

FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI

**TENDÊNCIA UNIVERSAL DE SUMARIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL E A BUSCA DA TUTELA DE URGÊNCIA
PROPORCIONAL**

DOCTORADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007**

FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI

**TENDÊNCIA UNIVERSAL DE SUMARIZAÇÃO DO
PROCESSO CIVIL E A BUSCA DA TUTELA DE URGÊNCIA
PROPORCIONAL**

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

SÃO PAULO – 2007

BANCA EXAMINADORA

Dedico esse trabalho aos meus filhos Fábio Felipe, Antonio Samuel e Antonio Fernando, a melhor razão para viver.

Ao meu marido Samuel Antonio, que com amor e compreensão soube entender minhas angústias neste processo produtivo, sempre colaborando.

Aos meus pais Antonio Disney Montingelli e Sônia de Almeida Montingelli, por tudo que fizeram para a minha formação.

Por fim, aos meus queridos alunos do Curso de Pós-graduação Lato Sensu da FAAP Ribeirão Preto e Unaerp, com quem aprendo todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Especiais agradecimentos ao Professor Doutor João Batista Lopes, que com paciência e dedicação orientou esta tese.

Agradeço ainda à Professora Doutora Elizabeth Lopes, que gentilmente permitiu que utilizasse sua biblioteca.

Agradeço, outrossim, à escrevente técnico judiciário da biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo, Marina Andrade de Campos Maia, que não poupou esforços para auxiliar-me na busca de obras.

À minha querida Tia Irene Vandoni, pelas infindáveis ajudas nas traduções de textos italianos e por todo auxílio em minha formação jurídica.

Aos advogados do escritório Brasil Salomão & Mattes, Doutor Jorge Marchezi, que perdeu madrugadas lendo meus rascunhos de tese e ao Doutor João Bosco da Nóbrega Cunha, que me trouxe, semana após semana, gentilmente, livros da Biblioteca Buzaid da Unesp de Franca.

RESUMO

O trabalho analisa a forte e crescente tendência de sumarização do processo civil contemporâneo.

Parte da premissa de que é preciso conciliar segurança e celeridade, sabendo-se que esse desafio é um dos que mais instigam os processualistas contemporâneos.

Para o enfrentamento das múltiplas questões que decorrem dessa tendência, inicialmente apresenta os meios mais freqüentemente utilizados para sumarizar os procedimentos.

Apresenta, outrossim, as razões que levam a essa crescente tendência sumarizante, quais sejam, o incremento do acesso à justiça e o aumento do número de ações, que não são proporcionais ao aparato judiciário.

Discorre, ainda, sobre a necessidade de buscar mecanismos para cumprir a garantia constitucional da prestação jurisdicional em prazo razoável e defende que não se pode, nessa busca da conciliação de celeridade e segurança, prescindir de mecanismos de contrapeso, denominados de regulatórios.

Expõe os mecanismos de regulação existentes no ordenamento pátrio e aqueles utilizados em outros países, sugerindo modificações na legislação nacional.

Contesta, com veemência, a idéia de que a busca de celeridade a qualquer custo seja um ideal a ser perseguido. Discorda, destarte, das concepções dominantes que aceitam que a segurança ceda frente à urgência, dadas as exigências sociais e que entendem ser o risco inerente à necessidade de distribuição do tempo processual.

Apresenta um panorama das tutelas de urgência, no Brasil e em outros países escolhidos como paradigmas – Argentina, Espanha, Itália e Portugal – e defende que as tutelas de urgência devam ser proporcionais, ou seja, que não podem causar ao réu mais danos do que os benefícios que são outorgados ao autor, sugerindo, destarte, algumas modificações na lei, bem como a estrita obediência ao princípio da proporcionalidade em tais casos.

Ao final, analisa projetos de lei que alteram disposições sobre as tutelas de urgência na Argentina, Brasil e Itália, defendendo, ainda, uma melhor regulamentação da matéria em nosso país.

Palavras-chave: sumarização, tendência, celeridade, segurança.

ABSTRACT

The work analyzes the strong and growing tendency of summarization of the contemporary civil process.

It starts from the premise that it is necessary to reconcile safety and velocity, being known that this challenge is one that more urges the contemporary procedure experts.

To face the multiple subjects that elapse of that tendency, it initially presents the more frequently means used to summarize the procedures.

It presents, likewise, the reasons that lead to that growing summarizing tendency, which are the increment of the access to the justice and the increase of the number of actions that are not proportional to the judiciary apparatus.

It still discourses about the need to look for mechanisms to accomplish the constitutional warranty of judgement in reasonable term and defends that one cannot, in that search to reconcile velocity and safety, to do without of counterbalance mechanisms, denominated regulatory mechanisms.

It exposes the existent regulation mechanisms in the domestic legal system and those used at other countries, suggesting modifications in the national legislation.

It objects, with vehemence, to the idea that the velocity search at any cost is an ideal to be pursued. It therefore disagrees of the dominant conceptions that accept that the safety gives up front to the urgency, given the social demands and that understand to be the inherent risk to the need of distribution of the procedural time.

It presents a panorama of the provisional remedies in Brazil and in other countries chosen as paradigms – Argentina, Spain, Italy and Portugal – and defends that the provisional remedies should be proportional, or in other words, that they cannot cause the defendant more damages than the benefits that are granted to the author, suggesting therefore some modifications in the law, as well as the strict obedience to the principle of the proportionality in such cases.

At the end, it analyzes bills that alter dispositions on the provisional remedies in Argentina, Brasil and Italy, defending, still, a better regulation of the matter in our country.

Key-words: summarization, tendency, velocity, safety.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – ACESSO À JUSTIÇA E AUMENTO DA LITIGIOSIDADE	22
CAPÍTULO 2 – RELAÇÃO TEMPO E PROCESSO E EFETIVIDADE PROCESSUAL.....	26
2.1 Tempo e processo.....	26
2.2 A celeridade é componente da efetividade	30
2.3 Delimitando o tema efetividade	32
CAPÍTULO 3 – ESCOPOS DO PROCESSO	37
CAPÍTULO 4 – GARANTIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM PRAZO RAZOÁVEL	38
4.1 Garantia do prazo razoável em sistemas estrangeiros	38
4.2 Artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.....	41
4.3 Direito a um processo sem dilações indevidas	43
4.4 Conceito de prazo razoável	47
CAPÍTULO 5 – TENDÊNCIA DE SUMARIZAÇÃO NA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	52
5.1 Uma “velha novidade”	52
5.2 Tendência de sumarização como remédio para acelerar a entrega da prestação jurisdicional.....	59
5.3 Princípio da oralidade e sumarização do processo	70

5.4 Sincretismo processual como forma de sumarização	74
5.5 Evolução histórica do sincretismo	76
5.5.1 Formas e reformas sincréticas.....	77
5.6 Procedimento ordinário como paradigma, um modelo em vias de ser superado?	81
5.7 Sumarização no processo civil	92
5.8 Técnicas de sumarização	93
5.9 Sumarização dos procedimentos como técnica de agilização da justiça ..	94
5.10 Sumarização formal ou procedimental	96
5.11 Delimitando o tema sumarização	96
 CAPÍTULO 6 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SUMARIZAÇÃO	99
6.1 Escorço histórico dos procedimentos sumários	99
6.2 Procedimento sumaríssimo e sua substituição pelo procedimento sumário	109
 CAPÍTULO 7 – TÉCNICAS TRADICIONAIS DE ACELERAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS	113
7.1 Sumarização como técnica de aceleração dos procedimentos.....	113
7.2 Técnicas de supressão de formalidades	116
7.2.1 Procedimentos sumários de cognição completa: plenários rápidos.....	116
7.2.2 Técnicas de redução da cognição	117
7.3 Cognição sumária e cognição plena.....	118
7.4 Sumarização vertical, de intensidade ou profundidade	120
7.5 Sumarização horizontal, limitação da cognição em sua extensão e amplitude	121
7.6 Ações materialmente sumárias.....	123
7.7 Cognição nas tutelas de urgência	126

CAPÍTULO 8 – TÉCNICAS DE COGNIÇÃO.....	130
8.1 O ideal da verdade e a aceitação dos juízos de verossimilhança	130
8.2 Juízos de verossimilhança.....	131
8.3 Juízos de verossimilhança e segurança	134
8.4 Dever de fundamentar as decisões judiciais e juízos de verossimilhança	138
 CAPÍTULO 9 – MECANISMOS DE INIBIÇÃO DE DANOS: EQUILÍBRIO ENTRE INTERESSES CONTRAPOSTOS ...	141
9.1 Riscos da sumarização: urgência e celeridade <i>versus</i> segurança.....	141
9.2 Conciliar segurança e celeridade: a solução é adotar mecanismos de regulação?.....	148
9.3 Sumarização dos procedimentos e respeito ao princípio do contraditório.....	152
 CAPÍTULO 10 – TUTELAS DE URGÊNCIA PROPORCIONAIS.....	157
10.1 Tutelas de urgência	157
10.2 Tutela de urgência proporcional, razoável ou ótima.....	160
10.3 Sumariedade da cognição e tutela antecipada.....	164
10.4 Tutela de urgência ótima: procura de um paradigma. Modelo doutrinário espanhol e disposições legais portuguesas	166
 CAPÍTULO 11 – TUTELAS DE URGÊNCIA IRREVERSÍVEIS	173
11.1 Panorama atual	173
11.2 Sugestão de outros requisitos para a concessão de antecipação de tutela irreversível.....	176

CAPÍTULO 12 – OUTRAS FORMAS DE CONTROLE PARA OBTER A MEDIDA DE URGÊNCIA ÓTIMA OU PROPORCIONAL: PREVENINDO E REPARANDO DANOS	179
12.1 Mecanismos de contrapeso	179
12.2 Responsabilidade <i>versus</i> controle judicial	185
 CAPÍTULO 13 – CAUÇÃO COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO ..	188
13.1 Caução como contracautela	188
13.2 Imposição de caução nos sistemas jurídicos estudados	197
13.3 Caução como condição prévia para o deferimento da medida	203
13.4 Caução: requisito de admissibilidade ou executoriedade?	205
 CAPÍTULO 14 – RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO USO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	208
14.1 Características de um sistema eficaz de responsabilidade civil pelo uso das tutelas de urgência.....	208
14.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva no manejo das tutelas de urgência.....	209
14.3 Responsabilidade objetiva.....	210
14.3.1 Responsabilidade objetiva pelo manejo indevido da tutela antecipada.....	219
14.3.2 Argumentos favoráveis ao sistema da responsabilidade civil objetiva nas tutelas de urgência	223
14.4 Requerente insolvente ou sem condições de prestar caução: mecanismos alternativos para reparar e prevenir danos	226
14.5 Sistema de responsabilidade e beneficiários da justiça gratuita	227
 CAPÍTULO 15 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	230
15.1 Definição	230

15.2 Irreversibilidade das tutelas de urgência e o princípio da proporcionalidade	235
15.3 Irreversibilidade recíproca	245
15.4 Princípio da menor restrição possível e providências requeridas <i>inaudita altera parte</i>	246
 CAPÍTULO 16 – EQUILÍBRIO ENTRE SEGURANÇA E CELERIDADE	254
16.1 Segurança ou celeridade?	254
16.2 Sugestão <i>de lege ferenda</i> de introdução nas tutelas de urgência de um breve e prévio contraditório	260
 CAPÍTULO 17 – FUTURO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA:	
PROJETOS ITALIANO, ARGENTINO E BRASILEIRO.....	266
17.1 Itália: Projeto Vaccarella.....	266
17.2 Argentina: tutela autosatisfativa.....	270
17.3 Brasil: Projeto de estabilização da antecipação de tutela	274
 CONCLUSÕES.....	279
 REFERÊNCIAS	287

“Dizem, que tractar-se ordinariamente a causa he introduzido em favor público, que não se pode renunciar. Assim o Senador apud Peg d.C. 8 n. 14. He erro; porque maior favor público he abreviarem-se os processos.”

Manoel de Almeida Souza Lobão

“Convém que a justiça seja pronta; mais que isso, convém que seja justa. O problema fundamental da política processual consiste exactamente em saber encontrar o equilíbrio razoável entre as duas exigências: a celeridade e a justiça.”

Alberto dos Reis

“Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único (...). Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não contudo a qualquer preço.”

José Carlos Barbosa Moreira

“Dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem exame, ou à força de tanto examinar, se arruinaria a ambas.”

Montesquieu

INTRODUÇÃO

Há uma tendência universal e crescente à sumarização das formas e da cognição na evolução do direito processual civil.

Essa sumarização, contudo, muitas vezes tem sido feita de forma indiscriminada, virou modismo e o valor segurança passou a ser considerado uma “velharia”.

Não nos parece que deva ser assim.

É preciso encontrar o justo equilíbrio entre os valores do plexo jurídico.

Não duvidamos da constitucionalidade das tutelas¹ de urgência concedidas, regra geral, com fundamento no *periculum in mora*², tampouco consideramos inadequada a tendência de se construírem procedimentos sumarizados, como forma de assegurar a efetividade da norma constitucional que garante a prestação jurisdicional em prazo razoável.

¹ Adotamos o termo tutela com o significado de proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica, com respeito aos princípios constitucionais, aos direitos e garantias previstos na Carta Magna e aos direitos assegurados pela legislação ordinária. Nesse diapasão: LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

² Um dos pressupostos para a concessão de tutela cautelar, é a *periculum in mora*; da mesma forma, a antecipação de tutela prevista no artigo 273, I demanda a demonstração do perigo de irreparabilidade do dano ou de sua difícil reparação. Já a antecipação de tutela do inciso II pode ser denominada sancionatória da resistência ilegítima do réu, e a prevista no parágrafo 6º equivale ao julgamento parcial e antecipado de um dos pedidos ou parcela do pedido, ante o reconhecimento da incontrovérsia. Usaremos a denominação tutelas de urgência para indicar as medidas urgentes que se praticam contra o *periculum in mora*. Nesse contexto, utilizando o termo para disciplinar essa modalidade de tutelas, veja-se: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar às nulidades da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 217; e também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72.

Em busca da efetividade processual, devem ser construídos procedimentos adequados e céleres, sob pena de se tornar a garantia constitucional letra morta.

Com o mesmo escopo, e visando a garantir a proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito, a antecipação da tutela e as medidas cautelares são largamente utilizadas entre nós.

A máquina judiciária é lenta. Estamos em um cenário em que duram muito as demandas, quer em razão das leis em vigor, quer em virtude do mau aparelhamento do Poder Judiciário.

Aliviar a carga do tempo no processo em favor daquele que provavelmente tem razão, esse é o declarado propósito da antecipação de tutela.

É possível, contudo, afirmar que isso é o que normalmente acontece em casos que tais? Com esse objetivo, e sempre tendo em mente que o sistema judicial brasileiro tem estrutura deficiente, a antecipação de tutela e a tutela cautelar não estariam sendo concedidas indiscriminadamente, contrariando, dessa feita, direitos do réu, como o do contraditório e da ampla defesa?³

Sendo endêmica e exagerada a lentidão da Justiça, é eficaz a solução de introduzir no sistema técnicas de sumarização do procedimento e da cognição?

³ Não se trata de questão nova, pois há mais de vinte anos João Batista Lopes indagava qual seria o critério para a um só tempo evitar exageros e obter prestação jurisdicional pronta e efetiva (Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 59, jul./set.. 1984).

É certo, ainda, que se o Judiciário é lento, as medidas urgentes que venham a ser concedidas tendem a durar muito⁴, até que sobrevenha a solução definitiva do litígio.

Não estaríamos, então, diante do risco de concessão de medidas urgentes que durariam anos até sua consolidação (ou revogação), sem segurança para aqueles em prol de quem foi atribuída, e causando prejuízos para aquele em face de quem foi concedida? Podemos afirmar, ainda, que sendo decisões baseadas em cognição sumária, aceitaríamos conviver com inseguranças⁵ insuportáveis?

Como, então, equacionar segurança e celeridade?

Há mecanismos que podem ser utilizados na difícil busca de conciliar interesses contrapostos e que *racionalmente* distribuam o tempo do processo?

Podemos aceitar, em nome da efetividade processual, justiça de menor qualidade, mas com maior eficácia social?

A sumarização é tendência, outrossim, não apenas no campo das tutelas de urgência. Apresenta-se também na criação de ritos sumários, como

⁴ Piero Calamandrei já afirmava, há muito, que: “Por isso ocorre muitas vezes que o embargado, como tal de não querer sofrer na sua fazenda ou no seu estabelecimento a perigosa e dispendiosa tortura do custódio estranho, se vê induzido imediatamente a pactuar: tanto mais, quanto que, se quer esperar obter a revogação disso por via judicial, advertiria, a seu próprio risco, que o embargo se assemelha a certas doenças, que para contraí-las basta um instante, mas para sanar delas podem não ser suficientes muitos anos (...)” (*Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 241).

⁵ “A demora exagerada dos processos torna imprescindíveis as medidas urgentes, que, por sua vez, geram efeitos provisórios – o que também não contribui para a segurança das relações jurídicas.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48).

o dos juizados especiais de pequenas causas, o próprio rito sumário do artigo 275 do Código de Processo Civil, o processo monitorio, dentre outros, cujos procedimentos têm por escopo a busca de se alcançar o ideal da justiça rápida e eficaz.

As reformas do sistema processual civil brasileiro⁶, não se olvide, têm sido feitas, desde 1992, com escopo de alcançar a efetividade, e celeridade é um componente desta.

Dessa forma, muitas vezes se criam procedimentos que pretendem ser céleres, utilizando-se técnicas de sumarização, seja da cognição, seja pela simplificação dos seus atos.

Por isso, a sumarização das formas dos procedimentos também merece análise crítica, para que se possa concluir se a supressão de atos ou fases revela-se benéfica e eficaz e se está em consonância com as garantias constitucionais dos jurisdicionados.

Cuida-se de verificar se a sumarização permite alcançar efetividade e celeridade, sem restringir ou eliminar o contraditório e a ampla defesa.⁷

Não pretendemos, é bom alertar, “nadar contra a corrente”, sugerindo que a sumarização é um mal a ser extirpado, mas alertar para os riscos da

⁶ Também na Europa, o principal escopo das reformas no direito processual civil é o de reduzir o tempo do processo. Nesse sentido afirma: MORELLO, Augusto M. La reforma del proceso civil en Europa. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 755.

⁷ “Teme-se que a tão almejada busca da efetividade e da eliminação da morosidade leve à falsa idéia de solução, restringindo-se ou eliminando-se o contraditório ou a ampla defesa.” (HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 33).

busca a qualquer preço desse ideal de celeridade e procurar soluções que permitam alcançar um justo equilíbrio entre interesses conflitantes.

Não queremos, ademais, dar um passo atrás nessa evolução do direito processual para dizer que, dada a incerteza natural das decisões tomadas com base em cognição sumária, deveriam as tutelas de urgência ser banidas do sistema ou reservadas para situações excepcionais.

Não se trata, podemos assegurar, de ser contra as tutelas de urgência ou contrários à sua inexorável expansão, pois, como bem anotou Sergio La China⁸, sabe-se como são úteis e em quantos setores não nos podem faltar. Cuida-se, então, de buscar a tutela urgente proporcional, o atuar com cautela, para que o alívio de hoje não represente riscos e inconvenientes futuros.

Enfim, aceita como certa e crescente a tendência de sumarização na evolução do direito processual civil, há que se pensar em mecanismos que sejam adequados para a busca da tutela de urgência proporcional.

Também não pretendemos dizer que achamos a solução, “o ovo de Colombo”, nessa intrincada harmonização de celeridade e segurança.

A tarefa a que nos propomos é a de expor o sistema como está, *de lege lata*, e através de intensa pesquisa e também com amparo no estudo de

⁸ LA CHINA, Sergio. Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza? In: PROTO PISANI, Andréa (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979. p. 154.

sistemas alienígenas⁹, trazer subsídios para que se encontrem meios de tornar menos complicada a pretendida harmonização.

Nossa proposta é, destarte, também responder se o ordenamento processual civil brasileiro contém as disposições necessárias e adequadas para que se alcance a tutela de urgência proporcional ou se alterações *de lege ferenda* se fazem necessárias.

Procuraremos mostrar vantagens e defeitos de mecanismos processuais existentes no direito nacional e estrangeiro e que têm por escopo evitar ou reparar os danos decorrentes da concessão de tutelas de urgência, sem olvidar que ainda não se descobriu um sistema imune de inconvenientes, lembrando sempre que reformas não podem e não devem ser simploriamente transportadas de seus sistemas jurídicos e políticos, porque mesmo se transplantadas com sucesso, podem operar de forma diversa em ambiente diverso, como bem advertem Mauro Cappelletti e Bryant Garth.¹⁰

Essas são, em síntese, as questões que nos propomos a responder.

No que tange à metodologia, esta tese foi desenvolvida tendo por base a análise de material nacional e estrangeiro já elaborado, compreendendo doutrina, legislação e jurisprudência.

⁹ Ainda nesse diapasão, é oportuno anotar o que escreveu Egas Dirceu Moniz de Aragão, no final da década de sessenta, referindo-se ao Código de 1939: “Preocupou-se o legislador em transplantar normas construídas para povos europeus, sem muitas afinidades com as nossas idiossincrasias e peculiaridades. A renovação se fez de cima para baixo, isto é, implantada pela lei e não reclamada pelo país.” (ARAGÃO, Dirceu Moniz Moniz de. *Estudos sobre a reforma processual*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1969. p. 133).

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 162.

Foram utilizados não apenas trabalhos científicos, mas também matérias jornalísticas e assemelhados, desde que guardassem pertinência com os temas em estudo.

Explorou-se, portanto, o tipo de pesquisa bibliográfica.

Buscando comparar a legislação com a realidade fática que se nos apresenta, foi feita pesquisa de julgados que tratassem dos aspectos ora abordados.

A tese foi construída segundo um processo lógico, pela leitura, fichamento, resumo e comparação de idéias de autores nacionais e estrangeiros.

Comparou-se, outrossim, legislação e jurisprudência nacionais com a alienígena, essa última muitas vezes obtida por meio dos indispensáveis recursos de multimídia.

Depois de iniciada a coleta de dados, o trabalho organizou-se seguindo a análise do material, sua interpretação e reflexão sobre o assunto.

Em seguida, o texto foi elaborado com a preocupação de indicar todas as fontes pesquisadas, reproduzindo-as em notas de rodapé, sempre que a mera citação não se revelasse suficiente.

Foram apontados, na seqüência, pontos polêmicos e controvertidos sobre os temas.

