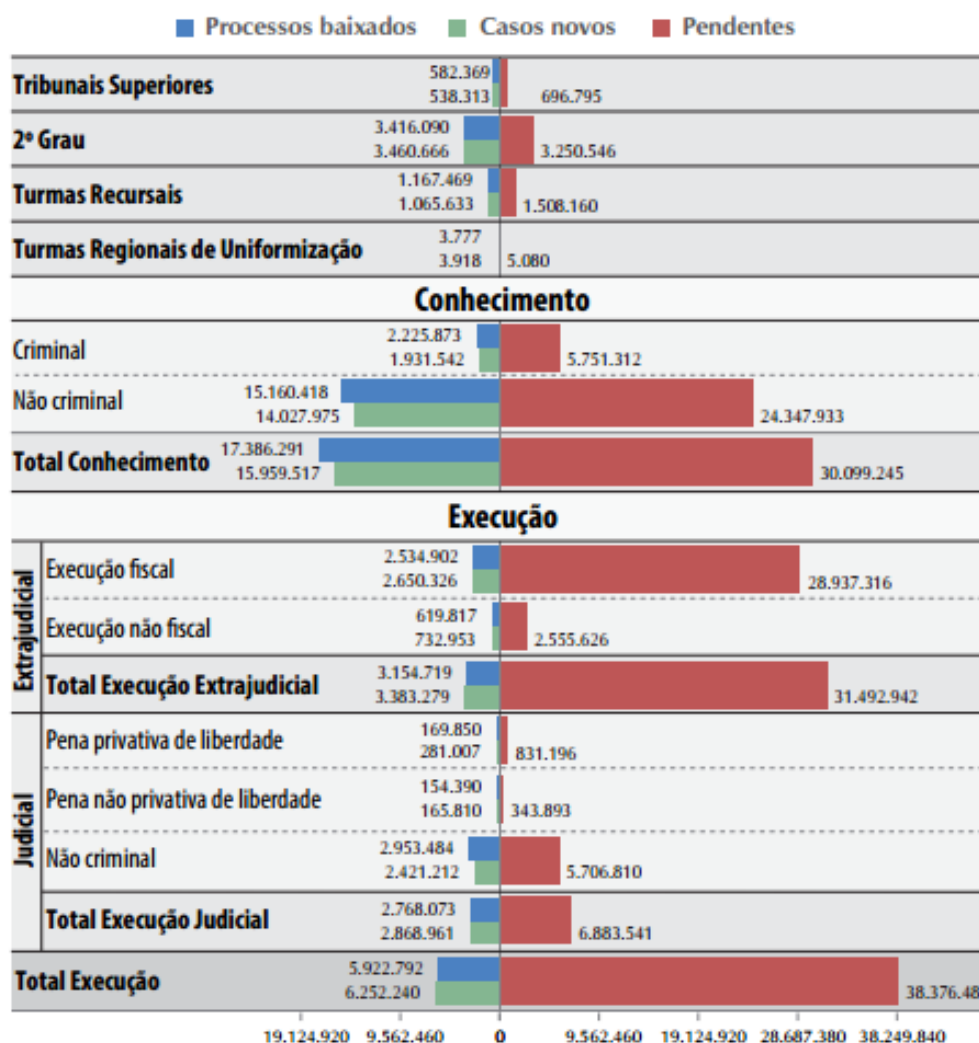


Figura 2: Taxa de congestionamento por justiça.⁴⁵

Favorece a compreensão destes dados, ainda, notar que grande parte da taxa de congestionamento diz respeito a processos que estavam pendentes em 31 de dezembro de 2015. Os dados processuais do Poder Judiciário indicam uma certa paridade entre o número de casos novos e o número de processos baixados, sendo que o número de processos pendentes permanece em escala muito maior:

⁴⁵ *Ibid.*

Gráfico 3.65 – Dados processuais do Poder Judiciário

Figura 4: Dados processuais do Poder Judiciário.⁴⁶

Analisando as estatísticas apresentadas de forma panorâmica, podemos perceber que existe um elevado índice de processos pendentes no Judiciário brasileiro, os quais concentram-se nos órgãos judiciais que operam sobre o regramento do Código de Processo Civil (Justiças Estadual e Federal).

Embora seja evidente que inúmeros fatores influenciam na formação desta morosidade⁴⁷, e que as reformas legislativas são meios até mesmo menos eficazes para a

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Em uma análise não exaustiva sobre as causas da ineficiência da Justiça Civil na Íbero-América, Roberto Omar Berizonce identificou as seguintes causas principais: (i) regulamentação defeituosa da organização judicial (de normas constitucionais à regulamentação); (ii) insuficiência ou aproveitamento “irracional” da infraestrutura; (iii) planejamento inadequado do debate judicial, com normas processuais arcaicas, sacralização de formalidades e lentidão excessiva; (iv) organização judicial defeituosa em termos de gestão e divisão interna de trabalho; (v) insuficiência do sistema de assistência jurídica; (vi) formação profissional falha dos auxiliares da justiça; (vii) ineficiência dos mecanismos de controle. BERIZONCE, Roberto Omar. Problemas fundamentales del sistema de justicia civil en iberoamérica y propuestas de solución. In:

solução do problema⁴⁸ – que perpassa a seara social e cultural do país -, os dados fazem conotar o quão úteis as medidas fundadas em cognição sumária podem ser para assegurar uma prestação jurisdicional tempestiva no cenário judicial nacional.

Com efeito, a despeito da ausência de um estudo específico sobre medidas de urgência e liminares no Poder Judiciário brasileiro, sobretudo pela dificuldade de acesso a números desta ordem, é possível presumir que parcela relevante dos processos pendentes em primeira instância encontram-se sob regulação de uma decisão provisória, fundada em cognição sumária, que compôs o conflito de forma imediata e que, de uma maneira prática, atendeu às partes não só naquele momento, mas de forma indeterminada para o futuro – tornando a solução definitiva da sentença de mérito elemento acessório ou até mesmo desnecessário frente ao regramento provisório. No entanto, como o procedimento de cognição plena era obrigatório até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o processo permanece subsistindo, não obstante a sua desimportância para as próprias partes litigantes⁴⁹.

Não se almeja afirmar, pela exposição acima, que a necessidade das tutelas sumárias se restringe a uma conjuntura atual de crise do funcionamento do Poder Judiciário em razão de sua morosidade, da necessidade de acesso pela população e por diversos outros problemas relacionados a litigância contemporânea. Destaca-se que a cognição sumária sempre será útil e necessária, por maior que seja a organização judiciária e por mais simplificados que se afigurem os procedimentos⁵⁰.

Busca-se asseverar que existem crises de direito material as quais, por sua própria natureza, exigem a simplificação processual ou até mesmo a prestação

GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Direito Processual Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 699/700.

⁴⁸ “Aspecto não pode ser negligenciado é a organização judiciária, certo é que, por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, será sempre falha a tutela jurisdicional dos direitos, se inexistirem juízes preparados para aplicá-las e uma adequada infraestrutura amaterial e pessoal para lhes dar o apoio necessário.” WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 26-27.

⁴⁹ “Noutras palavras, as cautelares e antecipação de tutela, decisões judiciais editadas com base em cognição sumária, superficial, dos fatos, são eficazes para tutelar os direitos materiais litigiosos, mas não têm vida ou luz própria, porque não têm força para existir independentemente do processo principal. Ao contrário, dependem sempre, no direito brasileiro hoje vigente, da conformação ou incorporação em futura decisão de cognição plena.” THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. *A Autonomização e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto do CPC*. **Revista de Processo**, n. 206 – abr./2012, p. 17.

⁵⁰ “por mais que se consigam reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos, que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência a tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendem aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.” WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 141.

jurisdicional com redução da cognição pelo juízo. O que se verifica é que, dentre as funções que se podem imputar à cognição sumária e às tutelas jurisdicionais fundadas neste tipo de cognição, aquelas ligadas ao desafogamento do Judiciário apresentam-se ainda mais úteis, tendo em vista o cenário mundial de crise na tempestividade da prestação jurisdicional.⁵¹

Reconhecida a importância extra que se pode atribuir às tutelas sumárias dentro do sistema processual brasileiro, o próximo item apresentará elementos para a definição de uma cognição sumária, indicando o entendimento doutrinário apresentado no cenário brasileiro e buscando aprofundá-lo conforme a necessidade de uma tutela autônoma fundada em uma cognição incompleta, quando comparada à cognição plena e exauriente. Apresentados os contornos essenciais do conteúdo do termo “cognição sumária”, indicar-se-á as espécies de sumarização da cognição e seus devidos objetivos.

1.3.2. Investigação sobre uma definição de cognição sumária

Conforme já dito neste estudo, o termo sumarização associa-se no campo do processo civil como simplificação e redução das formalidades processuais, de modo a reduzir o tempo de duração dos processos.

Uma espécie de sumarização atua no plano do procedimento, de modo a extrair formalidades que sejam inócuas à resolução do conflito e que são responsáveis por tornar o processo lento e custoso. Esta espécie de sumarização atua restritamente no plano formal, mantendo incólume o campo de análise do julgador, bem como preserva, na sua medida, as faculdades e prerrogativas do contraditório. Significa dizer, assim, que procedimentos sumarizados desta maneira encontram-se, ainda, aptos à formação de coisa julgada material.

Por outro lado, é possível que se sumarie a própria cognição enquanto técnica de convencimento do julgador. Nesta hipótese, tem-se limitações nas prerrogativas do contraditório e na profundidade da análise do juiz, de modo a impedir, a princípio, a formação de coisa julgada pelos provimentos jurisdicionais formados sob este tipo de cognição.

⁵¹“Generalizou-se a convicção de que o desempenho dos órgãos da justiça não vem correspondendo às demandas e expectativas, ampliadas a cada instante, das populações de hoje. Terão, pois, as reformas processuais, onde quer e como quer que se empreendam, uma fonte comum de inspiração no desígnio de pôr o funcionamento do mecanismo jurisdicional em plano mais compatível com aquelas expectativas e demandas.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. In: *Temas de direito processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47.

Isto ocorre porque a decisão não pode apreciar o conflito em todas as dimensões, de modo que resta o que pode ser discutido, provado e, por óbvio, conhecido pelo juiz. A existência deste campo ainda incerto na compreensão do julgador impede, ao menos num plano abstrato, que a decisão lastreada em cognição sumária adquira contornos de imutabilidade e indiscutibilidade.

Chiovenda asseverou esta diferenciação das espécies de sumarização ao asseverar que a simplificação dos atos do processos, base para formação dos procedimentos sumários indeterminados, não se confundia com uma sumarização qualificada por uma redução no campo de cognição do juiz, que denominou sumários determinados ou executivos.⁵² Embora ambas as espécies de sumarização buscassem como objetivo evitar a morosidade dos processos, seus reflexos eram notadamente diversos para fins de formação do contraditório e coisa julgada.

Uma interpretação similar é apresentada por Victor Fairén Guillén, que afirma ser inadequado reunir, num mesmo grupo, os juízos sumários e aqueles denominados plenários rápidos ou acelerados.⁵³

A noção de sumariedade que se busca aqui, pelo exposto, consiste naquela que afasta o conteúdo decorrente da cognição plena, isto é, reduz as faculdades e prerrogativas decorrentes do contraditório e da ampla defesa. Diferente da sumarização procedimental e formal, a cognição em termos de conteúdo é que formará os provimentos jurisdicionais de antecipação de tutela e, então, na sua estabilização.⁵⁴

Para finalizar a distinção aqui apresentada, é imperioso compreender que a formação de procedimentos rápidos, porém dotados de cognição plena e exauriente, vinculam-se à uma formação histórica que visa a lidar com o desconforto da morosidade processual, notadamente o tempo e o custo exigido para sua realização. Logo, a sumarização dos atos processuais vem com o intuito de enxugar o procedimento, tornando-o adequado a determinados conflitos, sem que se exaure a plenariedade da cognição. Com efeito, ainda se verifica o contraditório em todas as suas dimensões, o que permite que estes provimentos formem coisa julgada material.⁵⁵

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito procesual civil*. Tradução da 2 ed. italiana por J. Guimarães Mneegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 107.

⁵³ GIULLEN, Victor Fairén. Juicio ordinario, plenarios rapidos, sumario, sumarissimo. In: *Temas del ordenamento procesal*. Proceso Civil. Proceso Penal. Arbitraje. Madrid: Editorial Tecnos, 1969, t. 2, p. 829.

⁵⁴ Temas a serem tratados adiante de forma mais detida.

⁵⁵ GIULLEN, Victor Fairén. Juicio ordinario, plenarios rapidos, sumario, sumarissimo. In: *Temas del ordenamento procesal*. Proceso Civil. Proceso Penal. Arbitraje. Madrid: Editorial Tecnos, 1969, t. 2, p. 827.

Por outro lado, os provimentos jurisdicionais marcados pela sumarização da atividade cognitiva do julgador, ainda que marcados por motes similares de economia e efetividade processual, atrelam-se à existência de outros problemas os quais o procedimento sumário não consegue solucionar. Tratam-se de questões relativas à eficiência da Justiça em casos de urgência e a situações de frágil contestação ou abuso do direito de defesa – hipóteses em que a sumarização busca distribuir de forma isonômica o ônus do próprio tempo do processo.

É no âmbito de tais cenários que se justifica a prolação de uma decisão precária em termos de cognição e exercício do contraditório. E é justamente por estas características que esta decisão é geralmente dotada de provisoriedade, podendo ser revista após a realização de um procedimento de cognição plena.⁵⁶

Pode-se dizer que a cognição será sumária, neste contexto, sempre que não se verificar uma plena atividade cognitiva do julgador, munida pelo exercício do contraditório em um procedimento previamente estabelecido em todas as suas fases. O provimento jurisdicional, nestes casos, é fundamentado com alegações rápidas das partes (ou apenas uma delas, nos provimentos *inaudita altera parte*), e com fundamentação que adéqua o cenário apresentado a elementos legais de alta carga discricionária (perigo de dano, risco ao resultado útil do processo, abuso do direito de defesa, manifesto interesse protelatório, dentre outros).

Significa dizer que a cognição sumária reconhece uma extensa discricionariedade do juiz na determinação do procedimento a ser observado na formação da decisão.⁵⁷

Além disso, o juízo fica limitado a um determinado conjunto de informações, sendo privado de um conhecimento completo e profundo das questões que compõem o conflito, de modo que estas ficam para serem decididas no futuro.⁵⁸

Estes elementos vão ao encontro do entendimento de Andrea Graziosi, que reconhece a função da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária como uma mudança no centro de gravidade da proteção judicial, de modo a tender mais à eficiência e à rapidez dos procedimentos. Mas também assevera ser indubitável que o processo

⁵⁶ Art. 296 do Código de Processo Civil de 2015.

⁵⁷ GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 141-142.

⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 90.

fundado em cognição sumária, até mesmo do seu ponto de vista ontológico, não permite a possibilidade de um conhecimento profundo e completo do caso submetido ao Judiciário, e as partes não estão habilitadas a exercer plenamente o seu direito de defesa.⁵⁹

Conclui-se esta análise no sentido de que uma atual definição acerca da cognição sumária pode ser entendida como a limitação parcial e gradual do pleno exercício do contraditório mediante um procedimento imposto pelo legislador.

É dizer: a redução das faculdades e prerrogativas do contraditório (norte do conceito constitucional de processo contemporâneo)⁶⁰ dentro de um determinado procedimento podem implicar em entender que este procedimento é baseado em cognição sumária, o que traz questionamentos sobre a sua capacidade de se tornar um provimento definitivo e imutável.

Este entendimento irá nortear nosso estudo acerca da tutela antecipatória e, mais adiante, sua autonomia procedimental e capacidade de regulação do conflito.

Partindo desta primeira premissa, a sequência do texto analisará as espécies de sumarização da cognição que orientarão o desenvolvimento do presente trabalho.

1.3.2.1. Cognição sumária porque superficial

Uma das técnicas de sumarização da cognição, no tradicional entendimento de Chiovenda⁶¹, consiste na denominada cognição sumária porque superficial, a qual é definida pela superficialidade na análise das questões pelo julgador, conforme as circunstâncias vinculadas ao direito material.

Esta espécie de cognição sumária é aquela verificada no terreno das medidas liminares, ordinariamente utilizadas no processo brasileiro como instrumentos que asseguram a efetividade da tutela jurisdicional. Tratam-se das decisões proferidas sob

⁵⁹ “Certo lo scopo perseguito dal legislatore in questo progressivo sposamento del baricentro della tutela giurisdizionale dei diritti verso la cognizione sommaria è quello rendere i processi più rapidi e snelli al fine di riconquistare quel minimo di efficienza che ogni Stato civile dovrebbe assicurare ai suoi cittadini dell’amministrazione della giustizia. Ma se questo è indubitabilmente vero, è anche vero che un processo sommario è, direi quasi ontologicamente, un processo nel quale il giudice non ha la possibilità di avere una conoscenza approfondita e completa del caso sottopostogli, e le parti, dal canto loro, non sono messe in condizione di esercitare a pieno i loro diritti difensivi.” GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 140.

⁶⁰ Citar algum entendimento nesse sentido.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 174-175.

lastro de probabilidade e, em algumas hipóteses cumulada pela urgência, de modo que a resposta do Judiciário não pode ser proferida ao final do procedimento, sob pena de não atender à parte que suscitou a Jurisdição.⁶²

Importante ressaltar que não é essencial à cognição sumária porque superficial a ausência de manifestação do réu prévia à prolação da decisão. Na verdade, em regra cabe ao magistrado decidir a questão após uma oitiva do réu, ainda que no início do procedimento – inclusive em observância aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil. A exceção cabe apenas às hipóteses de urgência extrema, cenário no qual a mera abertura de prazo para oitiva da parte requerida prejudicaria a utilidade ou a eficácia do provimento em si. Desta forma entende-se deva ser interpretada a exceção à tutela de urgência estatuída no inciso I do art. 9º do citado diploma legal.

Informa-se também, por oportuno, que existem sistemas de prolação de decisões fundadas em cognição sumária porque superficial as quais indicam a regra do contraditório prévio. Nesse sentido inclui-se o sistema de *référés* do direito francês, ao qual tratar-se-á em momento adequado neste trabalho.

O importante, no momento, é compreender que a grande característica desta espécie de cognição sumária é que sua superficialidade decorre não necessariamente de uma ausência do exercício do contraditório, mas de uma rígida disciplina legal sobre o procedimento, o que implica maior discricionariedade do juízo na decisão das questões postas com fulcro nesta modalidade de técnica cognitiva.⁶³

De fato, esta discricionariedade pode ser verificada em nosso sistema no que tange à análise judicial dos pedidos de tutelas cautelares e antecipatórias, notadamente na determinação de existência ou não de seus requisitos. Os tradicionais termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, hoje representados na legislação pelos termos “probabilidade do direito” e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”⁶⁴ constituem-se de conceitos assaz amplos e indeterminados, o que dificulta um certo nível de previsibilidade quanto à conduta do julgador ou até mesmo o resultado da decisão.

⁶² Nesse sentido cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92.

⁶³“Giunti a questo punto, alla luce delle considerazioni sino a qui svolte, mi pare si possa concludere con una qualche sicurezza che i caratteri che contraddistinguono la cognizione sommaria sono fondamentalmente due: la totale o l’alta discrizionalità del giudice in ordine alla determinazione delle modalità di svolgimento del processo (cognizione sommaria perché superficiale); l’omissione della preventiva instaurazione del contraddittorio nei confronti di conlui contro cui viene reso il provvedimento giurisdizionale (cognizione sommaria perché parziale”. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 148-149.

⁶⁴ Artigo 300 do Código de Processo Civil.

Esta imprevisibilidade é notoriamente constada ao se analisar inúmeras demandas com pedidos similares e dotadas de requerimentos de tutela provisória de urgência, tais como diversas demandas exigindo um mesmo tratamento médico ou medicamento para uma mesma espécie de enfermidade: não obstante a similaridade quanto à crise de direito material envolvido e os riscos que justificam a tutela de urgência, existem decisões que concedem a tutela antecipada em contraditório diferido, decisões que preferem a oitiva dos requeridos e decisões que negam o acesso antecipatório ao medicamento.

Evidente, aqui, que o cenário não elide o dever de motivação adequada do magistrado, que envolve o atendimento aos ditames constitucionais⁶⁵ e legais⁶⁶. O caráter diferenciador da cognição sumária superficial consiste na motivação baseada em elementos parciais da lide, num conflito que não pôde expressar todas as suas dimensões diante da Jurisdição.

Estas divergências práticas, entretanto, não fazem perder a essencial utilidade deste tipo de cognição. Apenas reforçam que a superficialidade na atividade cognitiva do juiz diminui a certeza no exame das questões, atribuindo maior discricionariedade ao juízo e, por conseguinte, menor eficácia à garantia do contraditório.

Conveniente lembrar, inclusive, os ensinamentos de Watanabe no sentido de que a cognição do processo não é uma atividade meramente lógica, mas que também envolve o contexto ao qual o magistrado se encontra. Estes elementos sociais, históricos e políticos são mais perceptíveis e apresentam maior influência nas decisões quando se concede maior discricionariedade, o que é inevitável no caso da cognição sumária porque superficial.⁶⁷

Ainda que caracterizada por uma atividade cognitiva subtraída quando em comparação à cognição plena e exauriente, a cognição sumária porque superficial é comumente vinculada à uma cognição plena posterior dentro do mesmo procedimento ou em procedimento correlato. É o que se verifica nas tutelas antecipatórias ou cautelares

⁶⁵ Art. 93, IX da Constituição.

⁶⁶ Notadamente o disposto no art. 489, §1º do Código de Processo Civil.

⁶⁷ “Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão. E nesse *iter*, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado também por Couture.”. WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

requeridas juntamente à petição inicial ou em caráter antecedente (artigos 303 e 305, respectivamente), nos termos do Código de Processo Civil vigente.

Inequívoco, aqui, que a cognição sumária porque superficial está notadamente imbuída de noções de probabilidade e, muitas vezes, justificada pelo caráter da urgência. A sumariedade da atividade cognitiva impede uma predeterminação legal do procedimento, o que implica outorgar maior discricionariedade ao magistrado e, por conseguinte, um menor grau de previsibilidade sobre a forma do procedimento ou uma coerência das respostas jurisdicionais em casos similares.

Adicionalmente, a cognição sumária porque superficial prescinde de uma manifestação exaustiva das partes na formação do provimento. Reduz-se às manifestações iniciais, inclusive com a possibilidade de não oitiva do requerido antes da formação da decisão. Novamente, portanto, vê-se uma cognição rasa e superficial para formação do provimento jurisdicional.

Nesse contexto, válida a afirmação de Proto Pisani segundo o qual a discricionariedade imputada ao juiz pelo legislador, nos casos de cognição sumária porque superficial, comprime determinadas garantias do processo de cognição plena e, outrossim, o exercício de prerrogativas inerentes ao contraditório.⁶⁸

Na cognição sumária porque superficial estes elementos são diferidos, isto é, transmitidos para uma fase posterior à da prolação daquela decisão, geralmente dentro do mesmo procedimento em que concedida a medida.

1.3.2.2. Cognição sumária porque parcial

Outra espécie de sumarização da cognição lecionada por Chiovenda consiste na cognição sumária porque parcial. Trata-se de técnica na qual há uma inversão do ônus do contraditório, limitando o campo de cognição do julgador e deixando parcela do conflito a um momento posterior, após a prolação da decisão.⁶⁹

A grande diferença da cognição sumária parcial com relação à cognição sumária superficial é que, enquanto esta permitia uma integração do contraditório como etapa do mesmo procedimento, inclusive de forma obrigatória, a cognição sumária parcial

⁶⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 545-547.

⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1., p. 236-237.

torna o contraditório *eventual*. É dizer, a etapa com realização plena das prerrogativas desta garantia processual depende não só de futuro procedimento, mas de manifestação de interesse da parte requerida em instaurá-lo.⁷⁰

Segundo Andrea Graziosi, a técnica de inversão do contraditório abarca dois desdobramentos possíveis, os quais podem ser escolhidos pelo legislador ao regular o procedimento, o que implica também não existir espaço para a discricionariedade do juiz.⁷¹

Nesse contexto, ao legislador é possível optar por postergar o contraditório e conferir eficácia executiva determinados documentos (títulos executivos extrajudiciais), hipótese na qual o ônus do contraditório é invertido sem qualquer participação do julgador.

Poderá outrossim, por outro lado, optar pela existência de duas fases processuais distintas: uma primeira guiada por um juízo de verossimilhança e probabilidade, a qual produzirá uma decisão dotada também de eficácia executiva imediata e fundada em cognição sumária; e uma segunda fase, futura e eventual, a qual a parte atingida pela primeira decisão poderá instaurar um novo processo, de cognição plena, com o intuito de reverter este cenário.⁷²

Dois desenhos procedimentais derivados do contraditório eventual também foram apresentados por Ovídio Baptista da Silva, o qual os diferencia pela existência de uma demanda incidental ou uma demanda autônoma, não incidental.⁷³

⁷⁰ Barbosa Moreira assevera que a sumarização da cognição pode atingir o contraditório, o qual “em vez de *necessário*, se faça *eventual*: somente se instaurará se a iniciativa for tomada por aquele em face de quem se pede a prestação jurisdicional, a exemplo da ação monitória.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

⁷¹ GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 145-146.

⁷² PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5 ed. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 547.

⁷³ “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 II do C.P.C.); e de certo modo também no procedimento monitório (art. 1.102 do C.P.C.), embora nossa ‘ação’ monitória 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* corre quando o demandado, a quem cabe provocar o contraditório, ao invés de promovê-lo sub uma dessas duas maneiras, terá de fazê-lo através de uma *ação autônoma* (não incidental) subsequente.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS. Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, ano XXVI, n. 80, dez. 2000, p. 233.

Segundo o autor, é possível que o legislador prefira por tutelar o interesse provável do autor em um momento inicial da demanda, permitindo ao demandado, se assim desejar, inicie o contraditório, como nos casos do processo de execução obrigacional ou no procedimento monitorio.

Poderá o legislador, igualmente, estabelecer por procedimento diverso, segundo o qual o ônus de instauração do contraditório pela parte demandada não ocorre por meio de demanda incidente e vinculada à anterior, mas mediante uma demanda futura autônoma. É o que se verificava, antigamente, nas ações possessórias com relação às petitórias, no exemplo utilizado pelo citado processualista.⁷⁴ Trata-se da denominada condenação por reserva, de exceção ou de ação.⁷⁵

A utilização desta técnica tem como objetivo evitar um comportamento abusivo do direito de defesa, invertendo o ônus do tempo do processo frente à um cenário favorável ao demandante, desde que mediante elementos e provas demonstráveis logo na sua postulação. Assim, o comumente lento e moroso contraditório é transferido ao demandado, frente à uma probabilidade de sucesso da parte autora.

A utilização desta técnica, nas duas modalidades possíveis, traz como benefício não só o acesso à uma tutela jurisdicional em tempo abreviado para a parte interessada, mas também uma economia de tempo e recursos para a administração da Justiça.⁷⁶ Evita-se, neste cenário, que demandado que não possui razão beneficie-se do tempo fisiológico do processo, em detrimento da parte demandante, melhor munida de provas e razões jurídicas desde a instauração da demanda.

Num cenário ideal, é de se esperar que a utilização de procedimentos dotados desta técnica implique um desincentivo à parte demandada de buscar novamente o Judiciário, no intuito de reverter a decisão lastreada no direito provável, quando houver maior probabilidade de não ter sucesso na sua tentativa de reversão da decisão anterior. Em termos práticos, o tempo do processo deixa de ser um atrativo ao demandado quando este não tiver, de fato, razão na demanda.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 236-237.

⁷⁶ Andrea Graziosi, ao comentar sobre esta técnica de sumarização afirma que “Il vantaggio perciò non è solo endoprocessuale, ma prevalentemente di sistema, poiché, se da un lato il titolare del diritto fatto valere potrebbe ricevere la tutela giurisdizionale in tempi molto rapidi, dall’altro l’apparato giudiziario, nel suo complesso, dovrebbe risultare sgravato di tutte o di buona parte delle azioni pacificamente fondate.” GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009. p. 140.

Pode-se adiantar que esta modalidade de contraditório é a que mais interessa ao sistema processual brasileiro, sobretudo em função das questões de morosidade e congestionamento já identificadas e apresentadas neste estudo.

Mais que isso, é provável que evitar o abuso do tempo do processo e do direito de defesa tenham sido, inclusive, as razões que motivaram a inserção da estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015, visto que se trata de uma sumarização da cognição mediante o contraditório eventual.

Entretanto, apenas esta vinculação faz-se necessária neste momento. A análise específica do citado procedimento e de seu funcionamento como tutela sumária ocorrerá adiante, em momento oportuno.

1.4. A diferenciação entre cognição plena e cognição sumária na doutrina brasileira

A exposição acerca dos elementos caracterizadores da cognição plena e da cognição sumária permite um exame mais aprofundado sobre a utilização destes dois conceitos pela doutrina brasileira.

Kazuo Watanabe, autoridade inequívoca sobre o assunto, apresentou sistematização que observa a cognição do processo a partir de dois planos distintos: o horizontal, destinado à *extensão* da cognição, e o vertical, vinculado ao nível de profundidade pelo qual a atividade cognitiva é praticada.⁷⁷

Segundo o autor, no plano horizontal a cognição observa os elementos objetivos do processo indicados em sua obra como questões processuais, condições da ação mérito. Nesse sentido, a existência ou não de fracionamentos no plano das questões processuais (*extensão*), diferenciariam a cognição entre plena ou limitada (*parcial*). O plano vertical, por outro lado, diz respeito à profundidade na qual cada questão é analisada pelo julgador, podendo ser diferenciada entre cognição exauriente (quando não há limites de profundidade) e cognição sumária, quando há limitação na profundidade da cognição.⁷⁸

⁷⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

⁷⁸ “No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: *binômio*, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou *parcial*), segundo a extensão permitida.

Combinando estes dois planos, Watanabe apresenta uma tipologia de espécies de cognição⁷⁹, aplicando-a em diversos exemplos práticos, no intuito de facilitar a compreensão do tema.

Ocorre que a sistematização de Kazuo Watanabe reduz a cognição sumária à cognição superficial, apresentada no item 1.3.2.1 deste trabalho, e que consiste em redução da atividade do juízo e das prerrogativas do contraditório, com posterior exercício da cognição plena no mesmo procedimento.

Significa dizer que o plano da cognição sumária ficou restrito àquele destinado às decisões fundadas em verossimilhança e probabilidade, geralmente liminares, e inseridas dentro de um procedimento de cognição plena.

O próprio autor explicita que o termo “cognição sumária” por ele utilizado destoa da diferenciação apresentada inicialmente neste texto, que remete à lição de Chiovenda, segundo o qual é definida como sumária não só a cognição superficial nos dizeres de Watanabe, como também a cognição incompleta, isto é, parcelada quanto às questões a serem decididas pelo julgador.

Watanabe diferencia sua sistematização à doutrina chiovendiana fazendo referência à doutrina de Ovídio Baptista, que se atrela àquele ao afirmar que a sumarização pode realizar um corte cognitivo “de tal modo que o juiz fique impedido de examinar determinadas questões litigiosas que, não obstante existirem como ‘conflito de interesses’ (...), nele não ingressam, não integrando a *res deducta* do processo”⁸⁰.

Watanabe explica que sua classificação utiliza os termos horizontal e vertical em dois planos distintos, o que permitiria as diversas classificações apresentadas em sua obra, enquanto o raciocínio de Chiovenda, representado por Baptista da Silva, utiliza as noções de horizontal e vertical apenas quanto à área da cognição, sem adentrar-se na noção de profundidade que o primeiro autor utiliza.⁸¹

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).” *Ibid.*

⁷⁹ A saber: cognição plena e exauriente; cognição limitada e exauriente; cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*; cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente; cognição sumária ou superficial e cognição rarefeita. Cf. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 113-114.

⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de proceso civil*. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 100.

⁸¹ “A classificação do corte em horizontal e vertical está sendo feita, na passagem transcrita, em função apenas da área de cognição, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois planos distintos, o da extensão (horizontal) e o da profundidade (vertical). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada ‘de uma área toda de questões’, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não

Para Baptista da Silva, a sistematização de Watanabe retira do fenômeno da sumarização os processos cuja atividade cognitiva, a rigor, comportam uma cognição sumária do ponto de vista material, visto que parcial – nos termos apresentados no item 1.3.2.2 deste capítulo. Para Watanabe, portanto, a cognição sumária porque parcial inserir-se-ia no conceito de cognição parcial *e exauriente*.⁸²

Segundo Baptista da Silva, a doutrina de Watanabe rende homenagem ao paradigma da “ordinariedade com plenitude da cognição”, segundo o qual o só se permite admitir a existência da cognição sumária “desde porém que, na mesma relação processual, complete-se a cognição que se imagina ‘exauriente’, ou seja *plenária*, não mais sumária”⁸³.

Assevera o processualista gaúcho que, por se submeter a este paradigma, a doutrina de Watanabe não apresenta uma solução, ou ao menos uma discussão, sobre a existência de demandas sumárias, isto é, ações autônomas que se lastreiem na cognição sumária.⁸⁴

Afirma, ainda, que a omissão representa a dificuldade dos teóricos do processo em aceitar a sumariedade como técnica autônoma, de modo a gerar um corte procedimental entre a ação e as respectivas defesas, tornando esta *causa pretendi* para uma nova ação posterior. Este corte procedimental é premissa para o reconhecimento, por exemplo, do direito substancial de cautela, assim como na autonomia da demanda possessória frente à demanda petitoria – exemplos que, em suma, simbolizam a sumarização parcial identificada no item 1.3.2.2 acima.

A raiz para esta resistência, portanto, estaria em legitimar uma forma especial de inversão do contraditório, que em termos práticos implicar permitir que uma nova

sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão cognição sumária.” WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 112.

⁸² “Segundo se vê nos exemplos dados por Watanabe, em seu festejado ensaio, ‘exauriente’ seria, qualquer que fosse a respectiva ‘profundidade’, a cognição com que o julgador encerra a relação processual, apreciando o *meritum causae*. Nestes casos, diz ele, a cognição embora *parcial*, será *exauriente*. Sendo assim, devemos ter como exaurientes tanto a cognição emanada de uma ação ordinária e *plenária* – imagine-se a sentença que julga uma ação de indenização -, quanto a cognição com que o magistrado julga a ação de busca e apreensão do bem fiduciariamente alienado, prevista no art. 3º, § 2º do Decreto-Lei 911; além, naturalmente, da existente na ação cautelar e na ação cambiária típica.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, ano XXVI, n. 80, dez. 2000, p. 211.

⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Contraditório nas ações sumárias*. p. 214.

⁸⁴ Ao comentar a doutrina de Watanabe e Marinoni, afirma Baptista da Silva que “confirma-se, portanto, o mesmo entendimento: somente haverá *sumariedade* nos juízos de verossimilhança. Esta é a sumariedade própria das liminares que, salvo casos especiais, é problema que pode ser resolvido pelas leis de processo. A verdadeira sumariedade material, em demanda autônoma – que era o ponto a ser esclarecido-, não obteve resposta, ou foi sumariamente excluída, sem explicação plausível.” *Ibid.*, p. 214.

demanda revogue ou anule a tutela jurisdicional anteriormente prolatada. Isto implicaria consagrar no ordenamento a denominada cláusula *solve et repete*, “pois o sucumbente no processo cautelar poderá ser vencedor no processo satisfativo (principal), assim como o vitorioso na lide possessória poderá tornar-se sucumbente na petição posterior”⁸⁵.

Adotar a cláusula *solve te repete* significaria, portanto, permitiria existir uma tutela jurisdicional que privilegia uma parte a quem a ordem jurídica não reconhecia, a fundo, direito algum, o que vai de encontro à premissa de certeza e verdade que deveria, a princípio, munir de legitimidade a tutela jurisdicional.⁸⁶

Não se busca com a presente análise criticar a classificação apresentada por Watanabe. Ao contrário: reconhece-se sua imprescindível utilidade e importância para o desenvolvimento da doutrina processual e, sobretudo, como instrumento para facilitar a compreensão das técnicas de cognição processual existentes em nosso ordenamento.

Objetiva-se com esta exposição apenas compreender que a classificação apresentada por Watanabe não comporta um estudo da cognição sumária exercida de forma autônoma do ponto de vista procedimental. Apenas partindo da concepção de cognição sumária como um fenômeno igualmente existente nas ações dotadas de contraditório eventual e parcelamento dos objetos de discussão é que se pode verificar a possibilidade, ou não, de violação das garantias processuais de contraditório e ampla defesa na tutela jurisdicional sumária. Mormente quando deixa de ser tradicionalmente provisória e instrumental, passando a existir no ordenamento como potencialmente definitiva – como é o caso da estabilização da tutela antecipada, que será analisada neste trabalho.

Além disso é imperioso compreender que o fracionamento da cognição mediante a cognição sumária porque parcial implica inequívoca diminuição nas garantias do contraditório, o que implicaria em impossibilidade de se comungar a técnica cognitiva em questão com a garantia de contraditório exigida pela cognição plena. Tanto o é que, conforme se verá durante o desenvolvimento do presente trabalho, é um traço comum dos procedimentos que operam o fracionamento da cognição a possibilidade de revisão da decisão mediante uma demanda plenária, marcada por uma cognição *plena* e exauriente.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ “Esta, sem dúvida, sempre foi a invencível dificuldade em que se encontra a doutrina moderna em aceitar as *ações sumárias*. Uma vitória obtida através de um ‘*accertamento non definitivo*’, capaz anular ou mesmo reduzir os benefícios da vitória anterior, sempre apareceu aos processualistas como uma solução inaceitável, por ser contrária tanto ao interesse que a ciência processual devota à certeza do direito, quanto à vantagem, definitivamente obtida, pelo vencedor.” *Ibid.*, p. 234.