Procurou-se apresentar algumas soluções para os problemas apontados, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo, tomando-se por base o material disponível e anotando-se algumas possíveis soluções e propostas *de lege ferenda*.

Sobre os questionamentos a que se pretende responder, não temos a pretensão de lhes dar pronta e cabal solução, mas ao menos indicar um ponto de partida para uma proveitosa discussão da matéria.

CAPÍTULO 1 – ACESSO À JUSTIÇA E AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

É fundamental assegurar o acesso à justiça em um regime democrático, porque não há democracia sem respeito à garantia dos direitos.

Essa garantia está constitucionalmente consagrada (art. 5º, XXXV). Dela se extrai que deve ser livre e igual, a todas as pessoas, o acesso à justiça, independentemente de sexo, raça, etnia, classe social e religião.

Não basta, outrossim, o mero acesso formal ao sistema jurídico, que deve ser apto para garantir a efetividade dos direitos.

Numa abordagem mais restritiva do tema acesso à justiça, o enfoque deste trabalho é na aptidão do sistema em ser acessível e uma vez ajuizadas as demandas, em sua capacidade para solucionar os litígios de forma ágil e segura.

A maior ou menor rapidez com que se exerce a garantia de direitos é parte integrante e essencial do acesso à justiça.

A denegação do direito de acesso à justiça acarreta a negação de todos os demais direitos, porque uma vez que inexistam mecanismos aptos para fazê-los cumprir, os novos direitos sociais e econômicos passariam a ser meras declarações políticas de conteúdo e funções mistificadoras.

No Brasil, em razão das propostas de universalização da tutela jurisdicional e diante da conscientização de direitos consagrados pela Constituição Federal, aumentou muito o ajuizamento de demandas, de forma que o Poder Judiciário viu-se às voltas com assustadora massa de trabalho.

Desde então, o problema da morosidade judicial que já existia¹¹ apenas se agravou.

Esse maior acesso não contou com um paralelo e proporcional aparelhamento do Poder Judiciário, de forma que, despreparado para o seu mister, o Judiciário retarda a prestação jurisdicional.

O número de causas ajuizadas deveria guardar uma proporção compatível com o número de magistrados, afirma Claudio Consolo¹², o que não ocorre, todavia.

A morosidade judicial parece ser o mais universal de todos os problemas enfrentados pelos tribunais nos nossos dias.

¹¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva, na década de 70 afirmava que as demandas civis eram uma “longa aventura” e que o procedimento comum desenrolava-se lentamente. O Poder Judiciário, aduz, já estava em crise. Dizia: “Ora, se o Poder Judiciário está condenado a sucumbir na luta pela superação dos problemas gerados pela própria evolução social, ou, pelo menos, deverá aceitar a permanente inadequação como uma decorrência inelutável das peculiaridades históricas, tornando-se mais ou menos quiméricas as aspirações de uma justiça célere e eficiente, não há necessidade de outras justificações para demonstrar a atualidade e a importância das ações cautelares, que são, precisamente, os instrumentos capazes de aliviar as tensões criadas por esse desequilíbrio estrutural, dando aos que procuram a proteção judiciária pelo menos mais segurança, o que, em última instância, é também um fim colimado pela jurisdição comum.” (*As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 9-10).

¹² CONSOLO, Claudio, A prò della riscoperta della efficienza giurisdizionale come base del “giusto” processo civile. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

Com maior ou menor intensidade, a morosidade é sentida em cada país, sendo constante assunto de debates¹³, acabando por impulsionar reformas legislativas.¹⁴

A duração excessiva de um processo judicial provoca, dentre outras conseqüências, a erosão da prova, o retardamento da reparação do dano, o atraso na proteção contra ameaças a direitos, o aumento do custo econômico do sistema e o seu descrédito como instrumento eficaz de pacificação social, de forma que não se pode deixar de considerar que a celeridade constitui-se em vertente importante do acesso à justiça.

A eficiência e a celeridade dos tribunais, contudo, não podem afrontar o direito à segurança.

É preciso, portanto, separar as situações em que o atraso da justiça pode ser reputado como sinônimo de denegação desta, daqueles em que não é

¹³ Roger Perrot aduz que o acontecimento processual marcante da última metade do século XX foi, sem dúvida, o considerável aumento da massa litigiosa, não só na França. Esse aumento pesou muito nas transformações do processo civil francês. Naquele país, foi possível verificar que, em vinte anos, o número de causas triplicou, o que aconteceu em razão da rápida evolução da sociedade, de leis que se sucedem em ritmo alucinante e que fatalmente geram um contencioso mais abundante. Contemporaneamente, frisa, as pessoas estão mais bem informadas e não hesitam em recorrer aos tribunais ante a menor dificuldade. Com um pessoal judiciário que praticamente não aumentou em número, o resultado é que tribunais apenas conseguem resolver os litígios após meses, quiçá anos de seu ajuizamento. Sintetiza referido jurista dizendo que a justiça é fator de paz social e que conseqüências temíveis devem ser esperadas, se não lhe for possível desempenhar plenamente seu papel, sem que as decisões sejam proferidas em prazo razoável e executadas com rapidez (O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 91, p. 204, jul./set. 1998). No mesmo sentido, mencionando tratar-se de problema universal, ver: SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996. p. 387.

¹⁴ Na Alemanha, por exemplo, o número de demandas que ingressaram na Justiça em 1991 foi de 1,63 milhões, e em 1995 esse número subiu para 2,17 milhões, acarretando o aumento da duração do processo e, por isso, gerando nos jurisdicionados e operadores do direito anseios de que reformas sejam feitas para aumentar a agilidade e celeridade da justiça (PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 729).

desejável que os tribunais operem com excessiva rapidez suscetível de violar os direitos dos jurisdicionados.

Para as hipóteses que demandam mais pronta resposta, por outro lado, o sistema deve estar equipado com freios e contrapesos, de forma a não resolver um problema criando outro.

CAPÍTULO 2 – RELAÇÃO TEMPO E PROCESSO E EFETIVIDADE PROCESSUAL

2.1 Tempo e processo

Entre o momento em que, segundo o direito material, deveria ocorrer a satisfação, e o momento em que efetivamente se alcança o resultado, mediante sentença e, em alguns casos, através de execução forçada, medeia tempo¹⁵, o que significa dizer, desde já, que o processo não cumpre com perfeição ideal a sua função de realização do direito.

Ainda que esteja claro, de qualquer forma, que o processo não é apto a cumprir sua função de realização do direito com perfeição ideal, senão com perfeição humanamente alcançável, não menos óbvio é dizer que o ordenamento jurídico não pode ficar indiferente perante essa demora.

Mecanismos precisam ser pensados e construídos para que os efeitos do tempo sobre o processo e bens da vida em litígio sejam o menos possível prejudiciais¹⁶ e para que seja abreviado o tempo do processo, decorrente de formalismos inúteis, demoras injustificáveis e protelações maliciosas.

¹⁵ “No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente de direito), insurgir-se contra decisões que lhe sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares e colegiados).” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1).

¹⁶ Diz Ovídio Araújo Baptista da Silva que a suprema sabedoria do legislador está em saber distribuir, com equidade e equilibradamente, o tempo no processo, de modo a não onerar exclusivamente um dos litigantes, em benefício do adversário. (Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, ano 6, v. 47, p. 310, set./out. 1992).

Sendo o tempo, como diz Donaldo Armelin¹⁷, a dimensão fundamental da vida humana, no processo desempenha idêntico papel. Sua excelência deve então ser medida em função do menor lapso possível entre seu início e sua conclusão eficaz, expressão entendida como o término do processo que produz efeitos normais.

Processo significa avançar, caminhar em direção a um fim, razão pela qual todo processo envolve a idéia de temporalidade¹⁸, e por isso o tempo é fator inerente ao processo.

É instituto essencialmente dinâmico e destina-se a desenvolver-se no tempo. Tem-se, pois, que é sua a característica ínsita de durar, não ser instantâneo, prolongar-se.¹⁹

O processo, afirma Alvaro J. D. Perez Ragone, “*lleva inherente el tiempo necesario para instrumentalizar el derecho substancial*”.²⁰

Como instrumento de solução de litígios e de satisfação de direitos, deve obedecer a uma série de garantias asseguradas às partes, sendo por isso, em princípio, incompatíveis celeridade e segurança jurídica.

¹⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 125-126, jun. 1985.

¹⁸ “A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 33).

¹⁹ Adolfo Gelsi Bidart afirma que o “*proceso en sí, que requiere un lapso de cierta prolongación para actuarse, que no pode realizarse en un instante único*” (El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 110, jul./set. 1981).

²⁰ PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D. El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y el acceso a la justicia: punto de inflexión en la tutela de derechos. Parte I: cosmovisión del proceso. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, n. 15, p. 108, jan./mar. 2000.

Cuida-se de forças opostas, ambas atuantes sobre o processo. De um lado, existe a exigência da solução rápida do litígio e, de outro, a que impõe delonga à atividade jurisdicional para que possam ser observados o contraditório e a ampla defesa.

Ora, toda decisão é antecedida²¹ de um percurso preparatório que a ela conduz. Esses atos prolongam-se, porque é preciso tempo para a exposição da situação conflituosa ao tribunal, para a realização das diligências instrutórias necessárias, para se obter uma decisão ponderada e rigorosa e, por vezes, para que se possa executar a decisão tomada.

A soma desses tempos provoca uma dilação entre o momento da apresentação do litígio ao tribunal e sua decisão, ou efetivação da decisão, prazo que é inevitavelmente demorado em qualquer sistema processual civil obediente aos princípios do contraditório, busca da verdade material, da motivação e do duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Assim, o esforço para harmonizar os postulados segurança e celeridade está presente nos mais diferentes sistemas processuais, razão pela qual a morosidade é motivo de crise da justiça e não se trata de privilégio nacional.²²

²¹ Aqui poderíamos acrescentar que até mesmo as decisões concedidas liminarmente, *inaudita altera parte*, e com base em cognição sumária, demandam um tempo de análise do magistrado, que precisa conhecer a matéria e analisar as provas eventualmente trazidas antes de prolatar sua decisão.

²² João Batista Lopes afirma que Cappelletti, em obra clássica, já denunciava a excessiva duração dos processos na Itália, assinalando que em alguns casos significa verdadeira denegação da justiça, sendo o quadro atual naquele país preocupante, bastando recordar que recentemente a Itália foi punida pela Corte de Estrasburgo pela excessiva morosidade processual. Menciona, ainda, a situação na Argentina, em que há queixas contra a paquidérmica tramitação dos feitos. Da mesma forma, assegura, na Espanha constou da recente exposição de motivos do diploma processual que se fazem necessárias respostas judiciais mais rápidas e mais efetivas, que tenham maior capacidade de transformação real das coisas. (Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, Coord. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 238).

As novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinariedade dos procedimentos, a economia de mercado e a velocidade das transações comerciais através de meios de comunicação modernos demandam, cada vez mais, respostas rápidas e eficazes do Poder Judiciário, a exigir que doutrinadores, legisladores e aplicadores do direito voltem suas atenções para os mecanismos que permitam mais rápida solução do litígio, preservando, contudo, a segurança.

Por isso, como já escrevemos outrora, “parece, portanto, inadmissível, no aspecto temporal, o processo escrito e interminável que herdamos de épocas em que tudo – a notícia, a comunicação e a investigação – requeria lapsos prolongados”.²³

Ao tempo em que os litígios predominantes eram sobre heranças, direito de propriedade, servidões ou usufrutos, a lentidão da justiça era irritante, mas superável. Já atualmente, dada a natureza dos litígios, tais como pensões alimentares, indenizações, pleitos de reintegração ao trabalho, dentre outros, não se pode esperar a solução por anos.

O tempo, afirma-se constantemente, tornou-se um dos parâmetros da justiça moderna.

Ousamos sustentar, contudo, que a espera sempre foi angustiante para o homem, em qualquer aspecto de sua vida, não sendo diferente quanto aos

²³ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29.

assuntos da justiça. A morosidade judicial apenas vem aumentando, mas é fator constante em nossos tribunais.²⁴

Essa preocupação, com a efetividade e celeridade da tutela jurisdicional, tem sido o mote das reformas do diploma processual pátrio, que com esse escopo introduziu procedimentos de forma e conteúdo sumarizados.²⁵

2.2 A celeridade é componente da efetividade

É hoje lugar comum dizer que a Justiça atravessa uma crise de eficácia e, num discurso repetido, afirma-se que o sistema judicial entrou em ruptura e não mais consegue dar resposta eficaz à necessidade de resolução de conflitos.

Em virtude disso, têm sido feitas reformas dos diplomas processuais, com escopo de objetivamente agilizar, simplificar e desburocratizar o processo.²⁶

²⁴ Tanto é assim que Egas Dirceu Moniz de Aragão, escrevendo sobre os projetos de alteração do Código de Processo Civil de 1940, já dizia que “nos dias que correm, ingressar em juízo é uma temeridade. A demora na obtenção da sentença, à qual se soma outro tanto para a sua revisão em grau de recurso, faz com que a ‘questão’ seja um espantinho. Talvez nunca se tenha podido medir em toda a sua extensão a profunda sabedoria do provérbio, mais vale um mau acordo que uma boa demanda” (*Estudos sobre a reforma processual*, cit., 1969, p. 135).

²⁵ Como v.g. o procedimento monitorio, a antecipação de tutela, o julgamento antecipadíssimo do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

²⁶ João Batista Lopes afirma que com esses propósitos foram feitas várias alterações, dentre elas, modificações na prova pericial, introdução da tutela antecipada e da tutela específica, alteração no regime do agravo de instrumento e inclusão, no sistema, da ação monitoria. (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, cit., p. 5).

O valor efetividade está em destaque e é prioritário, a ponto de se falar, no direito processual pós-moderno, em um quarto estágio dos conhecimentos processuais, o “eficientismo processual”.²⁷

Esquece-se, contudo, de que os óbices ao acesso à ordem jurídica não são apenas jurídicos, mas também econômicos, e aceitando como normal e irremediável a lentidão do Poder Judiciário, busca-se principalmente através de reformas legislativas resolverem o problema.

É exigência atual das sociedades que os ritos processuais sejam simples, resolvidos em prazo razoável, e sobretudo baratos.²⁸

Celeridade, economia e justiça material são os novos postulados do modelo processual do Estado Social de Direito, aponta J. J. Calmon de Passos.²⁹

Não se concebe que a solução de um litígio arraste-se por anos, às vezes décadas.

Num mundo globalizado, o progresso tecnológico, em especial nos meios de comunicação e informação, imprimiu à vida um ritmo vertiginoso e absorvente, de forma que as instituições laboriosamente criadas a partir do século XIX, que previam um modelo de aplicação de justiça cautelosa,

²⁷ Nesse sentido, ver: VARGAS, Abraham Luis. Teoria general de los procesos urgentes. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 120.

²⁸ No original: “*Le alternative a cui tutti aspirano, in ogni Paese, sono riti semplici, rapidi, e soprattutto non costosi*”. (VIGORITI, Vincenzo. Il rifiuto del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 48, jul./set. 2000).

²⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do processo de execução. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima et al. *O processo de execução: estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 187.

garantista e segura, viram-se impotentes para servir neste inesperado mundo novo.

Em razão disso, em busca da prestação jurisdicional temporalmente adequada, a tendência de sumarização apresenta-se como uma das soluções plausíveis para superar um dos grandes obstáculos³⁰ à efetividade do processo civil.

2.3 Delimitando o tema efetividade

Sobre a efetividade processual, já tivemos oportunidade de escrever que “a efetividade do processo é exigência premente em tempos atuais. É cediço que a coletividade anseia por uma atividade jurisdicional capaz de emitir julgamentos céleres e eficazes e apta para garantir o efetivo cumprimento de seus julgados”.³¹

Naquela ocasião afirmamos³² que quando a doutrina se refere à efetividade do processo, normalmente o faz aduzindo que, por meio do processo, a parte deve alcançar resultados equivalentes aos que obteria caso fossem observadas espontaneamente as disposições legais.

Mas o que é efetividade processual?

³⁰ Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, existem no sistema brasileiro três grandes obstáculos a conspirar contra a efetividade do processo civil. São eles a) a generalização do procedimento ordinário, com demandas plenárias de lides totais; b) o sistema recursal excessivamente amplo e liberal; c) o princípio da responsabilidade pelas despesas processuais. (*Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 253.

³¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, *O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*, cit., p. 19.

³² Ibidem, p. 20-21.

Efetividade, ensina Sálvio de Figueiredo Teixeira³³, é termo multiforme e polivalente, de rico conteúdo semântico.

Giuseppe Chiovenda, por seu turno, em sua clássica fórmula sobre a efetividade dispõe que “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto conseguire*”.³⁴

A efetividade também pode ser entendida como “a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”.³⁵

O vocábulo tem raízes no verbo latino *efficere*, que corresponde a produzir, realizar. Significa qualidade do que está efetivo em estado ativo de fato. Em termos processuais, indica preocupação com a eficácia da lei processual e sua aptidão para gerar os efeitos que dela normalmente se esperam.

Teori Albino Zavascki, por sua vez, discorrendo sobre o tema, afirma que:

³³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 168, p. 35, out./dez. 1994.

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 110. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito: “Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.” (*A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 297-298).

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques: no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203.

“O processo, instrumento que é para a realização dos direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo legal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou induzir a concretização do Direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular de direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente aquilo que pretendia, há prestação da tutela jurisdicional específica.”³⁶

Efetiva é, destarte, a tutela prestada o mais rápido possível àquele que tem um direito, exatamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Por efetividade dos resultados do processo também se quer significar que o direito processual civil deve construir instrumentos que sejam aptos para proporcionar precisamente aquilo que o cumprimento de uma obrigação ou obediência ao dever proporcionaria se não houvesse ocorrido ilícito algum.

José Carlos Barbosa Moreira, em estudo notável, afirma que o termo efetividade contempla noção abrangente, que comporta dose inevitável de fluidez. Por isso, sintetizou em cinco itens aquilo que considera ser a problemática essencial da efetividade.

Parece-nos, sem dúvida, sobre o tema, a definição mais completa, abrangente e que realmente explica o que vem a ser efetividade e delinea seus contornos. Seu programa básico em prol da campanha da efetividade é o seguinte:

“a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir do sistema;

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 462.

- b) Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) Impende assegurar condições propícias à exata e completa restituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) Cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.³⁷

Com esses postulados, o que se espera é que o processo atinja adequadamente seus fins.

Cuida-se de metas ideais, como adverte Barbosa Moreira³⁸. Isso porque, explica, a perfeição não é deste mundo e, além dos limites de fato representados por toda sorte de obstáculos, há também os limites de direito decorrentes da necessidade de preservar outros bens ou valores.

De todo o exposto, é possível concluir que celeridade é apenas um dos componentes da efetividade, expresso no item “e” das aludidas diretrizes, embora efetividade e celeridade por vezes sejam utilizadas como sinônimos.³⁹

Quando se trata do tema tutelas sumárias e tutelas de urgência, no mais das vezes, é termo empregado como sinônimo de celeridade, mas “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, p. 97, jan./mar. 1995.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Notas sobre o problema da efetividade do processo, cit., p. 78.

³⁹ João Batista Lopes adverte que celeridade não se confunde com efetividade e que nem sempre a solução rápida é a mais adequada, bastando pensar que, na hipótese em que a prova pericial se faz essencial, a solução da lide demandará tempo maior (Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil, cit., p. 328). Nessa hipótese, podemos acrescentar, negar a produção da prova e julgar antecipadamente a lide poderia trazer um julgamento célere, mas não adequado, inefetivo.

segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.⁴⁰

A clássica lição de Chiovenda sobre o tema, destarte, aborda somente um dos aspectos da efetividade, qual seja aquele expresso por Barbosa Moreira⁴¹ no tópico “d”.

Não se pode deixar de consignar, neste tópico, as conclusões de Augusto Tavares Rosa Marcacini⁴² que, de forma exemplar, contribuem para esclarecer a questão do que se entende por efetividade.

Afirma o referido autor que “é de se situar a efetividade como a realização prática, real, dos fins a que o processo se propõe”.⁴³

Sustenta que para se falar em efetividade do processo, ou seja, na busca do que o processo se propõe a realizar, é preciso confrontar com os ideais buscados pelo sistema processual, ideais esses que variam no espaço e no tempo.

Em suma, leciona, cuida-se de vocábulo com significado aberto, a depender do que se quer realizar por meio do processo.

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 49.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 97.

⁴² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. 275 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 38.

⁴³ Ibidem, mesma página.

CAPÍTULO 3 – ESCOPOS DO PROCESSO

Sendo o processo instrumento, é preciso indagar quais objetivos se pretende alcançar mediante o seu emprego.

Fixar seus escopos, diz Cândido Rangel Dinamarco⁴⁴, equivale a revelar o grau de sua utilidade.

Atuação da vontade concreta da lei, justa composição da lide, manutenção da paz social e da segurança jurídica, pacificar com justiça, eliminar conflitos mediante critérios justos, são múltiplos os escopos da jurisdição e a matéria pode ser estudada sob o enfoque social, político ou jurídico.⁴⁵

Como o processo contemporâneo promete a pacificação dos conflitos sociais, será efetivo aquele que de forma mais segura alcance esse ideal, com estabilidade da solução final, e no menor espaço de tempo possível, razão pela qual se faz necessário e atual estudar a sumarização processual em suas duas vertentes, a da cognição e a das formas, verificando sua aptidão como mecanismo de aceleração das providências jurisdicionais.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 149.

⁴⁵ O estudo demandaria aprofundamento e excederia os limites do que nos propusemos a abordar neste trabalho.

CAPÍTULO 4 – GARANTIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM PRAZO RAZOÁVEL

4.1 Garantia do prazo razoável em sistemas estrangeiros

Não é suficiente que se tenha direito ao processo, sendo inafastável a sua absoluta regularidade, com todas as garantias asseguradas ao usuário da Justiça, e num breve espaço temporal, de forma a se atingir o seu escopo.

A preocupação pelo indispensável predicado da tempestividade vem nos últimos tempos sendo objeto de disposições internacionais, seja no continente europeu, seja no sistema interamericano de direitos humanos.

Na Itália, fonte de inspiração de muitas das alterações do nosso Código de Processo Civil, assegurar o término do processo em tempo razoável é garantia constitucional inserida no artigo 111.

É de se anotar que antes mesmo que fosse inserida de forma expressa no texto constitucional, já entendia a doutrina⁴⁶ que a Constituição italiana, em seu artigo 24, parágrafo 1º, reconhecia a cada um, além do direito de ação, o direito à agilidade (*speditezza*) da Justiça.