Capítulo 2 – O desenvolvimento da tutela sumária no sistema processual civil brasileiro

2.1. Da estrutura à função: o desenvolvimento das tutelas cautelares e antecipadas de urgência como mecanismo de neutralização ao dano do tempo do processo

Uma das constatações apresentadas no capítulo anterior versa sobre definição de um conceito atualizado de cognição plena e exauriente, o qual se relaciona intimamente com o atendimento às garantias processuais do contraditório e ampla defesa. Reconhecer ao jurisdicionado o direito à cognição plena e exauriente implica reconhecer o seu direito à audiência bilateral, bem como à possibilidade de produção de provas, impugnação às decisões judiciais e, sobretudo, direito de ter suas razões consideradas na formação do provimento jurisdicional, conferindo-o legitimidade democrática.⁸⁷

Transposto ao nível do procedimento, esta técnica de cognição plena e exauriente adéqua-se à forma conferida ao procedimento ordinário, o qual assegura a máxima eficácia às garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal, no intuito de atender aos ditames de certeza e verdade, originalmente concebidas no modelo de processo do Estado Liberal, os quais hoje compõem a noção de segurança jurídica.⁸⁸

Ocorre que, como já evidentemente constatado, o modelo ideal de procedimento ordinário não é plenamente hábil a atender todas as demandas incumbentes à tutela jurisdicional. Mais que isso, procedimentos marcados pela cognição plena e exauriente apresentam-se até mesmo inadequados para servir o dever de efetividade e duração razoável que também informa o processo no plano constitucional⁸⁹.

⁸⁷ “Como forma de expressão da democracia, da cidadania e da soberania popular, o contraditório assegura a participação direta, isonômica e influente das partes na construção da decisão judicial, além de fixar que a fundamentação decisória deve ser racionalmente construída com base, unicamente, nos argumentos e provas constantes no processo.” JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014, p. 356.

⁸⁸ “nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. É pois, direito constitucional do demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada *cognição exauriente*, vale dizer, a que submete as soluções definitivas do conflito a procedimentos prévios com possibilidade de contraditório, ampla defesa e interposição de recursos”. ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, abr.-jun. 1996, p. 60.

⁸⁹ Nesse sentido dispõem o art. 5º, incisos XXV e LXXVIII da Constituição, assim como o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992).

Significa dizer, assim, que decorre da inafastabilidade do Poder Judiciário o dever Estatal de assegurar uma prestação jurisdicional efetiva, que não só seja capaz de declarar o direito em atenção às garantias constitucionais conferidas ao processo, mas que esta declaração surta efeitos práticos na vida dos jurisdicionados. É inequívoco que uma justiça lenta e deletéria é injusta, por mais próxima da (ainda utópica) certeza e verdade que sua investigação cognitiva possa alcançar.⁹⁰

Começam a se delinear, assim, os pesos desta balança que norteia a tutela jurisdicional: por um lado, o dever de estar sempre o mais próximo das garantias processuais que dão lastro democrático ao instituto, de modo que a tutela jurisdicional incida sobre a realidade, sempre que possível, somente após a devida abertura de oportunidade às partes afetadas de se manifestarem sobre a questão e exercitarem as garantias de contraditório e ampla defesa. No outro extremo, figura o dever de impedir que o tempo que pressupõe o exercício deste método de legitimação democrática do provimento jurisdicional não o torne ineficaz ou até mesmo inócuo à situação de violação de direitos que a tutela jurisdicional objetiva solucionar.

Esta ponderação de extremos é um desafio inerente ao processo. A própria ideia de processo, do ponto de vista ontológico, traduz um dever de administração e atenção ao tempo fisiológico do processo.⁹¹

Um primeiro passo para equilibrar este eterno pêndulo, já rapidamente exposto neste estudo neste estudo, é reconhecer que o objetivo de verdade e certeza objetos da cognição plena e exauriente é muitas vezes intangível.⁹² A busca incessante pela segurança de uma verdade inequívoca junto à técnica cognitiva, fruto de um ideário racionalista dos pensadores do processo, acaba militando de forma contrária à prestação jurisdicional, e não a seu favor. Como já reconhecido por Dinamarco, “no processo de

⁹⁰ Humberto Theodoro Júnior já advertida a “[n]ecessidade de dar à tutela jurisdicional mecanismos de crescente eficácia para realizar o ideal de efetividade do processo. Muito mais importante para o processo moderno é ser um ‘processo justo’ e isto só se atinge quando o procedimento se revele apto a gerar para o titular do direito subjetivo lesado um remédio de efeitos práticos e enérgicos.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento interdito como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97. São Paulo: RT, 2000, p. 238.

⁹¹ Cécile Chainais, citando Italo Andolina, define que “Le procès ‘n’épuise pas son cycle vital em seu instant, mais est destiné à se dérouler dans le temps, ayant pour cela une durée propre, irréductible parce que physiologique””. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 9.

⁹² “O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de certeza que não se alcançam alguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta dos fatos.” FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 312.

conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir consiste na crença de que verdadeiramente os julgados se apoiem sempre na certeza”⁹³.

Soma-se a este reconhecimento o fato de que o processo, mais que um método estatal responsável pela solução dos conflitos em atendimento às garantias constitucionais do jurisdicionado, é também um relevante instrumento de pacificação social. Cabe à tutela jurisdicional não só assegurar decisões democraticamente legítimas e constitucionalmente adequadas ao devido processo legal, mas também capazes de realizar o direito objeto do conflito, isto é, assegurar ao jurisdicionado um resultado com máxima similitude ao hipotético cumprimento espontâneo do direito.⁹⁴

O dever de tempestividade atinente à tutela jurisdicional, atrelado à um desapontamento nos resultados de certeza e efetividade decorrentes do procedimento ordinário, fizeram com que a doutrina processual refletisse novamente sobre o dilema segurança e efetividade. Não no sentido de tolher ou inobservar as garantias constitucionais do processo, mas de reavaliar o campo de aplicação do procedimento de cunho ordinário, de modo a compreender que, antes de um investimento máximo na busca de uma certeza jurisdicional incerta em sua essência, mais atinente aos fundamentos do processo é aspirar por uma resposta jurisdicional ágil e efetiva, sem abrir mão do núcleo de garantias processuais do jurisdicionado:

O eterno dilema entre *segurança e efetividade* que, ao longo da história, tem representado a polaridade a que o Direito Processual não se pode furtar, teve no direito contemporâneo seu pêndulo orientado para o fator da efetividade, com sacrifício da aspiração por uma justiça mais perfeita, prometida pelas formas ordinárias de nosso procedimento plenário comum, mas que tem se mostrado, cada vez mais, uma quimera inalcançável. Na verdade, parece ter-se chegado à compreensão de que os *procedimentos plenários*, apesar de sua intrínseca morosidade, não atendem nem à certeza de uma justiça tão perfeita

⁹³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290. No mesmo sentido afirma Ovídio Baptista: “A busca da segurança, tão constante nas filosofias políticas do século XVII, contribuiu sobremaneira para o abandono definitivo, nos séculos posteriores até nossos dias, do pensamento clássico, de origem aristotélica, para o qual a compreensão do direito e as soluções dos problemas jurídicos haveriam de ser necessariamente contingentes, sujeitas à juízos de verossimilhança, nunca a juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito.” SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed., ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁹⁴ “Necessidade de dar à tutela jurisdicional mecanismos de crescente eficácia para realizar o ideal de efetividade do processo. Muito mais importante para o processo moderno é ser um ‘processo justo’ e isto só se atinge quando o procedimento se revele apto a gerar para o titular do direito subjetivo lesado um remédio de efeitos práticos e enérgicos.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento interdito como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, 2000, p. 238.

quanto seu custo, nem muito menos à segurança de um julgamento produzido pela suposta univocidade lógica do raciocínio silogístico, que foi a generosa esperança nutrida pela doutrina moderna.⁹⁵

É neste contexto que as técnicas de sumarização – do procedimento e da própria cognição – apresentam sua função no âmbito do direito contemporâneo⁹⁶. As vicissitudes do tempo no processo, associadas à ineficácia decorrente do procedimento ordinário de cognição plenária incentivaram a busca por um encurtamento das fases processuais, de modo a assegurar uma tutela jurisdicional imediata e, outrossim, adequada aos contornos da crise de direito material que visa a dirimir.⁹⁷

Significa afirmar, pelo exposto, que o primeiro obstáculo enfrentado pelo processo como método estatal de solução de controvérsias consiste no hiato temporal resultante de sua própria construção. A impossibilidade ontológica de uma resposta jurisdicional imediata à violação do direito, visto que impossível sua produção sem o tempo necessário do processo, faz criar uma discrepância temporal entre a existência de um direito, sua violação e a atuação judicial. Esta discrepância já impede, por si, que o processo judicial cumpra seu desiderato de atingir uma resposta mais próxima ao cumprimento espontâneo do direito.⁹⁸

⁹⁵ "Percebe-se, desta forma, que há o reconhecimento generalizado de que há direitos que precisam de uma tutela mais rápida e pronta que outros. Ou seja, há relativização do tempo no âmbito do processo judicial. (...) É justamente essa aceleração do tempo que tornou o processo judicial mais lento. Ou, em outras palavras, tornou mais significativa a percepção social que a lentidão judicial representa um grave problema.". GONÇALVES, Glaucio Maciel. Direito e Tempo. In: In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo Civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 288. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Celeridade *versus* economia processual. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 223.

⁹⁶ Necessário informar que a tutela sumária existe desde o Direito Romano, passando pela Idade Média e pela Idade Moderna, até chegar aos moldes funcionais hoje existentes. Para maiores informações, cf. PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 54 e ss.

⁹⁷ "Las posibles soluciones para a demora judicial deben convivir com uma justicia eficiente y no ser simples atajos frente a lo irremediable. En este sentido coincido com Taruffo em cuanto subraya el carácter secundário o marginal de las formas sumarias de tutela frente al proceso de cognición plena y su imprescindible adecuación a estándares que permitan decisiones fundadas em la veracidad de los hechos, dictadas en tiempos razonables." OTEIZA, Eduardo. Las Tutelas Cautelares y Anticipadas – Informe Argentino. In: *Derecho procesal contemporáneo – ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Puntotext, 2010

⁹⁸ Neste sentido afirma Alex Costa Pereira, em Tese de Doutorado defendida junto à Universidade de São Paulo no ano de 2012: "constata-se que a primeira espécie de obstáculos que o método estatal de solução de controvérsias enfrenta para a realização de seu desiderato está extrinsecamente relacionada à atividade jurisdicional nele exercida, derivando, primordialmente, da relação entre direito, violação e atuação judicial. Em outros termos, percebe-se, de forma frequente, a formação de hiatos entre os momentos de formação do direito material, da ocorrência de sua violação e, por fim, do socorro à tutela jurisdicional do Estado." PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao*

É frente a este descompasso⁹⁹ que Andrea Proto Pisani afirma existir uma diferença entre o esperado da tutela jurisdicional para “aquilo e tudo aquilo” entregue pelo processo civil e o que se poderia esperar, originalmente, no plano de cumprimento espontâneo da obrigação.¹⁰⁰

Para além deste obstáculo à efetividade do processo, tem-se ainda outro óbice decorrente do método judicial de solução de conflitos, o qual deriva da perpetuação do hiato decorrente entre a violação do direito e a prestação jurisdicional ao longo dos atos processuais, isto é, ao longo da duração do processo em si.

Trata-se do fato de que a demora do curso processual pode gerar um prejuízo grave ou irreparável ao jurisdicionado, uma vez que o interregno demandado para realização da fase cognitiva implica uma “perenização da ilegalidade, em evidente antagonismo entre direito e processo”¹⁰¹.

Este agravamento da situação de gravidade é denominado por Enrico Finzi como “dano marginal”¹⁰² do processo, o qual é propriamente lecionado por Italo Andolina como uma consequência direta e imediata da simples permanência, enquanto dura o processo, do estado de insatisfação do direito.¹⁰³

Diferentemente do óbice anterior, este dano decorre do próprio processo, e, portanto, o processo deve garantir meios de melhor evita-lo ou remediá-lo. Foi no intuito de combater os danos decorrentes do tempo fisiológico do processo que os estudos sobre a tutela sumária começaram a se desenvolver.

modelo constitucional do processo civil brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 52.

⁹⁹ Terminologia adotada por Alex Costa Pereira em sua tese de doutorado ao traduzir o termo *scarto* do direito italiano. Cf. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰ “solo ponendoci dall'angolo visuale dell'obbligo derivato (e non originario) di restituzione è possibile dire che attraverso il processo il titolare ottiene 'tutto quello e proprio quello' che aveva diritto di conseguire attraverso la cooperazione doverosa dell'obbligato; ma è, questo, un angolo visuale che ai nostri fini falsa la realtà in quanto pone in primo piano l'obbligo (derivato) di restituzione ed secondo piano l'obbligo (originario) di astensione la cui violazione há reso necessario il processo”. PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 10.

¹⁰¹ PEREIRA, Alex Costa. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁰² Expressão originalmente apresentada por Enrico Finzi: “Com maggior precisione mi pare definibile il *periculum in mora* come *quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, e che scompare com la esecuzione provvisoria*” FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, vol. II, 1926, p. 50.

¹⁰³ “uma consequenza direta ed imediata dela semplice permanenza, durante il tempo correspondente allo svolgimento del processo, dello stato di insoddisfazione del diritto, o cosa che è lo stesso, di quella concreta situazione lesiva che si è visto stare all'origine del processo”. ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema dela tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffré, 1983, p. 13.

A primeira análise de forma ampla e sistemática sobre os meios de combater o dano do tempo no processo foi desenvolvida por Piero Calamandrei, em obra clássica sobre o tema¹⁰⁴.

O maior êxito de Calamandrei, nas palavras de Remo Caponi, foi apresentar uma visão de teoria geral às tutelas cautelares, que guarda ainda grande atualidade para a compreensão das medidas provisórias e sua utilização no sistema processual¹⁰⁵. Com efeito, sua obra *Introduzione* aborda as medidas provisórias indo além de sua tipificação de espécies cautelares até então conhecidas e utilizadas (sequestro, *operis novi nunciato*, etc.), demonstrando a necessidade de um sistema amplo de medidas provisórias, aplicáveis a qualquer crise de direito material que venha a sofrer um risco de dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente justamente do tempo exigido para o exercício de defesa e realização do próprio processo. Nestes termos, os estudos do autor são um marco para compreensão das medidas provisórias como medidas de assegurar a efetividade do julgamento de mérito.¹⁰⁶

O estudo de Calamandrei parte da diferenciação do denominado *periculum in mora*, de modo a explicitar diferentes medidas para cada uma das espécies de perigo da demora dentro do processo. Trata-se do perigo de infrutuosidade (*infruttuosità pratica*) e o perigo de atraso (*tardività*).

O risco de infrutuosidade ocorre na hipótese em que o autor se depara com o risco de ineficiência de futura e eventual sentença de procedência – não em função da perda do direito em si, mas de sua exigibilidade no plano dos fatos. Exemplo comum ocorre quando o réu, na pendência de ação de cobrança, dilapida o próprio patrimônio no intuito de frustrar futura execução do valor cobrado.

¹⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

¹⁰⁵ “Cierto es que el libro del jurista florentino se aparta con una prodigiosa inspiración de las contricciones de un análisis centrado em las medidas cautelares particulares, par alcanzar una visión de teoría general que, como todas las concepciones auténticas y meditadas de esta naturaliza, es a la vez sistematización del presente, individualización de los desarrollos futuros así como el inicio de concretización de estas líneas de tendència.” CAPONI, Remo. Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después. *Revista de la Maestría em Derecho Procesal*. Vol. 6, 2016, p. 179. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁶ CAPONI, Remo. *A Masterpiece at Glance: Piero Calamandrei, Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Artigo apresentado na primeira Summer School organizada pela Associação Internacional de Direito Processual (International Association of Procedure Law) e o Max Planck Institute of International, European and Regulatory Law, em Luxemburgo, 23 de julho de 2014.

Nesse sentido, a medida provisória que busca afastar o risco de infrutuosidade não tem como objetivo principal antecipar o usufruto do direito controvertido ao autor, mas assegurar, com antecedência, a utilidade da futura execução.¹⁰⁷

A segunda espécie de perigo da demora identificada por Calamandrei consiste no *pericolo da tardività*, que é manifestado não pelo risco de inutilidade prática da futura tutela jurisdicional, mas no risco de dano que decorre do próprio tempo necessário à atividade jurisdicional. Significa dizer que os contornos da pretensão a ser deduzida em juízo são tão urgentes que incapazes de aguardar o funcionamento do método processual.¹⁰⁸

O exemplo apresentado por Calamandrei para tratar deste perigo é do credor que corre risco de insolvência caso não pago imediatamente o valor controverso e objeto de demanda judicial. O mero decorrer do tempo fisiológico do processo gerará prejuízos diversos ao autor da demanda, ainda que o devedor não pratique atos que visem à ineficácia de um futuro provimento jurisdicional favorável ao credor. Num cenário como este, o mero acautelamento não é capaz de assegurar o direito ao provimento efetivo pelo autor. Será necessário, então, antecipar os efeitos de uma execução futura, de modo a conceder de imediato o demandado e, em seguida, dar continuidade ao feito.¹⁰⁹

Nestes termos, a tutela cautelar erigida por Calamandrei abarca, outrossim, técnica que, ao contrário da tutela cautelar, antecipa a entrega do direito àquele que postula a Jurisdição, desde que apresentado certo nível de probabilidade ou verossimilhança de suas razões e, sobretudo, em cenário ao qual a urgência impede que o provimento aguarde o trâmite do procedimento ordinário e o tempo que ele exige.

¹⁰⁷ Nos termos de Calamandrei, o remédio processual ao *pericolo da infruttuosità* “non mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l'accertamento (sub a) o l'esecuzione forzata (sub b, d) di quel diritto, avvengano la lentezza del processo ordinario lo consentirà, in condizioni praticamente più favorevoli: ciò che è urgente, in altre parole, non è la soddisfazione del diritto, ma la assicurazione preventiva dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sia giusto e praticamente efficace.” CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 55-56.

¹⁰⁸ Neste caso, Calamandrei assevera que “il *periculum in mora* è costituito non dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o per la esecuzione del provvedimento principale sul merito, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito. Qui, pertanto, il provvedimento provvisorio cade direttamente sul rapporto sostanziale controverso: è un accertamento interinale di merito (...), il quale dà modo alla parte che há ottenuto a suo favore il provvedimento cautelare di soddisfare immediatamente, anche attraverso la esecuzione forzata, il diritto provvisoriamente riconosciuto, in attesa del provvedimento principale.” CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 56-57.

¹⁰⁹ “se il creditore, per sue particolari ragioni di bisogno (perché, poniamo, si è ridotto in miseria ed ha nella riscossione del suo credito l'única speranza di sostentamento) teme il danno forse irreparabile che gli deriverebbe dal dover attendere a lungo la soddisfazione del suo diritto, non gli gioverebbero contro questo pericolo le misure cautelari che unicamente fossero rivolte a tenere in riserva per il giorno della esecuzione forzata i beni del debitore, ma gli occorrono in quanto il diritto positivo se preveda, misure cautelari atte ad accelerare l'esecuzione forzata”. *Ibid*, p. 57-58.

A partir deste exposto, é inequívoco que os estudos de Calamandrei apresentaram os principais traços que trilhariam o estudo das tutelas sumárias dali em diante. O plano teórico apresentado pelo Autor tem como traço distintivo da tutela cautelar a sua provisoriedade, na medida em que o provimento cautelar tem como principal objetivo evitar que o jurisdicionado sofra um “dano jurídico”¹¹⁰ na pendência de um processo de conhecimento ou de execução – perigo que seria manifestado na forma das duas espécies apresentadas.

Seguindo o raciocínio de Calamandrei, portanto, o provimento cautelar é dependente e acessório do processo de conhecimento ou de execução.¹¹¹ Trata-se de uma proteção provisória e vinculada a estas funções jurisdicionais. É um instrumento do instrumento.¹¹²

O que diferencia, portanto, o provimento cautelar dos provimentos de conhecimento e execução, para Calamandrei, é sua *estrutura*, e não a técnica cognitiva empregada pelo juiz ou o seu papel no escopo do processo. O elemento caracterizador do provimento cautelar é sua *provisoriedade*: enquanto os provimentos de conhecimento e de execução são definitivos, os provimentos cautelares são provisórios.¹¹³

Pouco importa, para o enquadramento teórico de Calamandrei, a satisfatividade ou não do provimento para caracterização da tutela cautelar. Como verificado acima, a

¹¹⁰ Expressão de Calamandrei. Cf. *Introduzione*, p.15 (Padova: Cedam, 1936).

¹¹¹ Calamandrei entende que o conceito de temporariedade se insere no conceito de provisoriedade. Segundo o autor, o provisório tem uma duração temporal limitada em razão de algum evento que lhe irá substituir. Já a temporariedade significa aquilo que não tem duração peremptória, independentemente da superveniência de fato ou evento que o substitua. *In verbis*: “Giova intanto avvertire che il concetto di *provvisorietà* (e così quello, coincidente, di *interinalità*) è un po’diverso, e più ristretto, di quello di *temporaneità*. Temporaneo è, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, há per sè stesso durata limitata: *provvisorio* è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che no sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del qual elo stato di *provvisorietà* permane nel frattempo. In questo senso, *provvisorio* equivale a *interinale*: ambedue le espressioni indicano ciò che è destinato a durare solamente in quel tempo *intermedio* che precede l’evento atteso.” CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 10.

¹¹² “La tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, uma tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l’efficace funzionamento dela giustizia. Se tutti provvedimenti giurisdizionali sono un 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, um mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è um mezzo per l’attuazione del diritto: sono cioè, in relazione alla finalità ultima dela funzione giurisdizionale, strumenti dello strumento.” CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 21-22.

¹¹³ Cf. p. 8-12 (1936). No mesmo sentido afirma Daniel Mitidiero: “O critério que fundamenta a separação do provimento cautelar, numa ponta, dos provimentos de conhecimento e execução, em outra, é o critério da *estrutura* dos provimentos de cognição, execução e cautelar. Enquanto os provimentos de conhecimento e execução são definitivos, os provimentos cautelares são provisórios. Esta é a nota conceitual que singulariza o provimento cautelar, na ótica de Calamandrei.” MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 36, Vol. 197, Jun./2011. P. 30.

tutela cautelar abrange tanto provimentos assecuratórios quanto provimentos satisfativos, sendo apenas a provisoriedade o caráter essencial que constitui a definição da tutela cautelar. A bem dizer, a exposição de Calamandrei aglutina a tutela sumária à acessoriedade da tutela cautelar¹¹⁴, tornando-a vinculada ao elemento da provisoriedade e, mais importante, limitando sua utilidade ao combate do *periculum in mora*.

É inequívoco que a sistematização apresentada por Calamandrei ecoou de forma profunda nos estudos posteriores sobre o tema, assim como influenciou a legislação italiana e latino-americana¹¹⁵. No caso brasileiro, basta verificar a *atipicização* da tutela cautelar, introduzida no Brasil pelo Código de Processo Civil de 1973¹¹⁶, bem como a posterior criação da tutela antecipatória de urgência pela Lei 8.952/1994, destinada a combater o *periculum de tardività*, consoante denominação do autor.

Pode-se dizer, assim, que é incontestável a contribuição de Calamandrei para o desenvolvimento da tutela sumária e, por conseguinte, para a universalização do alcance da tutela jurisdicional.¹¹⁷ Entretanto, sua doutrina trouxe à tona duas interpretações cujo desenvolvimento das tutelas sumárias fez merecer melhor esclarecimento: (i) a teoria de Calamandrei confunde equivocadamente tutela cautelar com tutela satisfativa e (ii) vincula e restringe a tutela sumária apenas à existência de urgência.¹¹⁸

Quanto à primeira questão, é necessário perceber que não se pode confundir os conceitos de tutela cautelar e tutela antecipatória, reunindo-os apenas pela razão de ambas prestarem provimentos jurisdicionais fundados em cognição sumária e de forma antecipada.¹¹⁹ No direito brasileiro, Ovídio Baptista da Silva foi responsável por escrutinar os dois conceitos e diferenciá-los, explicitando que a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto a tutela antecipatória permite desde logo a imediata realização do direito pretendido cuja tutela jurisdicional se postula. Logo, a tutela cautelar não visa a combater o perigo da demora na prestação jurisdicional, mas assegurar o risco de sua infrutuosidade – na denominação de Calamandrei. A tutela antecipada é que busca combater este perigo de tardança, isto é, o risco de dano decorrente do tempo fisiológico do processo.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária... p. 31.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Le misure cautelari nel processo latino-americano. In: *Temas de Direito Processual. Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 35, Vol. 183, maio/2010. P. 180-181.

¹¹⁷ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 32.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 33.

Nestes termos, entende-se que Ovídio Baptista foi responsável por saltar o estudo da tutela sumária da estrutura à função, tirando o foco na provisoriedade e inserindo-o na asseguaração ou na simples satisfação do direito.¹²⁰

O desenvolvimento dos estudos de Ovídio Baptista foi além da diferenciação da tutela sumária sob a ótica desta função. A partir deste ponto, o autor reconhece a existência de um direito material à cautela e, portanto, assevera que a tutela cautelar visa à proteção deste direito, de modo que não se pode falar em provisoriedade na tutela cautelar. Ao contrário: tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada duram enquanto perdurarem os pressupostos fático-jurídicos que justificaram a sua concessão, isto é, enquanto durar a necessidade da proteção por elas concedida.¹²¹ Por conseguinte, é possível afirmar que a tutela cautelar é uma tutela definitiva e que não pode ser considerada como provisória ou temporária¹²², visto que sua existência é, na verdade, permanente enquanto permanecerem as razões de perigo que justificaram sua existência em primeiro lugar.¹²³

O enquadramento doutrinário deste autor conclui, assim, pela existência de um direito substancial à cautela.¹²⁴ Daí não ser possível tratar a tutela cautelar e a técnica antecipatória de maneira uniforme, por se tratarem de conceitos distintos: uma tutela e uma técnica.¹²⁵

¹²⁰ MITIDIERO, Daniel. Tendências, op. cit., p. 34. No mesmo sentido COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 666.

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 35.

¹²² Freddie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que a tutela cautelar é uma tutela definitiva, mas que possui eficácia temporária, *in verbis*: “a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, vol. II, p. 460-461.

¹²³ “A instabilidade natural à situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação dá a falsa impressão de que a tutela cautelar não é definitiva, mas aí não há mesmo nada além disso: o arresto dura enquanto durar a situação de perigo, assim como a sentença de alimentos vincula apenas enquanto se verificarem os pressupostos para sua concessão”. MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 35.

¹²⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67-76. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária. P. 36.

¹²⁵ Álvaro de Oliveira assevera ser impossível “confundir as normas de tutela jurisdicional com as técnicas que podem ser empregadas para melhor realização da própria tutela jurisdicional. A tutela emanada do juiz constitui exercício de poder, representando assim valor, pois implica efeito jurídico, e todo efeito jurídico é valor jurídico condicionado. Por isso, afirma-se corretamente não constituir o direito numa técnica, mas numa estrutura complexa, integrada também dos elementos do direito não escrito: os valores, os costumes, os institutos, o próprio *ius involuntarium*, tudo a compor uma morfologia da práxis social. As técnicas, porém, embora sirvam ao valor, não podem ser com ele confundidas. A esse respeito, observa acertadamente Del Vecchio que as regras técnicas constituem os meios obrigatoriamente empregados para

A discussão sobre o reconhecimento da definitividade da tutela cautelar e sua aptidão à formação de coisa julgada foge aos limites apresentados neste estudo, cujo objetivo cinge-se à análise da tutela sumária na sua espécie satisfativa, sua estabilização e o diálogo de seu funcionamento com as garantias do contraditório e da coisa julgada. Ademais, há de se destacar que o Código de Processo Civil de 2015 foi de encontro às consequências práticas desta diferenciação teórica, na medida em que extinguiu a ação cautelar e inseriu a prestação jurisdicional desta tutela de forma incidental ao processo de conhecimento ou de execução. Caminhou, assumidamente, contrário à pureza de escopos da função jurisdicional e em direção de maior simplificação e efetividade.¹²⁶

O importante da análise ora apresentada consiste em reconhecer que a unificação concedida às tutelas cautelares e satisfativas ocorrem por serem concedidas mediante a técnica antecipatória em termos de litisregulação¹²⁷. Em detalhe, a técnica antecipatória diz respeito ao momento em que concedida a prestação jurisdicional e ao módulo de cognição a ela vinculado, que é uma cognição sumária tanto na conceituação de Watanabe quando na diferenciação de Ovídio Baptista. Logo, o que unifica a tutela sumária cautelar e satisfativa, quando combatentes ao *periculum in mora*, é o fato de serem prestadas mediante a técnica antecipatória.¹²⁸

se conseguir um propósito, mas não prejulgam se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim que se trate. A técnica nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois, como meio e como instrumento, concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realiza-las, sem se preocupar em esclarecer se são boas ou más. Apreciar o mérito dos fins do indivíduo constitui um problema ético, não técnico.” OLIVEIRA, Álvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91-92.

¹²⁶ “A teoria do processo civil desenvolveu-se para reconhecer que é despicienda a constituição de nova relação jurídico-processual, para além a cognitiva ou executiva já instalada, para o fim de veicular pretensão conservativa, essencialmente instrumental àquelas. Reconheceu-se, outrossim, que não á pureza de escopos de cada gênero do processo, sendo possível em processo de conhecimento, por exemplo, medidas preventivas e medidas executivas, como determina o sincretismo processual consagrado com a alteração legislativa que regulou o cumprimento de sentença, como permite a fungibilidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada positivada no art. 273, §7º, e também como decorre da própria tutela antecipada, que, no seio do processo de conhecimento, permite a satisfação imediata do direito, o que se dá por meio de medidas executivas.” REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Carmila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 184. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291.

¹²⁷ TESHEINER, José. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

¹²⁸ Ademais, vale destacar que a técnica antecipatória não se restringe à concessão *in limine litis*, na medida em que tanto a tutela cautelar como satisfativa pode ser concedida em qualquer momento do processo de conhecimento ou execução, antes de proferida sentença de mérito. Buscar doutrina no Marinoni ou no Zavaski. Como é assaz evidente, o termo liminar diz respeito ao tempo momento do processo, e não à natureza do ato decisório. Nesse sentido: “O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão somente ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se como configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*. O critério a observar, para esse fim,

O amplo desenvolvimento dos estudos da tutela sumária no direito brasileiro pode nos trazer às seguintes conclusões, considerando a análise apresentada até aqui: a técnica antecipatória visa a combater os danos do tempo do processo aos jurisdicionados e pode se manifestar mediante tutelas de ordem cautelar ou de tutela satisfativa, as quais correspondem, respectivamente, ao perigo de infrutuosidade e ao perigo de tardança, na terminologia de Calamandrei – até hoje adotada.

As tutelas cautelares buscam assegurar a possibilidade futura de fruição do direito tutelado, sendo neutra quanto ao resultado do processo e, mais importante, atuando estritamente no sentido de conservação. A tutela satisfativa, por sua vez, realiza desde logo o direito postulado, combatendo, por conseguinte, ao perigo da tardança na nomenclatura de Calamandrei. E o faz podendo não só de forma repressiva (remover um ilícito, reparar um dano ou ressarcir-lo), como também de maneira preventiva, impedindo a prática, a reiteração ou a continuidade de um ilícito.¹²⁹

É importante destacar que o desenvolvimento do estudo apresentado, não obstante valioso para a compreensão dos limites e efeitos das tutelas cautelares e satisfativas, tornou-se superado no direito nacional em razão do novo Código de Processo Civil, que assegurou a unificação do regime das tutelas antecipadas e cautelares sob o gênero de tutelas provisórias.¹³⁰

Esta inovação reconheceu o que já havia percebido os estudiosos brasileiros, que sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 já reconheciam a fungibilidade das tutelas cautelares e satisfativas, sob o irrefutável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar a realização de valores constitucionalmente garantidos”¹³¹ – no caso, a efetividade do processo e, mais importante, a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.¹³²

Seguindo a mesma toada, este estudo reconhece que a análise das tutelas sumárias, assim como de qualquer outro estudo do processo, deve seguir sempre o objetivo potencializar o acesso à justiça e à efetivação da tutela jurisdicional e das

portanto, é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da sequência dos atos que compõe a cadeia processual.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 817.

¹²⁹ Trata-se de uma prevenção, inclusive, diversa da prevenção obtida pela tutela cautelar, na medida em que aquela busca evitar o comprometimento do próprio direito, enquanto esta tem como objetivo prevenir a perda de utilidade do processo. Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária*. P. 38.

¹³⁰ Artigos 294 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291;

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 133-140.

garantias fundamentais que a informam e fundamentam. Nesse sentido, repudia-se a diferenciação teórica entre tutelas cautelares e antecipadas que visam a restringir à sua concessão em razão de postulações que não atendam a este rigor de diferenciação, como se verificou na vigência do Código de Processo Civil de 1973.¹³³

Entretanto, é inequívoco que a diferenciação entre tutelas cautelares e satisfativas, não obstante suas similitudes quanto aos pressupostos, diferenciam-se fortemente quanto à produção de efeitos e suas consequências. Tanto o é que o novo CPC, não obstante a correta uniformização das tutelas de urgência, não aboliu a diferenciação entre tutelas cautelares e antecipadas.¹³⁴ Da mesma maneira, a legislação de países europeus que utilizam de um sistema generalizado para tutelas cautelares e antecipatórias ainda apresentam a diferenciação em questão, como pode se ver na Itália e em Portugal.¹³⁵

E isto ocorre porque, independentemente da existência de um direito material à tutela cautelar e da possível necessidade de um procedimento próprio em razão desta existência - debate que ultrapassa os limites deste estudo -, é inequívoco que a antecipação de tutela satisfativa se desdobra em duas novas questões, as quais são de extrema importância para o desenvolvimento de um processo efetivo: a primeira que a tutela satisfativa sumária, concedida mediante a técnica antecipatória, não é concedida apenas em razão da urgência (detalhe também olvidado por Calamandrei) e a segunda que a tutela antecipatória satisfativa, não obstante seus limites cognitivos e de exercício das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, possuem potencial para regular o conflito de forma definitiva.

Trataremos da primeira questão adiante, enquanto a segunda questão será apresentada a partir da análise dos vínculos de dependência da tutela antecipada.

2.2. Do tratamento da urgência à distribuição isonômica do tempo no processo: o desenvolvimento da tutela antecipatória no direito brasileiro e a formação da tutela da evidência

¹³³ “A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos”. ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, Ano 25, n. 100, out-dez./2000, p. 52.

¹³⁴ Distinção evidenciada no artigo 300 do Código, assim como nos capítulos subsequentes.

¹³⁵ Cite-se o artigo 362 do Código de Processo Civil de Portugal, editado pela Lei nº 41/2013 e o sistema de cautelares (gênero) do direito italiano.

O tópico anterior evidenciou a existência de um déficit temporal decorrente do próprio funcionamento do processo. A tutela jurisdicional, não obstante busque substituir o cumprimento espontâneo da norma de forma mais eficaz possível, sempre estará corretamente atrelada às garantias constitucionais do processo, cuja observância demanda tempo e, portanto, atrasam o cumprimento efetivo do direito postulado e eventualmente acolhido.

Significa dizer que o processo judicial, pela sua própria estrutura, apresenta um atraso no cumprimento ideal do direito, o qual independe de situações de urgência que constituem o *periculum in mora* apresentado por Calamandrei e desenvolvido por outros estudiosos do processo.

Considere-se, nesse sentido, o autor que tem razão em sua pretensão: apenas por postular em juízo a pretensão resistida que lhe faz jus, sofre isoladamente o tempo do processo judicial até que lhe seja reconhecido o direito. Durante muito tempo a doutrina foi incapaz de perceber que o tempo do processo é um ônus, e que este ônus é sofrido tão somente pelo demandante no curso do processo de conhecimento.¹³⁶

Inserir a tutela antecipatória neste contexto significa atribuí-la, assim, uma função que vai além de combater o perigo de tardança no provimento jurisdicional, como espécie das denominadas tutelas de urgência. A tutela antecipatória passa a ter como função *distribuir de forma igualitária o ônus do tempo no processo*.¹³⁷ Esta distribuição pode ocorrer tanto em função da urgência (o citado perigo de tardança do provimento jurisdicional, que tem como contraposto a tutela antecipatória de urgência, já tratada), como, ainda, em situações de evidência ou de probabilidade de procedência do direito postulado em juízo.

Assim, reconhece-se um novo desempenho para a tutela antecipatória, que prescinde do elemento de urgência decorrente da situação de direito material, materializada pelo perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A tutela antecipatória de evidência, na verdade, tem como seu fundamento a constatação da existência de maior probabilidade do direito do demandante de ter a ação julgada procedente do que o demandado de assegurar um julgamento improcedente. Em outras

¹³⁶ “Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor. ”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 23.

¹³⁷ *Ibid.*

palavras, baseia-se na análise inicial da consistência das alegações do autor e do réu para distribuir o ônus do tempo do processo.¹³⁸

Sob este raciocínio, a tutela de evidência tem como fundamento, outrossim, assegurar a igualdade substancial dos jurisdicionados ao longo do processo, promovendo uma distribuição isonômica do fardo do tempo do processo consoante a probabilidade de a posição jurídica de cada uma das partes ser fundada ou não.¹³⁹

Com efeito, ao se instituir a tutela de evidência no sistema processual, o legislador reconhece que o tempo do processo é uma fonte potencial de danos às partes, de modo que a duração do processo não deve gerar prejuízo para a parte¹⁴⁰ que já demonstrou melhor os fundamentos que justificam sua pretensão ou a resistência. Neste contexto, não obstante a tutela de evidência prescindir do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sua própria concepção pressupõe a existência de um elemento emergencial.¹⁴¹

Para além da existência ou não de um elemento de urgência que pressupõe o funcionamento da tutela de evidência, incontestemente que o raciocínio apresentado pela tutela de evidência reside em que o ônus do tempo do processo deve ser suportado por aquele que necessita deste tempo para mostrar que tem razão. Por conseguinte, a parte que tem maior evidência dos fundamentos que compõem a crise de direito material deve fruir do bem da vida discutido “enquanto seu adversário busca provar que a sua posição é merecedora da tutela jurisdicional”¹⁴².

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 41.

¹³⁹ “O objetivo da tutela da evidência está em adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo, tomando a maior ou menor consistência das alegações das partes como elemento para distribuição isonômica do tempo ao longo do processo.” *Ibid.*, p. 42.

¹⁴⁰ Apesar de não ser o tradicional, a parte ré também é legítima para postular a tutela de evidência. Nesse sentido cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* - Vol 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 891.

¹⁴¹ “Mesmo abstraindo do risco de dano material imediato, a tutela da evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material a ser ao final composto pelo provimento definitivo.” *Ibid.*, p. 887. Interpretação similar é apresentada por Luiz Fux, que assevera ser a tutela da evidência baseada na urgência, assim como as outras espécies de técnicas antecipatórias, e que o objetivo daquela é justamente assegurar aos direitos evidentes uma tutela jurisdicional imediata, típica do regime jurídico da urgência. Cf. FUX, Luiz. *Tutela da segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309: “A hipótese serve ao nosso desígnio de arrastar para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador, com ordenação, admitindo-se na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante de situação irreversível ou não”.

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária. P. 42.

Indo mais a fundo na justificativa teórica da tutela de evidência, chega-se à conclusão de que seu objetivo mais amplo é assegurar uma igualdade material das partes perante o ônus do tempo que o próprio processo atribui aos litigantes.¹⁴³

No processo civil brasileiro, a tutela da evidência encontra-se no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, dispositivo que apresente quatro hipóteses para concessão desta modalidade tutela sumária satisfativa¹⁴⁴: (i) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) alegações de fato provadas documentalmente e os fundamentos do direito deverão apoiar-se em “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”; (iii) pedido reipersecutório em contrato de depósito documentalmente comprovado e (iv) pretensão fundada em prova documental na inicial contra a qual o réu não foi capaz de opor prova capaz de gerar dúvida razoável.

As hipóteses elencadas no artigo 311 evidenciam uma liberdade do legislador ao definir os critérios a serem caracterizados como de evidência. Este raciocínio esclarece a escolha da tutela de evidência no contrato de depósito, sobretudo em razão da extinção da ação de depósito prevista no Código de Processo Civil de 1973¹⁴⁵, bem como a tutela de evidência alicerçada em tese de julgamentos repetitivos ou súmula vinculante, que denota a valorização da força dos precedentes judiciais pelo novo diploma legal.¹⁴⁶

No entanto, os incisos I e IV são os que asseguram maior concretude à função de distribuição do ônus do tempo do processo às partes, na medida em que constituem tutela de evidência de natureza atípica no sistema processual, permitindo a concessão da antecipação em diferentes crises de direito material, desde que atendentes aos seus requisitos. Este é o que se extrai, inclusive, de uma análise comparativa com sistemas legislativos estrangeiros, notadamente o *référé provision* francês¹⁴⁷, que permite a tutela

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Merece ressalva o fato de que a legislação apresenta hipóteses de utilização de técnica antecipatória, de ordem cautelar, que se lastreiam unicamente na evidência do direito. São elas: o arresto de bens do devedor quando este não é encontrado para citação na ação de execução (art. 830); o sequestro de receita pública na execução contra fazenda pública, no caso de desobediência à ordem cronológica dos precatórios (art. 100, §6º da CR/88); separação de bens do espólio no processo de inventário nas hipóteses do artigo 643, parágrafo único (habilitação de crédito fundada em título documental) e artigo 627, §3º (solução de habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias) e autorização para levantamento imediato pelo réu do depósito feito pelo autor na ação de consignação (art. 545, §1º). Para mais informações: THEODORO JUNIOR, Humerto. *Curso de direito processual civil*, p. 889.

¹⁴⁵ Artigos 901 a 906.

¹⁴⁶ Sobre mais informações acerca da tutela de evidência com base em precedentes, sobretudo com relação à incongruência entre os precedentes indicados no artigo 311, IV com os artigos 927 e 332 do CPC/2015, cf. DOTTE, Rogéria. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Ano IX, n. 21, 2015, p. 59-75.

¹⁴⁷ Artigo 809 do Código de Processo Civil francês, a ser analisado com detalhes adiante.

sumária sem a exigência do elemento da urgência. Esta constatação também é apresentada por Daniel Mitidiero em estudo sobre o tema.¹⁴⁸

Oportuno destacar que não se considera a hipótese de tutela de evidência indicada no inciso I do artigo 311 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte) um caráter sancionatório ou punitivo da conduta processual, como tem sido apresentado por parte da doutrina¹⁴⁹ ao interpretar a hipótese similar existe no artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973. Afilia-se a uma interpretação do dispositivo mais ampliada, entendendo que a punição do litigante de má-fé, bem como a responsabilização das partes e seus procuradores por eventual dano processual possuem previsões específicas no diploma processual vigente¹⁵⁰. Assim posto, a tutela sumária por evidência instituída no inciso I do artigo 311 tem como objetivo puro e simples a redistribuição do ônus do tempo do processo, visto que é esta sua natureza¹⁵¹, e em função de conduta de um dos litigantes que pode, eventualmente, atrair a incidência das sanções processuais citadas.

Com efeito, é plenamente possível cogitar a hipótese do litigante de má-fé que, em razão de sua conduta protelatória, permite à parte contrária as razões para concessão da tutela de evidência, uma vez que sua conduta gera danos por si própria (dano processual indenizável), como também agrava o dano do tempo do processo em si – justificando a antecipação nos termos indicados. Neste cenário, o litigante protelatório deverá arcar com as duas obrigações processuais (cumprimento antecipado e, posteriormente, indenização por dano processual). Todavia, também é possível que suposta conduta protelatória de uma das partes pode implicar tutela de evidência, mas não

¹⁴⁸ “O exame do direito processual civil na perspectiva comparada suporta a assertiva de que a técnica antecipatória, para ser realmente um fator de geral tutelabilidade dos direitos, tem de ser prevista de forma atípica pelo legislador. Tal é a tônica que hoje une tanto ordenamentos de *Common Law* - como a Inglaterra e os Estados Unidos da América – como ordenamentos da tradição romano-canônica – como Itália, França e Alemanha.” MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 47-48.

¹⁴⁹ Nesse sentido já se manifestaram, dentre outros: DIDIER, Freddie (buscar); ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio Camargo de. As tutelas de urgência como meio de realização do princípio do acesso universal à justiça, uma análise feita à luz do PLS nº 166/2010 que institui o novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. IX, Jun./2012 e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipatória sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

¹⁵⁰ Sobre deveres das partes e procuradores, artigos 77 e 78. Acerca da litigância de má-fé e responsabilização por dano processual, artigos 79 a 81.

¹⁵¹ Nesse sentido se vincula Daniel Mitidiero, ao asseverar que a tutela da evidência nos termos do artigo 273, II CPC/73 “não pode ser tomada como tutela antecipatória sancionatória. Não é essa a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes. Trata-se de tutela antecipatória da simples evidência.”. MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária. P. 43. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso do direito de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 56-57.

necessariamente imputá-lo a sanção de litigante de má-fé, gerando dano processual específico.

É de se concluir, quanto a este ponto, que as condutas “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório da parte” são fatos jurídico-processuais que atraem consequências diversas, independentes e até mesmo cumulativas: a técnica antecipatória por evidência e as sanções processuais cabíveis. A tutela de evidência, que é o objeto de análise deste trabalho, cinge-se ao combate do dano do tempo do processo em razão desta conduta, mas não visa a sancionar o litigante em razão destes fatos. É dizer, portanto, que se entende possível e adequada a concessão de uma tutela de evidência sem que haja, necessariamente, subsequente reconhecimento de litigância de má-fé ou ofensa aos deveres das partes e dos procuradores nos mesmos autos.

A tipificação apresentada na lei, portanto, indica interpretação bastante restritiva à amplitude que, em essência, é possível que se atribua à tutela da evidência, uma vez que exige, para além da probabilidade do direito postulado, a existência de conduta que indique má-fé processual por parte do requerido. Logo, a eficácia da tutela de evidência como ferramenta de redistribuição do ônus do processo encontra-se limitada: há casos em que se verifica a probabilidade do direito da parte requerente, sem necessariamente existir a abusividade do direito de defesa do réu, cenário que estará fora do manto de proteção da igualdade no plano processual permitida pela tutela da evidência.¹⁵²

Este esclarecimento faz-se necessário no intuito de destilar o fundamento principal da tutela de evidência, qual seja conceder à tutela sumária a função de distribuir de maneira isonômica o ônus do tempo no processo. Ao fazê-lo, a tutela de evidência amplia a tutela sumária para além do combate à urgência da crise de material, tornando-se ferramenta essencial para assegurar igualdade material aos litigantes do processo. Não se trata de extinguir aquela hipótese, que é válida por si só e desempenha papel de extrema relevância ao sistema, mas de não se entender adequada a limitação da tutela sumária a este tipo de cenário.¹⁵³

¹⁵² Neste momento corrobora-se os apontamentos críticos apresentados por Ester Camila Gomes Norato Rezende, que assevera não ser a sanção “finalidade precípua da tutela de evidência, o que justifica não erigir a abusividade da resistência da parte adversa como requisito sempre necessário para sua concessão.”. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 180.

¹⁵³ “Da doutrina processualista, pode-se perceber que fator preponderante do instituto da tutela da evidência é a busca da efetividade da prestação jurisdicional através do princípio da igualdade, não podendo haver tratamento igual para pessoas em situações diferentes. Não se pode tratar igualmente partes que possuem situações jurídicas totalmente distintas, quando uma se encontra totalmente acobertada pelo direito material, mas a parte oponente fica se valendo, de forma procrastinatória, de inúmeros elementos do direito

Nesse contexto, a tutela da evidência torna-se fundamental para uma tutela tempestiva e efetiva dos direitos, assegurando o acesso à justiça e o denominado devido processo legal.¹⁵⁴

Adiante neste trabalho, tratar-se-á da desvinculação da tutela de evidência dos elementos de dependência ao processo de cognição ordinária, o que potencializa sua função para permitir, inclusive, a aceleração do processo de pacificação social.

2.3. Panorama conclusivo: os fundamentos constitucionais das tutelas sumárias

A análise apresentada neste capítulo buscou evidenciar a formação a evolução das tutelas sumárias dentro do direito brasileiro. Afastando-se de temas e discussões superados ou que fogem ao objeto da presente pesquisa¹⁵⁵, o tópico almejou conduzir o ganho de importância das tutelas sumárias como elemento concretizar a efetividade do processo e, assim, assegurar à jurisdição uma tutela de direitos tempestiva e condizente com os compromissos constitucionais atinentes ao acesso à jurisdição e seu funcionamento.¹⁵⁶

Com efeito, percebe-se que o desenvolvimento das tutelas sumárias, inicialmente denominadas como tutelas cautelares por Calamandrei, tinha como objetivo primordial combater o efeito danoso do tempo do processo aos jurisdicionados que dele necessitavam para haver o cumprimento de seus direitos. A partir daí, nota-se uma pré-compreensão dos estudiosos do processo sobre a necessidade de uma técnica processual que combatesse o *periculum in mora* e, mais importante e relevante, que esta técnica esteja dotada de atipicidade dentro do sistema. A formação de uma sistematização das tutelas

processual.”. FIALHO, Arthur Monteiro Lins; BONIFÁCIO, Arthur Cortez. O efetivo acesso ao Judiciário e o tempo processual sob a perspectiva da tutela de evidência. *Revista de Cidadania e Acesso à Justiça*. V. 1, n. 2, Dez./2016, p. 741-742.

¹⁵⁴ Luiz Fux assevera a densidade constitucional da tutela da evidência ao afirmar que ela “está encartada na garantia constitucional do acesso à justiça mediante ‘tutela adequada e processo devido’, mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios, velando pela manutenção do interesse de prosseguir o processo na busca da verdade, dispensando esse prolongamento desnecessário, à luz da efetividade, toda vez que verifique que o ‘direito evidente’ reclama provimento imediato.”. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 333.

¹⁵⁵ Não se buscou tratar das discussões doutrinárias sobre diferenciação de requisitos para concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada, nem sequer aprofundou-se o exame de questões atinentes à autonomia da tutela cautelar em termos procedimentais e, por conseguinte, à sua formação de cognição exauriente e coisa julgada.

¹⁵⁶ Marinoni afirma que “a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional do homem à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e insito no princípio da inafastabilidade (...). A tutela sumária antecipatória, destarte, nada mais é do que instrumento necessário para realização de um direito constitucional.”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 99.

sumárias denota o desenvolvimento, mesmo que incipiente e restrito à função de combater situações urgentes, de uma técnica de compensação ou mitigação do tempo fisiológico do processo. É dizer: passa-se a reconhecer que o processo deixa de ser um método dotado de cientificidade e pureza para uma maior aproximação à realidade fática, tornando-o mais eficaz e serviente à esta:

O exame do direito processual civil na perspectiva comparada suporta a assertiva de que a técnica antecipatória, para ser realmente um fator de geral tutelabilidade dos direitos, tem de ser prevista de forma atípica pelo legislador. (...) Trata-se de imposição inafastável de um sistema realmente preocupado com a realização efetiva dos direitos – e, portanto, que não se compraz com uma proclamação vazia e despreocupada das situações substanciais.¹⁵⁷

No direito brasileiro, a inflexão do processo como método formado pela ideologia liberal, de cunho imparcial e insensível aos seus reflexos sociais – tanto como mecanismo de pacificação social e exercício efetivo de direitos, quanto como meio estatal de solução de litígios que demanda tempo – pode ser verificada, num primeiro momento, pela instituição do poder geral de cautela no Código de Processo Civil de 1973, influência direta e expressa da teoria de Calamandrei e, num segundo momento e mais importante, pela instituição da antecipação de tutela mediante a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o citado diploma processual nos artigos 273 e 460.

Com efeito, a instituição da antecipação da tutela de forma genérica no direito processual brasileiro é considerado passo de grande importância em direção à tutela judicial efetiva, afastando a lógica formalista e liberal que informava o denominado Código de Buzaid e aproximando-se de um modelo de efetividade do processo.¹⁵⁸

A instauração legal da antecipação de tutela permitiu que se superasse as discussões até então travadas acerca da possibilidade ou não de utilização da ação cautelar para obtenção sumária de tutelas satisfativas, assim como ampliou, ao menos do ponto de vista legal, o espectro de tutelas sumárias existentes no direito processual brasileiro.

Para além destas discussões, eminentemente teóricas e com menor contribuição à efetividade do processo, reserva-se o foco deste tópico para evidenciar como a

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 47-48.

¹⁵⁸ “O instituto da tutela antecipada representou, em nosso entendimento, um ponto de viragem na processualística brasileira, desataviando-se do formalismo liberal que alimentara originalmente o Código Buzaid guinando para um modelo de efetividade processual.” FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no “Due process law”*. São Paulo: LTr, 2016, p. 672.

sistematização das tutelas de urgência sempre foi estudo motivado pelo intuito de assegurar a efetividade do processo e potencializar o acesso à justiça¹⁵⁹, de modo a desenvolver o estudo do processo de acordo com os valores constitucionais que o informam.¹⁶⁰

O progresso no estudo e na própria utilização das tutelas fundadas e cognição sumária fez transparecer o relevo dado à sua função, que chega a ser quase uma alegoria da essência do processo como instrumento: as tutelas sumárias, como qualquer outra técnica processual, justificam sua existência e seu desdobramento a partir das funções que elas exercem, de modo a assegurar as garantias constitucionais que fundamentam o processo e a tutela jurisdicional de direitos.

Nestes termos, destaca-se que as tutelas sumárias têm como função não só combater o perigo de dano ou risco ao resultado útil¹⁶¹ que possa a atingir o processo de cognição exauriente, mas também justificam uma distribuição equânime do ônus de seu tempo aos litigantes que dele o utilizam.

Na medida em que o Estado de Direito tem como fundamento a inafastabilidade da tutela jurisdicional, cabe ao legislador ordinário assegurar a criação de procedimentos que assegurem uma tutela jurisdicional efetiva, que seja capaz de assegurar a tutela dos direitos a ela postulados.¹⁶²

¹⁵⁹ Esta intenção pode ser notada na introdução da obra de Luiz Guilherme Marinoni: “A importância transcendental que a tutela de urgência assumiu no cotidiano do foro, e sua conseqüente e visível conotação com a questão do ‘acesso à justiça’, fundamentam uma tentativa de sistematização das tutelas urgentes, e animam a reflexão teórica a respeito de temas (como o da efetivação da tutela sumária urgente), ainda não dilucidados, que gravitam na órbita do processo cautelar. A cogitação acerca da existência de uma tutela sumária antecipatória, ladeando a tutela cautelar, e posicionando-se, também ao lado da tutela urgente de cognição exauriente, como espécie do gênero de tutela de urgência, legitima o título do trabalho: tutela cautelar e tutela antecipatória. Este rótulo significa e identifica um dos problemas mais difíceis do processo civil moderno, o que nos permite tentar justificar os eventuais desvios teóricos, mas também esperar termos de certa forma contribuído para o estudo da tutela de urgência em sua acepção ampla, de acesso à justiça.”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 13.

¹⁶⁰ “Entretanto, como adverte Cândido Rangel Dinamarco, para bem pensarmos a ‘efetividade do processo’ necessitamos trabalhar a partir de um polo metodológico ancorado no ‘direito processual constitucional’. É que o processo deve ser a irradiação dos preceitos constitucionais que visam salvaguardar as conquistas democráticas do cidadão. Sem os instrumentos radicados na ordem constitucional, devidamente delineados pela visão axiológica da sociedade contemporânea, como as garantias constitucionais da isonomia substancial, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, estaríamos fadados a uma pesquisa desde já comprometida em seus fins.” *Ibid.*, p. 12.

¹⁶¹ Descreveu-se nos termos do Código de Processo Civil de 2015 o que se pode entender como *periculum in mora* (gênero), manifestado pelos perigos de tardança ou infrutuosidade, na terminologia inaugurada por Calamandrei.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

Esta tutela efetiva¹⁶³ compõe, na verdade, a definição de *processo justo* presente no Estado Constitucional. A própria existência do processo como procedimento em contraditório pressupõe a formação de técnicas que busquem assegurar o combate ao *periculum in mora* decorrente de situações urgentes, às quais o procedimento de cognição exauriente é incapaz de tutelar efetivamente, como também de modo a garantir a distribuição isonômica do processo, evitando que apenas uma das partes (normalmente a parte autora) sofra isoladamente o ônus do tempo do processo.

Por tais motivos que este estudo se afilia ao entendimento apresentado por Daniel Mitidiero, com respaldo em Álvaro de Oliveira, ao afirmar que é “a Constituição, como um todo, que assegura o direito à técnica antecipatória”¹⁶⁴.

É dizer: o direito à tutela provisória não é derivado apenas de uma faculdade processual, mas deriva das garantias processuais constitucionais asseguradas ao jurisdicionado.

Com estas considerações, não nos afigura adequado, na atual conjuntura do sistema processual, o posicionamento apresentado por Calmon de Passos que retira o status constitucional da tutela provisória, reservando àquele apenas à tutela definitiva, de modo que eventual supressão pelo legislador do direito à tutela provisória suprimiria, *tout court*, o acesso à uma tutela de natureza antecipatória.¹⁶⁵

Em sentido contrário assevera Teori Zavaski, segundo o qual as tutelas provisórias decorrem do sistema constitucional considerado como um todo, uma vez que dele ressoa o conflito entre segurança e celeridade. Logo, ao juiz seria possível utilizar de medidas provisórias mesmo que inexistente um fundamento legal expresso, visto que decorrem, na verdade, do poder de formular regras para solucionar conflitos entre direitos fundamentais que possam ocorrer no processo:

¹⁶³ Na linguagem apresentada por Mitidiero, a tutela jurisdicional do processo justo é *adequada, efetiva e tempestiva*. MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 45.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 45-46.

¹⁶⁵ “a garantia constitucional disciplinada o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e antecipação de tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura[m] interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou a antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado. [...] Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei que elimine ou restrinjam a antecipação de tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da Antecipação de Tutela: Reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 189.

- a) o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal;
- b) trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, 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 obrigatoriamente pelo juiz;
- c) por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante à dos arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil [de 1973], até pela singela razão de que ‘o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei’ (CPC [de 1973], art. 126)¹⁶⁶

Guilherme Guimarães Feliciano, ao comentar a manifestação de Calmon de Passos, também referencia a obra de Teori Zavascki e complementa afirmando que “nos contextos de prováveis tensões entre direitos individuais fundamentais (...) reabre-se ao legislador ordinário um poder conformador muito específico (...): o de harmonização ‘*in abstracto*’ dos direitos fundamentais tendencialmente colidentes”¹⁶⁷. Arremata, então, reconhecendo que as tutelas provisórias, ao apresentarem inflexões no processo ordinário formal, não questionam sua constitucionalidade: ao contrário, funcionam como “elemento de lubrificação” do sistema jurídico, coordenando as garantias de efetividade e segurança jurídico-formal.¹⁶⁸

O reconhecimento do fundamento constitucional da tutela provisória também já foi reconhecido em sistemas estrangeiros. No direito italiano, reconhecimento do direito à tutela provisória teve sua densidade constitucional reconhecida não só como um instrumento de combate ao *periculum in mora* como também na função de meio

¹⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69.

¹⁶⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo – Tutela processual de Direitos Humanos Fundamentais e Inflexões do “Due Process of Law”*. São Paulo: LTr, 2016, p. 680.

¹⁶⁸ “Logo, as inflexões que as tutelas processuais provisórias carregam ao devido processo formal (ou à sua concepção liberal, que fetichiza as tutelas definitivas e as cognições exaurientes) não implicam agressões constitucionais, mas antes funcionam como elementos de ‘lubrificação’ do sistema jurídico, permitindo que duas dimensões colunares do ‘*due process of law*’ – a segurança jurídico-formal e a efetividade jurisdicional – sigam convivendo harmonicamente nos espaços forenses. Sem essas saudáveis inflexões é que, reversamente, poder-se-ia ter em risco existencial um ou outro predicado ao devido processo legal, à vista das tensões concretas que diuturnamente protagonizam nas cortes judiciais.” *Idem*, p. 680-681.

assegurador do princípio da igualdade no plano do processo.¹⁶⁹ O Tribunal Constitucional Espanhol também já reconheceu, outrossim, a utilização de medidas provisórias como fundamento da garantia constitucional de um processo efetivo.¹⁷⁰

No direito francês, a única manifestação do Conselho Constitucional acerca das tutelas provisórias ocorreu em 1987, quando da análise de suspensão de um ato administrativo pelo Conselho da Concorrência.¹⁷¹ A bem da verdade, a ausência de uma jurisprudência constitucional sobre o tema na França decorre de limitações de ordem processuais e materiais de seu próprio ordenamento.¹⁷²

Com fulcro em toda a exposição apresentada, pode-se chegar à conclusão de que a evolução das tutelas provisórias se tendeu de modo a evidenciar e aprimorar as suas funções dentro do processo ordinário, de cognição plena e exauriente, de modo a não só combater o perigo da demora que o tempo fisiológico do processo possa implicar às partes, mas também no intuito de garantir a igualdade material dos litigantes perante o ônus que o tempo do processo simboliza às partes.

Ainda assim, a evolução do funcionamento das tutelas provisórias no direito brasileiro remete-se, como pressuposto quase que automático, à sua dependência perante o processo de cognição ordinária. Em outras palavras, as tutelas fundadas em cognição sumária são marcadas pelos elementos de provisoriedade e instrumentalidade, de modo que sua existência e função restringem-se a aprimorar o funcionamento do processo de cognição ordinária, sendo a ele vinculados e incapazes, *a priori*, de regularem de forma definitiva o conflito.

O afastamento destes elementos de dependência da tutela provisória, tornando-a uma tutela sumária autônoma, compõem o tema a ser apresentado no próximo tópico.

¹⁶⁹ Nesse sentido afirma Cécile Chainais, ao analisar o fundamento constitucional da tutela provisória no direito italiano: “Au terme de cette évolution, il apparaît que la protection provisoire a été consacrée, au niveau constitutionnel, en tant qu’instrument de réalisation du principe d’égalité et comme un moyen essentiel de garantir, en présence d’un *periculum in mora*, l’effectivité de l’action e dela protection juridictionnelle.” CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 112. Em sentido similar, no que tange a efetividade processual, GRAZIOSI, Andrea. La cognizione somaria del giudice civile nella prospettiva dele garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, Ano LXIII, n.1, mar./2009, p. 160-161.

¹⁷⁰ “La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga em el proceso.”. Nº 148, abril 1993 *apud* CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 113.

¹⁷¹ *Idem.*, p. 114.

¹⁷² *Idem.*, p. 115-120.

2.4. Elementos de dependência da tutela sumária ao processo de cognição exauriente

2.4.1. Dependência quanto à estrutura do procedimento: necessária e inevitável submissão do provimento jurisdicional sumário à cognição plena e exauriente

A exposição acima evidenciou que a prestação jurisdicional fundada em cognição sumária desenvolveu-se no sentido de assegurar duas principais funções: combater o risco do *periculum in mora* e, igualmente, assegurar a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo aos litigantes.

A construção destas funções aos provimentos jurisdicionais constituídos de cognição sumária faz perceber, inclusive, sua densidade constitucional como instrumento para garantir uma tutela efetiva e tempestiva de direitos, sendo corolário essencial do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional.

Oportuno, agora, desenvolver análise acerca dos elementos que evidenciam a dependência dos provimentos jurisdicionais sumários a um procedimento dotado de cognição plena e exauriente. É dizer, apresentar quais as razões e justificativas que imputam limites à utilização da tutela sumária, denominados neste trabalho como vínculos de instrumentalidade e de provisoriedade.

O estudo destes elementos inicia pela melhor compreensão da prevalência da cognição exauriente sobre a cognição sumária. Esta prevalência remonta à adoção um modelo processual que visasse à formação de certeza nos moldes do racionalismo liberal. Em outras palavras, o modelo processual adotado tenta estabelecer um vínculo entre verdade processual e certeza racional, num típico molde cartesiano.

Este ideário de racionalidade que motivou a busca de um procedimento marcado pela neutralidade do juiz, o que só seria possível a partir da criação de um procedimento rígido e previamente estabelecido, de modo que coubesse ao júízo tão somente declarar a vontade da lei quando já apresentadas as manifestações das partes e produzidas eventuais provas que lhes conviesse.

Nesta ordem de ideias, ao magistrado não era possível apresentar decisões de ordem antecipatória, na medida em que o componente essencial da neutralidade do juiz se manifestava pela realização do contraditório prévio. Com a manifestação decisória após a abertura de oportunidade às partes, tem-se a certeza do juiz, visto que qualquer

erro a ele não poderia ser atribuído – mas sim às partes, que de alguma maneira não se manifestaram no momento correto ou produziram as provas que lhe coubessem em tempo oportuno.

Este desenho processual, que restringe a manifestação judicial ao final do procedimento, sempre rechaçou qualquer ato decisório que fosse marcado por elementos de probabilidade e verossimilhança. Como dito, ao juiz cabe dizer apenas quando lhe o momento processual lhe concede a suposta certeza, e não em qualquer momento anterior. Trata-se de um raciocínio consolidado pelo princípio da *nullo executio sine titulo*: atos executórios só podem ocorrer após a manifestação de certeza, e em nenhum momento anterior.¹⁷³

Evidente destacar, pelo exposto, que a crença na certeza judicial representava uma justificativa pragmática à necessidade de segurança do sistema. Apenas a partir do contraditório prévio e da passividade do juiz que se pode legitimar de certeza e segurança a tutela jurisdicional dos direitos – praticamente restritos aos de ordem patrimonial à época, vale dizer.¹⁷⁴

¹⁷³ “O procedimento ordinário é comprometido com a ideia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte a figura do juiz como ‘bouche de la loi’, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, é o da 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. Tal procedimento, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de ‘neutralidade’ que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base na 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 juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao ‘subjetivismo’ do julgador. O princípio que expressa a proibição dos julgamentos fundados em probabilidade e esconde o mito da neutralidade do juiz dá sustentação à teoria clássica do processo de conhecimento, ou melhor, à tentativa de se separar o conhecimento da execução. O princípio da *nulla executio sine titulo*, ao supor que não é possível a execução enquanto não houver título, levou Chiovenda a chamar a execução provisória da sentença de ‘figura anormal’, com base na justificativa (que para nós tem um conteúdo extremamente expressivo) de que ela ‘apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica’”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 12 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 116-117.

¹⁷⁴ “A certeza do juiz seria pressuposto da sua capacidade de “enunciar a lei”. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de “busca da verdade”. Falava-se, em tom retórico, que o julgamento não podia se dissociar da verdade. Em outras palavras, a garantia de liberdade, aí, estaria em um julgamento que, concretizando a verdade, pronunciasse as palavras da lei.

Como a “busca da verdade” é uma ilusão, uma vez que toda “certeza jurídica”, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em verossimilhança, (22) tal ideia encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar. (23)

Na realidade, proibiram-se os juízos de verossimilhança para controlar o judiciário e garantir a liberdade dos cidadãos. Importa deixar claro, assim, que o procedimento ordinário clássico (destituído de tutela antecipatória) tem íntima relação com a segurança jurídica, ainda que esse procedimento tenha sempre se baseado na pseudo suposição de que o juiz encontraria a verdade ao final do processo ou, pior, que jamais seriam necessários dois juízos a respeito da tutela pretendida pelo autor, ainda que o primeiro - derivado de uma situação de urgência - fosse fundado em parcela das provas e o segundo na sua integralidade.”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito*

Em síntese, a concepção racionalista do Estado Liberal sedimentou fundamentos do processo que até hoje permanecem no sistema, não obstante suas alterações legislativas. Dentre eles, destacam-se o procedimento fundado na cognição ordinária, a necessidade de contraditório prévio, a mínima intervenção do juiz ao longo do processo, a busca pela verdade/certeza e a coisa julgada material.

Isto não significa afirmar que tais institutos são vicissitudes e empecilhos à tutela jurisdicional dos direitos. O objetivo desta exposição tem como fundamento aprimorar a interpretação apresentada ao funcionamento do sistema processual. Como afirma Ovídio Baptista da Silva: “Mesmo com aparente rigor lógico, o exame mais detido mostrará que o sistema não é lógico, mas teleológico. Sua lógica é rigorosamente instrumental; lógica que se observa na medida em que atenda aos fins políticos superiores, visados pelo sistema processual”¹⁷⁵.

Conforme já apresentado nesta dissertação, a cognição exauriente apresenta significado muito mais relevante ao sistema processual atual, na medida em que concretiza as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Logo, é possível e necessário compreender a força da cognição exauriente no sistema processual, em conjunto com os deveres de efetividade que informam os provimentos jurisdicionais sumários ora examinados – contrapesos de uma balança entre segurança e efetividade.

Ocorre, entretanto, que a permanência do raciocínio de segurança manifestado pela cognição exauriente, esta jaz no ordenamento brasileiro, assim como em diversos ordenamentos estrangeiros, como regra geral de exercício da prestação jurisdicional. Significa inferir, assim, que os provimentos jurisdicionais fundados em cognição sumária sempre se apresentaram de forma residual, como medida excepcional dentro do ordenamento.

Esta foi a lógica presente no Código de Processo Civil de 1939¹⁷⁶, no qual os provimentos fundados em cognição sumária inseriam-se no Livro de “Processos

material e à realidade social. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17809-17810-1-PB.htm>. Acesso em 11 de março de 2017.

¹⁷⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna (Coord.); QUARTERI, Rita (Coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo (Coord.); GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (Coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 642.

¹⁷⁶ As medidas conservativas deste diploma constavam em seu artigo 676, *in verbis*: 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

Acessórios” e, por conseguinte, eram considerados como de natureza estritamente cautelar – não obstante a existência de medidas de cunho evidentemente satisfativo, como os alimentos provisionais e a separação de corpos, incisos VIII e X do dispositivo referenciado.

O entendimento perpetuou com a advinda do Código de Processo Civil de 1973, em que se verificavam procedimentos vinculados ao Livro “Do Processo Cautelar”, que igualmente expunha procedimentos que veiculavam tutelas de natureza satisfativa¹⁷⁷ e permaneceu sobre o raciocínio de que provimentos sumários eram exceção atinente a casos específicos e, principalmente, restritos à tutela de natureza cautelar.

O advento da antecipação de tutela com a Lei nº 8.952/1994, a doutrina nacional sedimentou não só a existência de uma tutela sumária de cunho satisfativo e marcada por atipicidade, como também desenvolveu um estudo de apartar a técnica antecipatória, de natureza satisfativa, da tutela cautelar já existente no diploma legal de 1973.

O sistema instaurado pela Lei 8.952/1994, cabe a antecipação de tutela desde que “existindo prova inequívoca, [o juiz] se convença da verossimilhança da alegação” (artigo 273, *caput*), desde que existente, outrossim, “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (artigo 273, inciso I) ou, alternativamente, configure-se “o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II).

Trata-se, portanto, de provimento jurisdicional fundado em cognição sumária, podendo inclusive ser proferido em sede liminar, e que poderia se fundamentar tanto no combate ao risco de tardança do provimento jurisdicional (receio de dano irreparável ou de difícil reparação), como também na evidência (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte), em evidente intuito de redistribuir o ônus do tempo no processo.

Posteriormente, adicionou-se uma nota hipótese à técnica antecipatória mediante a Lei nº 10.444/2002, qual seja a antecipação “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (artigo 273, §6º). A doutrina se ocupou de evidenciar o tratamento mais adequado à esta hipótese, considerando-a como julgamento formado por cognição exauriente e, por conseguinte, apto a formar coisa

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.

¹⁷⁷ Permanecem os alimentos provisionais (art. 852), além da posse provisória dos filhos durante a separação (art. 888, III), dentre outros.

julgada material¹⁷⁸ - entendimento que foi adotado no Código de Processo Civil de 2015, inserindo esta hipótese como julgamento antecipado parcial do mérito.¹⁷⁹

A mesma alteração legislativa que inseriu esta nova hipótese de antecipação da tutela consolidou também a fungibilidade entre tutela antecipatória e cautelar, permitindo que eventual pedido de tutela antecipatória fosse convertida em cautelar, e vice-versa, no sistema processual então vigente. A medida, como é sabido, foi crucial para superar as discussões doutrinárias sobre as diferenças entre os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada, permitindo que o juízo concedesse uma em lugar de outra eventualmente requerida pelo interessado, tudo em prol da ideia de máxima efetividade e instrumentalidade do processo sobre a negativa do acesso material à justiça em razão de formalidades dispensáveis.¹⁸⁰

Não obstante todas estas inovações legislativas apresentadas, que asseguraram o a possibilidade provimento jurisdicional satisfativo fundado em cognição sumária no âmbito Código de Processo Civil de 1973, manteve-se a noção de dependência entre este provimento e a cognição exauriente, marcada pelo procedimento ordinário.

Significa afirmar que o provimento jurisdicional sumário, caso concedido nos moldes apresentados no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, cabia ao requerente seguir pelo procedimento de cunho ordinário, de modo a obter uma decisão dotada de certeza jurídica e que representasse a verdade do ponto de vista processual.

Perpetuou-se, portanto, o raciocínio de que é a cognição exauriente é elemento obrigatório no sistema processual civil, sendo inescusável ao jurisdicionado seguir por todos os atos processuais que representam este módulo de cognição, ainda que não se verifique um interesse manifesto da parte contrária na utilização daquele exercício processual para fazer valer sua posição jurídica contrária. Tome-se como exemplo o réu que cumpriu uma decisão liminar de tutela antecipada contra ele proferida, não interpôs recurso cabível após sua efetiva citação e, posteriormente, fez-se contumaz ao não contestar a demanda contra ele aduzida, nem sequer se manifestou nas fases subsequentes (especificação de provas, saneamento, dentre outros). Em um caso como este, é praticamente certo que o juízo proferirá sentença de procedência, reconhecendo a tutela antecipada prolatada *in limine litis*, visto que a não foram apresentados elementos que

¹⁷⁸ Sobre o tema, cf. ARAÚJO, José Henrique Mota. Tutela Antecipada do Pedido Controverso: estamos preparados para uma nova sistemática processual? *Revista de Processo*. São Paulo RT, v. 116, jul./2004.

¹⁷⁹ Artigo 356, inciso I do CPC/2015.

¹⁸⁰ Nesse sentido THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. Ano 33, n. 157, mar./2008, p. 136.

conflitassem a probabilidade de procedência do pedido aduzido pelo autor já constituída no momento de instauração do feito.

Nota-se, assim, a existência de um elemento de dependência certo e previsível entre o provimento jurisdicional sumário e sua substituição por uma cognição exauriente, marcada pela ordinariedade do procedimento.