De se anotar, outrossim, que as constantes condenações da Itália pelo Tribunal Internacional de Estrasburgo acabaram por impulsionar o legislador italiano a introduzir dispositivos legais que assegurassem no âmbito interno o direito à indenização pelos danos suportados pela excessiva demora do

⁴⁶ Nesse sentido, consultar v.g.: ANDOLINA, Italo Augusto. Il modello costituzionale de processo civile. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 2, n. 4, p. 148, jan./abr. 1997.

processo. Nesse sentido é a Lei n. 89, de 24.03.2001, que garante tutela a quem sofreu um dano patrimonial decorrente da falta de observância do prazo razoável preconizado pelo artigo 6º, I da Convenção Européia dos Direitos Humanos.

Há agora projeto de lei que altera o Código de Processo Civil italiano e que disciplina a matéria.⁴⁷

Referida garantia também consta do artigo 20 da Constituição portuguesa e do artigo 2º do Código de Processo Civil lusitano.

Na Argentina, fala-se do direito a uma “*jurisdicción oportuna*”⁴⁸, ou seja, da prestada em tempo útil para satisfazer adequadamente às expectativas dos jurisdicionados.

Cuida-se de “*procurar no solo ‘dar a cada uno lo suyo’ sino hacerlo ‘cuando corresponde’, es decir en tiempo util como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables*”⁴⁹.

A Constituição desse país, reformada em 1994, em seu artigo 43, ao prever o expedito procedimento de amparo, demonstra a preocupação em favorecer o desenho de uma jurisdição oportuna.

⁴⁷ É o seguinte o teor do artigo 152-bis no *Disegno di Legge Mastella*: “*Il giudice cura che la durata del processo non ecceda il termine di due anni in primo grado, di due anni in secondo grado e di un anno nel giudizio di legittimità. I termini di cui al primo comma possono essere superati nei processi di particolare complessità, avuto riguardo al numero delle parti, all’oggetto della causa, ovvero alla natura delle questioni tecnico giuridiche de affrontare.*”

⁴⁸ PEYRANO, Jorge W. La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: genesis y evolución. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 14.

⁴⁹ PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 274.

Nos Estados Unidos, lembra Paulo Fernando Silveira⁵⁰, do Bill of Rights podem ser extraídos onze conceitos que são básicos e limitadores da atividade governamental. O de número seis consiste no direito a um rápido e público julgamento, por um júri imparcial.

Do projeto das normas transnacionais de processo civil – *transnational rules of civil procedure* –, cujo escopo é o de resolver os litígios de dimensão internacional, em seus princípios interpretativos está a garantia de solução em prazo razoável.⁵¹

A duração razoável do processo é um dos componentes⁵² daquilo que Luigi Paolo Comoglio denomina de processo équo, racional e justo.⁵³

De qualquer forma, as garantias do devido processo legal e do acesso à justiça são reconhecidas como direitos fundamentais nos Estados democráticos e integram o rol dos direitos humanos.

⁵⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 109.

⁵¹ De seu artigo 125, inciso II, consta que “o procedimento deverá satisfazer expectativas razoáveis de justiça e deverá ser eficiente do ponto de vista econômico e temporal” (HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, n. 102, p. 200, abr./jun. 2001).

⁵² Os demais componentes do processo équo e justo são: a garantia da igualdade das partes; a independência e imparcialidade dos juízes, cortes e tribunais pré-constituídos por lei; publicidade das audiências e dos pronunciamentos judiciais; direito efetivo de acesso aos órgãos estatais; direito ao contraditório e defesa técnica e direito à prova.

⁵³ Para Luigi Paolo Comoglio, o direito a um processo justo deve ser visto sob dois aspectos, garantindo, de um lado, a adequação e a efetividade dos instrumentos processuais disponíveis no curso do processo e, de outro, a efetiva e adequada tutela possível de ser alcançada ao final do processo (*Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Padova: Cedam, 1997. v. 2, p. 92). Cândido Rangel Dinamarco afirma que processo justo é aquele conduzido e decidido por um juiz natural, imparcial e que trate as partes de forma isonômica, que seja realizado com publicidade, com ampla oportunidade de defesa aos litigantes, mediante sua participação no contraditório, que seja assegurado o direito à prova, o direito ao processo como meio de defesa de seus direitos, que toda a experiência processual se desenvolva com plena observância das regras e preceitos inerentes ao exercício da jurisdição da ação e da defesa. (*A nova era do processo civil*, cit., 2007, p. 22).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu artigo 8º, que tem plena vigência no Brasil, ante o que dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, assegura que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)”.

Da Convenção Europeia de Direitos Humanos também consta referida garantia, em seu artigo 6º, I.⁵⁴

4.2 Artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal

No Brasil, mesmo antes da consagração do prazo razoável como garantia constitucional, estava implícito na garantia do devido processo legal, conforme já preconizavam Rogério Lauria Tucci, José Rogério Cruz e Tucci⁵⁵ e Eduardo Oteiza.⁵⁶

Para outros⁵⁷, a garantia da tempestividade da tutela jurisdicional era corolário do direito de acesso à justiça.

⁵⁴ A razão de ser dessa exigência é percebida com facilidade. Como diz o adágio, “*justice delayed, justice denied*” e, em sua versão francesa “*justice retive, justice fautive*”.

⁵⁵ O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Carta Magna, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, por meio da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável. (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19).

⁵⁶ “*En el plano internacional de protección de los derechos humanos se ha incorporado a la garantía del debido proceso el recaudo de la razonabilidad del plazo.*” (OTEIZA, Eduardo. Abusos de los derechos procesales en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 160, 1999).

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 48; LOPES, João Batista. Depois da reforma. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 43, jan./abr. 1996.

Em razão da reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, foi inserido mais um inciso ao artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais.

Trata-se do inciso LXXVIII, que reza: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.”

Cuida-se de garantia constitucional.

Discorrendo sobre tais garantias, Comoglio, Ferri e Taruffo⁵⁸ afirmam que a efetividade tornou-se um componente indispensável das garantias constitucionais atinentes ao processo. Não se deve, afirmam, interpretá-las atribuindo significado débil, reduzindo sua aplicação prática à mera constitucionalização formal de princípios preexistentes, cujos efeitos exaurem-se num enquadramento programático, mas privados de incidência direta ou inovatória sobre o processo. Quem se proponha a privilegiar os aspectos substanciais da efetividade deve, necessariamente, emprestar àquelas normas instituidoras de garantias um significado “forte”, que possa ter incidência concreta e direta sobre o progresso evolutivo das instituições processuais.

E, no mesmo diapasão:

*“Los derechos plasmados en la Constitución no son sólo garantías jurídico-formales, sino derechos plenos y operativos que exigen efectiva realización material. Su violación o su falta de virtualidad impone directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción.”*⁵⁹

⁵⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 53.

⁵⁹ BERIZONCE, Roberto O. *Efectivo acceso a la justicia*. La Plata: Platense, 1987. p.7.

Assim, “*cabe memorar que la Constitución es también una norma legal imperativa y no sólo un programa de aspiraciones y buenas intenciones, cuya encarnadura depende de la ulterior buena voluntad del legislador*”.⁶⁰

É por esse prisma que deve ser interpretada a garantia da entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável, e não como mera norma programática, de parca ou nenhuma utilidade.

Ocorre que não determinadas quais as medidas a serem tomadas e sem prever o direito à indenização decorrente⁶¹, a garantia constitucional tende a funcionar como mera norma programática.

A proteção jurídica através dos tribunais implica em proteção eficaz e temporalmente adequada.

4.3 Direito a um processo sem dilações indevidas

Em Portugal são reiteradas⁶² as decisões no sentido de estar garantido às partes o término do processo em tempo razoável.

⁶⁰ PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria, cit., p. 275.

⁶¹ José Rogério Cruz e Tucci afirma que se for verificado em um caso concreto o descumprimento de tal garantia, isso deveria gerar direito de indenização em razão de responsabilidade objetiva, mas menciona precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo (JTJSP 168/177) em que se negou tal indenização, sob o argumento de que qualquer processo tem trâmite longo (Ineficiência da administração da justiça e dano moral. In: *Questões práticas de processo civil*. 2. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1998, p. 106-107).

⁶² Nesse sentido, os acórdãos do Tribunal Constitucional lusitano: ACTC 3275, rel. Mário de Brito, j. 12.09.1992; ACTC 7152, rel. Monteiro Diniz, j. 05.03.1997. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 nov. 2001.

O Código de Processo Civil lusitano contempla, em seu artigo 2º, ao tratar do acesso aos tribunais, o direito de obter, em prazo razoável, a decisão judicial. *In verbis*: “A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.”

Naquele país, a Corte Constitucional⁶³ afirma que a regra que consagra o acesso ao direito e aos tribunais abrange o direito de todos a uma solução jurídica dos conflitos em prazo razoável e com a observância de garantias da imparcialidade e independência.

Depreende-se, pela análise de seus julgados e da doutrina pertinente⁶⁴, que o devido processo legal compreende:

- a) direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso;
- b) direito a obter uma decisão judicial sem dilações indevidas;⁶⁵

⁶³ Acórdão do Tribunal Constitucional português tem o seguinte texto: “Para além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efective toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal. VII - O Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras.” (ACTC 7152, n. 96-1169-1, rel. Monteiro Diniz, j. 05.03.1997. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 nov. 2001).

⁶⁴ NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 16. ed. Lisboa: Ediforum, 2001, p. 57.

⁶⁵ “O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas. Esse direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela jurisdicional efectiva. As partes formais num processo judicial em tramitação têm o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo.” (NETO, Abílio, *Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 56).

c) direito a um processo justo, baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso dos direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas;

d) proibição da indefesa;⁶⁶

e) direito a um processo de execução, ou seja, de que através do órgão jurisdicional, desenvolva-se e efetive toda atividade dirigida à execução da sentença pelo tribunal.

Celeridade e segurança na entrega da prestação na solução de litígios, seja na esfera administrativa, seja na jurisdicional: esse é o novo direito fundamental assegurado ao cidadão pela Emenda Constitucional n. 45, afirma o Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado.⁶⁷

O Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que um processo sem dilações indevidas também deve atingir uma equilibrada harmonia com os direitos de defesa.⁶⁸

⁶⁶ Entende-se por proibição da indefesa não poder haver privação ou limitação ao direito de defesa do particular perante os órgãos jurisdicionais nos quais se discutem questões que lhe digam respeito. A violação do direito à tutela judicial efetiva, sob o ponto de vista da limitação do direito de defesa, verifica-se sobretudo quando a não observância de normais processuais ou princípios gerais de processo acarretam a impossibilidade de exercer o direito de alegar, com efetivos prejuízos para sua defesa.

⁶⁷ DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXVIII, da CF. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355. O autor acrescenta que esse complexo de normas constitucionais voltadas para a solução mais rápida e com confiança dos litígios tem por missão cumprir desiderato do Estado Democrático de Direito que tem, entre outros fundamentos centrais, o de valorizar a cidadania e zelar pela dignidade da pessoa humana.

⁶⁸ Trata-se de “*llegar a un satisfactorio equilibrio entre la realización de toda la actividad judicial indispensable para la adecuada resolución del caso de que se conoce y para la garantía de los derechos procesales de las partes, y el tiempo que la misma necesita, que debe ser el más breve posible (...) El concepto de ‘dilaciones indebidas’ es, pues, un ‘concepto indeterminado o abierto’ (...) que designa una determinada ruptura del citado equilibrio*” STC (sala 2ª) 58/199, de 12.04.1999 (RTC 1999/58).

J. J. Gomes Canotilho adverte que um processo sem dilações indevidas não significa, necessariamente, justiça acelerada. Quando essa aceleração implicar em redução de garantias constitucionais e processuais, pode-se alcançar justiça pronta, mas não necessariamente justa. Há casos, contudo, em que se faz necessário o processo célere e eficaz como, por exemplo, quando se trata de medidas cautelares.⁶⁹

É preciso que a resposta judicial seja qualitativa e quantitativamente adequada.

A garantia constitucional de outorga de tutela jurisdicional em prazo razoável deve, portanto, ser analisada pela perspectiva do princípio da proporcionalidade, para que não haja abuso ou prejuízos indevidos ao réu, apenas em nome da busca da celeridade para o autor.

Pensar em duração razoável do processo implica em não se olvidar dos direitos do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual os mecanismos existentes ou que venham a ser criados precisam respeitar tais princípios constitucionais, devendo harmonizá-los. Por isso, prazo razoável não implica necessariamente celeridade, mas em lapso necessário para assegurar a justa decisão.⁷⁰

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 493.

⁷⁰ “É imprescindível que o processo tenha uma certa duração, maior do que aquelas que as partes desejam, porquanto o Estado deve assegurar aos litigantes o devido processo legal, amplo direito de defesa e contraditório e, até mesmo tempo para se prepararem adequadamente” e, no mesmo diapasão: “Tanto é inaceitável um processo extremamente demorado como aquele injustificadamente rápido e precipitado, no qual não há tempo hábil para produção de provas e alegações das partes, com total cerceamento de defesa.” (HOFFMAN, Paulo, *Razoável duração do processo*, cit., p. 17 e 41, respectivamente).

4.4 Conceito de prazo razoável

O que se deve entender por prazo razoável para a entrega da prestação jurisdicional?

A origem do conceito está na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950, que reconheceu em seu artigo 6º, parágrafo 1º, que Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, Justiça inacessível.

Prazo razoável significa prestação jurisdicional sem dilações indevidas, ou seja, decisão judicial dentro dos prazos legais pré-estabelecidos ou, se não estiverem fixados em lei, em lapso temporal adequado e proporcional à complexidade do processo.

Tarzia⁷¹ afirma que a jurisprudência da Corte Europeia tem fornecido os parâmetros para que se defina o prazo razoável. Cuida-se de critérios que embora constantemente venham sendo contestados, são rigorosamente aplicados pela Corte Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo.⁷²

Depreende-se, destarte, que a razoabilidade da duração de um feito deve ser avaliada à luz dos seguintes critérios:⁷³

⁷¹ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile: atualidades internacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, n. 103, p. 156, jul./set. 2001.

⁷² Podemos mencionar, dentre muitos casos julgados pela Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo, os seguintes, nos quais os referidos critérios foram rigorosamente aplicados: *Hornsby vs. Greece*, 19.03.1997 e *Gollner vs. Austria*, 17.01.2002. Disponível em: <www.Echr.coe.int/>. Acesso em: 06 ago. 2007.

⁷³ Nesse sentido, veja-se, ainda, *in verbis*: “Le caractère raisonnable de la durée d’une procédure s’apprécie suivant les circonstances de la cause et au regard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour: notamment, la complexité de l’affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes. Sur ce dernier point, l’enjeu du litige pour l’intéressé entre en ligne de compte dans certains cas.” (PETTITI, Louis-Edmond (Coord.). *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*: commentaire article par article. 2. éd. Paris: Economica, 1999. p. 268).

- a) complexidade do caso;
- b) comportamento das partes;
- c) comportamento das autoridades nacionais, do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A circunstância mais invocada para explicar um atraso fundado na natureza de um processo, narra Irineu Cabral Barreto⁷⁴, é a sua complexidade, evidenciada pelo número de pessoas envolvidas (argüidos, partes, testemunhas, peritos), pelas questões de fato ou de direito de considerável complexidade suscitadas e pelo seu volume.

Sublinha, contudo, que apenas os atrasos devidos às autoridades competentes podem ser imputados aos Estados⁷⁵ e, por isso, só esses permitem apurar se há ou não violação do n. 1 do artigo 6º.

Dessa forma, completa, incumbe aos Estados organizar⁷⁶ o seu sistema judiciário, de modo que as suas jurisdições possam garantir a cada pessoa o direito de obter uma decisão definitiva sobre as contestações relativas a direitos e obrigações de carácter civil, e sobre a acusação penal em prazo razoável.

⁷⁴ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 148.

⁷⁵ E nesse aspecto é indiferente que o atraso seja causado pelos órgãos da Administração, do Legislativo ou Judiciário, porque é a responsabilidade internacional do Estado que se coloca em questão e o Estado apresenta-se como uma unidade.

⁷⁶ Uma crise passageira econômica ou política, determinante de uma sobrecarga de trabalho nos tribunais, pode ser alegada como justificativa para o excesso de prazo, desde que o Estado adote, com prontidão adequada, medidas apropriadas para ultrapassar essas situações excepcionais, justificação que não se aceita quando a situação assume carácter estrutural. Nesse sentido: BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, cit., p. 149.

Fernandes Araújo expõe outros critérios⁷⁷ para que se calcule qual é o prazo razoável, fazendo-o para fixar as hipóteses em que o prazo excessivo gera o dever do Estado de indenizar pela demora injustificada.

São eles:

- 1) a fixação legislativa de prazos finais para cada rito processual e a metade dos mesmos prazos para cada grau superior de jurisdição;
- 2) as causas cíveis em geral deveriam ser iniciadas, processadas e concluídas dentro de doze meses e, em havendo circunstâncias excepcionais, o que se admite em 10% dos casos, esse prazo seria contado em dobro, perfazendo vinte e quatro meses;
- 3) para os casos de menor complexidade, as denominadas pequenas causas (*small claims*), a conclusão deve ocorrer em trinta dias;
- 4) no prazo de trinta dias deveriam estar resolvidas 90% das causas que versem sobre relações domésticas, 98% em seis meses e 100% em um ano.

Por fim, referido autor pondera que quanto às tutelas de urgência (liminares cautelares e tutela antecipada), bem como às demais medidas liminares (v.g. em mandado de segurança, dentre outras), há de se estabelecer critérios especiais para o cálculo do prazo razoável, para que a demora na apreciação do pedido não importe em prejuízo para quem as pede.

⁷⁷ Tais critérios, anota Francisco Fernandes Araújo, são fruto de minudente pesquisa da American Bar Association (Associação Americana de Advogados). (*Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. 1999. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 1999. p. 181).

Paulo Hoffman⁷⁸, entretanto, não concorda com o estabelecimento de prazos pré-fixados, afirmando que para a definição do prazo razoável, o critério adequado é o da análise de cada caso concreto, como estabelecido pela Corte Européia de Direitos Humanos, mas acaba por recomendar que haja a previsão de um prazo máximo de duração do processo em cada instância, preconizando dois anos na primeira instância e um ano e meio na segunda instância e Cortes Superiores.

Nessa mesma linha, há projeto de lei na Itália que estabelece prazos razoáveis de duração do processo em primeiro e segundo grau. O Projeto Mastella, em seu artigo 152-bis, recomenda dois anos em primeiro grau, dois anos em segundo grau e um ano no juízo de *leggitimità*.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Carbone aduz que:

*“En esta materia ni el juez ni la ley pueden tener ‘tablas’ fijas; debe reinar la superindividualidad del caso concreto, porque debemos ser sinceros; nos tenemos que convencer y tenemos que convencer a la gente que no podrá suprimirse un proceso totalmente cognoscitivo; este necesariamente debe durar algún tiempo para que la debida garantía en juicio no quede pulverizada por una supuesta eficacia.”*⁷⁹

Parece-nos, então, de melhor alvitre compreender prazo razoável como conceito jurídico indeterminado, que deve ser analisado em cada caso como aquele absolutamente necessário para a solução do litígio com

⁷⁸ HOFFMAN, Paulo, *Razoável duração do processo*, cit., p. 108.

⁷⁹ CARBONE, Carlos Alberto. Consideraciones sobre el nuevo concepto de furte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raiz procesal. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 179.

segurança. Em causas complexas, esse prazo não pode ter a mesma dimensão do que naquelas que não exigem maiores reflexões e provas.⁸⁰

Buscando cumprir o prazo razoável, é forte a tendência de sumarização no direito processual civil.

⁸⁰ “Um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade, qualquer processo que passe um dia dessa duração já terá sido moroso.” (HOFFMAN, Paulo, *Razoável duração do processo*, cit., p. 61).

CAPÍTULO 5 – TENDÊNCIA DE SUMARIZAÇÃO NA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

5.1 Uma “velha novidade”

A inclinação por sumarizar não é, pode-se afirmar, absolutamente um fenômeno novo, original.⁸¹

Na Espanha⁸², o Rei Juan I, em 1387 e os reis católicos, em 1476, já faziam tentativas para abreviar o extenso procedimento ordinário.

Na Itália, em 1783 foram feitas manifestações doutrinárias contra o rito formal, reputado como não adequado, que se sugeria dever ser abolido e sub-rogado pelo procedimento sumário, que se esperava triunfaria.⁸³

Em 1876, naquele país, uma comissão especial foi nomeada para reformar a lei processual e tornar regra o processo sumário.⁸⁴

⁸¹ Nesse sentido, já havíamos consignado o seguinte: “Analisando-se o desenvolvimento histórico do direito inglês, observa-se, outrossim, que durante o período medieval a *court of common pleas* era a mais movimentada dentro do sistema da *common law*, até mesmo em razão de sua competência, que abrangia mais matérias do que as outras. Todos os débitos de mais de 40 *shillings*, por exemplo, deveriam ser cobrados nesta corte. A *court of common pleas*, contudo, acabou por perder sua preeminência sobre as demais, pois aquelas outras adotavam processos mais rápidos e baratos (*cheaper and speedier*), numa evidente mostra de que a busca por celeridade processual é anseio antigo.” (ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, *O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*, cit., p. 29).

⁸² Ver relatos de Victor Fajen Guillén (*El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953. p. 93).

⁸³ APICELLA, Guiseppe. *Il procedimento civile sommario*. Milano: Società Editrice Libreria, 1908. p. 4.

⁸⁴ Ibidem, p. 5.

Veja-se, outrossim, o que dizia a doutrina portuguesa em 1886: “Dizem, que tractar-se ordinariamente a causa he introduzido em favor público, que não se pode renunciar. Assim o Senador *apud* Peg d.C. 8 n.14. He erro; porque maior favor público he abreviarem-se os processos.”⁸⁵

E, no mesmo sentido:

“Muito se tem escrito pelos sabios, que refere o illustre Mello, L.4, T.7, na nota sobre os inconvenientes públicos e do estado que resultam dos processos ordinarios e suas delongas; não menos por Tryk, vol.11, Disp.19, *De emendatione processus forensis*; porém n’essas nações nada tem felicitado as declamações e providentes arbitrios dos sabios. Os senhores reis d’este reino têm conhecido a mesma necessidade da causa pública, e por muitos decretos têm mandado consultar o desembargo do paço sobre as providências mais oportunas, a fim de se abreviarem as demandas sem prejuizo da administração da justiça, e se principiou a trabalhar nesse importante negocio; porém também estes reaes projectos tão sabios, como providentes, não chegaram a ultimar-se e encher as paternaes intenções dos soberanos; ficando-se n’esta falta observando a antiga ordenação. Entretanto, estando declarado pela carta regia de 5 de março de 1621, que o desembargo do paço não tira os negócios da justiça dos termos ordinarios; sempre os senhores reis foram benignos em ouvir as particulares queixas de seus vassalos, já concedendo decretos para n’essas causas se proceder summariamente, já prefinindo tempos breves para as suas finaes expedições, de que há muitos exemplos. E d’aqui (podendo inferir a intenção de nossos soberanos), parece que, entrando em disputa se alguma tem procedimento summario, se ordinario, deverá proceder o arbitrio pela parte do summario.”⁸⁶

Em outra obra, Lobão sustenta, no mesmo diapasão, que “em todas as causas que exigem celeridade, se deve proceder summariamente”.⁸⁷

⁸⁵ LOBÃO, Manuel de Almeida Souza. *Tratado práctico compendiarío de todas as acções sumarias*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1886. v. 1, p. 7.

⁸⁶ Ibidem, p. 4-5.

⁸⁷ LOBÃO, Manuel de Almeida Souza. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. p. 331.

Pode-se afirmar, destarte, que a tradição histórica sempre privilegiou as ações sumárias.⁸⁸

Proto Pisani, nesse diapasão, afirma que “*la técnica della sommaria è una delle tecniche di cui i legislatori de tutti i tempi si sono serviti per assicurare la giustizia civile*”.⁸⁹

As estatísticas trazidas à baila por Giuseppe Apicella⁹⁰, referentes ao período de 1870 a 1900, indicam que o procedimento sumário, na Itália setentrional, era fortemente adotado, sendo 79% das causas civil tratadas como processos sumários e 95% das comerciais. Na Itália central, foram tratadas como procedimento sumário, que deveria ser a exceção, 95% das causas cíveis e 99% das comerciais. Na Itália meridional, onde o procedimento sumário teve a mais longa aplicação, as causas civis que adotavam tal rito eram 99% e as comerciais 100%. Na média geral do Reino, as causas cíveis tratadas pelo rito sumário eram 91% e as comerciais 97%. Com isso, a *Legge* 107, de 31.03.1901, em seu artigo 2º, tornou regra a adoção do rito sumário, dispondo: “*Sonno trattate col procedimento sommario tutte le cause, ad eccezione di quelle per quali il procedimento formale sia ordinato dal presidente sull’acordo delle parti, ovvero dal Tribunale o dalla Corte sulla istanza di una di esse, od anche di ufficio.*”

Novidade decantada. Foi assim que Luiz Antonio da Costa Carvalho⁹¹ denominou a introdução do procedimento sumaríssimo no Código de

⁸⁸ Nesse sentido: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, Imprensa oficial, ano 2, n. 2, p. 240, jul./dez. 2001.

⁸⁹ PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela sommaria*. In: PROTO PISANI, Andréa (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979. p. 311.

⁹⁰ APICELLA, Giuseppe, *Il procedimento civile sommario*, cit., p. 7.

⁹¹ Luiz Antonio da Costa Carvalho. *O espírito do Código de Processo Civil: comentários e críticas*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1974. p. 38-39.

Processo Civil de 1973, afirmando que ele tinha escopo de abreviamento processual, de conciliação entre simplificação e segurança, mas não era novidade alguma, porque se tratava de instituto de origem ultra-secular, já visto nas Ordenações portuguesas e quiçá muito antes.

Jônatas Milhomens comenta:

“Se um instituto atravessa os séculos, certamente modificando-se sob a influência de novos fatores e velhas experiências; se por vezes parece extinto para em seguida espontar, aqui e ali, sob nova forma, para renascer, ostensivo, discriminado, com áurea de grande inovação salvadora, veneno mortal contra a grave doença da justiça ronceira, tardia, emperrada; se isso acontece é sinal de que o instituto é instrumento hábil, à espera de mãos hábeis que o empreguem a bem da realização do direito material.”⁹²

Parece, então, que não se trata de uma tendência propriamente dita, mas de um anseio constante dos operadores do direito.

Pode ser pueril querer atrelar tal fenômeno ao fato de vivermos numa civilização que julgamos cibernética, o que também parece fazer parte da falsa crença de que chegamos ao máximo da evolução possível, o fim da história.

Discorrendo sobre processo e ideologia, Ovídio Baptista da Silva⁹³ lembra que é comum na historiografia moderna considerar o passado como se as gerações que nos precederam sejam versões parciais e incompletas do que agora se descobre como a verdade definitiva, ou seja, no dizer de Barry Barnes, persiste a tendência de ver a ciência moderna como a configuração da própria realidade, tornando-se praticamente impossível lembrar que também

⁹² MILHOMENS, Jônatas. *Do procedimento sumaríssimo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 9.

⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-18.

ela é nossa interpretação da realidade e que será igualmente incompleta aos olhos das gerações que nos sucederem, que da mesma forma tenderão a considerar ridículas as concepções da ciência que hoje temos, como fizeram os cientistas modernos, ao considerarem ridículas as concepções de física de Aristóteles.

No que somos diferentes daqueles que viveram há dois séculos?

A insatisfação com a justiça pode estar mais aguda, dado o aumento vertiginoso da população mundial, o incrível consumismo que nos assola e a velocidade das transações feitas com auxílio dos mais poderosos instrumentos da informática, tudo contribuindo para fazer aumentar o número de relações jurídicas e, por consequência, gerar muitos litígios.

A insatisfação também se mostra atualmente como fenômeno mais visível, até porque, em face das facilidades de comunicação modernas, é assunto muito debatido e difundido, mas a morosidade judicial é problema antigo e a tendência de sumarização também não é moderna.

Há que se anotar ainda que facilitado o acesso à justiça, muito aumentou a busca pela tutela jurisdicional, embora sem a contrapartida do aumento da estrutura que suportasse tal acréscimo.

Sumarizar como forma de buscar solução rápida, conclui-se, não é propriamente uma novidade, mas anseio antigo.

O movimento, todavia, tomou mais corpo atualmente e parece que estamos dispostos a adotar como padrão procedimentos sumarizados.

De qualquer forma, é bom lembrar que as revoluções na ciência começam com o sentimento crescente de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente. Esse sentimento de funcionamento defeituoso é um pré-requisito para a revolução.⁹⁴

Ora, essa percepção de que o processo ordinário não é mais adequado está entre nós consagrado⁹⁵, razão pela qual estaríamos, em princípio, prontos para uma revolução no âmbito do direito processual civil.

Temos, hodiernamente, em vários países, as perspectivas de uma justiça rápida construída sobre o alicerce de procedimentos com formas ou cognição sumarizadas⁹⁶, o que a doutrina, de modo geral, aceita, até mesmo afirmando que “há uma pré-disposição da sociedade, que se reflete na comunidade jurídica, no sentido de que se abra mão do valor segurança em nome de outros valores”.⁹⁷

Em suma, *“las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”*.⁹⁸

⁹⁴ Nesse diapasão: BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araújo, *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 33.

⁹⁵ Não apenas no Brasil, mas em diversos outros países, está presente o mesmo sentimento, tanto que na Argentina a doutrina afirma que é preciso reinventar a Justiça. Nesse sentido: ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E. Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 53.

⁹⁶ Veja-se, por exemplo, o instituto da tutela antecipada no Brasil, Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 142, p. 11, dez. 2007.

⁹⁸ Ver conclusões da Comisión n. 1 sobre medidas cautelares da VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Uruguay, La Paloma, de 19 a 22.04.1995 (PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatorio, cit., p. 268-269).

Pensa-se agora, no Brasil, em estabilizar a antecipação de tutela⁹⁹, de forma que a propositura de ação passe a ser, por vezes, incumbência do réu, numa evidente demonstração que estamos preparados para revolucionar todo o sistema.¹⁰⁰

Essa tendência pode bem ser notada no sistema jurídico da Argentina, no qual, ao lado das tutelas cautelar e antecipada, tem-se em vigor¹⁰¹ mais uma modalidade de tutela de urgência, a denominada tutela autosatisfativa.

Anote-se, quanto a esse sistema, que embora em muitas Províncias não haja disposições legais sobre antecipação de tutela e tutela autosatisfativa, doutrina e jurisprudência as aceitam, na prática, usando, para tanto, o substrato da ação cautelar.¹⁰²

⁹⁹ Projeto de Lei do Senado Federal n. 186/2005.

¹⁰⁰ Basta cotejar o que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Civil, fundamental ao sistema processual, com o que está no artigo 273-B, parágrafo 1º, alínea “a” do projeto, *in verbis*: “Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de sessenta dias: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito.”

¹⁰¹ No artigo 305 do Código de Processo Civil e Comercial da Província do Pampa, desde 2001.

¹⁰² Nesse diapasão, conclusão a que se chegou no Congreso Nacional de Derecho Procesal (Corrientes, agosto de 1997), *in verbis*: “Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas”; e também na VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial de Junín (setiembre de 1996): “1-Corresponde regular legalmente como categoria autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamado acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie constituida por la denominada cautelar material; 2- Ínterin se concreta la regulación legal sugerida, puede recurrirse – en casos absolutamente excepcionales – al artículo 232 del Código Procesal Civil de la Nación o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares (medidas autosatisfactivas) (...).” (VARGAS, Abraham Luis, Teoría general de los procesos urgentes, cit., p. 115).

No sistema italiano, da mesma forma, estudos¹⁰³ vêm sendo feitos para que seja introduzida uma modalidade de tutela de urgência abreviadíssima e tendente à estabilidade, embora sem aptidão para produção de coisa julgada.

Essa revolução respeitará as garantias processuais e constitucionais?

Nossa proposta é de, sem revoluções, ousar pensar em um sistema equilibrado. Sumariedade sim, mas sem insegurança capaz de abalar a paz social.

Em resumo, cuida-se de apresentar algumas sugestões não propriamente novidadeiras, mas de sistematizar o estudo, buscando lá e cá mecanismos que sejam eficientes, para poder apresentar um esboço que tenha medidas céleres de prontidão, mas que não desestremem o mínimo de segurança jurídica, de que devemos dispor para ser mantida a paz social, objetivo último do processo como método de solução de lides.

5.2 Tendência de sumarização como remédio para acelerar a entrega da prestação jurisdicional

Como já afirmamos alhures, há um clamor generalizado, que não é recente¹⁰⁴, para que processualistas encontrem meios adequados, modernos e rápidos de composição de litígios.

¹⁰³ Em 23 de outubro de 2003, o governo italiano aprovou projeto de lei de reforma do Código Processual italiano, para ser enviado às assembleias legislativas. O projeto foi elaborado por comissão nomeada pelo governo, sob a presidência do Professor Romano Vaccarella, a denominada *Comissione Vaccarella*, com diversas inovações, dentre elas a previsão de um procedimento sumário não cautelar, célere, recorrível, a ser concluído com provimento com força executiva e sem aptidão de produzir coisa julgada material.

¹⁰⁴ Em 1955, escrevendo sobre aqueles que seriam os objetivos da reforma do Código Processual Civil da Espanha, Faustino Gutierrez-Alviz y Armario afirmava que: “*La rapidez del proceso*

Simplicidade, brevidade e eficácia, três sábios requisitos que deve ter o processo e que eram almejados pelos romanos, “ainda continuam desafiando a argúcia e a cultura de nossos processualistas contemporâneos (...)”.¹⁰⁵

A mais recente etapa do movimento de acesso à justiça, de que foi precursor Mauro Cappelletti, trouxe, dentre outros propósitos, na denominada terceira onda renovatória, múltiplas tentativas com o escopo de se obter procedimentos mais simples e racionais, econômicos e eficientes.

No Brasil, a reforma do Código de Processo Civil, que tem sido levada a efeito por etapas, tem um propósito único, orientado por premissas bem definidas, decorrentes do referido movimento mundial em prol da efetividade dos direitos através do processo.

A idéia subjacente às reformas é a de se alcançar um processo justo¹⁰⁶, com dispêndio mínimo de tempo e energia.

habrá de lograrse mediante la simplificación de las formas procesales, la corrección del sistema de excepciones interlocutorias e incidentes, y por la reducción, perfeccionamiento y unificación de los tipos del proceso, dotándoles de estabilidad funcional.” (Estudios jurídicos. *Anales de la Univerdidad Hispalense*, Sevilla, Univerdad de Sevilla, n. 34, p. 79, 1978).

¹⁰⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão. *O procedimento sumaríssimo*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 5.

¹⁰⁶ Processo justo, nos ensina José Joaquim Gomes Canotilho, pode ser considerado em seu aspecto processual como aquele a que deve ter acesso uma pessoa privada de seus direitos fundamentais, vida, liberdade e propriedade, com direito a exigir que essa privação se faça segundo um processo especificado na lei. A idéia material de um processo justo, por outro lado, dispõe que há direito a um processo legal, justo e adequado, que deve ser materialmente informado pelo princípio da justiça. A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controle dos tribunais relativamente ao caráter justo ou equitativo do processo se estenderá, segundo as características de cada caso, às dimensões materiais e processuais no seu conjunto. O parâmetro de controle será o catálogo de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de lei ou convenção internacional (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 488-489).

Sendo a morosidade processual um dos pontos mais visíveis da crise da justiça, multiplicam-se as idéias, declarações de intenções, iniciativas e alterações legislativas, na procura de soluções para reduzir a demora dos processos, com vista a abreviar não só o momento de prolação da decisão e de sua estabilização, com o trânsito em julgado, mas também de sua intervenção eficaz na realidade em conflito.

Podemos então afirmar que dentre os estudiosos do direito e profissionais do foro, vem se tornando até mesmo obsessiva a idéia de se abreviar a duração dos pleitos judiciais, sendo tendência quase consensual¹⁰⁷ que o velho processo comum é de todo inadequado às tendências do nosso tempo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Vale gizar que há processualistas que com isso não concordam. Assim, José Joaquim Calmon de Passos, argumentando sobre aqueles que dizem ser inadequado o rito ordinário, afirma que nenhum procedimento pode cercear a postulação, ou deve descartar a possibilidade de o juiz sanear o feito, tampouco obstar a verificação dos fatos pelas partes e pelos magistrados e o direito de provar em busca da verdade real; não pode ainda inibir o poder decisório do juiz quanto ao mérito e todas as questões do procedimento; e, por fim, não pode eliminar o controle das decisões, o que transformaria o poder de julgar do magistrado em efetivação de arbítrio soberano de um agente do Poder Público (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 3, p. 16). No mesmo sentido, Claudio Consolo afirma que a ênfase em tentar recuperar a eficiência não está na permanente escolha dos ritos. Ademais, aduz que a recorrente proposta de novos ritos processuais parece ser um fator de ineficiência, porque se desvaloriza e se vulnera na sua cotidiana credibilidade o rito “velho”, fazendo com que se pense tratar-se de um arcaico instrumento e que não se pode ao menos estudar formas de torná-lo mais cômodo, mesmo porque está para chegar o novo rito. (A prò della riscoperta della efficienza giurisdizionale come base del ‘giusto’ processo civile, cit., p. 105-107).

¹⁰⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que o grau de insatisfação com o procedimento ordinário pode ser medido pela intensidade com que se busca, na doutrina contemporânea e na própria legislação, no Brasil, mas especialmente na Europa, como se dá na França e na Itália, o retorno às formas de tutelas de urgência, especialmente de natureza satisfativa, bem como pela reintrodução, no nosso sistema, da ação monitória, concebida pelos juristas medievais sob inspiração da tutela interdital do direito romano clássico (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58).

O pêndulo da história, diz Ovídio Baptista da Silva¹⁰⁹, neste momento inclina-se decididamente para os processos sumários, contra o anacronismo do procedimento ordinário.

Buscam-se, então, técnicas e formas tendentes à aceleração e simplificação do procedimento, com a correspondente sumarização da cognição (sumário substancial) ou do procedimento (sumário formal).

João Batista Lopes¹¹⁰, por sua vez, anota que os processualistas pátrios estão empenhados em diagnosticar as causas da morosidade da Justiça e encontrar remédio para atacá-las. Afirma que, em razão dessa preocupação, a inclinação é pela agilização do processo e do procedimento, mediante adoção de técnicas de sumarização, com a seguinte filosofia: por que percorrer os caminhos sinuosos do procedimento ordinário nos casos em que o direito do autor é evidente ou pode perecer em razão da demora na prestação jurisdicional?

No mesmo diapasão, observa Joel Dias Figueira Júnior¹¹¹ que a sumarização das formas, na evolução do processo, é uma tendência universal e tornou-se uma constante preocupação dos legisladores e aplicadores do direito.

Aduz que há três décadas¹¹² os italianos demonstraram grande preocupação com o fenômeno da lentidão dos processos e por isso lançaram olhos para um modelo germânico, o Modelo de Stuttgart (ou *Modello di*

¹⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 127.

¹¹⁰ LOPES, João Batista, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, cit., p. 28-29.

¹¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *O novo procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 33.

¹¹² Atualmente quatro, porque o modelo referido é de 1965.

Stoccarda), posto em relevo em 1965 pelo professor Fritz Baur, que consistia basicamente em conduzir o processo a termo em um único debate oral, tal como se fazia no processo penal germânico. Afirma ainda que o tema sumarização das formas está intimamente ligado a outros dois assuntos não menos relevantes para o processo civil moderno: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo.

Numa clara demonstração de adesão a essa tendência de sumarização, foi introduzida na Constituição de Portugal, no artigo 20º, n. 4, a garantia de procedimentos judiciais céleres e prioritários, com escopo de obtenção de tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças, violações de direitos, liberdades e garantias. Cuida-se de imposição constitucional para que o legislador ordinário assegure por via preferencialmente sumária a proteção de direitos, liberdades e garantias.

A efetivação dessa garantia, afirma J. J. Gomes Canotilho¹¹³, pressupõe uma nova formatação processual tendente a responder às exigências de celeridade e efetividade.

Na Itália, em 1979, Sergio La China¹¹⁴ já dizia que os provimentos de urgência, estruturados como temperamento para a demora do processo civil, estavam tornando-se a prefiguração do novo *modus procedendi* do juiz civil e que se lhe abriam contínua e constantemente novos espaços, quase em perene juventude do instituto, não se percebendo pontos de parada e de equilíbrio.

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 499-500.

¹¹⁴ LA CHINA, Sergio, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, cit., p. 153-154.

Entre nós vem ganhando cada vez mais força, outrossim, dentre as técnicas processuais destinadas a evitar o risco de dano para o direito da parte, ante a demora para a obtenção da tutela jurisdicional pela via comum, as tutelas sumárias fundadas em cognição perfunctória, ou seja, concedidas com base em juízo de verossimilhança.¹¹⁵

A introdução da antecipação da tutela de mérito no bojo do processo de conhecimento em 1994 representou verdadeira revolução no sistema, que antes seguia a velha dogmática que exige prévia cognição para só então abrirem-se as portas para a execução.

Pode-se até dizer que virou moda. “A lei propicia e a praxe dela faz uso intenso.”¹¹⁶

Ousamos afirmar que atualmente a maioria dos litigantes nem sequer cogita ajuizar demanda de conhecimento sem nela inserir um pedido de antecipação de tutela, ainda que não haja propriamente um risco especial na demora.¹¹⁷

Por que esperar anos se posso obter instantaneamente?

¹¹⁵ Ovídio Araújo Baptista da Silva defende que quanto menores as evidências no direito material, mais deve crescer o procedimento, ou seja, o procedimento abreviado existiria para os casos em que é alta a evidência do direito material, como se dá, por exemplo, quanto ao mandado de segurança. Seria inadequado, contudo, um rito singelo para uma ação indenizatória, em que há necessidade de ampla produção probatória. Não se cuida, diz ele, de tese nova, porque desenvolvida por Carnelutti em 1929, ocasião em que preconizava um procedimento de estrutura elástica (O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413).

¹¹⁶ BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 15.

¹¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira lembra que advogados não gostam de peias no manejo do instrumento tutela de urgência e tendem a enxergá-la, tal como os advogados franceses o fazem quanto a *référé*, como uma espécie de “abre-te sésamo”, capaz de dar acesso a tudo quanto se queira conseguir em juízo. (Tutela de urgência e efetividade do direito. *Gênesis*: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Gênesis, v. 8, n. 28, p. 294, abr./jun. 2003).

A expansão das formas de tutela urgentes, afirma Ovídio Baptista da Silva¹¹⁸, é fenômeno que parece mostrar-se incontornável¹¹⁹ e determinantes histórico-culturais da civilização contemporânea priorizam, cada vez com mais insistência, a efetividade dos direitos proclamados pela Constituição e pelas leis, em detrimento do valor segurança, exageradamente enaltecido pelo processo tradicional.

A justificativa para o crescente interesse pela tutela antecipada, afirma Maria Pía Calderón Cuadrado¹²⁰, é o convencimento de que a tutela jurisdicional não corresponde aos fins institucionais se não atribui às partes um resultado que seja útil e efetivo, bem como a convicção de que dificilmente sua efetividade pode ser assegurada nesse momento histórico com reformas mais ou menos incisivas do processo de cognição.

Não se pode, contudo, subverter todo um sistema, colocando-o “de cabeça para baixo”.

O maior perigo, já advertiam Cappelletti e Garth¹²¹, é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais

¹¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3, p. 32.

¹¹⁹ Fritz Baur afirma ser precipitado ver as razões para isso tão-somente na necessidade exacerbada de segurança, que é peculiar à sociedade moderna, ou no aumento de situações conflituosas em todos os setores da vida, e identifica quatro causas fundamentais para essa expansão das tutelas provisórias: 1) afirma que o desenvolvimento técnico acarretou o fenômeno concomitante de que uma injustiça lesiva, hoje, se abate com muito mais violência sobre o indivíduo do que em tempos passados; 2) a combinação de fatores psicológicos, como a falta de *common sense*, sentido pouco desenvolvido para as regras do *fair play*, crença na autoridade e, de outro lado, necessidade social de proteção; 3) pretende-se que o provimento provisório venha a compensar transitoriamente a fraqueza do indivíduo frente ao mais forte ou ao poder de um grupo, ou que venha a remediar temporariamente estados de necessidade sociais agudos; 4) as deficiências do processo ordinário (*Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 15-18).

¹²⁰ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. *La Ley*: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 2, p. 1.086, 1995.

¹²¹ CAPPELLETTI Mauro; GARTH Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 163.

do processo civil, essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório.