Alex Costa Pereira, ao discorrer sobre esta relação de dependência entre o provimento jurisdicional de natureza sumária e a cognição exauriente assevera existir uma relação de *instrumentalidade estrutural* da tutela sumária satisfativa.¹⁸¹ Afirma que a instrumentalidade que marca as tutelas sumárias (como gênero) pode ser dividida no plano da instrumentalidade *funcional*, qual seja o provimento jurisdicional que “tem missão de dar suporte e servir o provimento definidor da crise de direito material”¹⁸² e, por outro lado, no plano da instrumentalidade *estrutural*, a qual “resulta da imposição legal inflexível da realização sucessiva do procedimento em cognição plena e exauriente”¹⁸³. Segundo o autor, a primeira atribuir-se-ia às tutelas sumárias de natureza cautelar, enquanto as segundas são verificadas na antecipação de tutela, provimento sumário satisfativo submetido à cognição exauriente.

Esta divisão explicita o vínculo ora apresentado, manifestado no trabalho de Pereira sob a nomenclatura da instrumentalidade estrutural e que é representado pelo vínculo necessário entre a cognição sumária satisfativa e a cognição exauriente obrigatoriamente sequencial, impedindo qualquer autonomia do provimento sumário satisfativo em termos de procedimento.

Ademais, importante ressaltar que a utilização do termo instrumentalidade estrutural por Alex Costa Pereira em seu trabalho distancia-se do conteúdo atribuído ao *nomen iuris* por Luiz Guilherme Marinoni, ao criticar a afirmação de alguns doutrinadores no sentido que a tutela antecipada é instrumental. O notável autor aponta que a tutela antecipatória não pode ser considerada instrumental e, por conseguinte, garantidora do resultado útil do processo, uma vez que seu objeto coincide com o mérito buscado na demanda em si. Logo, não pode ser vista como “instrumento do instrumento”.¹⁸⁴

¹⁸¹ Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 91-95.

¹⁸² *Idem*, p. 92.

¹⁸³ *Idem*, p. 93.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. P. 123-125.

Com efeito, evidente que a instrumentalidade tratada por Marinoni em sua obra diz respeito ao provimento jurisdicional sumário de natureza cautelar, que coincide com a instrumentalidade funcional apresentada por Alex Costa Pereira, e não à sua terminologia de instrumentalidade estrutural, ora em exame. Tanto o é que Pereira afirma que o vínculo da instrumentalidade estrutural, atinente aos provimentos sumários satisfativos, está relacionada aos critérios de conveniência e oportunidade legislativa, antecipando, desde então, a possibilidade de autonomia procedimental da tutela sumária.

Ultrapassado este esclarecimento, evidencia-se que o vínculo de subordinação do provimento jurisdicional sumário à subsequente cognição exauriente traz como raciocínio implícito a busca da verdade e da certeza processual explicados no início deste tópico. Em termos práticos, a decisão prolatada em sede de cognição sumária deve ser substituída por nova decisão, ao final do procedimento ordinário, à qual poder-se-á atribuir predicados de certeza e verdade do ponto de vista processual.

A subordinação do provimento jurisdicional sumário à cognição exauriente explicita a concepção de processo judicial na qual a Jurisdição deve apresentar, inexoravelmente, uma solução de caráter permanente imutável. Uma vez instaurado o processo, sua finalização só ocorre quando obtida a verdade e a certeza pelo órgão jurisdicional, olvidando-se o tempo, os custos e até mesmo o interesse dos jurisdicionados na manutenção daquele procedimento na hipótese de uma decisão que, não obstante lastreada em cognição sumária, já tenha atendido às expectativas dos litigantes em termos de resposta jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 2015 quebrou, em parte, com esta cadeia de raciocínio, na medida em que permitiu que a tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente pudesse ser estabilizada, desvinculando-se de uma subordinação à cognição exauriente subsequente.¹⁸⁵ Um estudo detalhado deste procedimento será realizado mais adiante nesta dissertação, após uma apresentação dos fundamentos para a autonomia do provimento jurisdicional fundado em cognição sumária.

2.4.2. Dependência quanto à eficácia temporal: a provisoriedade do provimento jurisdicional sumário

¹⁸⁵ Artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Paralela à subordinação de ordem processual, na qual o provimento jurisdicional sumário se vincula necessariamente à continuidade do procedimento ordinário de cognição exauriente, tem-se também o vínculo provisoriedade.

É quase um senso comum entender que as decisões fundadas em cognição sumária são provisórias, embora não seja tão evidente a compreensão dos efeitos técnicos que esta qualidade predica aos provimentos sumários. Na doutrina de Calamandrei, já apresentada neste estudo¹⁸⁶, a provisoriedade implica dizer que o provimento jurisdicional será necessariamente substituído por evento posterior – em contraponto à temporariedade, que se insere no conceito de provisoriedade, mas que, não obstante sua duração não ser peremptória, não possui previsão sobre um evento que o substituirá.

A provisoriedade ora apresentada parte desta conceituação. Diz respeito à característica do provimento jurisdicional fundado em cognição sumária que limita a sua produção de efeitos até uma decisão posterior, fundada em cognição exauriente, que poderá confirmar a decisão anterior ou até mesmo negá-la nos casos de improcedência do pedido ou julgamento sem resolução de mérito.

Nesse sentido, a decisão fundada em cognição sumária é provisória na medida em que apresenta limitação temporal decorrente de sua natureza de instrumentalidade, seja esta instrumentalidade funcional ou estrutural, na linguagem apresentada por Alex Costa Pereira.

Com relação ao provimento jurisdicional cautelar, o elemento de provisoriedade decorre da sua própria natureza instrumental, vez que atinente à sua função de assegurar a utilidade de um provimento jurisdicional de mérito posterior. Logo, sua provisoriedade “decorre do próprio exaurimento de sua função de segurança da atividade jurisdicional do Estado”¹⁸⁷.

Diversa, entretanto, é a provisoriedade decorrente do provimento jurisdicional sumário de natureza satisfativa, uma vez que sua instrumentalidade decorre de uma opção do legislador, e não de sua natureza auxiliar a um processo de conhecimento ou de execução. Com efeito, o provimento jurisdicional sumário satisfativo coincide com o mérito da demanda, constituindo verdadeira composição da lide, ainda que fundada em elementos cognitivos condicionantes da cognição exauriente (ora definidos pelo exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, instrução probatória, etc.).

¹⁸⁶ Conferir item 2.1, *supra*.

¹⁸⁷ PEREIRA, Alex Costa. *Op. cit.*, p. 97.

Conclui-se, assim, que a provisoriedade atinente ao provimento sumário decorre de uma opção de política legislativa, que opta por assegurar necessariamente a substituição do provimento jurisdicional sumário satisfativo por um provimento jurisdicional de cognição exauriente.

Não é difícil deduzir, com base na breve explicação acima, que o elemento de provisoriedade que marca dos provimentos jurisdicionais sumários de natureza satisfativa decorre, assim como a estabilidade estrutural, da predileção pela cognição exauriente como regra do sistema processual.

Esta imposição da cognição exauriente implica que a decisão fundada em cognição sumária deverá ser sempre substituída por uma nova decisão, fruto de procedimento ordinário, de modo a assegurar a segurança e a certeza jurídicas que devem marcar a prestação jurisdicional. Cabe à decisão fundada em cognição exauriente confirmar, modificar ou até mesmo cassar o provimento jurisdicional sumário anteriormente prolatado, mediante participação efetiva das partes junto à formação da nova decisão judicial.

A questão que se abre quanto à provisoriedade da decisão fundada em cognição sumária é quando o prosseguimento dos atos processuais que constituem o procedimento ordinário, de cognição exauriente, não resultam na apresentação de novas alegações ou provas que possam infirmar o entendimento apresentado na cognição sumária. É o caso estipulado no tópico anterior em que o réu não interpôs recurso contra a decisão sumária, tampouco apresentou contestação ou provas junto à primeira instância. Em síntese, o procedimento ordinário se cumpriu, com a possibilidade de um juízo dotado de certeza e verdade sob a ótica processual. Entretanto, em termos de conteúdo, nenhuma novidade pode ser verificada junto aos autos.

Neste cenário, imperioso ressaltar que ainda se verifica necessária a prolação de uma nova decisão, esta de cognição exauriente, que irá apresentar uma nova fundamentação ao caso, apresentando o exame das alegações e elementos probatórios já existentes em conjunção com a ausência de novas alegações e elementos probatórios anteriores, que poderiam existir em potencial na ocasião do provimento jurisdicional sumário, mas cuja ausência superveniente implica na manutenção do resultado apresentado na decisão anterior, agora com cognição exauriente. Logo, considerando o elemento da provisoriedade do provimento jurisdicional fundado em cognição sumária, é essencial que um novo ato judicial decisório substitua o anterior.

No entanto, no cenário em questão o juízo se encontra impedido de prolatar decisão que seja contrária ao provimento jurisdicional sumário anteriormente prolatado. Ester Camila Gomes Norato Rezende, em tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal de Minas Gerais, assentou que a ausência de novos elementos obsta que o juízo contrarie a decisão proferida em sede de cognição sumária. Trata-se de uma vedação que decorre da preclusão *pro iudicato* e da segurança jurídica, na medida em que os mesmos elementos que fundamentaram a probabilidade do direito em momento inicial da demanda não podem, por si só, gerar resultado contrário à parte favorecida pelo provimento sumário satisfativo.¹⁸⁸

É este o entendimento que, à luz deste estudo, deve ser utilizado na interpretação do artigo 296 do Código de Processo Civil de 2015¹⁸⁹, o qual permite a revogação ou modificação da tutela provisória *a qualquer tempo* pelo juízo. Entende-se a amplitude temporal indicada na redação do dispositivo é limitada pela efetiva apresentação de novos elementos que possam alterar ou até mesmo infirmar o nível de probabilidade que justificou a tutela então concedida. Nesse contexto, evidente que uma cognição sumária não impede a realização de uma nova cognição sumária, visto que incompleta e, portanto, aberta a revisões a partir da obtenção de novos elementos mediante a técnica cognitiva. Sem estes elementos, entretanto, descabe ao juízo revisar seu entendimento.

O elemento de dependência da provisoriedade, portanto, alinha-se à possibilidade de revisão do provimento jurisdicional sumário concedido, seja em função

¹⁸⁸ “Observe-se que a *ratio* do entendimento aqui defendido é que os mesmos elementos analisados não podem conduzir o julgador a conclusão diversa da anteriormente prolatada. Tanto assim que a ordem jurídica admite que o julgador empreenda outra cognição sumária, mesmo quando já havida cognição dessa estirpe no feito, se aquela nova cognição se estribar em conjunto de elementos distinto do anteriormente analisado, isto é, se ainda que permaneçam presentes elementos anteriormente examinados, existem outros novos. Lado outro, mesmo a cognição sumária dando azo a juízo de probabilidade, potencialmente provisório, é assente que a ordem jurídica não admite nova cognição sumária quando inexistentes elementos outros diversos dos anteriormente examinados. Uma vez mais, o fundamento para a vedação é a preclusão *pro iudicato* e, em última análise, a segurança jurídica.

Em suma, tem relevo na temática os elementos objetivos da atividade cognitiva do julgador: é descabida, mesmo em tese, nova cognição exauriente pelo mesmo órgão julgador, porquanto dado que a cognição exauriente assim o é porque lastreada em todos os elementos processuais, impossível existir novos ‘todos elementos’ diferentes dos anteriores. A cognição sumária, por sua vez, comporta em tese nova cognição sumária, pois como tal cognição é potencialmente incompleta, são possíveis diferentes situações, diga-se, graus de incompletude, pelo que havendo elementos novos em comparação ao exame anterior, é cabível nova cognição.”. REZENDE, Ester Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 69. No mesmo sentido afirma MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013, p. 113-114.

¹⁸⁹ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

de uma cognição exauriente e definitiva, seja em função da apresentação de novos elementos que conduzam à modificação ou revogação do provimento jurisdicional em questão.

O afastamento do elemento da provisoriedade ao provimento jurisdicional sumário pode ser verificado no Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista a possibilidade de estabilização da tutela antecipada de urgência requerida em caráter satisfativo, nos termos do artigo 304 do código.

Note-se que este caso não retira a *temporiedade* do provimento jurisdicional sumário estabilizado, na terminologia de Calamandrei, na medida em que a revisão da decisão estabilizada é possível e eventual, desprendida do procedimento ordinário em questão. Assim, retira-se a provisoriedade, uma vez que a substituição do ato decisório fundado em cognição sumário não é mais certo, mas apenas possível.¹⁹⁰

Uma análise detida da estabilização da tutela antecipada como espécie da tutela sumária e, em seguida, sobre os moldes desta técnica processual no Código de Processo Civil de 2015 serão apresentadas nos capítulos que seguem esta dissertação.

¹⁹⁰ Adianta-se o fato de que o regime da estabilização apresentada ano CPC/2015 não restringe o acesso à cognição exauriente por nenhuma das partes, nos termos expressamente apresentados pelo art. 304, §4º. Permanece, portanto, a regra geral da cognição exauriente no sistema processual. A novidade é que sua utilização deixa de ser imposição, passando-se à discricionariedade e conveniência dos litigantes.

Capítulo 3 – A estabilização da tutela antecipada: tutela sumária potencialmente autônoma

3.1. Fundamentos para a inserção de uma tutela sumária independente no sistema processual brasileiro

Examinar a evolução das tutelas sumárias no direito brasileiro fez perceber que os provimentos jurisdicionais formados em cognição sumária ganharam notável força e importância prática no funcionamento do processo civil, sobretudo após a Constituição de 1988, lastreada nas garantias do acesso à justiça¹⁹¹ e à duração razoável do processo¹⁹².

Estribada muitas vezes no desenvolvimento ocorrido em sistemas estrangeiros, notadamente o direito italiano, pode-se notar que as tutelas sumárias passaram de função estritamente assecuratória e prevista para determinadas questões de direito material (com raras exceções de natureza satisfativa, a despeito do entendimento doutrinário contrário à época, mas ainda destinadas a solucionar determinadas questões de direito material), como se via no CPC/39 e no CPC/73; para uma sistematização ampla e caracterizada, de um lado, pela atipicidade das tutelas sumárias e, por outro lado, pela possibilidade de que a cognição sumária oferecesse provimentos de natureza satisfativa, ampliando sua função de combater o perigo de *tardança* do provimento jurisdicional - na denominação originada por Calamandrei.¹⁹³

O desenvolvimento das tutelas sumárias permitindo serem abarcados provimentos jurisdicionais de ordem satisfativa demonstrou inequívoco avanço na busca da efetividade processual, na medida em que esta não visa apenas ao combate do *periculum in mora*, materializado pela existência de situações de urgência que exigem acautelamento ou até mesmo a antecipação da satisfação do direito, mas também pela adequada distribuição do ônus do tempo do processo. Significa dizer que a busca por efetividade não deve combater apenas os casos em que uma situação urgente pré-existente

¹⁹¹ Art. 5º, inciso XXXV.

¹⁹² Art. 5º, inciso LXXVIII.

¹⁹³ Como dito, trata-se de uma evolução verificada em diversos outros países: “Quase sempre como evolução da tutela cautelar, de natureza assecuratória do processo e das provas, alguns ordenamentos avançaram, adotando a tutela antecipada genérica, pela qual se antecipam total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito, na presença de certos requisitos e mediante cognição mais ou menos superficial. A característica principal desses provimentos antecipados específicos é sua provisoriedade e a necessidade de o processo de cognição plena prosseguir até a sentença de mérito.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 30, n. 121, mar./2005, p. 14.

seja agravada em função do tempo do processo. Significa assumir que o processo judicial, por si só, produz um dano marginal aos jurisdicionados em razão do tempo fisiológico de seu funcionamento.

Trata-se, portanto, de um desenvolvimento de medidas que tornem o processo mais justo e igualitário aos que dele buscam uma tutela de direitos. Com efeito, os aprimoramentos das técnicas fundadas em cognição sumária apenas representam mais um dos desafios que os estudiosos do processo enfrentam no desenvolvimento de um modelo constitucional de processo. A construção de um método de solução de conflitos que funcione como instrumento para uma tutela adequada e tempestiva dos direitos passa, inequivocamente, por evitar que haja demora na prestação jurisdicional, o que imprime assumir, por conseguinte, que o tempo do processo gera dano aos jurisdicionados.¹⁹⁴

Sem negar os avanços que o desenvolvimento das tutelas sumárias representara à efetividade do processo, é inconteste que sua concepção até o Código de Processo Civil de 1973 foi marcado pela existência de elementos de dependência do provimento jurisdicional sumário às técnicas e cognição exauriente, notadamente a necessidade da do prosseguimento do processo de cunho ordinário e o caráter de provisoriedade atribuído à decisão fundada em cognição sumária, que deverá ser necessariamente substituída por uma decisão de cunho definitivo, apta à formar coisa julgada material.

O passo seguinte ao desenvolvimento da tutela sumária de cunho satisfativo foi refletir sobre estes elementos de subordinação do provimento jurisdicional sumário à cognição exauriente, capaz de dar certeza ao provimento jurisdicional. Isto porque aos poucos constatou-se que a tutela jurisdicional definitiva, dotada de cognição plena e exauriente e das características de certeza e verdade processuais, poderiam não ser o interesse de fato almejado pelas partes.¹⁹⁵ Em outras palavras, a busca do juízo de certeza sob cognição exauriente consiste muito mais em uma exigência do sistema processual do que de uma resposta à necessidade real dos litigantes.

¹⁹⁴ “Desde que os olhos da ciência do direito se voltaram para a noção do devido processo legal, um ponto se tornou consenso: não se pode reconhecer como processo devido aquele excessivamente demorado, ou seja, aquele que entre a invocação da tutela jurisdicional e sua efetiva prestação demanda um tempo muito longo, afrontando o que seria a *duração razoável do processo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 33, n. 157, mar./2006., p. 130.

¹⁹⁵ Andrea Proto Pisani afirma que “uma volta emanato il provvedimento sommario anticipatorio, il processo a cognizione piena continui a trascinarsi stancamente al solo scopo di evitare i rischio dela caducazione del provvedimento sommario.” PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti* – *Studi*, p. 269-270.

Este contexto que faz inaugurar as discussões sobre o que no Brasil se denominou como estabilização da tutela antecipada. Trata-se de técnica que busca autonomia procedimental ao provimento jurisdicional antecipatório, permitindo que um provimento jurisdicional satisfativo estribado em cognição sumária não estivesse sob a dependência de uma nova decisão, fundada em cognição exauriente, sendo capaz de regular o conflito de forma autônoma, o que aconteceria caso não houvesse impugnação expressa da parte contrária ao provimento jurisdicional sumário.¹⁹⁶

A discussão acerca da inserção da estabilização da tutela antecipada ganhou notabilidade no direito brasileiro a partir dos estudos de Ada Pellegrini Grinover, sob os auspícios de “desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional de controvérsias”¹⁹⁷.

Com efeito, a busca pela estabilização da tutela antecipada representou o início de uma inflexão do procedimento ordinário como única forma de solução dos conflitos pela jurisdição, seja em função de sua impossibilidade de assegurar uma tutela de direitos efetiva e tempestiva, seja em razão dos questionamentos que recaíam sob o viés de certeza e verdade que eram atribuídos à cognição exauriente.

O projeto de lei apresentado por Ada Pellegrini ao Instituto Brasileiro de Direito Processual foi posteriormente transformado no Projeto de Lei 186/2005, de iniciativa do Senador Antero Paes Andrade.

Não obstante o arquivamento do projeto em função da não reeleição do mandatário ao cargo de Senador, uma breve descrição do sistema sugerido faz-se necessária a este estudo.

O PL 186/2005 visava à inserção de quatro novos dispositivos ao Código de Processo Civil de 1973 (artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D), e dois novos parágrafos

¹⁹⁶ “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 tomar 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, se se impusesse à parte demandada (contra qual a tutela antecipatória foi concedida) o ônus de 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.”. RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, n. 6, Curitiba, 1997, p. 702 *apud* PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*, p. 158.

¹⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 30, n. 121, mar./2005, p. 34.

ao artigo 273, atinente à antecipação de tutela no referido diploma legal. Em suma, previa que a antecipação de tutela poderia ser requerida de forma antecedente ou na pendência do processo, sendo que, no caso de concessão, a decisão que deferiu a antecipação poderia sofrer preclusão se o réu não ajuizasse demanda visando à sentença de mérito, de cognição exauriente, no prazo de 60 (sessenta) dias em se tratando de procedimento antecedente ou no prazo de 30 (trinta) dias na hipótese de antecipação incidental, no curso do processo. No caso de antecipação parcial, ao autor era concedido prazo de 30 (trinta) dias para propositura de nova demanda que visasse à satisfação integral do pedido realizado.

Caso houvesse a preclusão da decisão e decurso o prazo sem manifestação do réu e do autor, a medida antecipatória adquiria força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Três pontos de merecem maior destaque no funcionamento do PL 186/82005. O primeiro diz respeito à possibilidade de requerimento de antecipação de tutela em caráter antecedente, isto é, a existência de um requerimento anterior à demanda principal que buscasse um provimento jurisdicional sumario de natureza satisfativa, necessidade que já era reconhecida pela doutrina¹⁹⁸. Em segundo lugar, a regra da estabilização ocorreria não só às decisões proferidas no procedimento antecedente, mas também quando concedido em caráter incidental, embora o Projeto não apresentasse regulação meticulosa sobre casos como a cumulação de pedidos e a concessão de antecipação parcial (se o autor não requeresse a continuidade do feito para os outros pedidos, seria obrigado a ajuizar nova demanda, uma vez que a coisa julgada atingia apenas os limites da estabilização). Terceiro, por fim, o projeto atribuía força de coisa julgada à decisão estabilizada, independente do momento em que era concedida (antecedente ou incidental), nem

¹⁹⁸ Athos Gusmão Carneiro já asseverava a “premente necessidade de dispor sobre as medidas antecipatórias de tutela que necessitem ser requeridas antes da propositura da demanda, ou seja, como medidas antecedentes.

Atualmente, à falta de outra alterantiva procedimental, vem sendo utilizado para tal fim o rito das cautelares antecedentes, ditas preparatórias, o que implica o desvirtuamento da fundamental distinção conceitual entre a função nitidamente cautelar e aquela que consiste na antecipação ao demandante do próprio bem da vida objeto de sua pretensão.”. CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 31, n. 140, out./2006, p. 73. Não obstante a justificativa de desvirtuamento não ser tão sustentável, tendo em vista a fusão das tutelas cautelares e antecipatórias como tutelas de urgência pelo CPC/2015 e, sobretudo, pela já existente fungibilidade entre as medidas desde a vigência do CPC/73, é inequívoco que a busca de uma tutela anteipatória de caráter antecedente encontrava um vácuo legislativo, que gerava insegurança quanto à medida a ser utilizada. Além disso, a distinção ainda possui seus valores funcionais, tendo em vista que o próprio CPC/2015 expõe os procedimentos antecedentes cautelar e antecipatório de forma separada – justamente por gerarem efeitos diversos em alguns pontos.

condicionando esta qualidade da decisão à existência ou não de um mínimo contraditório prévio.

Posterior à citada iniciativa legislativa, a estabilização da tutela antecipada voltou à tona mediante o Código de Processo Civil de 2015. Sabe-se que o CPC/2015 unificou as tutelas fundadas em cognição sumária sob o signo de tutelas provisórias¹⁹⁹, Livro V do diploma legal em exame. Nele, as tutelas provisórias são divididas em tutelas de urgência e de evidência, sendo as de urgência de natureza cautelar e antecipatória.

As tutelas de urgência, na medida em que combatem o *periculum in mora*, podem ser requeridas tanto de forma incidental no procedimento quanto em caráter antecedente, ou seja, anterior à instauração da demanda. No caso da tutela antecipada antecedente, o CPC/2015 permite que a tutela antecipada, se deferida, seja estabilizada caso não se verifique a interposição da via recursal adequada pela parte contrária²⁰⁰.

Estabilizada a decisão, tanto a parte requerente quanto a requerida poderão revisar o provimento, mediante cognição exauriente, através de ação própria, nos termos dos parágrafos 2º a 5º do citado artigo 304.²⁰¹ Por fim, o §6º do mesmo artigo indica expressamente que o provimento jurisdicional estabilizado não fará coisa julgada, não obstante condicione a sua revisão à ação indicada nos parágrafos anteriores.²⁰²

Comparado com a sistemática do PL 86/2005, são constatadas algumas diferenças. A primeira diz respeito à amplitude da possibilidade de estabilização: enquanto o PL 186/2005 permitia expressamente a estabilização tanto em tutelas antecipatórias antecedentes quanto as incidentais, sendo omissivo quanto a qualquer restrição para a antecipação concedida com base no art. 273, II (abuso do direito de defesa

¹⁹⁹ Como já implicitamente indicado, o que unifica os provimentos em questão é mais sua atividade cognitiva sumária no plano vertical do que necessariamente sua provisoriedade, ora definida como necessidade de substituição por uma decisão de natureza definitiva. Nesse sentido cf. Ester Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 167.

²⁰⁰ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

²⁰¹ § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

²⁰² § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

ou manifesto caráter protelatório do réu), ou ainda ao caso de antecipação por pedido parcialmente incontroverso, nos termos do §6º do mesmo dispositivo. O CPC/2015, por outro lado, inseriu a figura da estabilização apenas nos casos de tutela antecipatória de urgência requeridas em caráter antecedente, retirando as hipóteses de evidência de sua incidência, assim como as tutelas antecipatórias requeridas e concedidas ao longo do processo de conhecimento.

Outra diferença diz respeito à formação da coisa julgada material: enquanto o PL 186/2005 não deixava dúvidas quanto à aptidão do provimento jurisdicional sumário formar coisa julgada material, o CPC/2015 apresentou disposição no mínimo controversa. Ao mesmo tempo em que expressamente impede a formação de coisa julgada à decisão estabilizada, limita sua revisão a uma ação própria, com prazo de dois anos para sua propositura. Pode-se ver, portanto, que há dúvidas quanto à natureza da decisão estabilizada sem a respectiva revisão no prazo bienal. Este debate será tratado em momento adequado.

Por fim, um traço comum da estabilização nos dois regimes consiste na sua ocorrência quando a parte requerida não toma devida providência processual, seja a propositura de demanda visando à decisão de cognição exauriente nos termos do PL 186/2005, com direito à nova manifestação no prazo de 30 (trinta dias); seja a interposição do recurso adequado segundo o regime do CPC/2015, com posterior direito de revisão da decisão.

Subtraídas as especificidades, nota-se o traço comum da inversão do ônus do contraditório, isto é, invertendo a posição do réu e exigindo deste não que assumo o ônus do tempo do processo (natural dos provimentos sumários dependentes de cognição exauriente), mas, principalmente, do ônus da causa de pedir. Em outras palavras, a jurisdição reconhece a satisfação dos litigantes com a decisão fundada em cognição sumária, transferindo às partes litigantes a faculdade de requerer uma cognição exauriente, notadamente ao réu, que deverá propor uma nova demanda para desfazer a decisão provisória anteriormente obtida pela parte requerente.

Trata-se, portanto, de um elemento legitimador que parte do comportamento das partes (sobretudo o comportamento omissivo do requerido) para inferir uma renúncia ao procedimento de cognição exauriente. Renúncia esta que, nos termos legais, não dignifica total perda direito, uma vez que em ambos os regimes se nota a possibilidade de manifestar interesse na propositura de uma nova demanda, dotada de técnica de cognição exauriente.

Inequívoco notar, pelo desenho dos procedimentos citados, que houve um novo avanço na concepção da cognição sumária e suas funções no processo civil contemporâneo como. Não se deve concebê-la mais apenas como um mero instrumento de otimização da cognição exauriente e do procedimento ordinário, mas na perspectiva de uma via autônoma de tutela de direitos, marcada por simplicidade e celeridade. Trata-se de uma inflexão na lógica de imposição do procedimento ordinário para solução segura e certa dos conflitos postulados à Jurisdição, segundo a lógica liberal-racionalista em que concebido o sistema processual hoje vigente.

Oportuno informar que a exposição apresentada não visa a mitigar ou infirmar a cognição exauriente dentro do sistema processual brasileiro. Como já apresentado neste estudo, a cognição plena e exauriente apresenta função de legitimação democrática dentro do sistema processual, na medida em que concretiza as garantias do contraditório substancial e da ampla defesa dentro do procedimento. Logo, é inequívoca sua função como garantidora do Estado Democrático de Direito na materialização das garantias constitucionais no processo na obtenção de segurança jurídica.

O que se debate, na verdade, é a concepção de que apenas a cognição exauriente é capaz de propiciar uma tutela jurisdicional dos direitos, noção que decorre da concepção liberal-racionalista do processo e que permitida à Jurisdição apenas se manifestar sob juízo de certeza, sem se preocupar com a tempestividade desta manifestação e na sua efetividade.

Antes de se resguardar nos ideais de verdade e certeza jurídica (falhos na sua própria essência, como já dito alhures), a tutela jurisdicional visa a efetividade dos direitos, isto é, uma prestação jurisdicional que seja capaz de alterar o plano da realidade, permitindo uma realização tempestiva e palpável do direito por ela analisado.

Esta realização tangível só é permitida quando sistema permite que a cognição sumária exerça suas funções, seja em combate ao *periculum in mora* ou na redistribuição do ônus do tempo do processo, seja no potencial de regular o conflito de forma definitiva, evitando que procedimentos se perpetuem sem que haja um real interesse dos litigantes na sua realização. Neste contexto, ao contrário do que se possa pensar, a cognição sumária é elemento essencial para a realização da segurança jurídica num Estado Democrático de Direito: por ela se permite que o direito provável e o direito urgente se realizem, assim

como por ela pode-se evitar que as partes utilizem de um procedimento longo e burocrático sem que vejam um conflito ainda existente a dirimir.²⁰³

Esta justificativa, além de adequada do plano meramente teórico, tem sua utilidade comprovada pela elevada taxa de congestionamento dos processos que tramitam junto às Justiças Estaduais e Federais brasileiras, conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça e expostos no início do presente trabalho. Não é impossível presumir que ao menos parte dos processos que se encontram com tramitação parada há anos já possuem uma regulação efetiva, ainda que provisória, decorrente de um provimento jurisdicional sumário, pouco desejando as partes que haja uma nova decisão sob um juízo de certeza e com manto de coisa julgada. O estado de incerteza jurídica destes feitos, portanto, decorre exclusivamente da necessidade do sistema de perpassar por todo o procedimento ordinário, com o objetivo de dar um viés de alegada certeza jurídica ao provimento jurisdicional.

Expostos os fundamentos que justificam a inserção da tutela sumária satisfativa e autônoma dentro do sistema processual brasileiro, expor-se-ão os fundamentos que mitigam os elementos de dependência que geralmente vinculam o provimento jurisdicional satisfativo e sumário à cognição exauriente e ao procedimento ordinário.

3.2. Independência procedimental: desvinculação ao procedimento ordinário de cognição exauriente

Expôs-se neste estudo que um dos elementos de dependência apresentado ao provimento jurisdicional fundado em cognição sumária consiste na sua necessária

²⁰³ Ester Camila Gomes Norato Rezende reitera este entendimento sobre a cognição sumária em trecho referencia a estabilização da tutela antecipada, embora não seja o objeto principal do trabalho: “Em verdade, a finalidade da prestação jurisdicional deve ser a efetividade do direito, isto é, o cumprimento do direito material, com divisão mais justa (porque atenta ao direito material provável) do ônus do tempo no processo, não só quanto à influência excepcional do tempo no processo – a chamada urgência –, mas também sua repercussão tida como normal, o denominado dano marginal do processo.

Assim compreendido o resultado mirado pela prestação jurisdicional, a tutela do direito provável o garante, ainda que provisoriamente, aguardando-se decisão definitiva: é certo que se conjectura a possibilidade da concessão da tutela do direito provável gerar mais recursos (o que não é desejado), mas também é provável que ela apresse o interesse do réu que a suporta na solução definitiva do caso (o que é almejado), inclusive estimulando-o e aos demais atores sociais ao adimplemento tempestivo dos direitos. Ademais, a efetividade dos direitos também é notadamente assegurada quando se admite que a tutela do direito provável se estabilize, encerrando a relação jurídico-processual sem necessidade de decisão fundada em cognição exauriente.”. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 199-200.

vinculação a um procedimento de cunho ordinário, capaz de gerar uma decisão fundada em cognição exauriente.

A ideia por trás desta vinculação é, como se sabe, a necessidade apresentada pelo ideário Liberal-racionalista de que a tutela jurisdicional dos direitos dever sempre marcada pela segurança jurídica, e que esta segurança jurídica decorre unicamente de um juízo de certeza – que é materializado pela cognição exauriente.

Ocorre, por outro lado, que como já também apresentado neste trabalho, a certeza que justificou o procedimento de cognição exauriente na perspectiva racionalista do processo sofreu inúmeros questionamentos, os quais perduram até hoje. Isto porque a cognição processual é uma atividade de reconstrução dos fatos que, por sua própria essência, encontra óbices para formação de uma verdade absoluta. Tanto o é que a verdade não é o fim precípua da atividade processual, o qual deve relacionar-se com outros fins como a segurança jurídica e a duração razoável do processo. É dizer, assim, que vincular a busca pela verdade com a justiça do processo implica, nada mais, que obstar seu objetivo de tutela dos direitos e de pacificação social.²⁰⁴

Com efeito, Calamandrei já asseverava a existência de certa artificialidade da verdade obtida no processo judicial, a qual seria dotada de certeza jurídica em termos formais, mas não de certeza substancial.²⁰⁵ De fato, ao juiz não é permitido restar-se incerto quanto à ocorrência ou não de um fato como pode fazer um estudo histórico. Ele deve decidir, com decisão dotada de certeza jurídica, independentemente dos limites cognitivos apresentados no caso.²⁰⁶

Os limites inerentes à busca da verdade no processo também podem ser verificados no desenvolvimento das técnicas de cognição. Como já apresentado neste

²⁰⁴ “Insistir em apresentar a busca da verdade como finalidade central e quase universal do processo para, em seguida, afirmar que o resultado do processo é justo porque é verdadeiro, constitui uma tentativa ideológica de legitimar a atividade dos julgadores, absolutizando um objetivo parcial e limitado da atividade processual.”, LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010, Vol. 2, p. 829.

²⁰⁵ Alex Costa Pereira, referenciando o autor, afirma que a verdade do processo “não ultrapassa a fronteira da formalidade” sendo “forjada a partir de mecanismos sintéticos de construção humana, que invariavelmente esbarram, dentre outros, nos limites temporais, de linguagem e de conhecimento que não se desgarram das técnicas processuais legais de comprovação dos fatos. É verdade imposta, amparada em certeza jurídica, não necessariamente certeza substancial.”. PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 110.

²⁰⁶ “al giudice non è permesso, como è permesso allo storico, restare incerto sui fatti da decidere; egli deve ad costo (questa è la sua funzione) risolvere la controversia in una certezza giuridica.”. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1955, p. 165.

trabalho, a teoria que diferencia a cognição exauriente da cognição sumária, elaborada por Kazuo Watanabe, é mais eficiente para descrever o fenômeno do que destrinchar a essência deste.

Sem embargo da incontestável valia do conceito apresentado por Kazuo Watanabe, é patente que ele carece de concretude em vista dos atos que compõem o processo. Com efeito, impõe-se à reflexão: o que é profundidade? Qual tipo de limitação existiria no plano vertical que obstaría o julgador realizar uma cognição completa em profundidade?²⁰⁷

Incontestável o fato de que é muito tênue a diferença entre a “probabilidade do direito” que fundamenta um provimento jurisdicional sumário e a certeza jurídica que dá lastro à cognição exauriente. Uma prova disso é a variação das expressões que justificam o provimento jurisdicional sumário no sistema processual brasileiro: *fumus boni iuris* para as cautelares e “verossimilhança das alegações” para a tutela antecipada, ambas na vigência CPC/73, e agora a unificação do requisito de “probabilidade do direito”, nos termos do artigo 300 do CPC/2015.

Em suma, tanto o conceito de certeza quanto os elementos de verossimilhança e probabilidade do direito são dotados de natural subjetividade, a qual impede uma teorização objetiva e certa sobre o tema.²⁰⁸

Esta exposição faz verificar que está superada uma vinculação do procedimento ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com a obtenção de uma verdade e certeza ao provimento jurisdicional. Como também já apresentado neste estudo, a cognição exauriente deve ser interpretada como uma técnica de concretização da garantia do contraditório substancial, acompanhada da máxima possibilidade de instrução probatória. Antes de uma busca por uma verdade absoluta, a cognição exauriente deve

²⁰⁷ REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 52.

²⁰⁸ “A certeza é, pois, uma daquelas noções prestigiosas que, segundo Chaïm Perelman, a exemplo de outros valores, como a justiça e a liberdade, somente comporta definição conceitual no aspecto formal e abstrato e, nesse sentido, pode ser entendida como a ‘segurança subjetiva da verdade de um conhecimento’”. Sendo assim, trata-se de um grande equívoco transportar esses níveis do pensamento humano ao quadrante da cognição judicial em especial da seara das tutelas de urgência. Observa-se um esforço desmedido da doutrina, ainda fortemente apegada a conceitualismos, para atribuir pesos e medidas ao convencimento judicial, como se numa escala métrica pudesse ser aferido o grau de certeza e como se a convicção humana fosse produto de uma singela operação matemática.” TUDA, Cláudio Takeshi; CÂMARA, Helder MORINI; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O paradigma racionalista nas tutelas de urgência. In: ARMELIN, Donald. *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270 *apud* REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 54.

atender à ideia de uma verdade jurídica, que assegura o processo justo. Michele Taruffo considera que a verdade no processo deve ser interpretada não como um meio de descobrir a verdade e resolver o conflito, mas como forma de assegurar uma decisão justa. Nesse sentido, a verdade jurídica é assegurada a partir do exercício das garantias processuais constitucionais.²⁰⁹

Frente à superação da concepção de que a cognição exauriente seria a única capaz de atingir a verdade a certeza do processo, torna-se despicienda a vinculação instrumental do provimento jurisdicional sumário ao procedimento de cunho ordinário, no qual aquela técnica cognitiva é realizada.²¹⁰

Reitere-se que não se trata de abolir a distinção entre cognição sumária e cognição exauriente, quanto menos afirmar que ambas as decisões possuem a mesma qualidade em termos jurídicos. Assevera-se tão somente que a evolução das tutelas sumárias fez evidenciar que é prescindível a subordinação do provimento jurisdicional sumário ao procedimento ordinário, de cognição exauriente. Tornando-o autônomo, os jurisdicionados podem optar pelo acesso à cognição sumária, em um procedimento bem mais simples e calcado numa decisão que, também por opção das partes pode ser eventualmente substituída por outra, de ordem definitiva.