Por isso, é preciso ter em mente que as tutelas de urgência são remédios para casos que efetivamente as demandem, e como tais devem ser indicadas e administradas para as hipóteses em que a sintomatologia do caso efetivamente as requer.¹²²

Sua prescrição indiscriminada para todos os casos em que a demora causar desconforto poderá t levar colapso ao sistema judicial.

Percebe-se agora tendência à intolerância com qualquer demora processual. Nesse sentido, na doutrina italiana, Edoardo Ricci¹²³ afirma que qualquer demora processual é intolerável e por isso seria justificável a previsão de um procedimento urgente, de cognição sumária, ainda que não esteja presente o *periculum in mora*.

Essa intolerância com qualquer demora processual já era prevista e temida por Sergio La China¹²⁴, no final da década de setenta do século passado, ocasião em que afirmou que o instituto da medida urgente, nascido como sinal de repulsa contra o processo longo, de rito ordinário, arriscava-se a ser sinal e instrumento de intolerância para o processo *tout court*.

¹²² “As tutelas de urgência, embora necessárias, devem ser vistas como solução excepcional. Também por isso, não são suficientes para assegurar a verdadeira efetividade da tutela jurisdicional, o que somente se consegue mediante respostas que produzam resultados definitivos.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 48).

¹²³ RICCI, Edoardo F. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual civil italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 262.

¹²⁴ LA CHINA, Sergio, Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?, cit., p. 154-155.

Maria Pía Calderón Cuadrado¹²⁵, no mesmo diapasão, sustenta que o que justifica a sumarização de processos e a tutela antecipatória é a verdadeira urgência, não a mera impaciência.

O recurso indiscriminado às tutelas de urgência, numa visão sistêmica, acaba por acarretar, por vezes, maior morosidade.

Basta lembrar a esse respeito que, no Estado de São Paulo, o segundo grau de jurisdição está abarrotado de processos que demoram anos para sua apreciação e julgamento e que, em grande parte, esse congestionamento do sistema se deve ao fato de haver milhares de agravos de instrumento para serem apreciados e, por consequência, enquanto eles são apreciados, não se julgam, por exemplo, as apelações.

É dizer, pedem-se tutelas de urgência porque a máquina judiciária é lenta. Sua concessão, por outro lado, implica em que tendem a durar muito, até que sejam confirmadas definitivamente ou revogadas. Além disso, dada a pletora de serviço que assola o Judiciário, poucos são os magistrados que, após conceder medidas urgentes *in limine* e *inaudita altera parte*, têm condições de efetivamente apreciar o caso após o indispensável contraditório do réu, relegando-se tal apreciação apenas para a ocasião do sentenciamento do feito, normalmente muito tempo depois, o que induz o réu a manejar agravo de instrumento buscando a revogação daquela decisão e, quando o faz, isso mais contribui para abarrotar o sistema, o que gera atraso no julgamento dos demais recursos. Esta aí um círculo vicioso que precisa ser rompido.

O remédio, insistimos, precisa ser prescrito e aplicado com adequação.

¹²⁵ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía, Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.089.

Em suma, sumarização da cognição é tendência e há razões para isso, como expusemos, mas não pode se transformar na única maneira de solucionar a endêmica demora¹²⁶ processual.

Propensão para sumarização dos ritos também está em voga há muito tempo¹²⁷. O movimento tomou força com as ondas renovatórias. Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²⁸, há quase trinta anos, em 1978, já preconizam a reforma dos procedimentos judiciais, sustentando que o modelo oral, de Stuttgart, do processo civil germânico, acelera o procedimento e faz com que as partes normalmente aceitem seus resultados sem recorrer.

Procedimentos especiais mais simples, com baixos custos, informalidade e rapidez, para determinados tipos de causas, bem como julgadores mais informais estariam dentre os métodos alternativos de decisão de causas judiciais.

¹²⁶ “Tememos que, num futuro breve, haja uma subversão da ciência processual formada pelo esforço de brilhantes doutrinadores do passado e do presente, como se a necessidade evidente e premente de celeridade e economia processual justificasse a transformação do processo civil em um amontoado de procedimentos desconexos e imprecisos, fazendo tábua rasa de centenas de anos de construções doutrinárias e jurisprudencial, algo equiparado à perda de valores morais em nossa sociedade, uma verdadeira ‘Lei de Gérson’ processual.” (HOFFMAN, Paulo, *Razoável duração do processo*, cit., p. 42).

¹²⁷ “Na evolução da sociedade organizada, na procura desse ideal, sempre se buscou uma simplificação dos atos e formas processuais, impondo, *mutatis mutandis*, o afloramento de uma preocupação constante dos legisladores e aplicadores do direito nesse sentido, porquanto o processo, como instrumento de jurisdição, não tem condições de alcançar o seu objetivo se a mecanização utilizada for de pouca praticidade, máxime em se tratando de causas de pequeno valor ou de apoucalhada complexidade jurídica.” (MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53).

¹²⁸ CAPPELLETTI Mauro; GARTH Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 81 e 83.

A citada obra foi fonte de inspiração para os processualistas pátrios que criaram os juizados especiais de pequenas causas¹²⁹, de rito sumário e estruturado para prestigiar a oralidade.

Ritos simples para matérias simples, corriqueiras ou recorrentes, como direito de vizinhança, locação, consumidor, causas de pequeno valor.

Estamos caminhando, ao que parece, para uma experiência jurídica em que a ordinariade do procedimento será a exceção, destinado aos conflitos de alta complexidade.¹³⁰

Assim, dentre as novas tendências do direito processual, temos o intuito simplificador, que visa a brevidade processual, mas que apenas se mostra útil na medida que se traduza em técnica capaz de melhorar os resultados apresentados aos consumidores do serviço – os jurisdicionados – e

¹²⁹ Não se olvide que no Estado de São Paulo, os juizados especiais cíveis não se revelaram capazes de cumprir adequadamente seu mister. Em Ribeirão Preto, cidade paulista com seiscentos mil habitantes, por exemplo, há uma vara especializada para esse fim, com apenas um magistrado titular e onde tramitam 19.930 processos, estando completa a pauta de audiências de instrução por cinco meses (dados oficiais da planilha de março de 2007). A doutrina, a esse respeito, afirma que: “Neste aspecto, aliás, apesar do mérito alcançado, paradoxalmente o Juizado Especial é o próprio exemplo de que somente boas leis e boa intenção doutrinária e legislativa não resolvem o problema da duração do processo. Criado para solucionar adequadamente as questões trazidas em juízo e desafogar o trâmite das varas comuns, o juizado especial, na grande maioria das comarcas, veio representar somente mais encargo e acúmulo de serviço aos juízes de 1º grau, obrigados a atuar nesses juizados, normalmente após o expediente normal em suas respectivas varas, sem devida contraprestação. Outro fator que não permite um melhor aproveitamento dos juizados está na escolha e falta de treinamento dos conciliadores, que são, muitas vezes, advogados sem grande representatividade ou sucesso profissional ou, até mesmo, estudantes de direito, o que impede um melhor aconselhamento das partes com vistas à conciliação, em razão da falta de experiência forense.” (HOFFMAN, Paulo, *Razoável duração do processo*, cit., p. 133-134).

¹³⁰ Nesse sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que o processo de conhecimento, formado para receber lides totais, sob a forma de demandas plenárias, tende a se tornar, em breve, não a regra em nossa experiência jurídica, mas a exceção, como deveria ter sido sempre, destinado à tutela dos conflitos de alta complexidade probatória, em que não haja qualquer evidência que possa ser reconhecida a um dos litigantes e nem mesmo aquele grau de verossimilhança que poderia autorizar alguma forma especial de antecipação de tutela (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit., p. 59).

que seja capaz de preservar as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

5.3 Princípio da oralidade e sumarização do processo

Ainda dentro das diversas formas de se buscar a sumarização do processo, importante trazer à colação um princípio que de longa data permeia o processo civil, qual seja, o da oralidade.¹³¹

Esse princípio preconiza o contato primordialmente verbal, e não escrito, entre as partes e participantes do processo e o juiz. Hans Walter Fasching declina que “por princípio da oralidade do processo entende-se: o contato entre as partes e o juízo; a decisão da questão deve preceder uma audiência oral entre as partes e o juízo, e somente o que foi apresentado nesta audiência oral pode fundamentar a decisão do juízo”.¹³²

A análise do quanto retro exposto permite ver que essa colocação não é aplicável integralmente à sistemática processual brasileira, mas, de qualquer forma, evidencia uma preocupação no emprego da oralidade, tendo como uma das finalidades a agilização da prestação jurisdicional.

¹³¹ “Se desejarmos situar o marco limiar do processo oral moderno, teremos que necessariamente volver as vistas para o *Code de Procédure Civile*, elaborado em 1806, no curso das codificações napoleônicas, deixando para falar, noutra oportunidade, de suas distorções e bastando por agora dizer que foi contaminado, como não poderia deixar de ser, pela influência da escola da exegese, o que, de si, induz as limitações do órgão judicante, com ou apesar de sua oralidade.” (SIDOU, J. M. Othon. A recepção da oralidade no sistema processual brasileiro. Uberaba, MG, Vitória Artes Gráficas, v. 8, n. 31, p. 81, jan./fev. 1982).

¹³² FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno, descrita a luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 27-33, jul./set. 1985.

Falar em oralidade, em processo oral em detrimento do escrito, não significa dizer que haverá absoluta consagração do ato de fala, não podendo nada ser escrito nos trâmites processuais. Falar em oralidade significa tão-somente afirmar que deve haver uma concentração dos atos verbais, muito embora possam eles, depois, ser vertidos em linguagem escrita, para fins de segurança ou documentação do quanto foi dito.

O que se prega é que os atos sejam originariamente orais, mesmo que depois reduzidos a termo, pois a escrita do que foi dito, segundo já mencionado, serve especialmente para a documentação¹³³ e para a possibilidade de posterior reexame da matéria, por exemplo, pelo Juízo *ad quem*.

O ordenamento jurídico pátrio é composto pela presença da oralidade e da escrita, tendo em vista que alguns atos são necessariamente orais, outros obrigatoriamente escritos, havendo ainda aqueles que podem ser praticados de uma ou outra forma. Apesar dessa presença concomitante, não podemos dizer, com acerto científico, que temos um processo misto, mas sim um processo escrito, porque há primazia deste sobre o oral.

Neste sentido a lição de Arruda Alvim:

“Por oralidade, num sentido absoluto e teórico, entende-se que somente tem validade para o processo aquilo que tenha sido deduzido originariamente de forma oral, frente ao juiz ou juízes. Por outro lado, por processo escrito, também num sentido absoluto e ideal, ao reverso, somente teriam validade judicial aqueles atos

¹³³ “Por outro lado, ocorre a documentação quando o ato, embora deduzido oralmente, é reduzido a termo para sua permanência futura, máxime em se considerando o princípio do duplo grau de jurisdição. A colheita da prova oral, por exemplo, uma vez reduzida a termo, retrata a imagem fiel, a fotografia de tudo aquilo que se passou na audiência respectiva.” (CHAVES, Paulo. Formas do procedimento civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11/12, p. 90, jul./dez. 1978).

praticados originariamente por escrito. Dizemos originariamente, porquanto, as alegações orais, que podem ser datilografadas ou registradas por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, sendo até mesmo, facultada às partes sua gravação, deverão ser reduzidas a escrito ‘para versão datilográfica’ quando for interposto recurso da sentença, ou quando o juiz assim determinar a requerimento da parte ou oficiosamente. Todavia, tais conceitos radicais somente idealmente podem ser concebidos, porque atualmente não há exemplo algum de adoção pura, seja do sistema oral, seja o escrito, em nenhum ordenamento positivo.”¹³⁴

É relevante declinar ainda, a título de complementação, que a utilização do princípio da oralidade requer a aplicação subsidiária de uma série de outros princípios, dentre os quais podemos destacar: o da identidade física do juiz¹³⁵, porque o juiz que ouvir as partes e testemunhas deve ser aquele que irá decidir a causa; o da concentração dos atos processuais, a fim de ser dada uma melhor aplicação do princípio da identidade física, tendo em vista que realizando os atos de forma mais próxima uns dos outros, fica mais fácil para o julgador; o da imediatidade, ou seja, é melhor que a colheita de provas, por exemplo, seja feita diretamente pelo magistrado.

Prosseguindo a análise do princípio da oralidade, com o escopo de verificar como ele pode propiciar maior agilidade ao processo, com vistas à

¹³⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: processo do conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 414.

¹³⁵ “Encontram-se duas espécies de oralidade na história. Uma é própria de todos os povos primitivos e pode ser atribuída a causas meramente intrínsecas, como a ignorância da escritura e o hábito do povo de tratar negócios judiciais em assembléia pública. A outra devida, ao contrário, a causas mais íntimas, profundas e duráveis, isto é, a ligação em que se encontra a oralidade com o ofício do juiz, com a função da prova. Se nos perguntarmos por que o processo romano permaneceu oral depois de transposto o período das origens, por que, enfim, foi oral o processo de Cícero e do Império, vemos que a oralidade do processo romano é da segunda espécie. O juiz de Roma tem por ofício procurar livremente a verdade dos fatos avaliando as provas: ele pronuncia a decisão que lhe sugere a sua consciência.” (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, n. 430, p. 239, abr./jun. 1939).

sua efetividade, é importante anotar que diversos dispositivos de nosso ordenamento tratam do tema.¹³⁶

José Carlos Barbosa Moreira sintetiza a análise dos dispositivos de nosso ordenamento da seguinte forma:

“Oralidade e escritura – O processo civil brasileiro não é um processo essencialmente oral, no sentido clássico da expressão. Salvo no procedimento sumaríssimo (CPC, art. 278) e no dos juizados especiais de pequenas causas, onde ao réu é lícito defender-se oralmente, toda a fase postulatória – em que as partes expõem suas pretensões ao juiz – processa-se por escrito (petição inicial, contestação, exceções, reconvenção). Pode ser que nem sequer se realize uma audiência: cabe ao órgão judicial, em vários casos, proferir sentença sem realizá-la, inclusive para julgar o mérito da causa: assim, por exemplo, quando não for necessária a colheita de provas a serem produzidas em audiência, porque a controvérsia respeita unicamente a questões de direito ou comporta deslinde à luz exclusiva das provas já constantes dos autos. Preservado fica, entretanto, o cerne essencial da oralidade, que consiste no contacto (em princípio) direto entre o órgão judicial, de um lado, e de outro as pessoas suscetíveis de constituir fontes de informação. As partes e as testemunhas depõem, em regra, na

¹³⁶ “Artigo 278 - Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. (...) § 2º - Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos artigos 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia. Artigo 279 - Os atos probatórios realizados em audiência poderão ser documentados mediante taquigrafia, estenotipia ou outro método hábil de documentação, fazendo-se a respectiva transcrição se a determinar o juiz. (...) Artigo 281 - Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias. (...) Artigo 346 - A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede preparados; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos. (...) Artigo 410 - As testemunhas depõem, na audiência de instrução, perante o juiz da causa, exceto: (...) Artigo 417 - O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação. § 1º - O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte. (...) Artigo 451 - Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova. (...) Artigo 523 - Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. (...) § 3º - Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

audiência (CPC, art. 336, *caput*) e são inquiridas pelo juiz. Também na audiência presta esclarecimentos, se necessário, o perito (art. 435). Com poucas ressalvas, a sentença é obrigatoriamente proferida pelo mesmo juiz que presidiu a audiência e nela colheu as provas (art. 132).”¹³⁷

Com essas colocações, podemos perceber que através da oralidade busca-se impulsionar o processo de maneira mais célere, até porque, como vimos, a esse princípio estão vinculados outros que também pugnam pela concentração de atos e procedimento, o que acaba por gerar uma solução mais segura e rápida, ou seja, uma jurisdição mais efetiva, atendendo aos ditames constitucionais.

5.4 Sincretismo processual como forma de sumarização

Dentro das técnicas de sumarização do processo que vêm hodiernamente sendo adotadas, está a busca por um processo civil sincrético, ou sincretismo processual.

Cumprido, de início, para o estudo de mais essa forma de buscar a efetividade e celeridade do processo, definir *a priori* o vocábulo lingüístico *sincrético*, tendo em vista que a ciência, na qualidade de metalinguagem¹³⁸, deve delimitar com a maior precisão possível o seu objeto.

¹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 4.

¹³⁸ Por óbvio, se vamos analisar a linguagem, faz-se mister empreender breves comentários sobre essa fundamental ferramenta da cultura e da ciência. Para falarmos de linguagem, temos que voltar um pouco no tempo. Neopositivismo lógico, ou simplesmente positivismo lógico, além de filosofia analítica, empirismo contemporâneo ou empirismo lógico são nomes que se dão a uma corrente de pensamento humano que adquiriu corpo e expressividade em Viena, na segunda década do século passado, em que filósofos e cientistas se encontravam sistematicamente para discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico. Sua preocupação estava voltada para a epistemologia geral, assim considerada uma teoria crítica voltada para o estudo e a análise dos conceitos básicos, princípios e objetivos do conhecimento científico em geral, assim como dos resultados de sua efetiva aplicação. Os neopositivistas lógicos reduziram também a

Assim, podemos ponderar, levando em conta os conceitos vernaculares, que sincretismo é a “fusão de doutrinas ou elementos culturais diferentes”.¹³⁹

Transportando essa definição para o direito processual civil, podemos afirmar que sincretismo processual é a técnica que aglutina em um mesmo processo procedimentos diferentes, ou ainda que permite a aplicação indistinta dentro de um mesmo processo de técnicas dispares, bem como ações de natureza diversa.

Neste diapasão é o magistério de Cássio Scarpinella Bueno:

*“Nome que vem sendo empregado com freqüência para designar este modelo é ‘processo sincrético’, no sentido de junção, de fusão, de reunião, em um mesmo processo de diversas atividades jurisdicionais que, tradicionalmente, eram praticadas em separado, isto é, cada qual em um processo diferente. Correta a expressão, que deve ser devidamente entendida, divulgada e utilizada entre os operadores do direito processual civil.”*¹⁴⁰

Essa tendência é facilmente perceptível, ademais com as alterações inseridas no sistema processual a partir de 1994, todavia, antes de declinarmos algumas das mudanças que demonstram a busca por esse sincretismo, vale trazermos à baila breves ponderações sobre a evolução

epistemologia à semiótica, compreendida essa como teoria geral dos signos, abrangendo todo e qualquer sistema de comunicação. Os estudiosos dessa corrente aduziam que a linguagem é o instrumento por excelência do saber científico. Afirmavam que compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que onde não houver precisão lingüística, não poderá haver ciência. Assim, entendiam necessário, em face dos defeitos da linguagem natural, a elaboração de uma linguagem artificial, com termos precisos. Nesse arcabouço, metalinguagem trata-se de linguagem de sobrenível que descreve uma linguagem objeto.

¹³⁹ HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 408.

¹⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 12.

histórica do processo, visando indicar as motivações da busca pela aplicação de mais esse meio que visa alcançar a sumarização do processo.

5.5 Evolução histórica do sincretismo

O curso da ciência processual, tal qual o das demais ramificações do estudo científico, passou por diferentes fases. Até parte do século XIX, os estudiosos, em regra, não tinham o direito processual como ciência autônoma; ao contrário, o tinham como agregado ao direito material e dele absolutamente dependente. Essa fase ficou conhecida como imanentista ou sincrética, caracterizada por uma confusão entre o plano do direito material e o do direito processual.

O que importava era o direito material, não tendo o processo maior importância. Era a época dos famigerados conceitos de direito substantivo e adjetivo.

Seguindo o caminhar evolutivo, o direito processual passou a ganhar corpo, a se solidificar como ciência, surgindo, na sequência, exacerbado apego ao formalismo, entendendo-se o processo como um aspecto absolutamente autônomo do direito material.¹⁴¹

¹⁴¹ Nesse diapasão, Cândido Rangel Dinamarco defende que o “processo é em si uma técnica – sistema integrado de meios preordenados à pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos. Como toda técnica, só se legitima pela consciência e absorção dos objetivos a realizar. Modernamente, a superação do mito de um irreal e ilegítimo confinamento do processo no campo dos fenômenos puramente jurídicos e com a missão única de dar atuação ao direito material vem permitindo que se tome essa consciência e, conseqüentemente, vai conduzindo o legislador e o processualista à preocupação por resultados. Tal é o método representado pelo processo civil de resultados, que consiste precisamente em uma adequação de seus instrumentos e suas técnicas aos objetivos a realizar, de modo que seus efeitos substanciais externos da experiência processual sejam justos e efetivos (sem uma técnica adequada, a efetividade é impossível)” (*A reforma da reforma*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18-19).

Atualmente, concebe-se que o processo e o direito material sejam ciências distintas e o formalismo exacerbado cedeu espaço para a concepção que o processo é meio, havendo, pois, uma retomada do sincretismo, ou seja, a concepção do processo como instrumento para concretizar o direito material.

Depreende-se, destarte, o motivo da retomada do sincretismo nessa busca de um processo que proporcione, com segurança, a consecução da pretensão material deduzida em juízo. Dessa feita, não se justificariam divisões e dilações processuais de caráter meramente epistemológico, as quais em nada contribuiriam para a efetividade do processo.

5.5.1 Formas e reformas sincréticas

Como já dito alhures, as mudanças legislativas processuais de hoje buscam uma forma de unir procedimentos e, por que não, espécies de ações dentro de um mesmo processo, visando dar-lhe efetividade e celeridade, nunca deixando à margem a segurança.

Pesquisas mais recentes sobre inserções de sincretismo no processo civil abrangem dois aspectos. Um primeiro seria relativo às medidas de urgência e sua fungibilidade, porque a possibilidade da concessão, por exemplo, da tutela antecipada no início do processo de conhecimento, nada mais é do que propiciar uma execução do provimento jurisdicional, muito embora não concedido em caráter exauriente, ou seja, há a mistura, é característica do que é sincrético.

Outro ponto muito abordado e extremamente novo atine à execução dos títulos executivos judiciais que, agora, não mais dependem de um processo autônomo, apartado do processo inicial de conhecimento.

Nesse ponto, é de suma importância anotar que a idéia de um processo de conhecimento (em especial quando estamos diante da denominada ação condenatória) e um posterior processo de execução sempre permeou os estudos processuais.