Significa dizer que a vinculação necessária entre provimento jurisdicional fundado em cognição sumária e cognição exauriente torna-se elemento de definição das partes, na medida em que reside, por óbvio, o direito fundamental à uma cognição exauriente.²¹¹ Tanto o é que os dois projetos que trataram da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro pensaram-na em caráter eventual ao andamento do procedimento ordinário, de forma que determinada manifestação do réu contrária à

²⁰⁹ “Nell’ambito del valore giuridico della verità è possibile mettere in particolare rilievo il valore processuale che alla verità va riconosciuto. Questo valore processuale risulta evidente se si pensa che il processo sia finalizzato non solo a risolvere controversie, bensì a risolvere controversie per mezzo di decisioni giuste. La giustizia della decisione, infatti, non dipende soltanto dal fatto che essa costituisca l’esito di un processo che si è svolto in modo corretto, ossia nel rispetto di tutte le garanzie che riguardano l’indipendenza e l’imparzialità del giudice e i diritti delle parti, né soltanto dal fatto che il giudice abbia correttamente interpretato ed applicato la norma che viene assunta come critério giuridico di decisione.”. TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.); JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 829.

²¹⁰ Citar ester e alex costa pereira, que afirmam essa possibilidade (ester quando fala da estabilização se tratar de medida legislativa).

²¹¹ Este entendimento é apresentado por Paulo Henrique dos Santos Lucon, ao comentar o regime de estabilização definido no CPC/2015: “Atribui-se às próprias partes a decisão sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória e Julgamento Parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*. *O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 339.

estabilização desencadeava, ato contínuo, o decorrer do procedimento de cunho ordinário e cognição exauriente.

3.3. Abrandamento quanto à eficácia temporal: provimento sumário provisório, porém potencialmente definitivo

Acompanhando a eventual independência procedimental trazida pela estabilização da tutela antecipada, nota-se um abrandamento do elemento de dependência denominado como provisoriedade.

Entende-se como abrandamento na medida em que a provisoriedade engloba não só uma noção estrita, definida por Calamandrei, segundo a qual é provisória apenas a decisão que necessariamente será substituída por uma sucessiva, dotada (ou não) de cognição exauriente. A noção de provisoriedade ora defendida encaixa-se ao termo temporariedade defendido pelo autor italiano, segundo o qual a decisão é temporária na medida em que não se tem certeza quanto à existência ou não de uma decisão substitutiva posterior.

Com efeito, a estabilização da tutela antecipada definiu como provisórias todas as tutelas fundadas em cognição sumária, incluindo a estrita hipótese passível de estabilização. Nestes termos, o Código faz compreender que são provisórias estas tutelas na medida em que inaptas à formação de coisa julgada material.

A inflexão do elemento de dependência da provisoriedade consiste em tornar *eventual* a substituição do provimento jurisdicional fundado em cognição sumária por um provimento jurisdicional definitivo, fundado em cognição exauriente. A decisão estabilizada só é substituída quando instaurado um novo juízo para revisão da decisão estabilizada. Reconhece-se, assim, uma aptidão do provimento sumário à regulação peremptória para a crise de direito material, cabendo, novamente, ao interesse dos litigantes o exercício do direito à cognição exauriente.

Neste contexto, o provimento jurisdicional sumário liberta-se de sua função essencialmente instrumental, na medida em que existe não só para assegurar a efetividade de uma nova decisão posterior, mas também para permitir a regulação peremptória do litígio, sem uma limitação temporal de sua eficácia.

O fator desencadeador desta nova função do provimento sumário é, no direito brasileiro, a omissão da parte demandada em relação à sua faculdade de impugnar a decisão fundada em cognição sumária. Em outras palavras, o comportamento omissivo

do réu que, ciente da existência da decisão e de seu direito de manifestar-se contrariamente, mas não o faz, é o elemento legitimador da capacidade de extensão dos efeitos temporais do provimento jurisdicional sumário.²¹²

Assimila-se, na verdade, ao cenário de preclusão *pro iudicato* que ocorre quando há antecipação de tutela favorável ao demandante seguido de revelia do réu e ausência de pedido de especificação de provas: a omissão do demandado quanto ao seu interesse de ver alterada uma decisão contra ele proferida evidencia a desnecessidade de que a jurisdição perpetue o andamento daquele procedimento: uma regulação *satisfatória às partes* foi obtida – ainda que possível uma maior atividade cognitiva pela jurisdição, possibilidade que ainda fica à dispor dos jurisdicionados.

Em razão deste funcionamento, caracterizado pela inversão do ônus da causa de pedir do requerente para o requerido após a estabilização, tem-se entendido que a estabilização utiliza da técnica monitória, cujo principal exemplo é a ação monitória presente no processo civil brasileiro.²¹³

A ação monitória permite que o autor, com base em prova escrita, postule contra o réu tutela condenatória consistente em pagamento de quantia, obrigação de fazer ou entrega de coisa, cuja evidência da prova constitutiva permitirá ao juízo emitir ordem de pagamento ou cumprimento da obrigação pelo requerido no prazo de 15 (quinze) dias. Contra esta ordem de natureza eminentemente executiva, pode o réu realizar seu cumprimento ou apresentar embargos monitórios, os quais podem versar sobre qualquer elemento de defesa e que, mediante sua apresentação, faz o feito seguir o procedimento comum, de cunho ordinário.

Perceptível que, assim como no funcionamento da ação monitória, a estabilização da tutela antecipada inverte o ônus do contraditório, impondo-o ao réu dentro do procedimento. Mais que isso, na estabilização não se inverte apenas o ônus do

²¹² “A demonstração da ciência inequívoca da parte contra a qual recai o provimento sumário potencialmente definidor do litígio, em todos os seus termos e consequências, é suficiente para se assegurar a plena fruição de suas garantias constitucionais de segurança ao cidadão que tutelam o processo civil brasileiro e validar a relação jurídica processual triangular a partir dela instaurada. O demandado que entenda ter razão na controvérsia levada à solução judicial certamente não se calará ou se conformará com uma decisão sumária que lhe seja desfavorável, não se podendo ainda ignorar o fato de que eventuais prejuízos decorrentes desse provimento à própria provisoriedade da decisão, seja ela obrigatória ou eventual.”. Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 118.

²¹³ Artigos 700 a 702 do CPC/2015.

contraditório, como se faz na ação monitoria, mas o ônus de instaurar um processo de cognição exauriente.²¹⁴

Ainda assim, a desvinculação com o elemento da provisoriedade encontra alguns limites. Enquanto aceita a possibilidade de eventual regulação peremptória do litígio pelo provimento jurisdicional sumário, este não obtém a qualidade de coisa julgada material, ao menos no sistema preceituado pelo CPC/2015²¹⁵ e, conforme se verá adiante, tampouco nos sistemas de tutela sumária francês e italiano. Em termos abstratos, portanto, a regulação provisória não se torna definitiva mediante uma chancela do poder jurisdicional, mas torna-se definitiva em razão do comportamento das partes diante daquele provimento jurisdicional.²¹⁶ Nas palavras de Andrea Carla Barbosa, a estabilização no CPC/2015 permitirá a “conversão do provimento antecipatório em título executivo judicial, equiparável, em eficácia, à sentença final”²¹⁷. Esta equiparação, entretanto, restringe-se de fato à eficácia, haja vista a impossibilidade de formação de coisa julgada material nos termos literais da lei.

Independente dos limites de imutabilidade que são concedidos à estabilização da tutela antecipada, inequívoco que sua existência e desenvolvimento evidenciam a residualidade conferida ao processo de cognição exauriente, tendo em vista a sua morosidade e ineficiência na tutela efetiva de direitos.²¹⁸

²¹⁴ “Mais do que inverter-se o contraditório, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente. No modelo processual comum, caberia ao interessado na obtenção da tutela de seu pretensão direito instaurar processo de cognição exauriente no qual haveria de demonstrar a efetiva existência de seu direito. No processo monitorio, permite-se a esse sujeito submeter sua pretensão ao mero crivo da cognição sumária: sendo positivo o juízo de verossimilhança então desenvolvido, transfere-se ao adversário o encargo de promover processo comum de conhecimento, com cognição exauriente. Vale dizer: caberá ao réu da ação monitoria provocar a atuação cognitiva exauriente, para o fim de demonstrar que não existe aquele suposto direito do autor.”. THEODORO JUNIOR, Humberto; TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 2009, 2012, p. 23-24.

²¹⁵ Artigo 304. (...) § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

²¹⁶ Marinoni e Mitidiero entendem que a estabilização como uma “tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 111.

²¹⁷ BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no novo Código de Processo Civil - Breves comentários. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 194, abr. 2011, p. 269.

²¹⁸ “A residualidade dos processos de cognição plena é uma tendência anunciada. A opção por modelos processuais simplificados, capazes de entregar resultados às partes em um menor espaço de tempo, por meio de uma cognição sumária, sinaliza os novos rumos do processo civil.”. SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*, Vol. XIII, 2014 p. 575.

3.4. Análise da tutela sumária em ordenamentos jurídicos estrangeiros

3.4.1. A proteção jurisdicional sumária no direito francês

Conquanto existam, no direito processual francês, medidas que se enquadram ao que a doutrina brasileira tem definido como tutelas fundadas em cognição sumária, as diferenças do tratamento de tais medidas em cada um dos ordenamentos existem desde a sua sistematização. Diferentemente do direito brasileiro, as medidas fundadas em cognição sumária e dotadas de caráter provisório não são distinguidas conforme o caráter conservativo ou satisfatório da prestação jurisdicional postulada (tutelas cautelares ou antecipatórias), tampouco reside na distinção quanto ao momento processual em que é pleiteada (tutela provisória incidental ou antecedente).²¹⁹

Na França, as tutelas sumárias são amplamente consideradas como *medidas provisórias*, abarcando tanto aquelas que tenham caráter eminentemente conservativo quanto àquelas ligadas à antecipação de efeitos satisfativos da demanda. Ciente desta premissa, a análise a seguir apresentada tratará de dois principais institutos de proteção jurisdicional fundada em cognição sumária no direito francês: o sistema de *référé*s e as *ordonnances sur requête*.

A doutrina moderna francesa tem definido o *référé* como uma espécie de ferramenta processual que permite um exame rápido e imediato da lide, com procedimento simples e aplicável por diferentes órgãos jurisdicionais, do qual emana uma decisão de natureza provisória que regula a lide com aptidão a se tornar definitiva.²²⁰

Trata-se de um instituto dotado de procedimento próprio cuja principal característica consiste na ausência de vinculação entre o juízo de *référé* e o processo principal. Significa dizer que o procedimento de *référé* não é acessório a um

²¹⁹ Essa sistematização resulta de longa evolução no estudo doutrinário das tutelas sumárias no direito brasileiro, resultando na sistematização disposta no artigo 294 e seu parágrafo único do CPC/2015. Para mais informações, cf. cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* – tentativa de sistematização. 3a ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 124 c/c p. 228 e ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, ano 21, abr./jun. 1996.

²²⁰ CAYROL, Nicolas. *Référé civil*, in *Répertoire procédure civile Dalloz*, Paris, 2006, p. 5 e GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile*, 29ª ed., Paris, 2008, p. 310 *apud* BONATO, Giovanni. I Référé(s) Nell'ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 35-36.

procedimento dotado de cognição exauriente, mas possui completa autonomia a uma discussão de cognição mais profunda da lide.²²¹

Esta desvinculação de ordem procedimental não implica, entretanto, uma equiparação do provimento jurisdicional sumário à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente. O Código de Processo Civil francês é expresso ao indicar que a decisão proferida em *référé* não forma coisa julgada material e é substituída por outra decisão proferida sobre o caso no bojo de procedimento fundado em cognição exauriente.²²²

Tem-se, portanto, um sistema no qual a tutela sumária apresenta procedimento autônomo e formalmente desvinculado à instauração de um procedimento de cognição plena e exauriente, sendo este, por outro lado, capaz de substituir a tutela sumária concedida naquele. Logo, é de se concluir que embora a decisão proferida em sede de *référé* não possui fundamento para ser tratada como definitiva em termos procedimentais, basta que o juízo de mérito (*jugement sur le fond*) não seja instaurado para que o provimento sumário se torne, na prática, imutável.

A grande funcionalidade do sistema francês, portanto, consiste na “opção geral entre a competência da jurisdição de *référé* e da jurisdição de mérito”²²³, sem que a escolha de um caminho implique necessariamente a assunção implícita do outro – nem a sua renúncia completa, vale dizer. Cabe ao jurisdicionado decidir se opta pela jurisdição de *référé* (desde que, óbvio, possua os pressupostos para sua utilização) e obtenha uma tutela jurisdicional simples e rápida, mas, por outro lado, dotada de provisoriedade e passível de mudanças futuras, com o bônus de que, caso haja um contentamento das partes com o entendimento apresentado nesta instância sumária, sua regulação tornar-se-á, em termos práticos, definitiva no tempo.²²⁴

²²¹ “Ao contrário de nossa ação cautelar, que está sempre subordinada ao processo principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito obrigatoriamente em outro processo, no direito francês o procedimento do *référé* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 33, n. 157, mar./2006, p. 137.

²²² Cf. Artigo 484 do CPC francês: 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.

²²³ CAYROL, Nicolas. *Référé civil*, in *Répertoire procédure civile Dalloz*, Paris, 2006, p. 12 *apud* BONATO, Giovanni. I *Référés* Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 44.

²²⁴ “À l’inverse du droit italien, il existe, en France, une forme d’omniprésence du modèle du provisoire indépendant dans le champ de la protection juridictionnelle provisoire qui conduit à l’aborder essentiellement à travers le prisme de cette procédure spécifique.” CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 406. No mesmo sentido: “Nel silenzio de la legge, l’interpretazione dominante di giurisprudenza e dottrina è sempre stata quella di assegnare all’ordinanza di *référé* una vita autonoma rispetto al giudizio principale di merito, sì da farne un provvedimento ad efficacia indefinitamente protratta, ossia a effetti illimitati nel tempo.”

Em termos de pressupostos gerais de aplicação, o *référé* pode ser inicialmente dividido em quatro categorias: (i) o *référé classique*, estatuído no artigo 808 do Código de Processo Civil Francês, que permite a concessão da tutela provisória “em todos os casos de urgência” nos quais se verifique “a ausência de uma contestação séria ou a formação de uma controvérsia real entre as partes”²²⁵; (ii) o *référé préventon* ou *mise en état*, constante no artigo 809, primeira alínea do CPC francês e que prescrever ser possível “mesmo na presença de uma contestação séria, prescrever em *référé* medidas conservativas ou restitutórias necessárias, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita”²²⁶, (iii) o *référé provision*, inserida na segunda alínea do artigo 809 e que admite a concessão do *référé* nas hipóteses em que se verificar, tão somente, a “a existência de uma obrigação que não foi seriamente contestada”²²⁷ e, por fim, o (iv) o *référé probatoire*, com sede legal no artigo 145 do CPC francês, e que tem incidência quando há “motivo legítimo para conservar ou estabelecer, antes de ajuizar o processo, a prova dos fatos que podem influenciar na solução de um litígio”²²⁸, permitindo a produção de provas de forma antecipada.

Complementa a distinção acima, que tem caráter eminentemente elucidativo quanto aos casos de aplicação do *référé*, disposições específicas presentes no Código que se relacionam à competência dos órgãos jurisdicionais para proferir uma decisão com base no procedimento de *référé* e, ainda, previsões de *référé* em leis específicas, direcionadas a diferentes tipos de crise de direito material.²²⁹

A diferenciação faz perceber que os procedimentos de *référé* são em geral vinculados ao requisito da urgência, seja de forma expressa como no *référé classique*, seja de forma implícita, como se verifica nos casos de *référé prévention* e do *référé probatoire*, nos quais o *periculum in mora* é deduzido da descrição de hipóteses de

BONATO, Giovani. I Référés Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 54.

²²⁵ Artigo 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.”

²²⁶ Artigo 809, alínea 1: “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 iminente, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite”.

²²⁷ Artigo 809, alínea 2: “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”.

²²⁸ Artigo 145: “S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de toute intéressé, sur requête ou en référé”.

²²⁹ Cf. BONATO, Giovani. I Référés Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 40-42.

aplicação (necessidade de prevenção de um dano iminente e cessar uma perturbação ilícita, nos casos do primeiro, e conservar ou estabelecer de forma antecedente o conjunto probatório de um processo, no caso do segundo).²³⁰

A grande inovação consiste na formação do *référé provision*, instaurado pelo Código de Processo Civil francês de 1975 e que prescinde da urgência para concessão da tutela provisória, bastando a inexistência de uma séria contestação por parte da pessoa requerida. Trata-se de uma modificação da função primordial do *référé*, passando de uma ferramenta de combate aos efeitos do tempo no processo para um instrumento de moralização das relações jurídicas entre credor e devedor.²³¹

De fato, a constatação judicial da ausência de uma defesa séria, nos termos exigidos pelo *référé provision*, motiva o requerido ao cumprimento espontâneo do direito material, evitando a perpetuação das discussões judiciais e beneficiando, em última análise, a efetividade da tutela jurisdicional.

Também pode-se verificar, da análise dos dispositivos apresentados, que a legislação francesa não se ocupa a distinguir a natureza conservativa ou satisfativa das medidas concedidas em *référé*. O foco está primordialmente na descrição da situação que exige a tutela provisória, cabendo ao juízo competente definir os efeitos da decisão conforme os contornos do caso concreto – se de caráter satisfativo ou apenas conservativo. Trata-se do reconhecimento de que o direito francês, em notável avanço à evolução que se verificou no direito italiano, reconheceu que o regime jurídico da tutela do provisório é definido consoante a sua função no sistema processual.²³²

Necessário perpassar, outrossim, por uma breve explicação do procedimento de *référé*. Os artigos 484 a 492 do CPC francês apresentam o que se pode considerar um “*procédure-type*”²³³ do *référé*, isto é, um conjunto de regras gerais que possuem

²³⁰ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 70-71.

²³¹ “L’avènement de cette condition d’un *fumus boni iuris* particulièrement renforcé, allié à l’éviction de la contion de l’urgence, correspond à une mutation fonctionnelle de la protection juridictionnelle provisoire: fondamentalement, le *référé-provision* est au service d’une fonction de moralisation des relations juridique entre débiteur et créancier.”. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 516.

²³² “Tout système juridictionnel requiert la mise en oeuvre d’une protection juridictionnelle qui soit apte à prévenir le danger d’une éventuel déni de justice auquel se heurteraient les citoyens si une mesure, tantôt de sauvegarde, tantôt même d’anticipation, n’était pas prise en attendant l’avènement d’une décision définitive ultérieure. (...) Parce qu’elle est une notion éminemment fonctionnelle, la protection juridictionnelle provisoire voit son régime entièrement déterminé par sa fonction.”. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 220.

²³³ Denominação utilizada por Cécile Chainais. Cf. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 525.

aplicabilidade em todas as espécies de *référé* quanto ao procedimento, à formação da decisão e sua impugnação.²³⁴

O *référé* consiste primordialmente num procedimento sumário, simples e célere. Não obstante seja submetido ao contraditório, guarda pouquíssima vinculação a um juízo de cognição exauriente, o qual pode ser concomitante ou posterior ao *référé*, sem qualquer prejuízo na tramitação entre eles, conforme se verá seguir.

Primeiramente, o autor pode postular seu pedido na forma oral ou escrita, podendo ocorrer tanto antecedentemente ao chamado “processo de mérito” (*jugement sur le fond*) quanto incidentalmente a esse.²³⁵ Nesta última hipótese, caso o *référé* seja postulado após a designação de um juiz instrutor (*juge mise en état*), é deste a competência para decidir as medidas provisórias (art. 771 CPC francês)²³⁶. Caso contrário, o *référé* terá postulação, tramitação e julgamento autônomos.

Apresentada a demanda de *référé*, o magistrado ordena a citação da parte contrária, determinando data e hora da audiência. Não há prazo rígido na lei, de modo que cabe ao juiz do *référé* a determinação de um prazo razoável para a preparação da defesa pela parte requerida, sem olvidar a gravidade da urgência apresentada pelo requerente (art. 486)²³⁷. O prazo poderá, assim, variar de alguns dias a até mesmo horas – hipótese denominada *référé d'heure à heure* (art. 485)²³⁸ – permitindo que as audiências ocorram em feriados ou finais de semana, desde que o caso apresente contornos de extrema urgência. Verifica-se, desta forma, que (i) o procedimento de *référé* possui uma

²³⁴ Nesse sentido BONATO, Giovanni. I Référé Nell'ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 41.

²³⁵ A independência entre juízo de *référé* e juízo de mérito parte do pressuposto de que o juiz de *référés* não analisa o mérito em si da demanda, mas apenas os pressupostos para concessão ou não de uma tutela provisória, nos limites funcionais a ela estabelecidos em lei. Daí porque existem discussões no direito francês quanto aos limites do *référé provision*, na medida em que, por não se tratar de um juízo de urgência, a espécie de *référé* estaria inevitavelmente apresentando um juízo sobre o mérito do litígio. Nesse sentido cf. ENGLEBERT, Jacques. *Le référé judiciaire: principes et questions de procédure*. Disponível em: <http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/refere.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2017.

²³⁶ Artigo 771: “Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour : (...) 3. Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 ; 4. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ; 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.”

²³⁷ Artigo 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”.

²³⁸ Artigo 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.”

regra ineliminável de contraditório prévio à decisão²³⁹, e que (ii) justamente para evitar que a regra do contraditório prévio obstrua a celeridade e simplicidade do procedimento o procedimento de *référé*, a lei comporta grande discricionariedade ao magistrado no que toca à formação do procedimento, que poderá sopesar as garantias do contraditório e da ampla defesa à necessidade de urgência apresentada pela parte requerente, adequando os prazos aos contornos da crise de direito material exposta.

Em geral, o *référé* é julgado por um juízo monocrático, também no ímpeto de celeridade e simplificação, sem falar na agilidade da prolação de decisões em casos urgentes. Entretanto, existem exceções ao juízo único do *référé*, dentre as quais chama a atenção à faculdade disposta no artigo 487 do CPC francês²⁴⁰, que permite que o magistrado envie a um órgão colegiado o julgamento de determinado *référé* – hipótese que é interpretada pela doutrina como cabível apenas quando se verificar maior complexidade à causa.²⁴¹

A decisão proferida em sede de *référé* é impugnável conforme a instância em que prolatada, cabendo o recurso de *l'opposition* para decisões proferidas em primeira instância e o recurso de cassação quando a decisão é prolatada pela Corte de Apelação.²⁴²

Por fim, reitera-se que a decisão proferida em *référé* não produz coisa julgada material, nem sequer vincula o juízo de mérito sobre os fundamentos e a conclusão provisória ali apresentada, nos termos do artigo 488 do CPC francês²⁴³. Nesse sentido, Cécile Chainais entende que “todo procedimento de *référé* será sumário e concluirá com uma decisão dotada de coisa julgada provisória”²⁴⁴. Significa afirmar que a decisão proferida em *référé*, conquanto seja inevitavelmente substituída na ocasião de um

²³⁹ “La regola della preventiva instaurazione del contraddittorio è ineliminabile nel procedimento di *référé* e in questa direzione la relativa ordinanza ha un <caractère contradictoire>, nel senso che viene pronunciata solo dopo aver instaurato il contraddittorio con la parte convenuta”. BONATO, Giovanni. I *Référés* Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 48-49.

²⁴⁰ Artigo 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.”.

²⁴¹ BONATO, Giovanni. I *Référés* Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 46-47. No mesmo sentido CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 292.

²⁴² BONATO, Giovanni. I *Référés* Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 51.

²⁴³ Artigo 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.”

²⁴⁴ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 525.

juízo de mérito por perda superveniente de seu fundamento jurídico²⁴⁵, só pode ser revisitada durante sua vigência caso se verifiquem novas circunstâncias que justifiquem fazê-lo. Trata-se de regra expressa disposta também no artigo 488 do diploma legal em questão, e que faz compreender que a tutela provisória, enquanto provisória perante o juízo de mérito, instila caráter definitivo na medida de sua provisoriedade. É dizer: a tutela provisória, não obstante provisória em si, possui caráter definitivo nos limites de sua provisoriedade.²⁴⁶

Resumindo, pode-se concluir que o procedimento de *référé* é marcado pela simplicidade e pela celeridade, dotado de independência e autonomia frente ao procedimento de cognição exauriente e que cumpre sempre o requisito do contraditório prévio, ainda que sob diferentes formas e com máxima discricionariedade do juízo. Além disso, define também o juízo de *référé* a sua inaptidão à formação de coisa julgada material, não vinculando o juízo de mérito eventualmente instaurado (seja ele concomitante ou futuro).

A desvinculação da tutela sumária ao procedimento de cognição exauriente, ainda que desprovida da qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade derivadas da coisa julgada material, faz com que a tutela do provisório no direito francês possua um potencial definitivo no campo prático.²⁴⁷

Paralelo ao sistema de *référés*, o CPC francês também fornece as *ordonnances sur requête* como forma de tutela sumária. Sua aplicação é restrita a medidas concedidas sem a existência de contraditório prévio e seu procedimento encontra-se disposto nos artigos 493 a 498 do diploma processual francês.

O fundamento principal para concessão da *ordonnance sur requête* é em parte similar aos pressupostos que justificam medidas provisórias *inaudita altera parte* no sistema brasileiro e no sistema italiano: a existência de uma urgência excessiva que exige

²⁴⁵“le fond s’imposant au référé dont les décisions sont provisoires, la survenance d’un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé”. Cass., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 142 ss., connota di THÉRY; Cass., 13 luglio 2005, in *Bull. civ.*, 2005, II, 197 *apud* BONATO, Giovanni. I Référés Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 52.

²⁴⁶“Telle este la révolution copernicienne: prise à la lettre, l’autorité de la chose jugée au provisoire désigne ce qui, danz les mesures provisoires, n’est pas provisoire. Elle instille du définitif dans l’ordre du provisoire.” CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 295.

²⁴⁷“Elle peut em effet susister même si s’éteint l’instance principale don’t elle est pourtant l’auxiliaire d’un point de vue substantiel. Ainsi voient le jour deux modèles de rapports structurels avec l’instance au fond, qui déterminent des conceptions temporelles différentes du provisoire, l’un étant nécessairement temporaire, l’autre, potentiellement indéfini.” CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 412.

uma medida imediata, sob pena de perda da própria utilidade do provimento.²⁴⁸ Acresce-se nos sistemas francês e italiano, entretanto, a justificativa da medida *inaudita altera parte* quando um elemento surpresa faz-se necessário. É dizer: a abertura de prazo para manifestação da parte contrária pode conceder espaço para que este aja em sentido contrário à efetividade de um provimento eventualmente favorável²⁴⁹ – elemento fático que é reconhecido no direito brasileiro quanto às cautelares de arresto e sequestro (artigo 301 CPC), assim como na configuração da denominada fraude à execução (artigo 792 CPC).

Para que seja concedida a *ordonnance sur requête*, é imprescindível que a parte interessada evidencie que a eficácia da medida requerida depende inequivocamente da ausência de um debate prévio. Apenas assim pode-se aceitar a utilização do *ordonnance sur requête*.²⁵⁰

A concessão da *ordonnance sur requête* permite a interposição de recurso apresentado no artigo 496 do CPC francês. O dispositivo na verdade da concretude à regra geral disposta no artigo 17 do mesmo diploma, segundo a qual sempre que a lei permita a concessão de medida judicial contrária a uma parte sem a sua prévia manifestação, é necessário a concessão de via recursal adequada para que defenda seus interesses.²⁵¹

Conquanto não haja uma vinculação de dependência entre o juízo das *ordonnances sur requête* e o procedimento de mérito, fundado em cognição exauriente, existem discussões se se poderia considerar a existência ou não da *chose jugée au provisoire* a este procedimento específico, sobretudo em razão da ausência de contraditório prévio. Esta discussão tem base no fato de que o artigo 497 do CPC francês não condiciona a revisão das *ordonnances* à constatação de novas circunstâncias

²⁴⁸ “I presupposto per ottenere un’ordonnance sur requête francese sembrano coincidere con quelli previsti per l’emanazione del decreto cautelare italiano: si tratta dell’ipotesi dell’estrema urgenza e dell’effetto sorpresa.” BONATO, Giovanni. I Référés Nell’ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 52. No mesmo sentido, Cécile Chainais identifica os pressupostos de aplicação da *ordonnance* “lorsque l’urgence este particulièrement pressante ou qu’il existe un risque que cette protection devienne ineffective au cas où le défendeur em serais informé”. CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 252.

²⁴⁹ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 254.

²⁵⁰ “le respect de ce principe [de la contraction] impose que la procédure unilatérale de la requête ne soit admise que lorsqu’il n’est pas possible d’agir autrement”. THÉRT, Ph. *Les mesures d’instruction in futurum apud* CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 255.

²⁵¹ Artigo 17: “Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu’une mesure soit ordonnée à l’insu d’une partie, celle-ci dispose d’un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.”

fáticas.²⁵² Enquanto parte da doutrina entende que as *ordonnances* só podem ser alteradas em razão de novas circunstâncias²⁵³, outra parcela da doutrina, acompanhada da jurisprudência, entende que as *ordonnances* não possuem nenhuma espécie de limitação à sua revisão.²⁵⁴

Em conclusão, diferentemente do sistema de *référé*s, as *ordonnances* possuem menor suscetibilidade a se tornarem definitivas de fato, haja vista a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto na França. A razão principal para esta distinção, vale dizer, consiste na ausência de um contraditório prévio à formação da decisão proferida pelas *ordonnances*.

3.4.2 – A proteção jurisdicional provisória no direito italiano

Embora as discussões acerca da instauração de uma tutela sumária autônoma no direito italiano remontem ao final da década de 70²⁵⁵, apenas em 2003 foi inserido em seu ordenamento uma hipótese de provimento jurisdicional fundado em cognição sumária que não estivesse imperiosamente vinculado a um procedimento de cognição exauriente (vínculo de instrumentalidade).

A Lei n. 5/2003 tinha como objeto processos relativos à matéria societária no direito italiano e tornava facultativa a instauração de processo de mérito após a concessão de uma tutela cautelar (gênero), permitindo que estas produzissem efeitos de caráter definitivo ao longo do tempo.

O procedimento utilizava da tutela de evidência, na medida em que prescindia do pressuposto de urgência e permitia a formação de um título executivo judicial a partir dos fundamentos de defesa e da fragilidade da defesa oferecida pela parte requerida.²⁵⁶

²⁵² Artigo 497: “Le juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire.”

²⁵³ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 313-314.

²⁵⁴ PERROT, *L'inversion du contentieux*, cit., 392-393, nonché Cass., 24 settembre 1981, in *JCP*, 1981, IV, n. 384; Cass., 14 gennaio 1987, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, 410 ss., con nota di PERROT; Cass., 10 dicembre 1998, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, 464, con nota di PERROT; App. Toulouse, 14 febbraio 2002, in *D.*, 2003, 160 *apud* BONATO, Giovanni. I *Référé*s Nell'ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 56-57.

²⁵⁵ A primeira tentativa de instaurar um modelo de tutela provisória similar ao *référé* francês ocorreu em 1978, com a elaboração de um projeto de lei por uma Comissão presidida por Liebman. Após esta comissão, outro projeto foi apresentado por Giuseppe Tarzia, em 1996. Para mais detalhes deste histórico, cf. PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 184-185.

²⁵⁶ Art. 19. (...)2. Disposta la comparizione delle parti e assegnato il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza, il giudice designato, ove ritenga

Apesar da ausência de instrumentalidade a um procedimento posterior de cognição exauriente, a decisão proferida em sede de cognição sumária era considerada inapta à formação de coisa julgada.²⁵⁷

Apesar de apresentar como um procedimento similar ao instituto do *référé provision* francês²⁵⁸ e do evidente objetivo de acelerar a prestação jurisdicional, a lei foi ab-rogada em reforma processual ocorrida na Itália em 2009. Parte da doutrina italiana assevera que esta alteração se deu em função da indisposição do Judiciário em adotar o procedimento, assim como em razão de diversas decisões da Corte Constitucional Italiana que retiraram eficácia a determinados dispositivos do diploma.²⁵⁹

No interregno entre a instauração da tutela sumária referente ao direito societário e a sua posterior ab-rogação teve-se a inserção de um procedimento genérico fundado em cognição sumária e parcialmente independente do juízo de cognição exauriente. A Lei n. 80/2005 alterou o art. 669-octies do CPC italiano, permitindo que o provimento cautelar de urgência concedido *ante causam* permanecesse produzindo efeitos no caso de não instauração de procedimento de mérito. A disposição é no sentido de que qualquer parte pode instaurar o citado juízo de mérito, de modo que se torna exigível a nenhuma delas esta instauração, permitindo, portanto, que o provimento sumário adquira efeitos práticos de definitividade.²⁶⁰

Além da alteração no artigo 669-octies, a reforma operada em 2005 também preceituou os artigos 186-bis e 186-ter, responsáveis por regular a *ordinanza per pagamento di somme non contestate* e a *istanza di ingiunzione*. Os institutos permitem a concessão de uma tutela imediatamente executiva no curso do processo, a qual, caso não contestada, pode se tornar definitiva. José Aurélio de Araújo afirma que o

sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.
²⁵⁷ Art. 19. (...) 5. All'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile.

²⁵⁸ ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, n. 6, 2010, p. 397.

²⁵⁹ SASSANI, Bruno. A.D. 2009: *ennesima riforma al savataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti i processo di cognizione*, p. 13. Disponível em <https://giustizia.it/giustizia/protected/60110/0/def/ref/NOL60098/>. Acesso em 18 de abril de 2017. No mesmo sentido ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, n. 6, 2010, p. 398.

²⁶⁰ “Nesse contexto, as tutelas provisórias suscetíveis de ter os efeitos de satisfação antecipada apssam a se sujeitar ao regime do provisório independente. Independente na sua origem, porque não e necessária a propositura de um proceso 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.”. PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 186.

“fundamento destas *ordinanze* reside na não contestação e, portanto, na prevalência do princípio dispositivo” de modo que “[p]roduzem executividade, mas não a evidência, formação de coisa julgada”²⁶¹.

Inevitável verificar, pela breve explanação ora apresentada, que o funcionamento do procedimento italiano muito se assemelha à estabilização da tutela antecipada apresentada no PL 186/2005, assim como no artigo 304 do CPC/2015. Com efeito, em ambos os casos o provimento sumário apresenta-se em um procedimento que eventualmente pode tornar-se ordinário, dependendo apenas da manifestação das partes interessadas, e em ambos a não postulação do juízo de cognição exauriente não concede ao provimento sumário a qualidade de coisa julgada material.

Dentre outras medidas fundadas em cognição sumária e de caráter provisório existentes no direito italiano, merece destaque também a técnica de condenação com reserva presente no direito italiano.

Embora inexistente no direito italiano uma técnica genérica da condenação com reservas, existem modelos típicos, destinados a determinados conflitos, dos quais pode-se extrair elementos essenciais desta técnica. As principais espécies são a condenação com reserva de exceção de compensação e reconvenção (artigos 35 e 36 do CPC italiano) e a condenação com reserva de exceção no processo de despejo (art. 648 e seguintes do mesmo diploma).

Em ambos os casos, o réu, ao responder a demanda, deve apresentar exceções as quais devem ser consideradas de longa duração, notadamente dependentes de instrução probatória. Caso tratem-se de meras questões jurídicas, a condenação com reserva torna-se desnecessária, bastando o julgamento antecipado da lide.²⁶²

Adequados os pressupostos, o juiz emite provimento executivo favorável ao autor na pendência de decisão posterior, que julgará as defesas apresentadas.

A técnica da condenação com reserva permite um provimento jurisdicional rápido ao autor que possui maior probabilidade de êxito na demanda, na medida em que

²⁶¹ ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, n. 6, 2010, p. 400.

²⁶² “O porquê disso reside no fato de a necessidade da complexidade da matéria alegada ser inexoravelmente exigida. Ora, se as exceções opostas forem de pronta solução de tal modo a serem julgadas imediatamente pelo juiz a sentença então será de condenação ou de rejeição do pedido do autor. Na medida em que a oposição de exceções amplia a matéria da causa, introduzindo na discussão fatos não alegados pelo autor e se destes decorrer necessidade de longa verificação da matéria oposta admitir-se-á a cisão do procedimento – tendo cabimento a sentença com reserva – como lídima forma de distribuição e repartição do tempo do processo e do ônus da prova entre as partes litigantes.”. JUNIOR, João Bosco Macial. A Sentença com Reserva de Exceções substanciais Indiretas no Direito Italiano. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Vol. 6, N. 62, 2004, p. 9.

transfere o ônus do tempo do processo à parte que dele necessita para provar que tem razão, notadamente pela apresentação de exceções de longa duração. Nas palavras de João Bosco Macial Junior, “[a]s garantias oferecidas pelo processo de cognição plena, conquanto se analisa sua peculiar estrutura, podem ser instrumentalizadas no momento da atividade defensiva, com a finalidade básica de deslocamento ou antecipação da tutela jurisdicional”²⁶³.