Como já observou Cássio Scarpinella Bueno:

“Reservou-se um ‘processo’, chamado de ‘conhecimento’, para a compreensão de toda atuação do Estado-juiz voltada do reconhecimento de ter havido, ou não, lesão ou ameaça a direito. Reservou-se um outro ‘processo’, chamado ‘execução’, para o estudo de toda atuação do Estado-juiz voltada à concretização, assim entendida a realização prática, do que foi reconhecido. Este binômio entre ‘processo de conhecimento’ e ‘processo de execução’ acompanhou toda a sistematização do estudo do processo civil desde que ele atingiu seu grau de cientificidade, no final do século XIX. E falando de nosso processo civil mais recente, isto é, do Código de Processo Civil de 1973, ele é perceptível na própria divisão das matérias tratadas pela lei processual civil.”¹⁴²

É oportuno aqui mencionar trecho da doutrina de Liebman, no qual ele contrapõe duas escolas do direito, as quais possuíam entendimentos antagônicos sobre a necessária separação entre processo de conhecimento e de execução, sendo a romana por nós adotada (pelo menos até o advento da Lei 11.232/2005) e a germânica:

“Quando, depois do ano 1000 ressurgiu nas universidades italianas a autoridade e o estudo romano, duas mentalidades profundamente diferentes entraram em choque: A romana embebida de respeito pelo direito que exigia mesmo depois de proferida a sentença condenatória que se desse entrada à execução por meio da *actio*

¹⁴² BUENO, Cássio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 3.

iudicati, isto é, por meio de novo processo contraditório em que fosse possível apreciar se o direito do credor, já sancionado pela coisa julgada, assim subsistisse; e a germânica, rude e violenta, impaciente de qualquer demora que permitia em primeiro lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentemente o exame imparcial da razão dos contendores.”¹⁴³

Vemos que no curso da história já havia, ao menos de uma forma primitiva e em algumas culturas, a busca pelo sincretismo.

Nosso ordenamento, que buscava separar mais radicalmente esses processos, agora parece aceitar o sincretismo.

Como dito anteriormente, essa concepção sincrética foi positivamente alterada pela Lei n. 11.232/2005, pelo menos no que tange à execução dos títulos executivos judiciais. Há agora uma junção entre *processos* diferentes, quais sejam: o de conhecimento e o de execução. Isso reflete, com extremada propriedade, a busca por um processo civil sincrético.

Pelas atuais disposições, existindo a prestação jurisdicional condenatória, não é mais preciso iniciar-se um novo processo, bastando a abertura de uma nova fase na relação processual já existente, a executiva. Por óbvio, não entraremos nas minúcias da recente legislação, tendo em vista que o foco ora proposto é demonstrar a tendência de sumarização do processo, todavia devemos consignar que o ideal sincrético é mais uma das formas de se conseguir essa última.

Mencionada junção de conhecimento e execução, em nosso entender, decorre da própria lógica processual, eis que a pretensão do mundo

¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 11.

fenomênico deduzida em juízo somente é atingida se a decisão é executada. Gabriel José Rodrigues Rezende Filho afirma:

“A execução (...) é uma fase lógica e complementar da ação. Vindo a juízo, não pretende o interessado obter a declaração ou reconhecimento de seu direito platônico, mas aspira à mais completa tutela jurídica com a efetiva manutenção ou restauração de seu direito. (...) A execução constitui realmente o epílogo da ação condenatória, formando ambas momentos ou fases de uma só ação. Há uma unidade lógica entre ação e execução.”¹⁴⁴

Essa idéia de unir procedimento ou *tipos* de ações dentro de um mesmo processo há muito existe dentro do nosso ordenamento jurídico. Ora, o que está acontecendo com o processo de conhecimento e o de execução não é o mesmo que sempre ocorreu com as ações cautelares, as ações de despejos, as possessórias, bem como nos mandados de segurança e os denominados procedimentos especiais?

Temos que é exatamente a mesma coisa, ou seja, já havia uma mistura de provimentos jurisdicionais dentro dos exemplos processuais acima vertidos.

Desta feita, esse movimento que agora se intensifica já há muito aflora do ordenamento pátrio, contudo, talvez nos tempos atuais, esteja havendo uma maior divulgação desse fenômeno.

É importante pontuar que essas mudanças almejam, como já ponderamos, atribuir ao processo a sua real função, que nada mais é do que ser o meio para que o Estado possa exercer a jurisdição com segurança,

¹⁴⁴ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

efetividade e em tempo razoável, com o escopo de possibilitar a pacificação dos conflitos intersubjetivos.¹⁴⁵

Assim, concluímos que o sincretismo é mais uma arma a favor do processo, para que ele atinja seu objetivo com maior brevidade.

5.6 Procedimento ordinário como paradigma, um modelo em vias de ser superado?

A tendência de sumarização se opõe à ordinarização do procedimento, razão pela qual é preciso discorrer sobre a opção pelo rito ordinário como padrão nos sistemas processuais de origem romano-germânica.

Para que se compreenda a opção dos legisladores e aplicadores do direito pelo procedimento ordinário como padrão, não se pode olvidar que o direito, qualquer que seja a definição teórica que se lhe dê, afirma Ovídio Baptista da Silva¹⁴⁶, funciona, no campo das relações sociais, como instrumento de convivência humana e, poderíamos acrescentar, pacificação social, condicionado de acordo com as exigências de cada comunidade, determinado pelos valores e contingências sociais dominantes.

¹⁴⁵ “A palavra processo serve, pois, para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal.” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999. v. 1, p. 110).

¹⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit., p. 115.

É necessário anotar, contudo, que o procedimento ordinário é altamente técnico e moldado através de muitos séculos de esforço, com objetivo de prevenir arbitrariedades e combater injustiças.

Funda-se assim em princípio herdado do liberalismo do século XIX, quando se supunha que o juiz não merecia confiança e, por isso, deveria ser destituído de poderes, um ser inanimado, incumbido de proclamar o texto exato da lei.

Essa idéia decorre do dogma da Revolução Francesa de que o juiz não deveria dar ordens, porquanto elas já estavam contidas na lei, mas tão-somente declarar o direito. A redução da posição do juiz a ser *la bouche qui prononce les paroles de la loi* implicava que apenas poderia limitar-se a buscar na lei a particularização requerida para a solução do caso concreto.¹⁴⁷

A civilização moderna exigia um processo voltado para a descoberta da verdade, que oferecesse a necessária segurança de que as relações jurídicas necessitavam para se desenvolverem. Ora, os procedimentos de cognição parcial, porque se valiam de técnicas de exceções reservadas, permitiam, depois, a propositura de uma ação inversa pelo demandado, que poderia acarretar a reversão do resultado econômico obtido pelo demandante, o que não possibilitava a certeza necessária para o desenvolvimento da produção industrial.

¹⁴⁷ Explicam Eduardo García Enterría e Aureliano Menéndez Menéndez que: “*La idea originaria, para embridar la antigua libertad del juez y someterle a su función estricta de particularizador de la Ley es, pues, que no existe Derecho al margen de la Ley, que en la Ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico que pueda plantearse. Es el dogma al que se llamará más tarde el positivismo legalista.*” (El derecho, la ley y el juez: dos estudios. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. p. 43).

O processo de cognição plena, afirma Andrea Proto Pisani¹⁴⁸, aparece apenas como uma técnica de tutela utilizável por um ordenamento processual. Uma técnica necessariamente sofisticada, modelada de maneira tal que garanta plenamente o direito de defesa das partes e a imutabilidade (autoridade da coisa julgada) da qual será coberto o acerto oriundo do procedimento.

A opção pela universalização do procedimento ordinário como única forma de tutela processual compatível com os padrões e valores culturais da civilização moderna, aduz Ovídio Baptista da Silva¹⁴⁹, visava eliminar os processos sumários, de forma que a teorização sobre o conceito de ação processual tinha, na verdade, escopo de legitimar a universalização da ordinariedade dos procedimentos. Assim, se a ação é una e abstrata, não haveria motivo para que se repetissem os equívocos cometidos pelos velhos praxistas, que procuravam distinguir e classificar suas inúmeras espécies. Todas as classificações de ações feitas com olhos voltados para o direito material não interessariam ao processualista, porque a ação seria formal e abstrata, una, e o procedimento, o ordinário.

A criação de um único procedimento tinha razão de ser no momento histórico.

Assim, a própria idéia de procedimento único deita raízes nessa concepção primitiva e liberal de jurisdição.¹⁵⁰

¹⁴⁸ PROTO PISANI, Andréa, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 313.

¹⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit., p. 115.

¹⁵⁰ “A ‘imparcialidade’ que o procedimento ordinário impõe ao magistrado, impedindo-lhe de conceder medidas liminares ou, de qualquer forma, de dar regulação provisória ao estado de fato da lide é uma consequência natural dos princípios que presidiram a formação da ‘ciência’ jurídica européia no século XIX, especialmente a idéia de que ao Poder Judiciário cabia apenas a missão de cumprir a lei, sem mesmo poder interpretá-la, lei essa perante a qual ‘todos os homens eram iguais’, independentemente das injustiças concretas e de toda sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica estivesse a produzir em homenagem a esses princípios.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 121).

O processo de conhecimento, então, funda-se na ordinariedade, não muito distinta do secular *ordo judiciorum privatorum* que, por sua vez, admite como regra a cognição plenária e exauriente, em prol da mística certeza e inatingível busca da verdade.

Desde os mais antigos jurisconsultos, ensina Moacyr Amaral Santos¹⁵¹, vê-se no procedimento ordinário um procedimento padrão, que guarda e respeita a ordem solene do juízo – *ordo solemniss iudiciarius*. Por essa razão, é minuciosamente regulamentado e também suas disposições se aplicam em subsidiariedade aos demais procedimentos no processo de conhecimento.

Como modelo padrão, o rito ordinário é avesso à subversão da ordem processual e há de ser obedecido de tal forma que, somente após possibilitar amplos debates e cognição plena e exauriente¹⁵², advirá sentença de mérito.¹⁵³

Nos moldes com que foi inserido nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, caracterizava-se pelo fato de, em seu bojo, antes de se operar a coisa julgada, não se realizava qualquer limitação ao livre exercício dos

¹⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. As duas primeiras fases do procedimento ordinário. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, Lex, v. 7, n. 24, p. 14, jan./fev. 1973.

¹⁵² “O procedimento ordinário é aquele em que, pela largueza das circunstâncias e pela amplitude das suas formas, propicia maiores condições para o desenvolvimento do processo legal, porquanto através dele, se consegue, com mais segurança, a reconstituição dos fatos.” (MUNIZ, Severino. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo: LEUD, 1983. p. 31).

¹⁵³ “Visando o processo de conhecimento a uma providência jurisdicional consistente numa sentença que componha a lide entre os litigantes, é natural que a lide tenha sido exposta, que o juiz tenha se instruído quanto aos fatos, para que possa, com pleno conhecimento, proferir a decisão. Para se atingir a meta final do processo de conhecimento, que é a sentença, deverá o juiz, portanto, conhecer a lide e os fatos. Assim, há uma ordem lógica no processo de conhecimento: apresentação das pretensões, prova dos fatos, decisão. Tais são as fases lógicas do processo de conhecimento: fase postulatória, fase probatória, fase decisória.” (SANTOS, Moacyr Amaral, As duas primeiras fases do procedimento ordinário, cit., p. 14).

direitos do réu, ordem que somente foi rompida pela inovadora antecipação de tutela introduzida no sistema pela Lei n. 8.952/94.

O procedimento ordinário oferece a vantagem, em comparação com o procedimento sumário, de poder conter uma demanda plenária, capaz de trazer para o processo o conflito de interesses em sua integralidade.

Foi concebido, destarte, para acabar para sempre e de forma definitiva com o litígio entre as partes.

Victor Fairen Guillén explica que:

*“El juicio ordinario, si basa y há basado siempre en el deseo de acabar para siempre con el litigio entre las partes de manera judicial, de tal modo que no sea posible un nuevo proceso sobre el punto resolto. (...) El conjunto justifica una copiosa serie de formalismos, preclusiones, providencias jurisdiccionales, etc. El antiguo ‘solemnis ordo iudiciarius’ respondía a este tipo procedimental.”*¹⁵⁴

No procedimento ordinário, a oralidade apresenta-se em grau mínimo, com intensidade mais acentuada apenas nas fases conciliatória e instrutória. Seus prazos são longos, as fases do procedimento mais complexas e diversificadas, tudo em razão da exigência de um contraditório mais amplo.

No momento em que a doutrina clássica¹⁵⁵ escolheu o procedimento padrão, de cognição plena e exauriente, banindo do sistema os procedimentos

¹⁵⁴ FAIREN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 53.

¹⁵⁵ Não se pode simplesmente tachar de retrógrado o Código de Processo Civil tal como concebido. Atendia aos anseios e possibilidades da época.

materialmente sumários, notadamente os de cognição parcial, priorizou o valor segurança sobre o valor tempestividade.¹⁵⁶

Ovídio Baptista da Silva¹⁵⁷ aduz que o procedimento ordinário não poderia subsistir sem que fosse assegurado que o julgamento da lide corresponderia ao ato final, que encerra a relação processual. Com tal escopo, foram proibidas as decisões de mérito outorgadas sob a forma de liminares, através das quais poderia o magistrado, eventualmente, dar uma disciplina provisória à lide, ou mesmo antecipar o resultado final da sentença de procedência. A inserção de possibilidade de medida liminar transformaria, por si só, o procedimento de ordinário em especial.

Por sua vocação para resolver o litígio integral e definitivamente, possibilitando sua ampla discussão e sem limitações probatórias, compreende-se o apego ao procedimento ordinário, afirma Paulo Heerdt.¹⁵⁸

Componentes ideológicos acabaram por minimizar a importância dos processos sumários nos domínios do direito processual.

O que caracteriza processos sumários e técnicas de sumarização é que neles há um corte na totalidade do conflito, trazido para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude, de forma que

¹⁵⁶ Ovídio Araújo Baptista da Silva sustenta que o processo de conhecimento, vocacionado para demandas plenárias, é o instrumento da ideologia que pretende manter o magistrado neutro, retirando-lhe o poder de império de que dispunha o pretor romano ao conceder tutela interdital. Somente após a descoberta da vontade da lei está o juiz autorizado a dizer o direito, produzindo o sonhado juízo de certeza. Aduz, ainda, que se o procedimento ordinário desse, efetivamente, condições de o juiz alcançar a certeza, a vontade da lei, como se justificariam os inúmeros recursos previstos pelo sistema? E mais, como justificar que a sentença que alcançou a certeza seja reformada? (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 27).

¹⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit., p. 24.

¹⁵⁸ HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 17, n. 48, p. 86, mar. 1990.

determinados pontos ou questões litigiosas ficam reservadas para futuro exame em ação subsequente. Destarte, regra geral, essas ações especiais, além de trazerem particularidades rituais que a distinguem do procedimento ordinário, correspondem a pretensões de direito material de conteúdo menor do que as reais dimensões do conflito de interesses em que se acham envolvidos os litigantes.

O que se percebe, portanto, é que mesmo erigido o procedimento ordinário como o paradigma a ser adotado, o rito padrão, podemos verificar que sempre houve uma constante inclinação de se buscarem procedimentos mais rápidos, simples e breves.¹⁵⁹

Como o procedimento ordinário não é adequado para tutelar todas as situações de direito material, o que se assiste hoje nos sistemas de direito romano-canônico é uma verdadeira tendência de sua superação.

Pode-se dizer, destarte, que como num movimento cíclico¹⁶⁰, essa tendência moderna de ordinarização dos procedimentos mostra-se atualmente superada, buscando os processualistas contemporâneos formas especiais de

¹⁵⁹ Tanto que mesmo quando suprimido qualquer procedimento sumário do Código Processual português, logo surgiu em diploma isolado, embora José Alberto dos Reis afirme que havia certa recalcitrância da doutrina em aceitar a denominação de sumário para o processo criado pelo Decreto n. 3, de 29.05.1907, preferindo-se denominá-lo de especial, ao que tudo indica porque a reforma processual então levada a efeito havia eliminado do Código o rito sumário, mantendo apenas o ordinário e o especial. Aduz o autor que se aquele novo rito, por alguns até chamado de inominado, tinha características de simplicidade, rapidez e brevidade, deveria ser denominado sumário (*Processo ordinário e sumário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1928. p. 56-67). Na seqüência, em 1932, a lei criou um procedimento sumaríssimo, bastante simplificado e que nem sequer demandava assistência de advogado (BATOQUE, Antonio; ABRANCHES, Antonio César. *Curso de processo ordinário, sumário, sumaríssimo e comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1932. p. 44-45).

¹⁶⁰ Chamamos de movimento cíclico porque o direito romano, a partir de Augusto, era rico em procedimentos simples, que depois novamente apareceram na Idade Média, por força do direito canônico (*Clementina Saepe*). Nos séculos XIX e XX, predominou a tendência à ordinarização dos procedimentos. Hodiernamente, não se pode negar, a tendência é de sumarização.

tutela jurisdicional, denominadas de “tutelas diferenciadas”¹⁶¹, que são, para Ovídio Baptista da Silva:

“(…) a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o assegure, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo. Volta-se, pois, a tratar – ao lado da ‘ação’ processual ‘uma e abstrata’ – de ações especiais que, longe de significarem simples desvios do padrão ritual ordinário, equivalem a formas muito especiais de tutela processual sumária.”¹⁶²

Essas tutelas diferenciadas ou sumárias *lato sensu* caracterizam-se, segundo Andrea Proto Pisani, pela utilização de técnicas processuais,

“(…) *allo scopo di evitare il costo del processo ‘a cognizione piena ed esauriente’ quando esso non sia giustificato da una contestazione effettiva, potrebbero essere ricondotte alcune ipotesi (o tecniche) particolari di provvedimenti (non procedimenti) sommari che si possono inserire nell’ambito di procedimenti a cognizione ordinaria, di cui vi è qualche traccia nel nostro ordinamento.*”¹⁶³

Há quem defenda, por outro lado, que doravante o procedimento padrão deva ser o formalmente sumário. Nesse sentido se pronuncia Jônatas Luiz Moreira de Paula¹⁶⁴. Anota, contudo, que alterações seriam necessárias para que se observasse amplamente o contraditório, a ampla defesa e a intervenção de terceiros sem restrições, afirmando que haveria economia

¹⁶¹ Para Luiz Guilherme Marinoni, as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas são elaboradas a partir das técnicas de cognição. Os procedimentos que impedem a discussão de determinadas questões (cognição parcial) que restringem o uso das provas (mandado de segurança, cognição exauriente *secundum eventum probationis*) ou mesmo que são de cognição plena e exauriente, mas dotados de tutela antecipatória, permitem, de certa forma, uma melhor distribuição do tempo da justiça (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27).

¹⁶² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit., p. 117.

¹⁶³ PROTO PISANI, Andréa, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 322-325.

¹⁶⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da trimendimensionalidade do processo. In: WAMBIER, Teresa Celina (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 339.

processual em razão dos prazos para a resposta do réu, para o autor manifestar-se sobre a contestação, específico para audiência de conciliação, enfim, haveria economia nas primeiras fases processuais. A reconvenção seria substituída por expedientes mais maleáveis, como o pedido contraposto, extinguindo-se também a ação declaratória incidental. Fosse a causa complexa, estaria facultado ao juiz fragmentar a realização dos atos processuais, a fim de que não se comprometessem contraditório e ampla defesa.

Um rito sumário, mas de cognição plena deveria existir e ser reservado para grande número de causas, afirma Claudio Consolo.¹⁶⁵

Pode-se afirmar ainda que as tutelas de urgência transformaram-se em técnica de sumarização e, portanto, em remédio contra a ineficiência do rito ordinário. Assim, sua proliferação decorre do fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que não aceita mais a morosidade jurisdicional decorrente da ordinariedade dos procedimentos.

Há que se fazer, contudo, uma observação.

A sumarização é vista de forma diferente em cada país, sendo mais festejada como solução para a morosidade judicial nos países que têm estrutura judiciária especialmente deficitária.

Tanto é assim que na Áustria a importância dada à tutela sumária é menor, devido à efetividade geral do processo ordinário, acreditando seus

¹⁶⁵ CONSOLO, Cláudio, A prò della riscoperta della efficienza guirisdizionale come base del “giusto” processo civile, cit., p. 111.

juristas ser improvável o incremento da sumarização no futuro, porque a tendência é de que o procedimento ordinário seja cada vez mais rápido.¹⁶⁶

Pode-se concluir dizendo que o procedimento ordinário, em razão de sua índole conservadora, por ser moroso, complicado, tendente a preservar, durante sua longa duração, o *status quo* anterior à propositura da demanda, não é mais reputado para ser o procedimento padrão¹⁶⁷ adequado ao nosso tempo e às novas exigências da sociedade urbana de massa.

Nesse sentido, Edoardo F. Ricci afirma, referindo-se ao procedimento ordinário, que:

“(...) estamos na expectativa de uma mudança profunda, em consequência da qual o procedimento ordinário se transformará em algo excepcional e secundário e será empregado com finalidade diversa daquela para o qual foi criado (...). Podemos, portanto, falar de verdadeira crise do procedimento ordinário como forma de tutela jurisdicional (...). Não é fácil assistir impassível à decadência do que foi considerado tradicionalmente o centro do direito processual civil, enquanto as outras formas de tutela das quais se falou, em lugar de tentar sua conservação e melhoria, parecem aceitar a impossibilidade de remediá-la. Porque ele demora demais, cria-se algo substitutivo e aceita-se que a solução da lide não resulte de sua conclusão normal. Temos a impressão, todavia, de que o tempo para tentar salvar o procedimento de conhecimento ordinário tenha fluído e que a aceitação de sua decadência seja fruto do realismo. Não se pode procurar *in aeternum* o que não se conseguiu obter até agora. Por essa razão, é provavelmente o momento de abandonar a polêmica e cultivar o interesse pelo novo.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação da tutela e sua estabilização In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 226. Nesse mesmo diapasão, afirmando que o rito ordinário como padrão é o adequado, Claudio Consolo aduz serem necessárias poucas e boas reformas para que seja eficiente o sistema, tais como a introdução de astreintes e a efetiva utilização de ações coletivas (A prò della riscoperta della efficienza guirisdizionale come base del “giusto” processo civile, cit., p. 105).

¹⁶⁷ Deve ser mantido, contudo, ao lado dos ritos sumários, para as causas mais complexas, em especial quando for requerido pelas partes (CONSOLO, Cláudio, A prò della riscoperta della efficienza guirisdizionale come base del “giusto” processo civile, cit., p. 106).

¹⁶⁸ RICCI, Edoardo F., Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual civil italiano, cit., p. 263-264.