Ainda que proferido no curso de um processo de cognição exauriente, a condenação com reserva de exceção é considerada inapta à formação de coisa julgada material, na esteira do paradigma asseverado por José Aurélio de Araújo, fundado nas lições de Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, de que “só a cognição exaustiva pode propiciar o pleno exercício do contraditório participativo e, portanto, a coisa julgada material”²⁶⁴.

O estudo do direito italiano faz perceber uma evolução da autonomia dos provimentos jurisdicionais fundados em cognição sumária, com notável influência das ferramentas utilizadas pelo direito francês. Não obstante esta evolução, nota-se maior dependência do direito italiano ao dogma da cognição exauriente, a princípio única técnica apta à formação da coisa julgada material. Isto pode ser verificado no funcionamento da tutela sumária autônoma, cujo procedimento pode desencadear uma cognição exauriente, o que não ocorre apenas se as partes não impugnarem a decisão proferida em sede cautelar – ao contrário do *référé* francês, no qual se verifica uma completa independência entre os procedimentos de tutela provisória e de mérito.

Por outro lado, a técnica de condenação com reserva afigura mecanismo no mínimo interessante para a adequada distribuição do ônus do tempo no processo, na medida em que atribui ao réu, que precisará do tempo processual para provar seu direito, o peso de cumprir com a pretensão postulada no curso do processo. Trata-se, vale dizer, de entendimento similar ao apresentado neste estudo sobre as razões e fundamentos para a tutela de evidência.

²⁶³ *Ibid*, p. 13.

²⁶⁴ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, 4ª ed. Bologna, Il Mulino, 2006, p. 129 *apud* ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, n. 6, 2010, p. 402.

Capítulo 4 – A estabilização da tutela antecipada e sua adequação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa

4.1. A estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015

Ao longo de estudo, apresentou-se um panorama da evolução da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária dentro do direito brasileiro. Investigou-se as premissas conceituais da cognição sumária e da cognição exauriente, assim como a carga constitucional que estas técnicas de cognição informam dentro do processo. Em seguida, empenhou-se num estudo aprofundado das transformações ocorridas no direito brasileiro ao longo do desenvolvimento das tutelas jurisdicionais sumárias, evidenciando que esta evolução se fez consoante a acumulação das funções recebidas pela cognição sumária dentro do processo, sempre vinculadas ao aprimoramento da cognição plena e exauriente – seja no combate das questões de urgência, cautelares ou satisfativas, seja na busca da distribuição isonômica do ônus do tempo do processo entre as partes litigantes.

Na sequência, investigou-se os fundamentos para a desvinculação necessária da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária a um procedimento de cognição plena posterior. Expôs-se razões que justificam a possibilidade de uma autonomia procedimental à tutela jurisdicional sumária, assim como uma superação de sua provisoriedade do ponto de vista prático. É dizer: a tutela sumária, além de ser inserida em procedimento autônomo, pode apresentar resultado satisfatório às partes, sem que sejam obrigadas a perpassar pelo longo procedimento de cognição exauriente. Neste contexto, a tutela sumária acumula a função de aceleração da tutela jurisdicional e potencializa a pacificação social buscada pela justiça.

Estando apresentados os fundamentos para desvinculação da prestação jurisdicional fundada em cognição sumária a um procedimento futuro e certo de cognição exauriente, oportuno investigar a legitimidade constitucional da estabilização da tutela antecipada instituída no Código de Processo Civil de 2015.

Conforme já apresentado neste estudo, o CPC/2015 previu a possibilidade que a tutela antecipada de urgência, concedida em caráter antecedente, gere efeitos para além do fim do processo em que concedida, tornando-se “estável” nos termos da lei.²⁶⁵

²⁶⁵ Trata-se de nomenclatura utilizada desde o PL 186/2005, o qual também adotou terminologia já apresentada pelos doutrinadores da época. Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela

Em detalhes, a tutela de urgência de natureza antecipada pode ser requerida em caráter antecedente, isto é, antes da instauração do procedimento comum, de cognição exauriente. Neste caso, a inicial tratará apenas da urgência requerida e seus pressupostos, acompanhada do pedido final da ação e de exposição da lide (artigo 303). Assim que postulado, a tutela antecipada é requerida pelo juízo e, caso concedida, o réu será citado para cumprimento e posterior participação em audiência de conciliação ou mediação, nos termos do §1º, inciso II do mesmo dispositivo.

Evidente que, assim que citado para responder à decisão, o réu pode interpor o recurso cabível contra a decisão que concedeu a tutela provisória, qual seja o agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015 do diploma. Caso, entretanto, não interponha o recurso, a decisão torna-se estável (artigo 304), de moro a regular o conflito *ad futurum*, sendo o processo extinto conforme disposto no §1º do artigo 304.

Conquanto a decisão estabilizada apresente aptidão *de facto* a regular o conflito, estes efeitos não são dotados de imutabilidade: qualquer uma das partes pode requerer o desarquivamento dos autos e a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada concedida (artigo 304, §2º), mediante utilização do procedimento comum, dotado de cognição exauriente. O §5º do mesmo artigo preceitua um prazo de dois anos para que esta ação de caráter revisional seja postulada por qualquer parte legitimada.

Além disso, o Código é expresso ao afirmar que a “decisão que concede a tutela não fará coisa julgada” (§6º). No entanto, também é assertivo no sentido de que “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” (§6º).

Em resumo, a inovação legislativa apresentada se manifesta pela autonomia – ainda que eventual – do provimento jurisdicional formado em cognição sumária. Esta autonomia para regular de forma definitiva o conflito depende unicamente das partes, ressalvando-lhes, inclusive, o acesso à via da cognição plena posterior. Trata-se de reconhecer, conforme lecionam Érico Andrade e Dierle Nunes, que “se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial de resolver a crise de direito material, não se mostra

conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter decisão de cognição mais profunda no plano vertical”²⁶⁶.

Embora não seja evidente, o procedimento também favorece ao réu, na medida em que pode não se manifestar nos autos (nem mesmo para reconhecer a procedência do pedido, esforço que seria necessário no procedimento ordinário) e apenas cumprir a decisão, gerando economia processual e diminuição do custo do processo.²⁶⁷

Assim que inserida na elaboração do projeto de novo Código de Processo Civil, a estabilização da tutela antecipada inaugurou amplo debate na doutrina, tantos sobre os aspectos técnicos de seu funcionamento dentro do sistema processual quanto à discussão acerca dos reais benefícios de sua instituição.²⁶⁸

Diversas posições foram tomadas, desde apontamentos manifestadamente contrários à estabilização²⁶⁹ a posições favoráveis à inovação legislativa, ainda que com algumas ressalvas.²⁷⁰

O importante para o presente estudo, mormente porque elaborado pouco após a entrada em vigor do instituto, é assegurar sua aplicação de forma a beneficiar a efetividade da tutela dos direitos em observância às garantias que constituem o modelo constitucional de processo. É como lecionam Érico Andrade e Dierle Nunes:

²⁶⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buri de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015

²⁶⁷ “A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem par ao réu permanecer silente, no caso de estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará custas processuais (aplicação analógica do disposto no §1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, *caput*, CPC, também aplicado por analogia)”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2*. Salador: Editora JusPodivm, 2015, p. 605. Entendimento similar é preceituado no enunciado 18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2017.

²⁶⁸ Neste último ponto, merece referência a ressalva de Eduardo Talamini ao afirmar que a estabilização não havia sido indicada nas linhas gerais previamente apresentadas pela Comissão do Senado incumbida de elaboração do anteprojeto do novo Código, o que prejudicou a realização de audiências públicas sobre o tema. Cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de Urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 209 – jul/2012, p.33.

²⁶⁹ Nesse sentido, cf. CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, n. 247 – set/2015.

²⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A Autonomização e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT ano 37, n. 206, p. 18, abr/2012; ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buri de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015, dentre outros.

Percebe-se, assim, que as tutelas processuais diferenciadas saem fortalecidas na nova legislação e resta a todos, em especial à doutrina, responsabilidade e reflexão neste momento de transição, de modo a aprender com os sistemas estrangeiros, nos exatos limites do que eles puderem nos auxiliar, para evitar que caiamos em armadilhas que este estudo pode prevenir.

É um momento de reflexão. Que possamos aprender, nesta parte aqui discutida, com os sistemas estrangeiros que já se valem das técnicas há mais tempo que nós e impor um novo sistema argumentativamente predisposto à plenitude da aplicação democrática e constitucional do direito para todos os cidadãos brasileiros em conformidade com as peculiaridades de nossas litigiosidades e com as vicissitudes do Poder Judiciário e do processo brasileiro.²⁷¹

Com base nos objetivos acadêmicos citados e com fulcro na exposição do procedimento feito anteriormente, algumas conclusões iniciais podem ser apresentadas, as quais serão um norte para a investigação da legitimação constitucional do procedimento de estabilização da tutela antecipada nos moles do CPC/2015:

- a. A tutela antecipada estabilizada é uma decisão fundada em cognição sumária porque superficial, na terminologia de Watanabe²⁷², na medida em que se fundamenta em juízo de probabilidade (artigo 300 do Código) e, mais importante, não pressupõe, ao menos numa interpretação literal do dispositivo, do núcleo mínimo do contraditório, materializado pela audiência bilateral. Com efeito, o réu só é citado para comparecer ao procedimento após a concessão da tutela antecipada. Logo, pressupõe-se que a estabilização ocorre apenas às tutelas provisórias concedidas *inaudita altera parte*. Trata-se, portanto, de uma mitigação da garantia do contraditório participativo, uma vez que posterga a sua real efetivação a momento futuro.
- b. A tutela antecipada estabilizada também é uma decisão fundada em cognição sumária porque parcial, na medida em que fraciona a cognição, transferindo todo o conteúdo de defesa do réu a uma nova ação, posterior e incerta. Verifica-se, outrossim, mitigação da garantia ao contraditório participativo, na medida em que o torna eventual.

²⁷¹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁷² Conferir Capítulo 1, item 1.3.2.1, *supra*.

- c. Não obstante o CPC/2015 reconheça expressamente a não formação de coisa julgada material pela decisão estabilizada, o diploma também indica prazo para que a revisão da decisão seja operada pelos jurisdicionados, o que implica trazer algum nível de imutabilidade à tutela sumária então concedida ou, até mesmo, permitir uma interpretação *contra legem* do sistema, indicado que a decisão estabilizada forma coisa julgada material após os dois danos para sua revisão. O ponto merece, portanto, detida análise acerca de eventual inconstitucionalidade por restringir o acesso à cognição plena e, outrossim, ofender o conteúdo pressupostos à coisa julgada material.

4.2. A estabilização da tutela antecipada no CPC 2015 e a garantia do contraditório

4.2.1. Cognição sumária superficial e o contraditório diferido

Conforme já apresentado neste estudo, a cognição sumária porque superficial atribui alto nível de discricionariedade ao julgador, na medida em que o permite apresentar provimento jurisdicional dotado de carga executiva interpretando pressupostos os conceitos jurídicos indeterminados inseridos nos dispositivos que permitem a formação de uma tutela jurisdicional sumária.²⁷³

Em geral, a cognição sumária porque superficial encontra fundamento de existência no sistema processual por duas razões fundamentais: (i) combater o perigo na demora da prestação jurisdicional, seja ela um perigo atrelado à possível perda do resultado útil do processo ou à própria efetividade da tutela jurisdicional pleiteada e (ii) distribuir de forma isonômica o ônus do tempo ao processo, transferindo-o à parte litigante que dele necessita para provar suas razões.

Na medida em que visam a potencializar a efetividade do procedimento fundado em cognição exauriente, a cognição sumária porque superficial encontra contrapeso na sua provisoriedade: a legitimidade do provimento tem amparo no fato de que o contraditório é posteriormente integrado, na mesma relação processual, permitindo que

²⁷³ Tome-se como exemplo os termos “probabilidade do direito”, “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”, nos termos do artigo 300 do CPC/2015, referente à tutela de urgência. Da mesma maneira, as expressões “abuso do direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório da parte” e “prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”, todos referentes a hipóteses da tutela de evidência inseridas no CPC/2015.

posteriormente ao provimento as partes possam exercer seus direitos de manifestação, instrução e influência, de modo a permitir a prolação de novo provimento jurisdicional, fundado em contraditório e, assim, apto à formação de coisa julgada material.²⁷⁴

Em verdade, não é só no regime das tutelas provisórias que se verifica a utilização da cognição sumária porque superficial. Esta técnica também é repetida em outros procedimentos especiais, tanto no CPC/73 quanto no atual CPC/2015, nas quais em geral uma decisão é proferida pelo julgador com base em elementos de verossimilhança e fundados em elementos específicos da crise de direito material que se busca dirimir. Tem-se como exemplo no diploma processual vigente a liminar de manutenção e reintegração em ações possessórias (artigo 562)²⁷⁵, a ordem de suspensão de atos constritivos nos embargos de terceiro (artigo 678)²⁷⁶. Na legislação especial, tem-se como exemplos a suspensão liminar de ato lesivo na ação popular (artigo 5º, §4º, Lei 4.717/1965)²⁷⁷, a imissão provisória na ação de desapropriação (artigo 15, Decreto-lei 3.365/1941)²⁷⁸, a concessão de medida liminar, e sua suspensão, em ação civil pública (artigo 12, *caput* e §1º, Lei 7.347/1985)²⁷⁹, a tutela específica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigo 84, Lei 8.078/1990)²⁸⁰ e a liminar em ação de mandado de segurança (artigo 7º, inciso III, §§ 3º e 4º, Lei 12.016/2009)²⁸¹.

²⁷⁴ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 176.

²⁷⁵ Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

²⁷⁶ Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido. Parágrafo único. O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

²⁷⁷ Art. 5º. (...) § 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

²⁷⁸ Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o [art. 685 do Código de Processo Civil](#), o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;

²⁷⁹ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

²⁸⁰ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

²⁸¹ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (...)§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou

Em todas as hipóteses presentes no ordenamento brasileiro, verifica-se como denominador comum a busca de efetividade à tutela jurisdicional, de forma a assegurar uma resposta jurisdicional célere e tempestiva aos anseios exigidos pelos contornos da lide em questão. Essa resposta jurisdicional é sempre atrelada a juízos de probabilidade e verossimilhança, nos quais permite-se uma alta carga de discricionariedade aos juízes e, em contrapartida, passando a integração pelo contraditório participativo a momento posterior.²⁸²

Em determinados casos específicos, o diferimento do contraditório ganha grau de máxima elevação, suprimindo até mesmo a regra geral da audiência bilateral antes da decisão fundada em cognição sumária. Estes casos exigem a comprovação de uma máxima urgência, na qual não se pode nem sequer uma manifestação prévia da parte contrária. A concessão de medida liminar *inaudita altera parte* exige a adequada e proporcional ponderação entre o princípio do acesso à jurisdição (artigo 5º, XXXV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), buscando o máximo equilíbrio entre os interesses em conflito e assegurando a medida *ex parte* apenas quando se fizer indispensável sua concessão.²⁸³

No mesmo sentido, Leonardo Greco assevera que o contraditório eficaz “é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação, através de liminares cautelares ou antecipatórias, ser excepcional e fundamentada na convicção

cassada, persistirão até a prolação da sentença. § 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

²⁸² “Acontece que em determinadas situações, ou certos direitos, exigem uma resposta jurisdicional que confira imediatamente o bem da vida procurado pela parte. Dessa forma, não há como não admitir, para esses casos, uma limitação do contraditório, concebendo-se um julgamento baseado em alegações e provas que sejam compatíveis com a urgência que legitima a tutela, pospondo-se de forma plena do contraditório.” MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. V. 37, Curitiba, 2002, p. 48.

²⁸³ Nas palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer um dano de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. (...)O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto. E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do Contraditório. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, p. 11. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2017.

firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou do retardamento da decisão”²⁸⁴.

O CPC/2015 sedimentou a garantia da audiência bilateral em seu artigo 9º, ao preceituar que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. E sedimentou, outrossim, o dever de influência na formação do provimento jurisdicional no artigo 10, o qual exige que “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Ampliou, por outro lado, a exceção ao cumprimento do dever de audiência bilateral em seu parágrafo único do art. 9º, aplicando-o não só às tutelas de urgência, como também às tutelas de evidência que comportam uma decisão de caráter liminar (artigo 311, incisos II e III) e, outrossim, à decisão que expede o mandado de pagamento em ação monitória, nos termos do art. 701.²⁸⁵

Embora esta ampliação indique cenários processuais desprovidos do critério de urgência, seus elementos não são, na sua maioria, novos dentro do ordenamento: a tutela de evidência estatuída no artigo 311, III diz respeito ao pedido reipersecutório ao contrato de depósito, hipótese já existente nos artigos 901 a 906 do CPC/73; a técnica monitória, da mesma maneira, também constitui procedimento especial existente no diploma processual anterior (artigos 1.102-A a 1.102-C). A única novidade consiste, na verdade, na tutela de evidência fundada em prova documental e com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, nos termos do art. 311, IV. Ainda assim, a disposição materializa força já crescente dos precedentes judiciais dentro do sistema processual brasileiro.

Mais que isso, o sistema processual brasileiro vai mais além ao permitir que se profira sentença de improcedência em caráter liminar, quando o pedido contrariar (i) enunciado de súmula do STF ou STJ; (ii) acórdão proferido pelo STF ou STJ em regime de julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito

²⁸⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.547-548

²⁸⁵ Art. 9º. (...)Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

local.²⁸⁶ A discussão sobre a legitimidade constitucional nestes casos, entretanto, envolve a renunciabilidade da garantia do contraditório e inexistência de prejuízo a esta renúncia, escapando aos limites deste estudo.²⁸⁷

Em resumo, a técnica da cognição sumária como superficial, desde que atrelada ao contraditório diferido, não encontra maiores óbices quanto à sua constitucionalidade.²⁸⁸ Não obstante sua aplicação pressuponha a existência de fundamento legal e o cumprimento de pressupostos estabelecidos neste fundamento, o oferecimento de momento posterior, na mesma relação processual, em que a parte requerida possa manifestar seus interesses e, sobretudo, influenciar a formação de um provimento jurisdicional que necessariamente substituirá o anterior, assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa – materializados, no campo do procedimento, no acesso à cognição plena.²⁸⁹

A estabilização da tutela antecipada, enquanto decisão fundada em cognição sumária porque superficial (proferida *inaudita altera parte*) não carece, pelo exposto, de ressonância constitucional, uma vez que sua concessão é realizada em sede de urgência, circunstância que permite a postecipação do contraditório, no intuito de assegurar um provimento jurisdicional ágil e efetivo. Além disso, à parte requerida é oferecida oportunidade de impugnação à decisão que concede a tutela de urgência mediante o recurso cabível, de modo reverter o resultado da decisão proferida sem sua participação,

²⁸⁶ O instituto encontra-se preceituado no artigo 332 do CPC/2015: Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

²⁸⁷ Acerca do fundamento constitucional da sentença liminar de improcedência, bem como da existência ou não de cognição sumária em sentenças desta ordem, ver SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 192 e ss.

²⁸⁸ Baptista da Silva, com fulcro em Martinetto, assevera a legitimidade constitucional do contraditório diferido ao afirmar que “neste caso, como no contraditório prévio, que é a expressão comum da bilateralidade da audiência”, em que o juiz somente deve prover depois de ouvir a ambas as partes, o resultado final do procedimento igualmente será construído pela participação de ambas as partes.” O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS. Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, ano XXVI, n. 80, dez. 2000, p. 219.

²⁸⁹ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 178.

inclusive dentro da mesma relação processual. O cumprimento das garantias do contraditório e da ampla defesa, nestes termos, se mantém.²⁹⁰

Interposto o recurso adequado, portanto, o fenômeno da estabilização é afastado e as partes seguem na direção do procedimento comum de cognição exauriente, no qual poderão indicar todas as suas alegações quanto aos pontos fáticos e jurídicos da demanda, assim como produzir provas adequadas e, com base em todo este armamento processual, influenciar na formação do provimento final.

Sendo constitucional a decisão que antecipa os efeitos da tutela em casos de urgência, como é a hipótese sujeita a estabilização no CPC/2015, mais condizente ainda com o modelo constitucional de processo a decisão que profere tutela jurisdicional fundada em cognição sumária após o cumprimento da audiência bilateral, nos cenários em que a urgência permite esta manifestação prévia da parte requerida. Infelizmente, no entanto, a estabilização parece ter aplicabilidade apenas quando concedida a tutela em sede liminar, isto é, antes da manifestação da parte contrária, nos termos do art. 304, *caput*. Seria adequado e até mesmo interessante que o legislador tivesse ampliado esta hipótese de estabilização, permitindo que ocorra inclusive quando houvesse justificativa prévia do réu antes da concessão da tutela de urgência, consoante o disposto no artigo 300, §2º²⁹¹.

Com efeito, se o sistema permite até mesmo a estabilização de decisões proferidas em sede liminar, quanto mais após um exercício (ainda que em menor grau) da garantia de contraditório entre as partes. É o que ocorre, regra geral, no sistema de *référés* francês, o qual, não obstante profira uma decisão de caráter provisório e fundado em cognição sumária, sempre terá como base a existência de um contraditório prévio entre as partes.

Também não se deve esquecer que a estabilização da tutela antecipada também não encontra óbices à aplicação junto à tutela de evidência: a conservação dos efeitos da decisão proferida não tem como fundamento máximo a urgência que antecedeu a prolação

²⁹⁰ Em sentido similar conclui Nicolò Trocker, ao tratar do artigo 111 da Constituição Italiana: “Quel che rileva è che il procedimento promosso in forma sommaria non si esaurisca in sè, senza accordare al resistente la facoltà di difendersi in una fase ulteriore di giudizio, ove la domanda iniziale è sottoposta la piena cognizione del giudice e l'esecuzione provvisoria del provvedimento emesso è suscetibile di sospensione o di revoca.”. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LV, n. 2, Giugno 2001, p. 395-396.

²⁹¹ Art. 300. (...) § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificacão prévia.

da decisão, mas a conjunção dos fatores de probabilidade do direito da parte requerente e ausência de interesse da parte requerida em questionar esta possibilidade.

Ora, se um dos pressupostos da instauração da estabilização da tutela antecipada é evitar que processos sejam eternizados de forma desnecessária no sistema, uma vez que movidos por intenções protelatórias de uma das partes, visto que já cientes da ausência de seu direito no mérito, sua aplicação tem incidência até mais precisa na tutela de evidência, na medida em que se justifica justamente para evitar a assunção do ônus do tempo do processo à parte requerente quando esta tem mais chances de êxito ao final da demanda.²⁹² Em suma, ressoa de forma mais coerente na tutela de evidência, em função das razões que justificam sua concessão, a estabilização da tutela antecipada do que nos pressupostos da tutela de urgência. Trata-se, outrossim, de um elemento constatado no sistema de *référé*, notadamente o *référé provision*, marcado pela ausência do pressuposto da urgência e que possui máxima aplicação no sistema francês.²⁹³

Como já apresentado neste estudo, a tutela de evidência demonstra que o tempo do processo deve existir para assegurar àquela parte que possui menor probabilidade do direito o tempo necessário para demonstrar suas razões e reverter uma decisão provavelmente contrária. Se esta parte não se interessa pela assunção deste ônus, não há razão para postergar o andamento do procedimento, onerando a outra parte e a própria Jurisdição. Nestes termos, a estabilização é mais harmônica aos objetivos buscados pela tutela de evidência, e não pela tutela de urgência – hipótese na qual parece existir uma cumulação de objetivos diversos em um mesmo procedimento.²⁹⁴

²⁹² “Com esse sistema contornam-se todos os processos nos quais o próprio devedor não encontraria questões a suscitar; e o ônus, que se lhe irroga, de propor o processo de cognição, suprime numerosas contestações infundadas, que se o citassem em juízo, teria formulado com ânimo exclusivamente dilatatório.”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 150.

²⁹³ “Particularmente interessante é a verificação de que, em muitos casos, o processo se detém no patamar do provisório, pois o réu, consciente de que sua causa é indefensável, nem sequer tenta dar continuação ao feito no tribunal. Em tal hipótese, lucram todos: o autor, que terá obtido rapidamente o que lhe era devido, e a Justiça que terá economizado um longo processo, ao desencorajar uma resistência sem esperança. Não é exagero dizer que o *référé-provision* constitui uma das inovações mais marcantes deste fim de século e tem sem dúvida o mais belo futuro diante de si.”. PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do Século XXI*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 91, São Paulo, 1998, p. 208

²⁹⁴ “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 de urgente) como a função de propiciar rapidamente resultados práticos em caso de inércia do réu (tutela monitoria). (...) Isso não significa que a técnica monitoria deva ser empregada. Mas sua adoção seria muito mais razoável se vinculada não à tutela urgente, mas à tutela da evidência concedida em caráter preparatório.”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 209 – jul/2012.

Superado este debate doutrinário, a análise apresentada encontra adequação constitucional do fenômeno da estabilização da tutela antecipada concedida à tutela de urgência requerida em caráter antecedente, na medida em que a cognição superficial e *inaudita altera parte* prolatada no procedimento exige o requisito da urgência contemporânea ao momento da interposição, assim como concede à parte requerida a possibilidade de reverter os efeitos da decisão em momento posterior no mesmo procedimento, mediante a interposição de recurso²⁹⁵. Nota-se, portanto, a conciliação das garantias do contraditório e da ampla defesa com o acesso à justiça e os deveres de tempestividade e celeridade na prestação jurisdicional. Conciliação, inclusive, que pode ser dita como proporcional, na medida em que a concessão da tutela sem o cumprimento da audiência bilateral apenas ocorre em razão da urgência – requisito reconhecido pela doutrina como elemento permissivo de uma prestação jurisdicional nestes moldes.

Por outro lado, a investigação doutrinária até então apresentada faz perceber que a estabilização também poderia ser estendida a decisões de antecipação de tutela que fossem proferidas após a manifestação prévia da parte contrária, a título de cumprimento do dever de contraditório mínimo, manifestado pela audiência bilateral. Também seria adequado do ponto de vista constitucional a estabilização em casos de tutela de evidência, na medida em que os fundamentos de sua aplicação pelo CPC/2015, notadamente os incisos II e IV do artigo 311²⁹⁶, estão em completa harmonia com os objetivos da estabilização – assegurar efeitos peremptórios a uma decisão de cognição sumária em razão da alta probabilidade do autor e do desinteresse do réu em combater esta probabilidade no âmbito do processo.

Enquanto a tutela antecipada passível de estabilização não encontra óbices constitucionais em razão do contraditório diferido, necessário investigar, de outro lado,

²⁹⁵ Existem interpretações, inclusive, no sentido de que a mera defesa no procedimento ordinário, sem a interposição do recurso adequado, também obstará a estabilização. Trata-se de entendimento que reduz a efetividade da estabilização, mas que são ainda mais conservadores quanto à sumariedade da cognição e o acesso à cognição plena. Nesse sentido, cf. No mesmo sentido já se manifestou Heitor Vitor Mendonça Silva, in *Doze problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf. Acesso em 30 de abril de 2017; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 e THEODORO JUNIOR, Humberto; TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 2009, 2012.

²⁹⁶ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...)II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (...)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.

sua relação com as garantias constitucionais ao parcelar a cognição em dois procedimentos distintos, sendo um deles eventual.

4.2.1. Cognição sumária porque parcial e o contraditório eventual

A grande novidade do CPC/2015, que define o fenômeno da estabilização, consiste na possibilidade de extinguir o processo de conhecimento na hipótese de não impugnação, pela parte requerida, da decisão que concede tutela de urgência em caráter liminar, nos termos do art. 304.

Trata-se de técnica de sumarização que inverte o ônus do contraditório, tornando sua instauração uma faculdade à parte sucumbente pela tutela sumária e, portanto, um fenômeno eventual, e não necessário no curso do procedimento. Ao vencido caberá exercer seu direito ao contraditório instaurando uma nova ação em momento posterior, quando terá acesso à cognição plena e, por conseguinte, à coisa julgada material.

Em outras palavras, tem-se uma “reserva de ação ou de exceção, a ser exercida em momento posterior, conforme o interesse do vencido, limitando o âmbito do conhecimento do julgador, na etapa anterior, com a consequência sumarização da cognição”²⁹⁷.

Como já afirmado neste estudo, Ovídio Baptista indica a existência de duas modalidades para a aplicação do contraditório eventual.²⁹⁸ Uma 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”. O exemplo mais óbvio consiste no processo de execução, que impõe o cumprimento da obrigação e a possibilidade de apresentação de embargos – verdadeiro processo de conhecimento incidental ao pleito executório.

²⁹⁷ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 180.

²⁹⁸ O entendimento também ressoa na doutrina Italiana. Andrea Graziosi afirma que “la tecnica dell’inversione dell’onere di instaurazione del contraddittorio conosce almeno due varianti che si pongono, per così dire, agli stremi opposti, rispetto ai suoi due principali elementi strutturali: la posticipazione del contraddittorio ed il iudizio deliberativo del giudice. La prima è quella di attribuire efficacia esecutiva a documenti di formazione stragiudiziale che diano particolari garanzie di attendibilità quanto alla probabile esistenza del diritto in essi rappresentato, e di convogliare quindi ogni possibilità difensiva del debitore vuoi nel giudizio di opposizione all’esecuzione che lo stesso può promuovere se aggredito esecutivamente (art. 615 c.p.c.), vuoi nella falcotà, riconosciutagli, di chiedere la sospensione porvvisoria dell’esecutorietà del titolo.”. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009. p. 145.

A segunda modalidade “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”²⁹⁹.

Percebe-se que a primeira modalidade não envolve uma atuação direta do juiz na formação do procedimento. A lei define determinados títulos de caráter executivo e permite que sua utilização avance o procedimento diretamente à fase executiva, sem conferir nenhuma oportunidade de defesa ao executado em sua primeira fase. O legislador deu preferência à formação de uma ordem de cumprimento da obrigação, privilegiando determinados títulos e concedendo a garantia do contraditório de forma *eventual*, o qual, se exercido, também pode ser preceituado como uma limitação a determinadas matérias de defesa.³⁰⁰

Trata-se, portanto, de inequívoca sumarização da cognição, tornando-a parcial: ao juiz da execução cabe proceder aos atos constritivos na ordem do procedimento previsto em lei, sendo ônus do executado instaurar o contraditório em ação incidental posterior e eventual – a qual, inclusive, terá objeto de cognição muito maior que uma oposição ao cumprimento de sentença, uma vez que a cognição é postergada para após a execução.³⁰¹

E não se trata de uma opção incomum do legislador: a existência de títulos executivos extrajudiciais extrapola o rol do artigo 784 do CPC/2015. Araken de Assis apresenta ampla listagem de títulos executivos previstos por disposições legais extravagantes, dentre eles a cédula rural pignoratícia e hipotecária (art. 41, *caput*, do Dec.-lei 167, de 14.02.1967), a letra de arrendamento mercantil (art. 2.º da Lei 11.882, de 12.12.2008); créditos decorrentes dos órgãos controladores do exercício profissional (art. 2º da Lei 6.206, de 07.05.1975), multas do Tribunal de Contas da União (3.º da Lei 6.822, de 22.09.1980), dentre outras.³⁰²

Pelo exposto, é de se concluir de forma similar a Leonardo Schenk quando afirma que “o sistema processual civil convive, portanto, de longuíssima data, com essa

²⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS. Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, ano XXVI, n. 80, dez. 2000, p. 233.

³⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1133.

³⁰¹ “O título extrajudicial prescinde de prévia condenação, ou seja, resolução judicial que reconheça o dever de prestar do vencido. O título extrajudicial ‘não tem antecedência, mas antecipa-se à sentença de cognição’. Consequentemente, postergando a função de conhecimento, o grau de estabilidade dessa espécie de título diminui de modo dramático. O principal sintoma da fragilidade se encontra no regime heterogêneo da oposição do executado, que, contra execução fundada em título extrajudicial, possui horizontes largos (art. 917, VI).” *Ibid.*, p. 115.

³⁰² *Ibid.*, p. 128-130.

técnica de contraditório eventual”. Segundo o autor, ainda, “para atender às exigências da garantia [do contraditório], preocupou-se o legislador com a previsão, e delimitação, de uma oportunidade futura para acesso à cognição judicial, por meio dos embargos à execução”³⁰³. No mesmo sentido conclui Humberto Theodoro Júnior, ao reconhecer que ao processo de execução não carece o direito ao contraditório, não obstante ausência de atividade cognitiva prévia aos atos constitutivos.³⁰⁴

A segunda modalidade de sumarização da cognição por contraditório eventual tem fundamento diverso à criação dos títulos executivos: trata-se de atender aos anseios de economia processual, o legislador permitiu que determinados lides fossem fracionadas, consoante os contornos da crise de direito material em julgamento, de modo a diminuir a complexidade do conflito e trazer resultados mais céleres. Nestes casos, a utilização de outros elementos de devesa ou o levantamento de questões exteriores aos limites de cognição devem ser feitos em ação autônoma, que terá caráter *plenário*.³⁰⁵

O exemplo mais evidente para o fracionamento da cognição está na ação de desapropriação: inequívoco a parcialidade da cognição preceituada no artigo 20 do Decreto Lei 3.365/1941, segundo o qual a contestação deve versar somente sobre vício do processo ou impugnação do preço.³⁰⁶ Ora, ainda que se verifique ampla análise do preço do imóvel, “a plenitude de defesa, assegurada no contraditório participativo somente estará a salvo se houver a sua conjugação com a demanda plenária subsequente”³⁰⁷.

³⁰³ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 183.

³⁰⁴ “Não é exato, portanto, afirmar-se o caráter não contraditório do processo de execução. Não é de sua índole colocar em contraditório o direito material já acertado no título executivo. Não pode, todavia, fugir do contraditório relacionado com a pretensão e prática dos atos executivos, mesmo porque, por garantia constitucional, nenhum processo, seja de que natureza for, poderá se desenvolver sem o respeito ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV).” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. III. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 317.

³⁰⁵ Alex Costa Pereira também reconhece este fracionamento como sumarização da cognição: “Nessa hipótese de tutela sumária, a matéria que poderia ser objeto da defesa do demandado – cuja arguição é expressamente vedada pelo ordnamento em específico procedimento especial-, pode se tornar, a dependem da iniciativa daquele que se sujeitou à tutela jurisdicional então concedida, a causa de pedir de nova demanda plenaária, na qual a cognição plena e exauriente poderá se desenvolver em sua integralidade.” PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 42.

³⁰⁶ Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

³⁰⁷ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 185.

O mesmo desenho procedimental pode ser verificado na oposição de embargos à execução fiscal, na medida em que é vedada a alegação de compensação nos termos do art. 16, §3º da Lei 6.830/80³⁰⁸. Também se verifica, ainda, o corte cognitivo nas demandas possessórias, em que não se permite a discussão acerca do domínio diante da mesma parte, nos termos do artigo 557 do CPC/2015.³⁰⁹

Em todos estes casos, nota-se que a sumarização da cognição implica inequívoca possibilidade de ação autônoma, na qual pode-se levantar a discussão de pontos vedados no procedimento especial e, nestes termos, assegurar o contraditório efetivo.

Por fim, é possível ainda ocorrer a sumarização da cognição mediante a inversão do contraditório em razão da busca da efetividade processual. O maior exemplo desta modalidade é o da ação monitória, passível de utilização quando o autor possui prova documental capaz de consignar obrigação de pagar quantia certa, a entrega de coisa (fungível ou não) ou bem (móvel ou imóvel) ou o adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer (artigos 700 e seguintes do CPC/2015).

Leonardo Schenk, com fulcro nos ensinamentos de Andre Proto Pisani, afirma que a adoção do legislador de técnicas monitorias busca evitar os custos de um processo de cognição plena quando este não se justifica.³¹⁰ A ausência de controvérsia do direito postulado, cumulado ao desinteresse do réu em defender sua posição de não cumprimento da obrigação em juízo, fazem com que o processo possa ser direcionado antecipadamente à sua fase cognitiva, assegurando efetividade e celeridade.³¹¹

Importante destacar aqui que o acesso à cognição plena fica dependente da vontade do demandado, a ser operada no prazo e na forma preceituados em lei – no caso, oposição dos embargos monitorios, nos termos do artigo 702 do CPC/2015. Logo, a

³⁰⁸ Art. 16. (...) § 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

³⁰⁹ Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

³¹⁰ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 189.

³¹¹ Seria, evidentemente, enorme perda de tempo exigir que o credor recorresse à ação de condenação para posteriormente poder requerer o cumprimento da obrigação determinada na sentença, quando de antemão já se está convicto de que o devedor não vai opor contestação ou não dispõe de defesa capaz de abalar as bases jurídicas da pretensão. Em tal conjuntura, é claro que a observância completa do processo de cognição esvazia-se de significado, importando, para o credor e para a justiça, enorme perda de tempo e dinheiro.?. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. II. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 493.

cognição exauriente é possível desde que haja manifestação adequada daquele que a ela aproveita, sob pena de verdadeira renúncia do direito ao contraditório:

O procedimento monitório brasileiro, tal como o italiano, funciona, em suma, como uma técnica de “inversão do ônus da iniciativa acerca da instauração do contraditório para o juízo de cognição plena e completa”, transferindo-se para a parte que normalmente não o tem (o demandado), e tornando *eventual* o desenvolvimento do pleno contraditório, já que o réu pode não provocá-lo. Só haverá, na verdade, contraditório pleno, “quando for necessário”. Se o demandado não embarga a ação monitória, considera-se como *renunciado* o direito àquele contraditório, tornando-se definitivo o acerto preliminar, feito sumariamente e sem prévia audiência do devedor. Com isso, o *mandado injuntivo* adquire, de plano, *eficácia executiva*.³¹²

Em todos os casos de sumarização da cognição por fracionamento em seu objeto, tem-se verificado a possibilidade de integração do contraditório de forma eventual. É dizer: o acesso à cognição plena pelo jurisdicionado deixa de ser uma regra imposta pelo procedimento, tornando-se verdadeira faculdade processual, a qual é ou não renunciável pelo requerido.

Esta aparente fragilização da garantia do contraditório, entretanto, não significa marcar o procedimento pela pecha da inconstitucionalidade, na medida em que nenhuma das hipóteses de sumarização da cognição ora examinadas tolhem o acesso à cognição plena pelo réu. Todo procedimento caracterizado pelo contraditório eventual deve apresentar disposição expressa que assegure ao jurisdicionado o acesso à cognição plena. Este é o limite de garantia ao contraditório e à ampla defesa que revelam a adequação do procedimento ao modelo constitucional de processo.

Trata-se de verdadeira coordenação das garantias constitucionais citadas com os imperativos de economia e efetividade da tutela jurisdicional.

Kazuo Watanabe, ao analisar os procedimentos em que ocorre, na sua terminologia “cognição parcial e exauriente”, afirma que “as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da Justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do

³¹² *Ibid.*, p. 496.

controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais (ofensa ao inciso XXV do art. 5º da CF de 1988)”³¹³.

Nestes termos, o exame da constitucionalidade da estabilização da tutela antecipada deve analisar a sumariedade da cognição porque parcial e, neste ponto, se há ou não garantia do acesso à cognição plena.³¹⁴

Evidente, de início, identificar que a estabilização da tutela antecipada pode ser inserida numa técnica de sumarização da cognição com contraditório eventual.³¹⁵

Evidente, outrossim, que a tutela antecipada estável não obsta o acesso dos jurisdicionados (não só o réu, mas também o autor), à via da cognição plena. Nesse sentido dispõe o §2º do artigo 304 do CPC/2015.

Nestes termos, portanto, é de se concluir que o contraditório eventual caracterizado pela estabilização da tutela antecipada não implica uma renúncia peremptória à garantia do contraditório.³¹⁶ Mesmo que estabilizada a decisão por contumácia do requerido, a este ainda existe o caminho da cognição plena com o objetivo de revisão, reforma ou invalidação da decisão de estabilização. O exercício desta garantia, por outro lado, que está sujeita ao interesse daquele.

Logo, o procedimento cumpre, numa primeira análise, com a garantia do contraditório. Cabe apenas verificar, entretanto, os limites de imutabilidade que são atreladas à decisão estável em razão do prazo de dois anos estabelecido no §5º do artigo 304 do Código, inclusive para examinar uma possível interpretação, embora remota, de formação de coisa julgada material, não obstante a vedação desta qualidade pelo §6º do mesmo dispositivo.

³¹³ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

³¹⁴ Nesse sentido assevera também Andrea Graziosi: “se ne deve allora dedurre siccome il soddisfacimento di esigenze di economia processuale, cui generalmente è preordinata la cognizione sommaria perchè parziale, non può certo legittimare una soppressione total de della garanzia del contraddittorio, il ricorso a tale forma di cognizione è costituzionalmente ammissibile solo se ed in quanto ciò avvenga nell’ambito di um procedimento dotato di um solido dispositivo di rimessione in termini a tutela del soggetto che, dopo il provvedimento conclusivo della prima fase, sai incolpevolmente decaduto dal potere di instaurare l’eventuale fase a cognizione piena.”. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 142.

³¹⁵ Nesse sentido, cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de Urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209 – jul/2012.

³¹⁶ “Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade da técnica de inversão do ônus de instauração do contraditório participativo, fazendo eventual o pleno exercício dos direitos inerentes à garantia, desde que seja assegurado pelo legislador ao interessado, em momento posterior, conforme a sua vontade, o ingresso na justiça para obter uma resposta apoiada na cognição plena.”. SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 191.

É o que se verá adiante.

4.3. Imutabilidade da estabilização da tutela antecipada: a relação do conceito de estabilidade com a formação de coisa julgada material

Estabelecidas as condições de aplicação da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro sem que haja ofensa à garantia do contraditório, oportuno discorrer acerca dos limites de imutabilidade à decisão estabilizada.

Imperioso o exame da questão, na medida em que a regulação de um conflito mediante uma decisão fundada em cognição sumária, sobretudo em um cenário sem a participação efetiva do réu na formação do provimento.

Conquanto envolva uma evolução e uma notável mudança de paradigma, a concessão de autonomia procedimental e de eficácia às tutelas sumárias faz-nos indagar sobre sua relação com o procedimento de cognição plena e exauriente, previamente elaborado para assegurar as garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa e, por conseguinte, resultar numa decisão a ser qualificada como coisa julgada material.³¹⁷

Não obstante o CPC/2015 ser expresso no sentido de que a tutela antecipada estável não forma coisa julgada³¹⁸, esta hipótese seria possível frente ao modelo constitucional do processo brasileiro? Ou mais: decurso o prazo de dois anos previsto no §5º do art. 304 para revisão da decisão estável, ela assume o caráter de imutável e indiscutível de forma similar à coisa julgada? Em caso negativo, qual o sentido deste prazo decadencial estipulado na lei?

Inevitável dizer que se verifica uma incongruência a qual, de fato, suscita dúvidas aos operadores do direito: qual a diferença entre a decisão dotada da autoridade decorrente de coisa julgada material e a decisão estabilizada que não foi revista no prazo de dois anos? Em ambos os casos se verifica, numa primeira análise, os efeitos de indiscutibilidade e imutabilidade das decisões, o que indica tratar-se de uma mera

³¹⁷ A doutrina italiana já destacava a importância de conciliar a tutela sumária com as garantias de contraditório e ampla defesa: “Mi pare, infatti, assolutamente condivisibile il rilievo dell'autorevole dottrina che, verificata l'evoluzione del sistema delle misure provvisorie verso la definitività e quindi la loro alternatività rispetto alla giurisdizione ordinaria, suggerisce un atteggiamento di prudenza che, lungi dal negare aprioristicamente ed in via de principio qualunque legittimità al fenomeno, ritenga invece opportuno lavorare nel senso di assicurare che questa giurisdizione alternativa rispetti il diritto di difesa e non violi garanzie fondamentali della giustizia civile.”. QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006, p. 139.

³¹⁸ Art. 304, §6º, nota 4 *supra*.

diferenciação formal, no sentido de evitar dizer-se que decisões fundadas em cognição sumária podem adquirir a qualificação de *res judicata*.³¹⁹

A investigação destas respostas, a seguir apresentada, busca revisitar paradigmas essenciais do direito processual civil brasileiro, referentes à relação entre técnicas de cognição e formação de coisa julgada material, assim como busca elementos nos sistemas francês e italiano para elucidar a possibilidade de imutabilidade da estabilização da tutela antecipada no nosso ordenamento.

4.3.1. A vinculação da coisa julgada material à cognição plena e exauriente: análise de um paradigma.

Avaliar os limites de imutabilidade na hipótese de estabilização da tutela antecipada exige revisitar o paradigma de vinculação da coisa julgada material à cognição plena e exauriente.

Este marco teórico tem como fundamento base a ideia de que a imutabilidade e a indiscutibilidade que decorrem da qualidade de coisa julgada material só pode ser atribuída a uma decisão dotada de atividade cognitiva de nível mais completo. As razões para essa vinculação perpassam as ideias basilares do processo civil contemporâneo, no qual a própria definição de processo parte da ideia do contraditório na sua dimensão material, marcada não só pelo cumprimento do dever de audiência bilateral, mas também pela concepção de que o provimento jurisdicional só é legítimo quando dotado de participação efetiva dos jurisdicionados na sua formação.³²⁰

Da mesma maneira, foi desenvolvido neste estudo o entendimento de que o contraditório na sua completa acepção só é desenvolvido mediante a cognição plena e exauriente – plena quanto aos objetos a serem discutidos na lide e exauriente no que tange à profundidade do exame destas questões, conferindo ampla possibilidade de intervenção

³¹⁹ “Outra situação que pode gerar situação incontornável reside justamente nessa indefinição acerca da imutabilidade, depois de estabilizada a tutela. O texto optou por definir a ausência de coisa julgada para evitar debate acerca da inconstitucionalidade que deriva da cognição sumária com força de imutabilidade, mas, ao mesmo tempo, permitiu que ganhe efeito semelhante a tutela provisória após o biênio decadencial.” CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, n. 247 – set./2015, p.4.

³²⁰ Acerca da realização do contraditório como fundamento de legitimação da função jurisdicional, cf. JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veigas. O princípio do contraditório no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014, p. 350.

e manifestação dos jurisdicionados, inclusive com produção probatória e possibilidade de impugnação das decisões judiciais.³²¹

A vinculação entre a cognição plena e a coisa julgada material, colocando aquela como antecedente desta, é bem explicitada pela doutrina de Andrea Proto Pisani, já apresentada neste estudo. Segundo o autor italiano, a imutabilidade da coisa julgada material advém da existência de cognição plena, notadamente a predeterminação legislativa do procedimento, assim como a existência de contraditório antecedente e realizado de forma plena. Apenas com estas características pode-se afirmar que o provimento jurisdicional é dotado de certeza e capaz de alcançar a verdade – no plano processual.³²²

Nicolò Trocker alcança conclusão similar, também apresentada neste estudo, ao analisar a nova redação do artigo 111 da Constituição italiana quando afirma que o procedimento de cognição sumária não finaliza em si mesmo, na medida em que suscetível a análise judicial posterior, mediante cognição plena.³²³

Andrea Graziosi também assevera que a autoridade da coisa julgada só pode ser consequência da cognição plena, na medida em que pode (ou provavelmente deve) ser prolatada apenas após a cognição plena, na qual foi exercido o contraditório efetivo, não sendo, por outro lado, adequada à tutela jurisdicional fundada em cognição sumária – seja ela parcial ou superficial -, eis que esta última pode ser novamente impugnada em um novo juízo, de cognição plena.³²⁴

³²¹ Nesse sentido, conferir Capítulo 1.

³²² “L’essenza della cognizione piena va dunque colta, da un lato, nella predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall’altro, nella realizzazione del contraddittorio medesimo in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l’accertamento finale possa essere donato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale.

La globalità delle caratteristiche considerate inducono a ritenere che il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all’accertamento della verità, al raggiungimento della certezza.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 544-545.

³²³ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LV, n. 2, Giugno 2001, p. 395-396.

³²⁴ “Altrettanto pacifico, direi, è che l’autorità di giudicato non possa che essere una conseguenza della cognizione piena, sai nel senso che può (o probabilmente deve) promanare solo da provvedimenti pronunciati all’esito di procedimenti celebrati a cognizione piena, sai nel senso che la legge la può (non la deve) riconnettere a provvedimenti emessi a cognizione sommaria, perché superficiale o perché incompleta, purché prima che il giudicato si formi venga assicurata la possibilità di rimuovere quel provvedimento per mezzo di un giudizio (impugnatorio) a cognizione piena (sono i procedimenti bifasici in cui si ricorre alle tecniche dell’inversione dell’onere di instaurazione del contraddittorio e di inversione dell’onere di instaurazione del giudizio a cognizione piena)”. GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009. p. 156-157.

Parte relevante da doutrina brasileira sedimenta este paradigma.

Leonardo Greco assevera que a tutela jurisdicional diferenciada, na medida em que apresenta um processo com menor escopo de garantias em prol de celeridade e simplicidade, deve assegurar, em contrapartida, uma nova via de acesso à cognição plena, segundo a qual pode o jurisdicionado demonstrar a existência de seu direito sem limitações cognitivas. Caso contrário, ter-se-ia restrição à garantia constitucional do acesso à justiça, estatuída no artigo 5º, inciso XXXV da CR/88.³²⁵

Eduardo Talamini indica expressamente uma vinculação entre a coisa julgada material e a cognição exauriente (especificamente), não obstante a ausência de uma disposição expressa nesse sentido no texto constitucional. Fundamenta-se na cláusula do devido processo legal e nos imperativos de proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, entende que a coisa julgada material se lastreia na manifestação das partes e na profundidade da cognição.³²⁶

Teori Zavascki leciona no mesmo sentido, na medida em que reconhece um direito constitucional à segurança jurídica, concretizada pela cognição exauriente, que comporta o contraditório, a ampla defesa e a possibilidade de interposição de recursos.³²⁷

³²⁵ “Os fundamentos da tutela diferenciada (simplicidade, celeridade e facilitação do acesso à justiça), justificam muitas vezes um processo com menos garantias, mas a redução destas impõe que, ao eventual prejudicado, seja assegurado um outro meio de lutar pela tutela do seu alegado direito, num processo em que tenha ampla oportunidade de contraditório e de exercício do direito de defesa, pois, repito, se o Estado de Direito não oferecer ao titular do direito material o meio adequado de demonstrar a sua existência e de obter a sua proteção através da cognição que for necessária, estará descumprindo as promessas constantes do referido inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna e recusando a eficácia concreta e imediata dessa garantia e de quaisquer outros direitos fundamentais, cuja tutela possa ser posta em jogo perante os juizados (art. 5º, §1º)”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 376.

³²⁶ “Há vinculação constitucional da coisa julgada com a cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo. [...] O que confere idoneidade para o ato 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 pôde desenvolver.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

³²⁷ nesse conjunto de garantias está inserido o direito à segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) não de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. É, pois, direito constitucional do demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada *cognição exauriente*, vale dizer, a que submete as soluções definitivas do conflito a procedimentos prévios com possibilidade de contraditório, ampla defesa e interposição de recursos.” ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, abr.-jun. 1996. p. 61.

Kazuo Watanabe, embora não seja expresso neste entendimento, também o sedimenta ao afirmar que apenas a cognição plena e exauriente (segundo sua nomenclatura) é capaz de apresentar solução definitiva ao conflito.³²⁸

Leonardo Schenk, ao analisar o marco teórico ora em exame para fins de delimitação da legitimidade constitucional da cognição sumária, também concluiu não ser possível “olvidar a estreita relação existente no quadro constitucional atual, por força do contraditório participativo, entre a cognição plena e o instituto da coisa julgada material”³²⁹.

A utilização deste paradigma tem sido a saída – e ao mesmo tempo um desafio – para a análise da imutabilidade da decisão estabilizada nos termos do artigo 304 do CPC/2015.

Saída porque a decisão estabilizada, na medida em que produzida mediante cognição sumária superficial e também parcial, pode ser dita simplesmente como incapaz de formar coisa julgada material. Trata-se, inclusive, de um entendimento que, ao menos a princípio, se coaduna com a intenção do legislador ao formular o procedimento de estabilização, visto que expressamente indicou a não formação de coisa julgada material.

Desafio, por outro lado, porque a imposição de um prazo bienal para revisão da decisão estabilizada diferenciou, ao menos no plano legal, os efeitos da estabilização ao longo do tempo. Ora, se é possível o manejo da ação revisional tão somente no prazo de dois anos, qual o regime aplicável à estabilização após este prazo?

Sob a premissa de que a coisa julgada se vincula à cognição plena, parte relevante das interpretações sobre a sistemática da estabilização afirma que não se pode intitular aquele provimento jurisdicional a qualidade de coisa julgada material.³³⁰ Caso contrário, ter-se-ia uma igualdade de efeitos entre cognição sumária e cognição

³²⁸ “Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em *cognição plena e exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. “Processo ordinário” é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo.” WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

³²⁹ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 222.

³³⁰ “Todavia, e se ultrapassado o prazo de dois anos que o legislador fixou para ajuizamento da ação principal, para rever ou afastar a decisão de cognição sumária, sem o ajuizamento de tal ação principal, ter-se-ia, agora, a formação da coisa julgada? A resposta é negativa, pois o legislador, mesmo considerando a hipótese do art. 304, §5º, CPC-2015, expressamente indicou logo a seguir, no §6º, que tal decisão de cognição sumária não faz coisa julgada.” ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 22.

exauriente, o que as garantias constitucionais que compõem o processo justo.³³¹ Nesse sentido afirmam Dierle Nunes e Érico Andrade:

E assim ocorre, em função de boa parte da literatura jurídica indicar que não faria muito sentido a realização da coisa julgada em relação a este tipo de pronunciamento, pois implicaria sua integral equiparação ao provimento de cognição plena e exauriente, quando, como demonstrado no item 2 deste trabalho, as diferenças entre as técnicas da cognição sumária e cognição exauriente são muitas, e se se admitir a realização de coisa julgada em pronunciamentos de cognição sumária poderia traduzir até mesmo violação constitucional ao devido processo constitucional, permeado por ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF) e contraditório dinâmico (art. 5º, LV e 10, CPC-2015), modelo que admite a formação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), já que na cognição sumária é evidente a restrição ou limitação ao amplo direito de defesa e investigação probatória.³³²

Teresa Wambier, Arruda Alvim Conceição e Maria Lúcia Lins Ribeiro afirmam, sob a mesma perspectiva, que não haveria óbice a qualquer uma das partes, mesmo após os dois anos para revisão da decisão estabilizada, ingressar em juízo discutindo o mesmo objeto da ação anteriormente regulada pelo provimento jurisdicional sumário, sob pena de se equiparar a decisão fundada em cognição sumária a um provimento jurisdicional fundado em cognição plena.³³³

O entendimento examinado, lastreado em balizada doutrina nacional, faz compreender o ajuizamento de eventual ação cujo objeto seja idêntico à questão estabilizada em tutela antecipada, ainda que após o prazo decadencial de dois anos, não

³³¹ MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica do Novo Código de Processo Civil – TRT/PR*, Ano IV, n. 39, 2015, p. 18/19 ([in http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39](http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39), acesso em 20 de novembro de 2016).

³³² ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. *In*: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015

³³³ “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. (...) Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 1ª ed.; São Paulo: Ed. RT, 2015.

ensejaria defesa processual fundada em existência de coisa julgada (art. 485, V). Às partes será garantida a cognição exauriente, com ampla dilação probatória e exercício do contraditório, salvo a ocorrência de prescrição ou decadência (art. 487, II).³³⁴

Giovani Bonato, ao analisar a sistemática da estabilização da tutela antecipada no CPC/2015, afirma que este entendimento encontra ressonância no direito italiano e o direito francês, os quais foram evidente inspiração para a tutela sumária do Código nos moldes ora em exame. Assevera, nesse sentido, que tanto o *référé* francês quanto a *cautelare anticipatoria* italiana são tutelas sumárias autônomas cuja eficácia posterga-se no tempo de forma indefinida, sem que se outorgue a qualidade de coisa julgada material aos provimentos sumários nestes ordenamentos.³³⁵

O entendimento apresentado possui inequívoca robustez doutrinária, conforme assinalado acima, bem como se afigura notavelmente protetivo à garantia constitucional do contraditório, limitando os critérios de imutabilidade e indiscutibilidade apenas às decisões fundadas em cognição plena.

Não obstante tais elementos, essa posição apresenta dois obstáculos específicos quando aplicada à sistemática da estabilização da tutela antecipada nos moldes do CPC/2015, segundo interpretação de Giovani Bonato, a qual este estudo se filia.³³⁶ A primeira consiste no fato de que, apesar de não ser dada a máxima atenção pela doutrina, o sistema brasileiro tem acolhido a formação de coisa julgada material em decisões fundadas na técnica de cognição sumária.

A segunda, mais evidente, advém da constatação de que negar a formação de coisa julgada material à decisão estabilizada após o prazo de dois anos implica, em termos

³³⁴ “Com isso, mesmo se ultrapassado os dois anos previstos no art. 305, §5º, CPC-2015, a decisão antecipatória não será acobertada pela coisa julgada, de modo que eventual discussão em juízo sobre o mesmo direito material não pode ser rejeitada com base na preliminar de coisa julgada (art. 485, V, CPC-2015), mas sim deve ser examinado o tema e eventualmente se pode, no mérito, rejeitar a pretensão com base na prescrição ou decadência (art. 487, II, CPC-2015).” ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

³³⁵ “La richiamata prospettiva, che nega ogni tipo di incontrovertibilità processuale della misura anticipatoria di urgenza, ha probabilmente il pregio di eliminare i problemi pratici e interpretativi sollevati dall’art. 304 e ha dalla sua parte il sostegno dell’argomento comparatistico: l’ispirazione del legislatore brasiliano al sistema francese e italiano potrebbe effettivamente far propendere per considerare il provvedimento anticipatorio d’urgenza brasiliano come una misura di *référé* o una misura cautelare anticipatoria italiana e, quindi, come un atto ad efficacia provvisoria temporalmente indefinita, la quale potrebbe, pertanto, essere rimessa in discussione senza che si debba rispettare il termine processuale dei due anni previsto dall’art. 304, § 5º, c.p.c.”. BONATO, Giovani. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/G.-Bonato.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2017.

³³⁶ *Ibid.*, p. 40-41.

práticos, na ab-rogação do §5º do artigo 304 do Código. Ora, se não há que se falar em nenhuma imutabilidade à decisão estabilizada após o prazo previsto em lei, este prazo perde qualquer utilidade no sistema. Significa dizer que a interpretação em questão, para não ser *contra legem* ao §6º do dispositivo e afirmar que há formação de coisa julgada material, prefere dizer que não há imutabilidade e, sem perceber, acaba sendo uma interpretação *contra legem* ao §5º do artigo 304.

4.3.2. Decisão estabilizada potencialmente capaz de formar coisa julgada material

Não obstante o entendimento traçado anteriormente, parte da doutrina nacional já apresentou constatação na qual o decurso do prazo bienal sem a propositura de ação de revisão da tutela antecipada estabilizada implica formação de coisa julgada material.³³⁷

É possível afirmar, numa primeira análise, que esta interpretação se lastreia mais em uma interpretação literal do procedimento de revisão do que, necessariamente, em uma premissa que permita que decisões fundadas em cognição sumária sejam aptas, *a priori*, à formação de coisa julgada material.³³⁸

Ainda assim, é possível e viável cogitar a possibilidade de formação de coisa julgada material no nosso ordenamento. Isto porque, em termos amplos, o sistema processual brasileiro previu e ainda prevê hipóteses nas quais se verifica a diminuição da atividade cognitiva do juiz sem que haja, necessariamente, a obstrução do procedimento à formação de coisa julgada material. O máximo exemplo desta situação consiste na ação monitória (atrs. 700 a 702 CPC/2015), no qual a não oposição de embargos monitórios implica formação de título executivo judicial de pleno direito (art. 702, §2º)³³⁹, cabendo,

³³⁷ GRECO, Leonardo. A tutela da rugência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XIV, jul.-dez. 2014, pp. 296-330. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela provisória e Direito Transitório*. Salvador: Juspodivm, 2015, v.4, p. 206.

³³⁸ “Os §§ 2º a 5º do artigo 305 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 305, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 297, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada.” GRECO, Leonardo. A tutela da rugência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XIV, jul.-dez. 2014, p. 305.

³³⁹ Art. 702. (...) §2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no [art. 702](#), observando-se, no que couber, o [Título II do Livro I da Parte Especial](#).

inclusive, a propositura de ação rescisória (art. 702, §3º)³⁴⁰ – hipótese negativa no que toca à tutela antecipada estável³⁴¹.

Neste caso, especificamente, aceitar a formação de coisa julgada exigira a reforma deste entendimento, permitindo o manejo da ação rescisória, sob pena de que se recaia em manifesta contradição: enquanto a coisa julgada material fundada em cognição sumária pode ser revista pela rescisória, a coisa julgada formada pela cognição sumária, por outro lado, é mais definitiva que a exauriente, sendo incapaz de desconstituição pela via rescindenda.

Humberto Theodoro Júnior, ao comentar acerca do procedimento monitorio no CPC/2015, notadamente a possibilidade do manejo da ação rescisória, chega a asseverar que “certo, porém, que a coisa julgada não é exclusiva das decisões dos procedimentos de discussão e solução exaurientes, podendo, também, por vontade do legislador, formar-se em procedimentos de cognição sumária”³⁴².

Em suma, não se afigura inadequado refletir mais profundamente sobre a antiga raiz do já citado vínculo entre cognição exauriente e coisa julgada, segundo o qual os provimentos judiciais fundados em cognição sumária se fundamentam em um juízo de aparência marcado por probabilidade e verossimilhança³⁴³, enquanto o juízo de certeza da cognição exauriente deriva da formação do contraditório efetivo e a legitimidade constitucional derivada deste exercício.

A questão, entretanto, faz perpassar o exercício *real* da garantia do contraditório, assim como as consequências de seu não exercício efetivo pelas partes interessadas.

Com efeito, é inequívoco que o juízo de certeza proveniente da cognição denominada como exauriente não passa de uma utopia decorrente da atividade investigativa que conduz o contraditório em procedimento.³⁴⁴ Basta cogitar a simples

³⁴⁰ § 3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no caput quando ocorrer a hipótese do § 2º.

³⁴¹ Confirma-se, nesse sentido, o Enunciado nº 27 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

³⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* - Vol II. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 515.

³⁴³ CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, in *Opere Giuridiche*, vol. IX, ed. Morano, Napoli, 1983, p. 201.

³⁴⁴ “O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de incerteza que não se alcançam alguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta dos fatos.” FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 312. No mesmo sentido: “no processo de conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir consiste na crença de que verdadeiramente os julgados se apoiem sempre na certeza” DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290.

hipótese da sentença de procedência proferida após revelia da parte ré: pouca diferença quanto ao *efetivo* contraditório tem-se com relação à tutela antecipada estável. Na verdade, pode-se dizer que a tutela estabilizada tem mais participação do sucumbente que o réu na ação de revelia, visto que naquela ele de fato decidiu pela sua omissão. No entanto, a sentença com réu revel faz coisa julgada material³⁴⁵, enquanto o mesmo não se diz sobre a tutela antecipada estável.

A similitude entre o provimento jurisdicional sumário não impugnado pela parte sucumbente e a sentença de procedência sob revelia foi também constatada por Alex Costa Pereira em sua tese de doutorado, na qual entender ser esta similitude “equivalência funcional entre cognição plena e renúncia espontânea ao seu exercício pela parte interessada”³⁴⁶. Ressalta, entretanto, que a possibilidade de formação de coisa julgada material pelo provimento jurisdicional formado sob cognição sumária recai à discricionariedade do legislador definir a atribuição ou não dessa qualidade.³⁴⁷

Leonardo Greco afirma, frente ao cenário fictício da cognição exauriente, que a diferença entre ela e a cognição sumária é que na primeira não há novas provas ou fundamentos que pudessem ter sido trazidos à baila no momento de formação da coisa julgada³⁴⁸. Com a devida vênia, este cenário não pode ser dito no exemplo de procedência sob revelia – a não ser que se adote o entendimento de Andrea Proto Pisani, citado pelo autor, segundo o qual a cognição exauriente só se configura após manifestação expressa do réu, estando fora desta técnica os processos julgados sob revelia.³⁴⁹

³⁴⁵ “l’ammissione di un credito senza contestazione non può avere altro significato che quello di un accertamento del diritto, fornito di tutti i requisiti dell’accertamento giurisdizionale.” LIEBMAN, Enrico Tulio. La contestazione dei crediti nel fallimento. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 21, 1930.

³⁴⁶ PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 143-144.

³⁴⁷ “Desta maneira, a partir da nova configuração que se propõe imprimir à tutela antecipada disposta no sistema processual brasileiro, com ruptura da obrigatoriedade de seu caráter instrumental e a consequente eventualidade de sua vigência provisória, afere-se, em abstrato, sua estrutural e ontológica capacidade de transitar em julgado com as proteções decorrentes da coisa julgada formal e material. No entanto, o fato de ter condições essenciais para usufruir dessa imutabilidade máxima, não a isenta de se sujeitar à caneta do legislador, que dentro do contexto social e jurídico do qual pertence, pode limitar politicamente a intensidade de consolidação do preceito concreto empregado na crise de direito material.” *Ibid.*, p. 134-135.

³⁴⁸ “Por mais completa e profunda que tenha sido a investigação dos fatos ou a análise das questões de direito, normalmente a conclusão do juiz na jurisdição de conhecimento resultará de um simples juízo de maior probabilidade de uma versão e de menor probabilidade de outra e não de um juízo de certeza completa. De qualquer modo, a cognição é considerada exauriente porque no momento da formação da decisão não há mais qualquer argumento ou prova que ainda possa ser trazido à baila para influir utilmente no julgamento.” GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 310.

³⁴⁹ Andrea Proto Pisani, “Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)”, in: *I Processi Speciali – studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene Ed., Napoli, 1979, p. 314. *Apud* GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 309.

Poder-se-ia dizer, ainda, que a diferenciação aqui examinada é mais minuciosa: a formação da coisa julgada material é obstada apenas às decisões fundadas em cognição sumária superficial, e não na cognição sumária parcial, na terminologia de Ovídio Baptista. Este entendimento, contudo, não se valida frente aos estudos de direito italiano, que evidenciam ser inapta à coisa julgada material tanto a cognição superficial quanto a cognição parcial.

Neste sentido caminha, outrossim, o entendimento de Eduardo Talamini acerca da coisa julgada na ação monitória. Tanto a superficialidade da cognição do julgador que emite o mandado de pagamento na ação monitória quanto a eventualidade do contraditório fazem com que conclua pela impossibilidade de formação de coisa julgada material no procedimento:

O deferimento do mandado, com ouvida unilateral e à base de documentos, importa necessariamente em juízo de cognição sumária (superficial) – diferentemente do que se dá na sentença proferida em revelia. A posterior concessão de oportunidade de embargos, por si e em si, não torna exauriente a cognição *já desenvolvida*. Não interpostos embargos, apenas e simplesmente a decisão proferida mediante cognição sumária torna-se “de pleno direito” título executivo – sem qualquer possibilidade de o juiz de ofício revê-la, ainda que convencido de seu desacerto, ou de determinar providências instrutórias. E o instituto da coisa julgada – que tem por essência a imutabilidade – é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição sumária e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação.³⁵⁰

A exposição apresentada faz concluir pela ausência de uma resposta definitiva sobre o dilema normativo apresentado na estabilização da tutela antecipada do CPC/2015. Embora não se veja como segura a formação da coisa julgada material pela decisão estabilizada, caso não revisada no prazo de dois anos, a abertura deixada pelo legislador com a atribuição deste prazo faz-nos exigir uma atribuição de imutabilidade, ainda que em menor grau que a coisa julgada material.

Para investigar sobre a existência deste ponto intermediário entre a coisa julgada material e a completa possibilidade de revisão, é oportuno ainda reorganizar as ideias sobre a *função* que coisa julgada material possui dentro do sistema processual e sua compatibilidade com a função da tutela provisória autônoma.

³⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. 2 ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

4.3.3. Ponderação das duas posições frente à estabilização da tutela antecipada no CPC/2015

A discussão acerca da produção ou não de coisa julgada material pelo provimento jurisdicional sumário, preceituado do CPC/2015 como tutela antecipada antecedente estável, traz à tona a discussão sobre os efeitos de imutabilidade das decisões judiciais após as sucessivas reformas processuais verificadas em diferentes ordenamentos, todas no intuito de sumarização e aceleração do provimento jurisdicional.

Nas palavras de Leonardo Schenk “o legislador processual, envolvido pela necessidade de oferecer instrumentos capazes de oferecer uma tutela adequada e tempestiva (...) e ainda pressionado pelas dificuldades inerentes ao processo de cognição plena, tem buscado oferecer novos mecanismos de tutela (...) na esperança de conduzir a jurisdição à oferta de um resultado aceitável aos olhos dos jurisdicionados”³⁵¹.

O desafio de fundo que se expressa consiste no dilema entre a busca de uma tutela jurisdicional adequada, de um lado, à complexidade e à celeridade das relações existentes na sociedade contemporânea, de outro lado, atinente aos deveres de definitividade e imutabilidade exigidos desta tutela, até mesmo para que se evite a perpetuação das discussões.

Diante deste dilema, o liame entre a função jurisdicional cognitiva e seu resultado num acerto jurídico de caráter imutável e definitivo perde sua correspondência prática e, de certa forma, parte de sua utilidade no desempenho de sua utilidade jurisdicional. Com efeito, antes de se entender a jurisdição como sistema capaz de apto de dar a última palavra à solução de uma disputa, a dar a última palavra acerca de quem tem o direito, ela deve ser vista como elemento estatal responsável por garantir a pacificação social.

Compreendida desta forma, percebe-se que a coisa julgada material não existe porque é inerente à função jurisdicional. Sua existência é fruto de um contexto social no qual a definitividade das decisões judiciais era elemento essencial para o cumprimento do ofício judicial de pacificação dos conflitos. Nesse sentido leciona Barbosa Moreira:

³⁵¹ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 223.

Fácil compreender, pois, que, embora a sentença se destine a produzir efeitos jurídicos, nem por isso se destina necessariamente a tornar-se imutável. A imutabilidade não é co-natural 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 uma opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática.³⁵²

No mesmo sentido assevera Leonardo Schenk, fundamentando-se em Chiovenda, ao afirmar que a coisa julgada “nada contém em si de absoluta e necessária, sendo antes introduzida nos sistemas processuais por razões de mera oportunidade e utilidade social para, em prol do ofício judicial, permitir a execução forçada das decisões, ao mesmo tempo que limita a discussão em juízo pelas partes”³⁵³.

É de se concluir, assim, que a formação da coisa julgada por um provimento jurisdicional deve ser compreendida consoante a sua função dentro do sistema, assim como pela consonância com as garantias constitucionais que informam o processo civil. Nestes termos, os efeitos de definitividade e imutabilidade da coisa julgada só se justificam quando precedidos da cognição plena, com máximo exercício da garantia do contraditório, da ampla defesa e do acesso à jurisdição. Apenas o provimento jurisdicional nestes moldes pode alcançar os efeitos da coisa julgada material, visto que apenas com este desenho que a coisa julgada material tem, de fato, uma *função* adequada e legitimada dentro do sistema.

Necessário compreender que às partes é possível tanto a utilização de uma via célere, dotada de fragilidade na técnica cognitiva e, portanto, de caráter não definitivo, quanto uma via processual mais longa, porém com uma resposta jurisdicional que possa adquirir os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade.

Logo, o que motiva o jurisdicionado à busca do provimento jurisdicional sumário não é a obtenção de uma certeza jurídica oriunda da coisa julgada material, mas a celeridade na obtenção de uma decisão dotada de exigibilidade – ainda que esta decisão possa sofrer posterior alteração, mediante a técnica da cognição plena.

³⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual - Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 103.

³⁵³ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 224.

Frente a este contexto, uma solução acerca da formação ou não formação da coisa julgada material se afigura mais fácil de solucionar. Pelo simples fato de que a questão não tem uma pertinência prática tão desafiadora quanto o dilema acadêmico que sugere: aos jurisdicionados que buscaram o provimento jurisdicional sumário a ordem processual não oferece a imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada material; caso busque-se uma decisão com estes contornos, necessário o acesso à cognição plena.

Giovani Bonato, ao apreciar as interpretações dadas à condição da decisão estabilizada após os dois anos de revisão, sugere, com fundamento em Anissara Toscan, que se analise de forma autônoma do fenômeno da estabilização, não tentando inseri-la em elementos já existentes na doutrina brasileira.³⁵⁴ Nesse sentido, afirma por entender que não há formação de coisa julgada à decisão estabilizada após o prazo bienal em questão. Entretanto, entende que o decurso do prazo atribui certo caráter de imutabilidade à decisão, e que esta imutabilidade deve ser respeitada em eventual revisão do conflito regulado pelo provimento antecedente.³⁵⁵ A este entendimento o presente estudo tende a se filiar.

Em um primeiro passo, é necessário compreender que o provimento antecedente estabilizado forma coisa julgada material significa atribuí-lo inúmeros efeitos na ordem processual, os quais se encontram até mesmo incongruentes com o próprio conteúdo limitado objeto de análise deste provimento. São os seguintes³⁵⁶:

- a) Função negativa da coisa julgada (imutabilidade da decisão): impede que a mesma questão seja quando decidida em decisão passada em julgado, inclusive quando se tratar apenas de coisa julgada formal.
- b) Função positiva da coisa julgada (indiscutibilidade da decisão): obriga a um segundo juízo que considere a decisão transitada em julgado, inclusive às questões prejudiciais discutidas expressa e incidentalmente no processo, nos termos do artigo 503, *caput* e §1º CPC/2015.
- c) A incidência do artigo 337, inciso VII CPC/2015, permitindo o levantamento da existência do pressuposto processual negativo da coisa julgada pelo réu em contestação, o que impede o reexame da matéria e implica em extinção

³⁵⁴ TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil. Estática e Dinâmica*, São Paulo: RT, 2015, p. 216 *apud* BONATO, Giovanni. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/G.-Bonato.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2017

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 48-50.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 43-45.

do processo sem resolução do mérito, por força do artigo 485, inciso V CPC/2015. Por se tratar de pressuposto processual, não há preclusão e a questão pode ser levantada, inclusive, de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 485, §3º.

- d) O manejo da ação rescisória em face do provimento antecedente estabilizado, visto que a existência da coisa julgada material faz cumprir o requisito inserido no artigo 966 do CPC/2015.
- e) O manejo da ação rescisória contra decisão transitada em julgado posterior ao provimento antecipatório estabilizado, por estar em conflito com este e ofender coisa julgada material, nos termos do artigo 966, inciso IV CPC/2015.