Com isso não concorda Calmon de Passos, que afirma ser:

“(...) inaceitável imputar-se ao procedimento ordinário o despreparo técnico e a ética nanica do advogado que despudoradamente argüi preliminares ineptas, sem acarretar para o cliente a sanção de litigância temerária, tal o bom-mocismo dos magistrados; nem se pode imputar ao procedimento ordinário o despreparo ou a mandrionice do magistrado ‘pingue-pongue’, que faz os autos irem de autor a réu e de réu a autor para que um fale sobre o que o outro falou; nem se pode imputar ao procedimento ordinário o fato de ‘perdermos a memória’ de quando os autos foram ou deveriam ter sido conclusos ao juiz para seu julgamento conforme o estado do processo; nem a ele cabe culpa por alguns magistrados entenderem de protelar o que já comportava julgamento antecipado da lide ou abusivamente julgarem de logo, às vezes movidos por bons propósitos, às vezes em virtude (ou vício) de razões inconfessáveis. O Direito é o que são seus operadores. É como a boa música. Por mais bela que seja a sinfonia, ela não está na partitura. E qualquer contraventor musical pode transformar a 9ª de Beethoven em relinchar de eqüinos, grasnar de corvos e uivar de lobos (...)”¹⁶⁹

Destarte, embora não seja muitas vezes o mais adequado¹⁷⁰, atende a importantes funções que não podem ser ignoradas.¹⁷¹

Atualmente razões históricas, filosóficas, mas principalmente políticas, aduz Ovídio Baptista da Silva¹⁷², justificam o retorno às ações sumárias. Isso decorre da exigência cada vez mais vigorosa de uma justiça efetiva e do fracasso do sonho racionalista que havia prometido um direito

¹⁶⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 17.

¹⁷⁰ Andrea Proto Pisani afirma que o procedimento ordinário tem altíssimo custo para as partes e para a administração da Justiça quando o seu objeto é um direito disponível, hipótese em que esse custo traduz-se em inútil desperdício de força e de tempo para as partes, juiz e seus auxiliares; também quando lhe falte uma contestação efetiva, hipótese em que a cognição plena e exauriente funciona no vazio e apresenta ainda o risco de estimular contestações sem consistência, apenas com escopo de lucrar com tempo mais ou menos longo necessário para se alcançar sentença executiva, bem como afoga desmensuradamente a Justiça, aumentando o número, paralisando o seu desenvolvimento e esticando o tempo de duração de todos os processos. (Appunti sulla tutela sommaria, cit., p. 315).

¹⁷¹ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 164.

¹⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 281-282.

científico previsível e exato como um teorema matemático. Dessa forma, o caminho que poderá dar alguma esperança de aliviar as tensões e reduzir a insatisfação com a justiça estatal será o resgate das ações sumárias com o definitivo abandono do procedimento ordinário ou com sua limitação às causas de grande complexidade probatória.

Enfim, o rito ordinário não tende a desaparecer, mas a ser substituído, muitas vezes, por tutelas diferenciadas ou sumárias *lato sensu*, ficando reservado para as controvérsias mais complexas e também em razão de sua capacidade de dar mais estabilidade nas relações jurídicas, por sua aptidão de produzir coisa julgada material.

5.7 Sumarização no processo civil

Em razão da propensão dos feitos a durarem mais do que o desejado, técnicas de sumarização apresentam-se como possível solução para enfrentar o problema.

Os motivos pelos quais o legislador disciplina ou deveria disciplinar hipóteses de procedimentos sumários podem ser enumerados em três filões principais, afirma Andrea Proto Pisani¹⁷³. São eles:

- a) evitar às partes e à administração da justiça o custo do processo e a cognição plena e exauriente, quando eles não sejam justificados por uma contestação efetiva;

¹⁷³ PROTO PISANI, Andréa, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314.

- b) evitar o abuso do direito de defesa e dos instrumentos de garantia previstos pelo processo de cognição plena e exauriente, por parte de quem ocupa o pólo passivo da demanda e que esteja errado;
- c) assegurar a efetividade da tutela jurisdicional com referência a todas as situações de vantagem que, tendo conteúdo e/ou funções exclusivamente ou prevalentemente não patrimoniais, suportariam, por definição, um prejuízo irreparável, isto é, não suscetível de reparação adequada em equivalente monetário, caso permanecessem em estado de insatisfação por todo o tempo necessário ao desenvolvimento de um processo de cognição exauriente.

Essas três exigências, complementa, às vezes concorrem, outras vezes são ou podem ser tomadas em consideração isoladamente, como justificação de se recorrer ao uso da técnica de tutela sumária.

5.8 Técnicas de sumarização

Podem ser apresentadas duas técnicas principais específicas. A sumarização no processo civil pode ocorrer:

- a) tendo por objeto o procedimento (sumarização formal);
- b) tendo por objeto a cognição, ou área cognitiva, isolando um primeiro plano de divisão, o formal e o material (sumarização material).

No plano procedimental ou de rito, é possível sumarizar a partir de determinada técnica, que tende a abreviar atos, suprimi-los, concentrar atos, encurtar prazos.

A distinção é muito relevante, porque quando se sumariza apenas o procedimento, preservam-se as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente o indispensável contraditório, razão pela qual não há maiores problemas em se conceber que as decisões ali proferidas recebam o selo da coisa julgada material.

Quando todavia se trata de sumarizar a cognição, há limitações às garantias dos litigantes, porque não se faz exame completo da matéria litigiosa, e por isso é natural que se conceda ao interessado a possibilidade de reexame da matéria, antes de sua consolidação.

Quando há sumarização procedimental, não existe, em regra, urgência propriamente dita, ou seja, *periculum in mora*. O que justifica a forma sumária é a simplicidade do direito em questão e a menor complexidade da matéria fática, o que é condição suficiente para que sejam reduzidos e simplificados prazos, fases e termos procedimentais.¹⁷⁴

A outra técnica concerne à área cognitiva do processo, reduzindo seus limites, quer em aspecto vertical, quer horizontal.¹⁷⁵

5.9 Sumarização dos procedimentos como técnica de agilização da justiça

A construção de procedimentos adequados é inerente à preocupação com a efetividade do processo, diz Eduardo Cambi¹⁷⁶. Os procedimentos são

¹⁷⁴ Nesse diapasão: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *O novo procedimento sumário*, cit., p. 77.

¹⁷⁵ Conforme classificação sistematizada feita por Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000, passim).

¹⁷⁶ CAMBI, Eduardo. O procedimento sumário depois da Lei 10.444, de 07.05.2002. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 107, p. 130, jul./set. 2002.

os termômetros que medem o grau de eficácia processual, na medida que sendo o processo um instrumento para a realização do direito material, os atos integrantes da seqüência procedimental são os caminhos e os limites que a lei impõe à discussão da causa e à argumentação jurídica.

O procedimento, afirma, serve para reduzir a complexidade da causa, permitindo a participação dos litigantes no debate processual e, dessa forma, atua como mecanismo importante de legitimação do exercício jurisdicional, razão pela qual os legisladores modernos estariam cada vez mais preocupados em criar procedimentos diferenciados, de forma a torná-los adequados à célere tutela dos direitos materiais.

A celeridade processual pode ser alcançada em estruturas procedimentais voltadas para a agilidade processual, como os procedimentos sumário e sumaríssimo.

Os motivos crescentes para se reduzir os procedimentos ao essencial e suficiente à apreciação do direito do autor e da defesa do réu, afirma Arruda Alvim, através de técnicas como o julgamento antecipado, antecipação de tutela e outros, decorrem da demora da prestação jurisdicional, em virtude do crescimento do acesso à justiça e ante a impossibilidade de crescimento do aparato estatal para atender a tais necessidades, se para todas ou maioria das hipóteses fosse observado o procedimento tradicional. Assim, aduz que “conquanto a lei não possa ser um fator decisivo na aceleração da tutela, em alguns casos – como este – pode ela representar um elemento conducente a uma maior celeridade”.¹⁷⁷

¹⁷⁷ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória, algumas noções, contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

5.10 Sumarização formal ou procedimental

Cuida-se de uma técnica que parte da escolha de um paradigma, um modelo processual pré-concebido como o ideal, em que são assegurados amplamente o contraditório, a ampla defesa e demais garantias processuais.

Faz-se, então, o corte de atos, a supressão de formalidades, a concentração de atos, a diminuição de prazos, com o escopo de se reduzir na forma, buscando o processo ideal num rito menor e menos complexo.

São exemplos de ritos formalmente sumarizados o procedimento sumário (art. 275 do CPC) e o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis).

5.11 Delimitando o tema sumarização

O que se deve entender por sumarização?

Paulo Heerdt¹⁷⁸, em estudo detalhado sobre o tema, afirma que etimologicamente significa resumo, com origem no verbo latino *sumere*, ou seja, reduzir, diminuir, sintetizar. O adjetivo sumário, por sua vez, pode ser traduzido como simples, sem formalidades ordinárias, isto é, resumido e, portanto, breve, sem delongas.

¹⁷⁸ HEERDT, Paulo, Sumarização do processo e do procedimento, cit., 1990, p. 83.

O termo foi usado historicamente para significar disposições tendentes a obter uma maior brevidade nos juízos.¹⁷⁹

A sumarização dos juízos representou um triunfo à economia processual, em razão das crescentes necessidades de rapidez impostas pelo tráfego mercantil que se desenvolvia em torno do Mediterrâneo.

O que são procedimentos sumários?

Victor Fairen Guillén¹⁸⁰ afirma que é preciso evitar a ambigüidade dessa equívoca expressão, porque não há confundir os ritos plenários rápidos com os propriamente sumários, não se tratando de subgrupos justapostos e submetidos a uma mesma denominação comum, “*juicios sumarios*”. Nos plenários rápidos, explica, a sumariedade é apenas formal e, nos sumários propriamente ditos, a sumariedade tem caráter material.

Verdadeiramente sumário, afirma Guillén, é o procedimento de cognição limitada, de forma que a contraposição seria entre os juízos plenários, de cognição plena, e os sumários, de cognição restrita.

A distinção, destarte, não estaria no plano procedimental, mas “no próprio *iudicium*, onde se verificaria a completitude ou não da *cognitio*”.¹⁸¹

¹⁷⁹ Nesse diapasão, Victor Fairen Guillén explica que entre as expressões sumariedade e “de plano”, preferiram os práticos medievais essa última (*El juicio ordinário y los plenarios rápidos*, cit., p. 42).

¹⁸⁰ FAIREN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinário y los plenarios rápidos*, cit., p. 55-56.

¹⁸¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. Porto Alegre: Assessoria Gráfica e Editorial, 1977. p. 19. (Coleção Ajuris, n. 7).

O juízo plenário, de cognição completa, poderia ser “ordinário” ou “rápido”, a depender do tratamento procedimental que fosse dispensado.

O que há em comum entre os processos sumários e os plenários rápidos? Responde Guillén que *“ya que la celeración del proceso es un principio que a todos ellos alcanza”*.

CAPÍTULO 6 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SUMARIZAÇÃO

6.1 Escorço histórico dos procedimentos sumários

A distinção entre um procedimento ordinário, no qual se atenda à ordem natural do processo, e um procedimento sumário, no qual o magistrado *breviter et sine ambagibus procedebat et decernebat*, vem desde o direito romano, ensina Calmon de Passos¹⁸², foi preceito do direito canônico, esteve presente nas Ordenações lusitanas¹⁸³, no Regulamento 737¹⁸⁴ e nas legislações

¹⁸² CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 20.

¹⁸³ Moacyr Amaral Santos afirma que nas Ordenações, ao lado do processo ordinário, havia o sumário, de rito menos solene e prazos mais curtos, além dos processos especiais (*Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 51). Também Adroaldo Furtado Fabrício afirma que a instituição é antiga no direito lusitano (*Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 33). Já Manuel de Almeida Souza Lobão dela cuidava em seu vetusto tratado. Notícia que “no direito português, repetem-se aproximadamente os mesmo motivos determinantes de tratamento sumário das causas que conhecemos de outras terras e de outros tempos, pela urgência pública, pelo favor da pessoa, por não sofrer mora maior o negócio de que se trará, pela sua parvidade e pouca entidade. A ação sumaríssima é deveras antiga em Portugal, prevista nas Ordenações Filipinas. Livro I, Título 65, § 7º. Para ações versando sobre bens móveis de valor menor de mil réis” (*Tratado práctico compendiarío de todas as acções summarias*, cit., v. 1, p. 28). Cabe notar, aliás, que o procedimento aí prescrito era mais sumário do que qualquer dos definidos na legislação portuguesa e brasileira, procedia-se oralmente, sem fazer processo algum, somente o tabelião no protocolo fazia assento de como os juízes condenaram ou absolveram. No Brasil, ações sumárias e sumaríssimas ingressaram pela mão das Ordenações Filipinas, cuja vigência perdurou mesmo depois da independência.

¹⁸⁴ “A lei de 15 de outubro de 1827, ao criar os juízos de paz, tratou da ‘ação sumaríssima’, fixando-lhe em dezesseis mil réis o limite de valor. Leis posteriores elevaram sucessivamente esse limite, que por diploma de 20 de setembro de 1873 ascendeu a cem mil réis. O famoso Regulamento 737, de 1850, não introduziu inovações de monta no referente a esses procedimentos, cabendo referir, entretanto, a enorme importância desse diploma, pelo que representou em avanço quanto à oralidade, simplificação e celeridade.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 35). O processo comum nele adotado, contudo, era de procedimento escrito, com separações estanques das fases do processo, lentidão extrema da marcha dos feitos em juízo, impulso processual à exclusiva mercê da vontade das partes, em suma, tudo aquilo que faz o processo comum inadaptável ao direito moderno era encontrado no Regulamento 737, e por isso, aduz José Frederico Marques que o famoso e decantado Regulamento n. 737 era um atestado de falta de cultura jurídica no campo do direito processual da época em que foi elaborado: “Nem de outra forma se explica o apego demonstrado ao obsoleto procedimento do direito intermediário” (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 116).

processuais dos Estados¹⁸⁵ vigentes até o advento do Código de Processo Civil de 1939. Esse último não disciplinava o rito sumário ou sumaríssimo e apenas previa, ao lado do procedimento ordinário, erigido como padrão para todos os processos que não tivessem procedimento especial, o rito sumário para as medidas cautelares¹⁸⁶. O Código de Processo Civil de 1973 contemplou a previsão do procedimento sumaríssimo, vinte e dois anos depois modificado para sumário pela Lei n. 9.245/95.

Discorrendo sobre a formação histórica dos processos civis modernos, ensina Giuseppe Chiovenda¹⁸⁷ que, na maioria das nações européias, resultaram da fusão de elementos do direito romano e germânico; na Itália, isso se deu na alta Idade Média quando, com a invasão dos bárbaros, leis

¹⁸⁵ “Já no período republicano, os códigos estaduais passaram a adotar ações sumárias e sumaríssimas. Assim, o Código de Minas Gerais (Lei 830, de 07.09.1922, com vigência a partir de 1º de janeiro do ano seguinte), previa os processos sumário (arts. 387 a 390) e sumaríssimo (arts. 391 a 400). Sumário era o procedimento nas ações relacionadas no artigo 388 e as de valor entre 200\$000 e 2:000\$000 – excetuadas as que tivessem procedimento especial, enquanto de procedimento sumaríssimo eram as ações de valor até 200\$000 – para as quais não fosse prescrita outra forma procedimental. Por sua vez, o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo (Lei 2421, de 14.01.1930), em vigor a partir de 1º de julho daquele ano, igualmente previa dois tipos de procedimento. O procedimento sumaríssimo regia-se apenas pelo critério de valor (arts. 481 a 490) e o procedimento sumário, a exemplo do Código de Processo Civil de Minas Gerais, fundava-se igualmente no duplo critério do valor e da matéria. O Código do Distrito Federal, por seu turno, previa o procedimento sumário (arts. 323 a 333) para determinadas causas, com base também nos dois critérios. E o procedimento sumaríssimo para as ações que não versassem sobre direitos reais e cujo valor não excedesse ‘de um conto de réis’.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Curso de direito processual civil*. Uberaba: Editora Rio Grande, [198-?]. p. 641-645).

¹⁸⁶ “O derogado Código de 1939 desprezou o procedimento sumaríssimo que o velho Direito reinol nos legara (Ord. Liv. 1º, tit. 65, § 7º), talvez encorajado pelas críticas contundentes recebidas. Mas, não se libertou inteiramente de sua influência marcante. Ao regulamentar os processos acessórios, mesmo fugindo à inspiração do Reg. n. 737 e aos Códigos de Processo da Bahia (art. 319), de Minas Gerais (art. 387), do Rio de Janeiro (art. 1.344), do Rio Grande do Sul (art. 518), do Ceará (art. 347), de São Paulo (art. 478), de Pernambuco (art. 459), entre outros – onde o procedimento sumário era aplicado e as medidas preventivas não possuíam processo uniforme, diversificadas em procedimentos e prazos, imprimiu-lhes um procedimento abreviado que poderíamos denominá-lo corretamente de tipo sumário (art. 865). Estendeu, ainda, o procedimento do artigo 865 a diversos casos, entre eles, concessão da justiça gratuita (art. 75), entrega de escritura de lote vendido (art. 346, § 3º), venda do quinhão da coisa comum (art. 410, § 1º), averbações no registro civil (art. 595, § 3º), processos acessórios, estabelecidos no Livro V, com algumas exceções.” (LIMA, Domingos Sávio Brandão, *O procedimento sumaríssimo*, cit., p. 54).

¹⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 135.

germânicas se sobrepueram às romanas, sem contudo jamais haver domínio completo do processo germânico. Essa infiltração do processo germânico deu-se paulatinamente, com a derrocada do Império Romano e a invasão dos bárbaros no Sul da Europa, fazendo desaparecer a unidade política romana.

Em suma, aduz:

“O processo germânico foi se infiltrando pouco a pouco e transfundindo vários de seus princípios no velho processo romano: daí, a formação do chamado processo romano-barbárico, que dominou por muito tempo, desde os longobardos e francos até o período feudal, isto é, do ano 568 ao ano 1000. No período germânico, observa Goldchmidt (*Direito processual civil*, § 40), titular da jurisdição era a assembléia dos membros livres do povo, o *ding*. Os juízes não passavam de investigadores do direito, de promotores da instrução das causas. As sentenças, proferidas pelas assembléias, estendiam a todos os seus efeitos. O caráter fundamental deste processo, inferior, sem dúvida, ao processo romano, consistia no seguinte: enquanto no processo romano os juízes decidiam os litígios à vista das alegações e provas oferecidas pelas partes, no processo germânico eram admitidas as ordálias e juízos de Deus.”¹⁸⁸

Quando refloresceu a civilização italiana, ressurgiram os estudos do direito romano, tendo ele retomado seu predomínio, mas não na forma pura, porque é sempre difícil assimilar o rigor do processo dos tempos antigos, além de que as fontes romanas não ofereciam um quadro completo do processo, de forma que foi preciso reconstruir o sistema.

Nessa elaboração, ocorreu a enxertia dos institutos germânicos no tronco romano.

¹⁸⁸ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 37.

Daí defluiu um processo misto, também denominado comum, que estava impregnado de formas e institutos do processo germânico e nele perdurava o espírito formalístico.¹⁸⁹

Esses resíduos de formalismo germânico incluem-se entre as razões que maculavam o processo comum de excessivamente longo¹⁹⁰, complicado, difícil e que se reduziu pouco a pouco a um processo escrito, porque estava em voga, naquele período, redigir termos de todos os atos da causa. Isso explica porque, ao lado do processo ordinário (*solemnis ordo iudiciarius*), se tenha formado um processo simplificado, que depois se denominou sumário.

¹⁸⁹ “Ao passo que o espírito romano se inclinava naturalmente ao rigor lógico, que se refletia no processo, o processo praticado pelos povos invasores era basicamente um instrumento com o qual se supunha poder provocar a manifestação da vontade divina, inferida de ‘provas’ arbitrárias e frequentemente cruéis, de inspiração puramente mística. A preocupação dominante era a de suprimir ou prevenir o litígio, sem o cuidado de imprimir cunho lógico à manifestação jurisdicional. Se na *sententia* romana aparecia saliente o seu componente racional, o conteúdo da deliberação da *ding* germânica (assembléia dos homens livres) era por excelência um ato de autoridade, despreocupado de embasamento lógico. A jurisdição era teoricamente exercida pela referida assembléia, mas o ponto culminante do processo era sempre a decisão sobre as provas, cujo resultado devia apontar o sentido em que se inclinava a vontade divina. Baseava-se tudo na suposição ingênua de que, fosse qual fosse a prova, a divindade não desamparava a quem tivesse razão, nem deixava de dar vitória, no duelo judiciário, à parte inocente. Daí decorre que, ao contrário da *res iudicata*, fundada no contrato ou quase-contrato de *litescontestatio*, a decisão da *ding* impunha sua autoridade a todos, partes e terceiros, seja porque traduzia a vontade divina, seja porque o processo transcorria *coram populum*, dele participando todos. É fácil compreender-se que um tal sistema, infenso a variações procedimentais significativas, não poderia produzir nada de semelhante ao procedimento ou à cognição sumária. E, ainda que o tivesse criado, não se haveria de buscar, aí, a origem do instituto que nos ocupa, já que o processo moderno praticamente nada aproveitou das toscas instituições germânicas.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 28-29).

¹⁹⁰ Luiz Fux, a esse respeito, afirma que: “O processo comum, sob o ângulo procedimentalista, era considerado moroso, excessivamente formal e complicado. Em consequência, surgiram reclamos quanto à necessidade de um processo mais expedito de soluções rápidas. Anota Liebman que, por influência da decretal de Clemente V, de 1306, denominada *Clementina Saepe*, surge o procedimento sumário, menos complicado, simplificado nas suas formas processuais e com cognição completa, e o sumário também com cognição sumária, designado ‘executivo’. Nesse, segundo a regra *in procedendo* da decretal, atuava-se *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*. Essa constituição papal influenciou em diversos ordenamentos medievais e o processo comum, da Península Itálica, expandiu-se pela Europa, mantendo sobrevivência longa entre as nações americanas.” (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33).

A jurisdição eclesiástica assumiu importância notável e sempre crescente. A acomodação das idéias romanas às especiais necessidades da Igreja produziu o processo romano-canônico.

Ao longo da Idade Média, expandiu-se e invadiu o campo da jurisdição leiga. O declínio do poder político e a crise do próprio conceito de Estado deram azo à expansão da jurisdição canônica, o que favoreceu a revivência de um processo de fundo romano, cujos princípios o direito canônico preservou com a maior pureza.