Ao examinar a essência do provimento jurisdicional antecipatório com os efeitos decorrentes da coisa julgada material, torna-se forçoso atribuir os efeitos desta àquele, na medida em que a decisão judicial é manejada (i) sem a participação efetiva da contraparte em contraditório e (ii) o provimento é concedido com fulcro em elementos de probabilidade e urgência, incompatíveis com a certeza decorrente da coisa julgada material.

Por outro lado, é inequívoco que o decurso do prazo de dois anos concede algum efeito de imutabilidade a esta decisão. Nesse sentido que Giovanni Bonato entende poder atribuir-se ao provimento jurisdicional antecedente os efeitos negativos da coisa julgada quando decurso o prazo decadencial da ação revisional, garantindo-lhe efeitos extraprocessuais, mas com determinados limites frente aos efeitos decorrentes da coisa julgada material.

Logo, enquanto ser inadequado considerar o provimento jurisdicional antecedente como questão preliminar de existência de coisa julgada, tampouco pressuposto para o manejo de ação rescisória, é possível compreender que o decurso do prazo de dois anos impede o reexame da questão de urgência então decidida.³⁵⁷

³⁵⁷ “Cominciando da quest’ultimo aspetto, in relazione all’ambito di indiscutibilità del provvedimento anticipatorio di urgenza, ci pare sia più corretto ritenere che la sua vincolatività sia alquanto ridotta: sarà impossibile rimettere in discussione il concreto risultato imposto dal provvedimento, ma il suo contenuto non produrrà nessun vincolo in relazione ad altri futuri giudizi vertenti su diritti dipendenti da quello deciso con la tutela di urgenza. In altre parole, l’incontestabilità del provvedimento anticipatorio di urgenza si identifica con la sola funzione negativa della cosa giudicata, essendo da escludere la funzione positiva del giudicato rispetto alla misura in discorso.”. *Ibid.*, p. 47-48.

No mesmo sentido Anissara Toscan conclui ao excluir a hipótese de ocorrência de preclusão caso se verifique o decurso do prazo de dois anos:

A consequência principal de se assentar que não se trata de preclusão essa estabilidade é admitir que a decisão atingida produza efeitos extraprocessuais. A seu turno, afastando-se a conformação de coisa julgada na hipótese em alusão, refuta-se, por um lado, a atribuição de eficácia positiva a essa decisão, no sentido de não imporá sua observância em processos futuros em que eventualmente apareça como questão prejudicial, e por outro, o cabimento de ação rescisória, mesmo depois de escoado o prazo decadencial previsto no art. 304, §5º, do CPC de 2015.³⁵⁸

Nestes termos, caso se proponha uma ação de caráter revisional ao provimento jurisdicional após o prazo bienal previsto no artigo 304, §5º, abre-se caminho para a extinção do processo sem resolução do mérito, por ocorrência da decadência, nos termos do art. 487, inciso II CPC/2015, de ofício ou a requerimento da parte contrária e, ainda, mediante sentença liminar de improcedência, nos termos do artigo 332, §1º CPC/2015.

Esta sentença poderá formar coisa julgada material, mas nos limites de sua discussão – perda ou não do prazo bienal para revisão do provimento antecedente estabilizado. Não alcança, por outro lado, eventual discussão do mérito do conflito, na medida em que a este não ocorreu, de fato, uma análise jurisdicional fundada na cognição plena.

Em sentido similar leciona Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que esta “estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada”³⁵⁹. Além disso, afirma expressamente que não há ilegalidade na disposição de prazo para a propositura de ação revisional.³⁶⁰

Afirmção ainda mais condizente com este entendimento é apresentado por Ferdie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao reconhecer que o provimento antecipado estabilizado gera efeitos extraprocessuais após o prazo bienal de revisão, mas não se equipara à coisa julgada material:

³⁵⁸ TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil. Estática e Dinâmica*, São Paulo: RT, 2015, p. 216.

³⁵⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 875.

³⁶⁰ “Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual. (...) Nunca se pôs em dúvida, em nosso direito positivo, a viabilidade de se instituir em lei prazos decadenciais para o ajuizamento de certas demandas, sejam elas precedidas ou não de algum acerto em juízo. Além da ação rescisória vários são os casos de ações anulatórias ou revisionais, de larga presença no foro, que se extinguem pelo decurso do tempo (vícios de consentimento, incapacidade do contratante, renovação de locação, revisão de aluguel etc.)”. *Ibid.*, p. 876.

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles - a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada.

Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo, na linha do que já havia sido intuído por Antonio Cabral.³⁶¹

Complementa toda esta disposição, com caráter até mesmo mais importante, o fato de que o exame da garantia ao contraditório frente à tutela sumária autônoma neste estudo fez reconhecer que este é garantido apenas quando, posterior à formação do provimento jurisdicional sumário, é assegurado ao jurisdicionado a impugnação do julgado via cognição plena.

Neste sentido, imperioso reconhecer que o entendimento mais lógico, frente à força do contraditório como elemento de ordem constitucional que caracteriza a própria existência do processo, é permitir a formação da coisa julgada material quando a decisão é lastreada na efetiva participação das partes na formação do provimento. A decisão de tutela antecipada estabilizada, por se lastrear num comportamento estritamente omissivo da parte requerida e marcado pelo contraditório postecipado e eventual, não condiz com o conteúdo que se espera de participação na formação de uma cognição plena e exauriente – e, portanto, apta à formação da coisa julgada material.

4.3.4. Apêndice: a tentativa de imutabilidade da tutela provisória francesa no Projeto Magendie e uma possível lição ao direito brasileiro

Ainda que não se tenha uma resposta definitiva sobre o adequado status da tutela antecipada estável após o prazo de dois anos estatuído pelo CPC/2015 para sua revisão, uma análise interessante ao procedimento pode ser feita a partir do Projeto de Lei que

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 612-613.

altera o sistema francês de *référé*s, apresentado em 2004 pelo então Presidente do *Tribunal de Grande Instance de Paris* M. Jean-Claude Magendie.

Conforme já apresentado neste estudo, conquanto incapaz de formar coisa julgada material³⁶², o *référé* consiste num procedimento simples e rápido, que permite a produção de um provimento judicial eficaz e imediato o qual, muitas vezes, torna-se definitivo em termos práticos por não ser normalmente revisado pelas partes mediante a propositura de uma ação judicial de cognição exauriente – fenômeno social peculiar e almejado por diversos outros países³⁶³.

A peremptoriedade fática da tutela provisória francesa não impediu que houvesse alguma tentativa de transposição desta imutabilidade ao campo jurídico. Em um relatório que tem como objeto a celeridade e a qualidade da Justiça francesa³⁶⁴, o M. Jean-Claude Magendie propôs uma alteração no citado artigo 484 do Código de Processo Civil Francês. Segundo a nova redação, a decisão proferida em *référé*, não obstante incapaz de formar coisa julgada material, só poderia ser revista no prazo de dois anos desde sua prolação.³⁶⁵

A justificativa por trás da sugestão fundava-se em um caráter funcional da tutela sumária no sistema francês. Aplicava-se às decisões proferidas em *référé* antes da instauração de um juízo de mérito, restritas às decisões que analisassem, mesmo que superficialmente, o mérito do assunto, de modo que a decisão do *référé* constituiria uma

³⁶² Art. 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.

³⁶³ “*Référé* orders tend, in fact if not in Law, to have the effect of a final, definitive decision on the merits of the case in hand.”. CADJET, Loïc. Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective, in *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 303. No mesmo sentido: “l’ordinanza di *référé* che ha concesso la provision, provvisoria in diritto, diventerà definitiva in fatto”. JOMMI, Alessandro. *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé, provision*, in *Rivista di diritto Civile*, Cedam, Padova, Gennaio-Febrario 1997, p. 150.

³⁶⁴ MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérite et Qualité de la Justice: le gestion du temps de la justice. Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice*. Disponível em: http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2016.

³⁶⁵ Redação sugerida: “L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Toutefois, elle en est revêtue à défaut de saisine par l’une ou l’autre partie de la juridiction du fond dans un délai de deux ans suivant sa signification. L’ordonnance de référé ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles.”. Redação original: “Art. 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.”.

decisão que regulasse o mérito do litígio de maneira similar à que o juízo de mérito julgaria, caso fosse provocado a decidir a questão.³⁶⁶

Impossível não notar a similitude do argumento com a forma disposta pela estabilização da tutela antecipada estatuída pelos artigos 303 e 304 CPC/2015: estabiliza-se, por óbvio, apenas as decisões prolatadas sob o regime do *référé* que tangenciavam o mérito e que tenham sido proferidas em caráter antecipatório. A sua revisão, por outro lado, dar-se-ia apenas no prazo de dois anos contados da prolação da decisão.

A maior diferença reside no fato de que a estabilização no direito brasileiro se restringe, a princípio, às tutelas de urgência, haja vista a inexistência de dispositivo similar no capítulo referente às tutelas de evidência. A sugestão de Magendie, por outro lado, aplicava-se expressamente³⁶⁷ às hipóteses de *référé* que eram concedidas em razão da ausência de uma contestação séria, nos termos do art. 809, alínea 2 do Código de Processo Civil Francês³⁶⁸.

Não obstante o caráter pragmático da proposta, sobretudo porque buscava apenas constatar um cenário já comum na aplicação do *référé*, no qual a decisão sumária regula o conflito de forma definitiva, o projeto não vingou e teve severas críticas pela doutrina especializada.

A primeira diz respeito à ausência de provas capazes de evidenciar que a abstenção da propositura de ação sob cognição exauriente, no período de dois anos, constituiria uma renúncia de fato do direito de fazê-lo. Isto porque o comportamento omissivo quanto à revisão do *référé* dependia de inúmeras circunstâncias que não são evidentes no momento, e as quais dependem de cada caso e do comportamento das partes, inexistindo uma certeza de que esta abstenção seja uma renúncia das partes ao juízo de cognição exauriente. Logo, a dúvida quanto aos elementos que atingem este cenário justificam que a decisão do *référé* se mantenha provisória em termos formais.³⁶⁹

³⁶⁶ “Autrement dit, elle a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses de référé anticipation, à toutes celles dans lesquelles le juge appréhende le fond, affiche sur celui-ci une conviction et anticipe en conséquence sur la décision que rendrait, s'il était saisi, le juge du fond.” *Ibid*, p. 67.

³⁶⁷ “Le domaine de la réforme nécessite toutefois quelques précisions. L'acquisition de cette “immunité” se justifie tout à fait en matière de provision - du moins lorsque cette dernière est accordée en application de l'article 809, alinéa 2 -, ou de mesures prises parce qu'elles ne se heurtent à aucune contestation sérieuse.” *Idem*.

³⁶⁸ “Art. 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.”

³⁶⁹ “Il arrive ainsi que, plusieurs mois plus tard, la demande soit portée devant le juge du fond. En l'occurrence, l'abstention est donc un comportement éminemment équivoque. Il n'y a donc pas d'évidence

Outro contra-argumento consiste no caráter parcial da propositura, na medida em que a existência de uma tutela sumária “definitiva” não seria conciliável com todas as situações nas quais o *référé* poderia ser usado. São exemplos os conflitos ligados ao direito internacional privado ou àqueles aos quais existe cláusula compromissória: a utilização de uma tutela de urgência preparatória poderia aniquilar, em termos práticos, o juízo devidamente competente para julgar tais conflitos.³⁷⁰

Por fim, uma crítica crucial atinge o argumento de segurança jurídica apresentado no projeto, segundo o qual o prazo buscaria tornar perene a paz social obtida pela tutela sumária³⁷¹. Segundo Cécile Chainais, é possível que a mudança legislativa alcance o resultado contrário. Uma vez que as partes do conflito se fundamentam no caráter provisório da demanda para não buscarem de imediato o juízo definitivo, por qual razão chamar-lhes atenção a este aspecto, colocando-as sob o peso definitivo do caráter definitivo da decisão? Neste cenário de definição absoluta, é mais esperado que as partes ressuscitem o conflito, apenas para tentar eventual modificação ou melhoria.³⁷² De fato, não se deve afastar o elemento psicológico como influenciador no caráter definitivo da tutela provisória – por mais contraditório que isso possa parecer, num primeiro momento.

Em última análise, verifica-se que o caráter de imutabilidade formal da decisão tem notável influência na função pacificadora da tutela provisória ao apresentar seus limites – o que, por conseguinte, acaba também por enaltecer a função da coisa julgada material.

Com efeito, o fator da provisoriedade da decisão estabilizada acaba por ser fundamental para que as partes evitem recorrer ao Judiciário para buscar sua revisão. A pendência da possibilidade dessa mudança é que, em termos práticos, favorece sua permanência. Caso se imponha um prazo limite, o jurisdicionado muitas vezes irá

à poser une règle selon laquelle l’absence d’engagement d’une instance au fond dans un certain délai devrait être interprétée comme le renoncement à agir sur le fond.” CHAINAIS, Cécile. *Op. cit.*, p. 759.

³⁷⁰ “Elle serait inadaptée, par exemple, aux mesures destinées à s’appliquer dans des litiges de droit international privé ou en présence d’une clause compromissoire: dans ce cas elles anéantiraient en effet *de facto* la compétence naturelle sur le litige - qu’il s’agisse de celle de tel juge étatique étranger ou de celle de l’arbitre désigné par le parties.” *Ibid.*

³⁷¹ “Une seconde justification peut également être avancée : la préservation de l’impératif de sécurité juridique, la pérennisation de la paix retrouvée. Il conviendrait de ne pas laisser remettre en question une situation stabilisée.” MAGENDIE, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 66.

³⁷² “D’un point de vue pragmatique, la proposition de réforme pourrait être contre-productive. Si les parties se satisfont du provisoire, à quoi bon attirer leur attention sur cet aspect en faisant peser sur eux l’épée de Damoclès de la sanctification du provisoire en définitif, ce qui ne pourra que les inciter à engager une instance au principal, *pour voir?*” CHAINAIS, Cécile. *Op. cit.*, p. 760.

provocar uma nova tutela jurisdicional, apenas para evitar a solidificação daquele entendimento.

Entendimento similar já havia sido prolatado por Humberto Theodoro Júnior, ao analisar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro à luz dos sistemas italiano e francês:

Há anteprojeto de introdução no direito processual civil brasileiro do procedimento sumário, em moldes a dispensar, em determinados casos, a propositura ou o prosseguimento da ação principal. Inclui-se, no entanto, o mecanismo da coisa julgada, formada por preclusão, pelo simples fato de não ter sido a liminar impugnada. Creio que, se o objetivo é desestimular os procedimentos principais, a ameaça de formar-se a coisa julgada por preclusão acarretará efeito contrário. Temendo os efeitos profundos da coisa julgada, a parte que suportou a liminar será psicologicamente estimulada a provocar o procedimento definitivo.

Penso que o melhor mesmo seria aproveitar os exemplos vindos da França e da Itália, sob a roupagem despretensiosa dos *référés*, tratando o procedimento sumário de caráter urgente como algo singelo e que não irá impor aos litigantes nada mais do que a provisória composição representada pelo provimento emergencial.³⁷³

Reconhece-se que a ponderação aqui apresentada não possui contornos de certeza. Não foram feitos estudos junto ao direito francês, ao menos que foram alcançados por esta pesquisa, para dizer que há uma comprovação do fato de que a tutela provisória só é eficaz enquanto apenas desimbuída de imutabilidade jurídica, prevista na lei. Ainda assim, entretanto, há que se reconhecer um comportamento de respeito e aderência ao provimento jurisdicional provisório no direito francês, e que esta eficácia prática também advém, dentre outros fatores, da ausência de uma perda *definitiva* do direito por uma das partes.

Adotar a posição francesa de plena mutabilidade da decisão estabilizada no direito brasileiro, entretanto, ainda encontra o óbice do prazo de dois anos para revisão da decisão, nos termos do artigo 304, §4º do CPC/2015. Por mais relevantes que se afigurem as críticas advindas do direito francês, sua restrição ao caráter social e comportamental do instituto não são o bastante para analisar o cenário da lei já posta e que exige uma interpretação que *considere* a existência deste prazo, e não simplesmente a ignore.

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: UFRGS. Vol. 1, n. 1, 2009, p. 29-30.

Sob esta perspectiva, a recente obra de José Aurélio de Araújo traça uma nova interpretação que visa a plena possibilidade de revisão da decisão antecipada após o citado prazo binal. Segundo o autor, o estabelecimento do prazo de revisão acaba por ser inoportuno porque desconsidera os efeitos modificativos da realidade que podem influenciar a mutabilidade de uma decisão fundada em cognição sumária – quanto mais quando fundada no requisito de urgência, como preceituado no Código. Cita dois exemplos de ordem elucidativa: a obra embargada por decisão sumária que, mediante nova avaliação técnica, acaba por se tornar necessária em determinada construção e, ainda, a estabilização de decisão que obriga a pagar alimentos sucedida de descobrimento de prova de melhor condição financeira do alimentante, já existente na época da decisão.³⁷⁴

Não obstante os exemplos citados serem passíveis, numa primeira análise, de resolução caso se tratasse a decisão estabilizada como formadora de coisa julgada material – nesse sentido, conferir art. 505, inciso I do CPC/2015 -, há que reconhecer a importância do tratamento ao impasse dado pelo autor. Em suma, a fixação do prazo de dois anos para revisão da decisão estabilizada não levou em consideração possíveis mudanças do conflito, os quais podem inclusive alterar pedidos e causa de pedir requeridos. A simples abstenção do réu frente à tutela de urgência concedida em caráter antecedente não pode, em última análise, permitir a supressão do direito dele (e do próprio autor) de acesso à justiça:

O legislador não levou em conta os efeitos modificativos da realidade do conflito que o cumprimento do provimento antecipatório pode produzir, alterando na mesma proporção a causa de pedir originária. A ação de complementação da cognição ou de revisão poderá ter outra conformação de causa de pedir e de pedido diverso da ação

³⁷⁴ “Vemo-nos forçados, no entanto, a buscar exemplos de decisões antecipatórias estabilizadas em definitivo em razão do ineditismo da norma em nosso sistema processual, para que possamos avaliar os efeitos danosos que o prazo de estabilização vai impor. Após o prazo transcurso dos 2 (dois) anos, a decisão que antecipou sumariamente o embargo de uma obra redundava em estabilização forte. Observa-se, posteriormente, no entanto, através de detido laudo pericial, que a mesma obra é absolutamente necessária para manter a estrutura do prédio sob pena de desabamento sobre um loteamento vizinho. Nesta circunstância, qualquer juiz que buscar uma decisão justa vai deferir outra medida de urgência, determinando a continuidade da obra, sem considerar a estabilização definitiva. Também para casos simples, a estabilização por prazo sem cognição plena e exaustiva se mostra impertinente. Se a antecipação diz respeito à obrigação de pagar alimentos e, posteriormente à estabilização qualificada, o alimentado toma conhecimento de prova, que já existia ao tempo da estabilização, como a renda declarada do alimentante, que poderia ensejar a melhor adequação de sua possibilidade de pagar, também poderá propor ação de cognição plena e exaustiva posterior.” ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 273.

originária. Admitir que o transcurso do prazo de 2 (dois) anos possa impossibilitar a instauração da *plena cognitio* importa em inconstitucional negativa de jurisdição, pois veda o julgamento de novo conflito, surgido dessa nova conformação da realidade. Agrava-se a violação à infastabilidade da jurisdição quando ponderamos que em algumas hipóteses a antecipação de tutela poderá ter sido parcial, incapaz de regular a totalidade do conflito de interesses originariamente posto.

(...)

Recordemos que também ao autor é dada legitimidade para propor essa ação. É factível, por exemplo, que após a efetivação da medida e o transcurso do prazo de dois anos, o próprio demandante se veja diante de outro conflito de interesses com o réu, acerca do mesmo objeto litigioso, mas com base em outros fundamentos. Ficará o autor impossibilitado de propor nova ação, violando seu direito de acesso à justiça? E no caso de a estabilização recair sobre deferimento parcial da antecipação e tutela *ante causam* e surgir ou manter-se o conflito acerca da outra fração do litígio? As partes não poderão propor nova ação? E se o novo conflito no seu desenrolar exigir a participação de outras partes, de outros litisconsortes necessários? Não há no CPC/2015 fórmula para a superação dos conflitos entre a decisão estabilizada e a mutabilidade do mundo real ao longo do tempo, importando esse prazo decadencial em violação do direito de acesso à justiça, pois proíbe a propositura de ação que nunca, anteriormente, foi julgada em cognição plena e exaustiva pelo Judiciário.³⁷⁵

Da análise deste panorama, vê-se que, seja com fulcro nas críticas de cunho mais social e de tratamento do conflito apresentadas pelo direito francês e corroboradas por Humberto Theodoro Júnior, seja pelos apontamentos técnicos apresentados na mais recente doutrina brasileira de José Aurélio de Araújo, a imposição de um limite temporal para o reexame da decisão estabilizada pelo CPC/2015 não foi uma solução mais adequada.

Com efeito, diverge da essência e do funcionamento da tutela sumária a imposição de barreiras e limites ao seu reexame. Não só em razão de seu efeito psicológico reverso aos litigantes, que buscarão reavivar a discussão no mero intuito de perder a possibilidade de mudança do cenário, mas porque seu tratamento nos moldes de coisa julgada material importará cenários de flagrante inconstitucionalidade por negativa de acesso à justiça. A decisão estabilizada analisa um conflito de forma unilateral e singela, não sendo possível dela defluir a regulação de um conflito com caráter de imutabilidade e indiscutibilidade.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 274-275.

Reconhece-se a importância que a criação de uma tutela sumária autônoma no direito brasileiro possui frente aos ditames de efetividade, simplificação e até mesmo amplo e tempestivo acesso à justiça. Sua utilização adequada poderá agilizar diversos litígios que aguardam uma finalização formal no âmbito do Poder Judiciário, assim como estimulará uma atuação consciente no conflito, evitando a permanência da discussão, transferindo o ônus do tempo do processo àquele que tem o real direito.

Por outro lado, a busca de efetividade não pode desvirtuar a existência do processo como método de produção de conhecimento, o qual pressupõe a existência de cognição *em contraditório* – o que não se verifica, de forma efetiva, no procedimento de requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente do CPC/2015.

José Aurélio de Araújo esclarece como o panorama da efetividade deve ser analisado sob o prisma do valor da cognição no processo:

Não negamos – muito pelo contrário, reconhecemos - a necessidade de o processo capacitar-se para a entrega plena do direito de quem o pleiteou legitimamente, o quanto antes possível, da forma mais aproximada ao cumprimento voluntário da obrigação: o adimplemento de sua finalidade em tempo razoável. Não é mais possível abraçar a ingenuidade iluminista da inexistência de erros e dificuldades na função de julgar. Mas a busca da efetividade não pode e não precisa se transformar na caça à cognição, ao conhecimento ou à qualidade da prestação jurisdicional na, negação da verdade ou da justiça da decisão

A qualidade do processo, principalmente do processo de conhecimento produzido em primeira instância, sem preclusões inumeráveis, pode servir como eficaz meio de solução definitiva do conflito de interesses. Se as partes sentirem que lhes foi permitida a participação humana na solução do conflito, talvez não desejem interpor recursos de apelação, agravo interno, embargos de declaração ou recursos excepcionais.³⁷⁶

Talvez o grande desafio apresentado pela tutela sumária autônoma seja justamente superar as imposições legais no comportamento dos litigantes, permitindo que estes, a partir de sua real vontade, deem um fim adequado ao conflito. Em outras palavras, evitar conceder ao litígio ferramentas de ordem preclusiva implique justamente em pô-lo a termo, mediante o comportamento consciente das pessoas realmente afetadas pela discussão judicial.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 304.

Em última análise, investigar imutabilidade de uma decisão judicial fundada em cognição sumária perpassa o exame acerca da qualidade desta cognição, e não apenas das formalidades legais que envolvem a elaboração do procedimento de formação desta cognição. Assegurar uma participação humana dentro do processo realizará efeitos de pacificação social de modo muito mais efetivo que a supressão *de lege data* da atividade cognitiva, realizada com o mesmo intuito.

Conclusão

O presente estudo teve como objeto a evolução das tutelas fundadas em cognição sumária no âmbito do direito brasileiro, com foco na inserção do instituto da estabilização da tutela antecipada e sua harmonização com as garantias do contraditório e da coisa julgada, estatuídas na Constituição de 1988.

Para este desiderato, foi apresentado, como premissa ao estudo, as definições de cognição sumária e cognição plena e exauriente lecionadas dentro do direito brasileiro. Estabeleceu-se o reconhecimento de que a cognição plena se vincula à realização da garantia do contraditório, na medida em que o provimento jurisdicional só possui aderência constitucional quando dotado de legitimidade democrática, materializada pela participação das partes na formação do provimento.

Constatou-se, ainda, que a cognição sumária pode ser tanto ao nível de profundidade do exame das questões que formam o processo, como também pelo fracionamento das questões que compõem. Nestes termos, ações denominadas *parciais*, na nomenclatura de Ovídio Baptista, seja por limitação do campo de defesas ou pela eventualidade do contraditório, constituem uma técnica cognitiva sumária e, portanto, estabelecem desafios e discussões quanto ao exercício do contraditório e à formação da coisa julgada material.

Na sequência, o trabalho apresentou a evolução da utilização da técnica da cognição sumária superficial dentro do direito brasileiro, expondo o desenvolvimento e a ampliação de suas funções dentro do ordenamento. Consignou-se, neste ponto, que a tutela jurisdicional fundada em cognição sumária tem como âmbito não só combater questões de urgência, evitando o perecimento do direito ou a perda do resultado útil do processo em razão de seu tempo fisiológico, como também se destina à distribuição adequada do ônus deste tempo fisiológico. Nestes termos, a tutela sumária não se limita ao combate da urgência, mediante as eficácias cautelar ou antecipatória, mas também à tutela dos direitos evidentes, evitando que a parte com postura jurídica mais provável de êxito assumo o ônus do tempo do procedimento, uma vez que é a parte contrária que necessita deste tempo para fazer expor e provar suas razões.

Adiante, examinou-se o que no Brasil denomina-se estabilização da tutela antecipada, e que se define como a possibilidade que uma decisão fundada em cognição sumária e de caráter antecipatório regule de forma peremptória o conflito, tornando prescindível a prolação de uma sentença de mérito, proveniente da cognição exauriente.

Para tal, foram examinados os elementos de vinculação da tutela jurisdicional sumária ao procedimento de cognição exauriente, notadamente a instrumentalidade (a tutela sumária existe como acessória da função jurisdicional definitiva, marcada pela cognição plena) e a provisoriedade (a tutela sumária existe apenas em função de uma nova decisão certa e futura, de caráter definitivo e completa atividade cognitiva). Em seguida, apresentou-se as tentativas de inserção da tutela sumária autônoma no direito brasileiro, notadamente a estabilização da tutela antecipada no PL 186/2005 e a estabilização da tutela antecipada no CPC/2015, ora em vigor, assim como expôs-se, brevemente, o funcionamento da tutela sumária autônoma em sistemas estrangeiros.

Expostos os contornos da autonomia procedimental do provimento jurisdicional fundado em cognição sumária, o estudo se dedicou à análise da estabilização da tutela antecipada com as garantias constitucionais do contraditório e da coisa julgada material. Nestes pontos, foram alcançadas as seguintes conclusões:

Não há ofensa à garantia do contraditório em razão da cognição sumária porque superficial operada no instituto da estabilização da tutela antecipada nos moldes do CPC/2015. Isto porque a superficialidade em razão do provimento *inaudita altera parte* se justifica em razão da urgência, o que tem respaldo doutrinário no direito brasileiro e estrangeiro, assim como se coaduna com outros exemplos legislativos nacionais. Além disso, a superficialidade da cognição é acompanhada pela possibilidade de revisão da decisão dentro do mesmo procedimento, o que também atende à garantia de contraditório, sobretudo na sua dimensão de influência na formação do provimento jurisdicional³⁷⁷.

Não se verifica, tampouco, ofensa à garantia do contraditório na estabilização por se tratar de cognição sumária porque parcial com contraditório eventual, na terminologia de Ovídio Baptista, na medida em que o procedimento assegura o acesso à cognição plena caso não se provoque a continuidade do procedimento e se permita a estabilização. A pesquisa doutrinária nacional e em sistemas estrangeiros, notadamente o direito francês e italiano, evidenciaram que o acesso à cognição plena constitui direito constitucional do jurisdicionado, e que o atendimento deste requisito assegura a constitucionalidade da tutela sumária autônoma. A mesma estrutura foi verificada,

³⁷⁷ Sobre a dimensão dinâmica do contraditório, cf. JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014, p. 354.

inclusive, em outros procedimentos vigentes no direito brasileiro, o que também conota sua adequação no plano constitucional.

Por fim, também não se verificou restrições à garantia da coisa julgada material. O exame detalhado da doutrina nacional e estrangeira fez reconhecer que (i) o provimento jurisdicional fundado em cognição sumária deve ser, ao menos a princípio, impedido de formação de coisa julgada material, sobretudo se se tratar de cognição superficial, fundada em elementos de provisoriedade – o que é o caso da estabilização da tutela antecipada e (ii) a não formação da coisa julgada também assegura o direito à cognição plena pelos jurisdicionados.

Frente a estes pontos, concluiu-se que a imposição de prazo bienal para propositura da ação de revisão da tutela estabilizada, nos termos do artigo 304, §§5º e 6º do CPC/2015, deve ser compreendida nos seguintes moldes: (i) a decisão estabilizada não forma coisa julgada material, de modo a impedir o acesso à cognição plena pelos jurisdicionados posteriormente; (ii) por outro lado, o decurso do prazo de dois anos gera efeitos similares à coisa julgada formal, impedindo a análise do mesmo objeto em processo posterior e assegurando, desta forma as possibilidades de extinção do processo sem resolução do mérito, por ocorrência da decadência, nos termos do art. 487, inciso II CPC/2015, de ofício ou a requerimento da parte contrária e, ainda, mediante sentença liminar de improcedência, nos termos do artigo 332, §1º CPC/2015.

Por fim, um exame detalhado do Projeto de imutabilidade do *référé* francês apresentado pelo Presidente do *Tribunal de Grande Instance de Paris* M. Jean-Claude Magendie e das críticas a ele apresentadas na doutrina francesa fizeram evidenciar que a tutela sumária autônoma só é realmente capaz de gerar efeitos definitivos aos jurisdicionados e, por conseguinte, trazer efetividade à tutela jurisdicional dos direitos quando tratada nos seus limites jurídicos de provisoriedade. A experiência estrangeira faz compreender que a imposição de efeitos de imutabilidade à tutela provisória, criando mecanismos legais preclusivos, apenas enfraquece seu efeito social na tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema dela tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffré, 1983

ANDOLINA, Italo. Il tempo e Il processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, pp. 259-274, outubro/2009. pp. 261 e 274 *apud* GORON, Lívio Goellner. Repensando as Tutelas de Urgência e as Fronteiras entre Medidas Cautelares e Antecipatórias. *Temas Atuais de Processo Civil*, V.2, N.1, jan./2002

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação de coisa julgada. *In*: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015

ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, n. 6, 2010

_____. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

ARAÚJO, José Henrique Mota. Tutela Antecipada do Pedido Controverso: estamos preparados para uma nova sistemática processual? *Revista de Processo*. São Paulo RT, v. 116, jul./2004.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, Ano 25, n. 100, out-dez./2000

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no novo Código de Processo Civil - Breves comentários. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 194, abr. 2011

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, n. 165, set. 2008

_____. Problemas fundamentales del sistema de justicia civil en iberoamérica y propuestas de solución. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Direito Processual Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

BONATO, Giovani. I Référéés Nell'ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommara in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012

CADIET, Loïc. Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective, in *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, New York, 2003

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2003

CAPONI, Remo. *A Masterpiece at Glance: Piero Calamandrei, Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Artigo apresentado na primeira Summer School organizada pela Associação Internacional de Direito Processual (International Association of Procedure Law) e o Max Planck Institute of International, European and Regulatory Law, em Luxemburgo, 23 de julho de 2014

_____. Piero Calamandrei y la tutela cautelar: 80 años después. *Revista de la Maestría em Derecho Procesal*. Vol. 6, 2016, p. 179. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprosesal>. Acesso em 18 de fevereiro de 2017

_____. Un nuovo modello processuale a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-BIS C.P.C. *Judicium*. Disponível em: <http://www.judicium.it>. Acesso em 15 de janeiro de 2017

CAPRI, Frederico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimesrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, marzo 1980

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 31, n. 140, out./2006

CAYROL, Nicolas. Référé civil, in *Répertoire procédure civile Dalloz*, Paris, 2006, p. 5 e GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile*, 29^a ed., Paris, 2008, p. 310 *apud* BONATO, Giovanni. I Référés Nell'ordinamento Francese. In: CARATTA, Antonio (Coord.) *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2012

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Vol. 1. Campinas: Ed. Bookseller, 2000

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965

CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de Processo*, n. 247 – set./2015

COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010

COUTURE, Eduardo J. *Estúdios de derecho procesal civil*. 3 ed., Buenos Aires: Depalma, 2003

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2*. Salador: Editora JusPodivm, 2015

DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1

DOTTI, Rogéria. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Ano IX, n. 21, 2015

ENGLEBERT, Jacques. *Le référé judiciaire: principes et questions de procédure*. Disponível em: <http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/refere.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2017

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no “Due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016

FIALHO, Arthur Monteiro Lins; BONIFÁCIO, Arthur Cortez. O efetivo acesso ao Judiciário e o tempo processual sob a perspectiva da tutela de evidência. *Revista de Cidadania e Acesso à Justiça*. V. 1, n. 2, Dez./2016

FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, vol. II, 1926

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

GIULLEN, Victor Fairén. Juicio ordinario, plenarios rapidos, sumario, sumarissimo. In: *Temas del ordenamento procesal*. Proceso Civil. Proceso Penal. Arbitraje. Madrid: Editorial Tecnos, 1969, t. 2

GONÇALVES, Glaucio Maciel. Direito e Tempo. In: In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo Civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

GOTTWALD, Peter. Comparative Civil Procedure. *Ritsumeikan Law Review*, N. 22, 2005

GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano LXIII, n. 1, mar. 2009

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005

_____. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 6, n. X, jul-dez. 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 30, n. 121, mar./2005

Heitor Vitor Mendonça Silva, in *Doze problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf. Acesso em 30 de abril de 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 227, jan. 2014

JOMMI, Alessandro. *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé, provision*, in *Rivista di diritto Civile*, Cedam, Padova, Gennaio-Febrario 1997

JUNIOR, João Bosco Macial. A Sentença com Reserva de Exceções substanciais Indiretas no Direito Italiano. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Vol. 6, N. 62, 2004

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, p. 84

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Trad. 2 ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968

LOMBARDO, Luigi. Natura e caratteri dell’istruzione probatória nel processo cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, aprile. 2001

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010, Vol. 2

MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérite et Qualité de la Justice: le gestion du temps de la justice. Rapport au Garde des Sceaux, minister de la Justice*. Disponível em: http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2016

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12 ed. São Paulo: RT, 2011

_____. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17809-17810-1-PB.htm>. Acesso em 11 de março de 2017.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994

_____. O custo e o tempo no processo civil brasileiro. *Teresina*, ano 9, n. 441, set. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5717>. Aceso em 15 de janeiro de 2017

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 35, Vol. 183, maio/2010

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo Civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual - Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984

_____. Le misure cautelari nel processo latino-americano. In: *Temas de Direito Processual. Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: *Temas de direito processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: LTr, n. 23, 2003

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de direito processual*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do Contraditório. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, p. 11. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a.%20a.%20de%20oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil - Proposta de um formalismo-valorativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

OTEIZA, Eduardo. Las Tutelas Cautelares y Anticipadas – Informe Argentino. In: *Derecho procesal contemporáneo – ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Puntotext, 2010

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da Antecipação de Tutela: Reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1996

PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do Século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 91, São Paulo, 1998

PISANI, Andrea Proto. *Foro Italiano*. Zanichelli Editore, mai. 2011, p. 8.

_____. *Il diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008

_____. *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5 ed. Napoli: Jovene Editore, 2006

_____. Verso la residualità del processo a cognizione piena? In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Vol 1., Torino: G. Giappichelli, 2008

QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: Atipicidade e generalização da tutela do dano marginal no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais

_____. Tutela provisória. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015

SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al savataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti i processo di cognizione*, p. 13. Disponível em <https://giustizia.it/giustizia/protected/60110/0/def/ref/NOL60098/>. Acesso em 18 de abril de 2017

SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade constitucional da cognição sumária: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012

SILVA, Ovídio A. Baptista. Réquiem para a tutela preventiva. In: CIANCI, Mirna (Coord.); QUARTERI, Rita (Coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo (Coord.); GIANNICO,

Ana Paula Chiovitti (Coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Celeridade versus economia processual. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS. Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, ano XXVI, n. 80, dez. 2000

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed., ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

_____. Tempo do processo e regulação da sucumbência. *Revista de Direito Processual*, n. 7, São Paulo, 2003

TALAMINI, Eduardo. Tutela de Urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209 – jul./2012

_____. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2001

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: DIDIER JR., Freddie (Coord.); JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008

TESHEINER, José. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A Autonomização e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto do CPC. **Revista de Processo**, n. 206 – abr./2012

THEODORO JUNIOR, Humberto. As Liminares e a Tutela de Urgência. *Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, V. 5, N. 17, 2002

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. II.* 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. III.* 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97. São Paulo: RT, 2000

_____. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, 2000

_____. Redimensionamento da coisa julgada. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: UFRGS. Vol. 1, n. 1, 2009

_____. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 33, n. 157, mar./2006

THEODORO JUNIOR, Humberto; TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 2009, 2012

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LV, n. 2, Giugno 2001

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2005

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 82, abr.-jun. 1996