No direito canônico, o Papa, ao delegar para juízes a decisão das diversas causas, costumava dispensá-los de algumas das formalidades do procedimento ordinário, até que Clemente V, em 1306, com a célebre constituição conhecida por *Clementina saepe contingit*, regulou esse modo de proceder *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*¹⁹¹, para ser observado em determinados casos¹⁹², cuja mais essencial medida era a de suprimir a *litis contestatio*.

Victor Fairen Guillén¹⁹³ enumera os princípios informativos do novo juízo *Clementina Saepe Contingit*. Eram eles: a liberação da *litis contestatio*; limitação das apelações interlocutórias; liberação da ordem legal dos atos,

¹⁹¹ Isto é, de forma breve ou sumária; incontinenti; independente da intervenção de advogados ou outras pessoas e com exclusão de todas as formalidades dispensáveis porque não essenciais.

¹⁹² “En el Alto Medievo se sentía principalmente por parte de los canonistas, un evidente deseo de liberar al proceso de formalismos inútiles que lo tornaban costoso y largo. Varios pontífices (Alejandro III, Inocencio III, Gregorio IX, Inocencio IV) se hubieran de percatar de que el ‘solemnis ordo iudiciarius’ no surtía resultados proporcionados a las fuerzas de toda índole en él invertidas. Se hacía precisa una reforma simplificatoria del proceso, dirigiéndolo preeminentemente a la obtención de la verdad (...). Esta sumarización de los juicios, representava un triunfo a la economía procesal (...). A las dudas que suscitaba la aplicación de las disposiciones canónicas mencionadas, y siempre pensando ante todo en las necesidades de la economía procesal, respondió Clemente V con su famosa ‘Saepe Contingit’, una de cuyas más esenciales medidas era la de suprimir la ‘litis contestatio’.” (FAIREN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 41-42).

¹⁹³ FAIREN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 41-42.

impostos em grande parte anteriormente na *solemnis ordo iudiciarius*; encurtamento de prazos; concessão de poder ao juiz para poder repelir atuações supérfluas; supressão de formalidades inúteis.

Com a edição dessa bula papal, sistematizou-se o conjunto de providências tendentes a simplificar e acelerar o procedimento nas causas cuja natureza reclamava julgamento mais rápido que o proporcionado pelo lento procedimento ordinário daquele tempo.

Essa é a origem do procedimento sumário, afirma Biondo Biondi¹⁹⁴. Foi a partir dela que cresceu a intenção de sumarização, identificando-se as causas de emperramento processual, para afastá-las.

Dispensados o libelo, a contestação da lide, a rigorosa sucessão de prazos, concentraram-se em uma única audiência as alegações da partes, aumentando o contato delas com o juiz e a oralidade da causa, criando-se um processo contumacial.

Tratava-se de um processo sumário indeterminado¹⁹⁵, no qual a sumariedade traduzia-se em simplificação de atos processuais. Era assim denominado porque não estava previsto para casos particulares.

¹⁹⁴ “*Si è detto che il processo sommario derivi dal diritto canonico, e precisamente dalla ‘Clementina Saepe’.*” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Milano: Giuffrè, 1954. p. 387).

¹⁹⁵ “Procedimento, nessa conformidade, onde, segundo o regramento estabelecido por Clemente V na célebre *Saepe Contigit*, deixava de existir todo um elenco de formalidades das quais se deveria reputar liberadas as partes e o juiz sempre que fosse autorizado a dele se valer. Simplificação ou abreviação do procedimento que se obtinha, no plano do processo de conhecimento, mediante a redução de atos ou de formas, não com a supressão ou com o estreitamento da atividade cognitiva do julgador, ao contrário do que sucedia no sumário determinado, que se caracteriza exatamente pela supressão ou estreitamento do processo de cognição. Daí porque se destinava este último à execução do direito de determinados casos, não à sua declaração (...). Uma das diferenças fundamentais entre o sumário determinado e o indeterminado reside, pois, na circunstância de que enquanto o primeiro se desenvolvia por excelência no plano executório, constituindo na verdade

Esses procedimentos sumários acabaram sendo adotados em grande escala, em especial nas *parvae causae*¹⁹⁶ e foram tão difundidos que passaram a ser o procedimento habitual.

A par disso, a necessidade de evitarem-se os delongamentos do processo comum favoreceu o desenvolvimento de mais enérgicas formas de processos sumários¹⁹⁷, determinados ou executivos, nos quais a sumariedade pode ser entendida como redução da cognição do juiz. Exemplo disso é o procedimento monitório ou injuncional.

Os estatutos das cidades italianas regularam um processo mais simples que o ordinário. A amplitude do campo de aplicação dos juízos baseados na *saepe contingit* foi aumentando paulatinamente e alcançou seu máximo limite nos Estatutos de Lucca (1539) e Genova (1597).¹⁹⁸

processo eminentemente executivo, o segundo, ao reverso, era típico do processo de conhecimento. Aliás, o sumário indeterminado era assim chamado porque não visava de modo específico ou exclusivo à execução. No procedimento sumário indeterminado, depara-se, por conseguinte, a origem remota dos procedimentos sumários em geral e, em particular, do procedimento sumaríssimo de nossos dias, tal como conhecido desde o antigo direito luso-brasileiro, embora como figura de juízo na atualidade, vale dizer, com cognição ampla” (SANSEVERINO, Milton. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 19-20). E, no mesmo sentido, Jaime Guasp afirma que: “*Para evitar los inconvenientes de este proceso ordinario, excesivamente lento y complicado, se introducen y difunden otras tramitaciones abreviadas o sumarias. El proceso sumario indeterminado, llamado así porque no estaba pensado para casos particulares, se crea por la ‘Clementina Saepe Contingit’ (comienzos del siglo XIV), y en él se procede con menos formalidades (...). Como procesos sumarios determinados figuran el ejecutivo a base e la sumisión del deudor (pacta executi) e dos documentos con fuerza legal (...).*” (*Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 75).

¹⁹⁶ Victor Fairen Guillén, explica que no princípio os juízos sumários rápidos aplicavam-se por quatro razões: *ratione parva quantitatis*, *ratione parvii prejudicii*, *ratione urgentia necessitatis* e *ratione miserabilum personarum*, “*pero paulatinamente, sú ámbito se fué ampliando*”(El juicio ordinario y los plenarios rápidos, cit., p. 46).

¹⁹⁷ “Prontamente absorvido pelo direito estatutário das cidades italianas, que já vinham procurando o mesmo rumo, o sistema da *Saepe* exproaiou-se para a jurisdição leiga, favorecendo não apenas a implantação de um modelo procedimental simplificado ao lado do ordinário, mas também um movimento geral de simplificação e aceleração da própria *solemnis ordo iudicarius*.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 31).

¹⁹⁸ Nesse sentido dispõe Victor Fairen Guillén (*El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 48).

Com relação a essa criação dos plenários rápidos, afirma Adroaldo Furtado Fabrício¹⁹⁹ que se tratou de uma opção. Ao invés de simplificação do procedimento comum, retirando-se as excessivas formalidades e tornando-o dinâmico, tomou-se o partido de ampliar gradativamente o emprego do sumário, alargando seu campo para abranger um número maior de causas, ainda que de cognição plena.

Giuseppe Chiovenda²⁰⁰ assevera sobre o assunto que, por causa das complicações e da rigidez característica do processo ordinário, o direito comum foi fértil de processos especiais sumários, que se distinguiam por maior simplicidade das formas e pela cognição incompleta e que deixavam, em todo caso, ressalvada a via ordinária. Aduz ainda que o direito moderno procurou eliminar ou diminuir esses processos sumários, ao mesmo tempo que procurou tornar mais simples e útil o processo ordinário.²⁰¹

Não há contudo uniformidade na doutrina, havendo quem sustente²⁰² que a origem do rito sumário é mais remota.

¹⁹⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 20.

²⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 218.

²⁰¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que houve tendência de plenarização das demandas que inspirou a evolução do sistema processual, com a correspondente universalização da ordinariade e supressão dos procedimentos especiais, tanto que acabou, no Código de 1973, por tornar-se a demanda especial de depósito em plenária, com duração de vários anos, durante os quais o proprietário-depositante fica sem remédio, privado da utilização do bem que lhe pertence e que fora entregue ao depositário apenas para guarda, não para uso, tudo em homenagem ao princípio da segurança máxima, impedindo que o juiz entregue a posse provisória do bem que lhe pertence, mesmo diante de índice de verossimilhança elevado (A plenitude da defesa no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 160).

²⁰² Dentre eles Joel Dias Figueira Júnior, ao sustentar que ao tempo de Augusto, juntamente com o procedimento comum de cognição, coexistiram os especiais, como, v.g. o *per restrictum principis*, que regulava questões que não estavam bem disciplinadas no direito vigente e a *summaria cognitio* ou *summatum cognocere*, um procedimento sumário que tinha cabimento apenas para determinados tipos de matérias ou para quando demonstrada a necessidade de facilitação do rápido desenvolvimento processual, através da inobservância de regras próprias do processo comum. A sumarização das formas processuais, por sua vez, não surgiu, aduz referido autor, na terceira fase do direito romano, mas certamente muito antes, em época antiga, quando vigoravam as *legis actiones*, onde já se encontravam os *interdicta*, que consistiam em comandos

A distinção entre procedimento ordinário e sumário remontaria ao direito romano, porque no período que se denominou de *cognitio extraordinem*, o autor se dirigia ao juiz, a quem apresentava a sua pretensão, reduzida a escrito, citando-se em seguida o réu para se defender.

Adroaldo Furtado Fabrício, contudo, afirma que apenas com muita boa vontade é que se poderia imaginar que procedimentos menos solenes sejam os avoengos dos sumários hodiernos.²⁰³

No mesmo diapasão Milton Sanseverino²⁰⁴, com amparo nos escólios de Biondo Biondi, aduz que não parece provável que se possa identificar com acerto a presença de procedimentos sumários no processo civil romano, porque o direito antigo não conheceu um procedimento sumário, senão exceções isoladas de procedimento normal. Também Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁰⁵ explica que a sistematização do procedimento sumaríssimo está na bula papal *Clementina Saepe Contingit*, embora no direito romano já houvesse preocupações tendentes à simplificação e aceleração dos procedimentos.

Parece-nos então que a origem dos procedimentos sumários está efetivamente na Bula *Clementina Saepe Contingit* do Papa Clemente V, do ano

diretamente emanados do magistrado julgador, dirigidos a uma ou ambas as partes, com o escopo de favorecer uma rápida definição da controvérsia. Em suma, sustenta que os plenários rápidos, desde o direito romano foram adotados. Isso ocorreu quando foram percebidas as desvantagens do *ordo iudicorum privatorum* em casos que exigiam soluções rápidas e, por isso, os magistrados passaram a decidir *extra ordinem*, inicialmente em matérias restritas, e depois em virtude das vantagens do procedimento mais rápido, e até por solicitação das partes, em outros casos. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *O novo procedimento sumário*, cit., p. 25-28).

²⁰³ “O que realmente se pode surpreender no processo do Lácio, antes da invasão do império pelos bárbaros, é a existência paralela de procedimentos menos solenes, ao lado do procedimento mais formal predominante.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, cit., p. 28).

²⁰⁴ SANSEVERINO, Milton, *Procedimento sumaríssimo*, cit., p. 13.

²⁰⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 64.

1306, nada obstante, nos primórdios do direito romano, já se pudessem vislumbrar preocupações com a aceleração e simplificação dos procedimentos.

A sua sistematização, de qualquer forma, deu-se no direito canônico²⁰⁶, com a bula papal.²⁰⁷

O direito romano-canônico, diz Rezende Filho²⁰⁸, influenciou poderosamente na forma das leis processuais dos países europeus, inclusive de Portugal.

O processo de Portugal era um misto do processo romano, das opiniões dos glosadores e das regras do direito canônico. A primeira universidade portuguesa foi fundada em Lisboa em 1298 por D. Diniz, transferida mais tarde, em 1308, para Coimbra, onde até hoje existe. Ali D. Diniz determinou que se ensinasse o direito romano, mandando traduzir a Lei das Sete Partidas do sábio Rei de Castela Afonso X, que influenciou poderosamente nas primeiras Ordenações. No reinado de Afonso V, em 1446, foram promulgadas as primeiras Ordenações do Reino, as Afonsinas, que se compunham de cinco livros.

²⁰⁶ “Aí, portanto, a marcante e decisiva participação do direito da Igreja no aparecimento, primeiro, do procedimento sumário e, mais tarde, do atual procedimento sumaríssimo, que nele deita raízes e cuja origem canônica parece assim indisputável, tal como o conheceu o antigo direito luso-brasileiro e como atesta a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil vigente ao mencionar a virtude que o caracteriza, consistente em se desenvolver *simpliciter et de plano ac sine strpitu* (Capítulo VI, 37), consoante já aludia, em 1306, a constituição de Clemente V.” (SANSEVERINO, Milton, *Procedimento sumaríssimo*, cit., p. 19).

²⁰⁷ Nesse sentido, veja-se: COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. Atualizado por Sávio de Figueiredo Teixeira 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 222.

²⁰⁸ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues, *Curso de direito processual civil*, cit., 8. ed., 1965, v. 1, p. 39.

O processo para as demandas de pequeno valor era exclusivamente oral, devendo os escrivães tomar notas, em seus protocolos, das questões e das respectivas sentenças. Para as demandas de maior valor, o processo era escrito.

As Ordenações Manuelinas, em 1521, modificaram o processo comum e, posteriormente, em 1578, a fim de abreviar o curso das ações ordinárias, D. Sebastião aboliu os artigos cumulativos. Nas Ordenações Filipinas (Livro 3º), que surgiram em 1603, foi mantida a mesma ordem processual das Ordenações Manuelinas, isto é, três fases, postulatória, probatória e decisória, correndo as causas em audiência e prazos prefixados. O processo era o ordinário e ao lado dele havia o sumário, dada a influência canônica, em especial para certas ações²⁰⁹ como as possessórias, despejo, assinatura em dez dias e os executivos fiscais.

6.2 Procedimento sumaríssimo e sua substituição pelo procedimento sumário

Entre nós, o Código de Processo Civil previa o procedimento sumaríssimo²¹⁰, embora somente sua denominação fosse superlativa, depois

²⁰⁹ Manuel de Almeida Souza Lobão enumera quatro razões para que se adote o rito sumário: “Por quatro causas são e devem ser summarios os processos: 1º Pela urgência publica; 2ª pelo favor da pessoa; 3ª por não soffrer mora maior o negócio de que se trata; 4ª pela sua parvidade ou pouca entidade.” (*Tratado práctico compendiario de todas as acções summarias*, cit., v. 1, p. 6). E complementa: “Componentes ideológicos, determinaram, contudo, sua exclusão dos domínios do direito processual. Em geral o procedimento summario é praticavel em todas as causas que exijam celeridade, com prompto remedio, e não soffrem moras.” (Ibidem, p. 28).

²¹⁰ Durante os vinte e dois anos em que esteve em vigor, constatou-se que não era sumário e tampouco sumaríssimo, tanto que era comumente chamado de lentíssimo, complicadíssimo e ordinaríssimo, conforme narra Joel Dias Figueira Júnior (*O novo procedimento sumário*, cit., p. 76). No mesmo sentido, José Joaquim Calmon de Passos afirma que “o legislador, em verdade, disciplinou um procedimento que, em muitas situações, redundará num péssimo e tumultuado procedimento ordinário” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 22). Athos

alterado para procedimento sumário. Ambos os procedimentos foram construídos com o escopo de prestação de tutela mais rápida.

A doutrina criticava de forma veemente o uso do superlativo, afirmando que se não se previa um processo sumário, não havia sentido em usar o termo sumaríssimo. Além disso, ponderava que “em número considerável de casos o procedimento sumaríssimo poderá ser muito mais moroso que o procedimento ordinário”.²¹¹

A denominação equivocada, aduz Gilson Delgado Miranda²¹², era dada por força do que dispunha o artigo 112, parágrafo único da Constituição Federal, em razão da alteração operada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969. Dessa forma, ficou assim redigido o artigo 112 da Constituição Federal de 1967: “Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processo e procedimento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, economia e comodidade das partes”. Ocorre que o parágrafo único do artigo 112 da Constituição Federal de 1967 foi excluído quando da edição da Emenda Constitucional n. 7, de 07.04.1977, que fez desaparecer, então, qualquer referência ao procedimento sumaríssimo. Por isso, não havia mais sentido em ser mantida tal denominação e, quando das profundas alterações legislativas do procedimento, foi ele adequadamente denominado sumário.

Gusmão Carneiro, por sua vez, afirma que circunstâncias várias, algumas ligadas à deficiência do funcionamento do serviço forense e outras decorrentes da própria estrutura do rito, vieram a desvirtuá-lo e “dessumarizá-lo” (*Do rito sumário na reforma do CPC*: Lei n. 9.245, de 26-12-1995. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19).

²¹¹ LIMA, Domingos Sávio Brandão, *O procedimento sumaríssimo*, cit., p. 56-57. Além disso, completa o autor que não houve preocupação do legislador em observar estatísticas, nem olhou para as eternas pilhas de autos que se acumulam diante dos juízes, que por mais que trabalhem não conseguem superá-las. Por isso, o procedimento sumaríssimo tornou-se ordinaríssimo, simplesmente porque inexistem juízes em condições e número suficiente para fazer cumprir os postulados legais (*Ibidem*, p. 277).

²¹² MIRANDA, Gilson Delgado, *Procedimento sumário*, cit., p. 98.

Fatores ligados à deficiência do funcionamento dos serviços forenses e outros decorrentes de sua própria estrutura acarretaram o desvirtuamento do rito sumaríssimo.

Assim, por exemplo, a necessidade de realização sempre de audiência de instrução e julgamento, em homenagem ao princípio da oralidade, impedia a aplicação do julgamento antecipado da lide.

O acúmulo de feitos e as pautas sobrecarregadas dos juízes não permitiam a realização de audiência em data breve, sendo designadas normalmente para datas longínquas, “oportunidade em que o processo, se adotado o rito ordinário, já poderia ter sido contestado, saneado e, quiçá, resolvido pelo julgamento conforme o estado do processo – artigos 329 e 330 do Código de Processo Civil”.²¹³

A permissão de intervenção de terceiros também constituía motivo de freqüente procrastinação do procedimento sumaríssimo, e a proibição de reconvenção, mais do que resolver, criava problemas, porque o réu, não podendo reconvir, ajuizava demanda conexa, que reclama julgamento conjunto com a sumaríssima.

Enfim, ainda durante sua vigência, a doutrina não lhe poupava críticas, dizendo que embora as intenções do legislador fossem boas, era um desastre na prática, porque “o procedimento sumaríssimo, da maneira como foi estabelecido pela norma processual, acabou por se tornar mais ‘ordinário do que o próprio processo ordinário’. Este, de acordo com o artigo 330, poderá ver-se terminado mais rapidamente do que o próprio procedimento

²¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Do rito sumário na reforma do CPC*: Lei n. 9.245, de 26-12-1995, cit., p. 14.

sumaríssimo, desde que a questão de mérito seja unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não haja necessidade de produzir prova em audiência, ou quando ocorra a revelia (art. 319, consideradas as ressalvas do art. 320), ocasião em que o juiz poderá proferir o julgamento antecipado da lide, independentemente da realização da audiência, o que não ocorre nesse rito pretensamente célere, já que, nele, imprescindível a realização de audiência (...). Entretanto, se a instituição do rito sumaríssimo foi decorrência do disposto no derogado parágrafo único do artigo 112 da Constituição Federal, não conseguiu esse procedimento atingir e satisfazer os três critérios buscados, ou sejam, descentralização, economia e comodidade”.²¹⁴

Por essas razões, acabou substituído pelo rito sumário, também um rito plenário com pretensões de ser rápido, que sabemos, não correspondeu às expectativas.

²¹⁴ MUNIZ, Severino, *Procedimento sumaríssimo*, cit., p. 65-66.

CAPÍTULO 7 – TÉCNICAS TRADICIONAIS DE ACELERAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

7.1 Sumarização como técnica de aceleração dos procedimentos

O escopo da sumarização é, em síntese, a aceleração dos procedimentos.

Falar em aceleração dos procedimentos consiste em discorrer sobre modos de propiciar o dispêndio do menor tempo entre o início e o fim do processo.

J. E. Carreira Alvim²¹⁵ aduz que pelo menos duas técnicas de agilização da Justiça têm sido modernamente postas em prática. São elas:

- a) a que mantém no seio da própria comunidade a solução de seus conflitos, através de mecanismos parajudiciais, voltados precipuamente para a pacificação dos contendores;
- b) a que mantém a Justiça estatizada, mas busca minimizar o processo, pela simplificação do procedimento, com a adoção de institutos como, v.g., o da antecipação da tutela, o do julgamento antecipado da lide e o das decisões liminares.

Segundo Ovídio Baptista da Silva²¹⁶, toda técnica de sumarização processual consiste, em uma última análise, na criação de formas

²¹⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 18.

²¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1, p. 121.

procedimentais por meio das quais se inverte o contraditório através de decisões liminares. Não reputamos de todo verdadeira essa assertiva porque há técnicas de sumarização que consistem apenas em mera compactação do procedimento.

Paulo Heerdt²¹⁷, por sua vez, afirma que as técnicas de sumarização podem consistir em:

- a) simplificação do procedimento, com abreviação dos prazos, eliminação de atos, supressão de formalidades. Pode-se mencionar, nessa categoria, o rito sumário do artigo 275 do Código de Processo Civil;
- b) redução da cognição judicial, em sua perspectiva horizontal, por exemplo a desapropriação, e vertical, as tutelas antecipada e cautelar;
- c) limitação probatória, como ocorre no mandado de segurança, que somente admite prova documental pré-constituída;
- d) oralidade e encurtamento de prazos, como no rito dos juizados especiais.

Cândido Rangel Dinamarco²¹⁸, de outra banda, sistematiza a classificação das técnicas de aceleração de acordo com a finalidade de cada um dos grupos e com o momento de resistência sobre o qual se destinam a atuar. Apresenta o seguinte quadro classificatório:

- a) técnicas contra as causas indiretas de frustração da tutela jurisdicional. O risco da perda dos meios indispensáveis ao processo,

²¹⁷ HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. In ELESBÃO JÚNIOR, Aristóteles Camargo et al. *Tutela de urgência*. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 263.

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Aceleração dos procedimentos. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 897-898.

quais sejam, provas e bens, justificam a existência das medidas cautelares;

b) técnicas contra as causas diretas de frustração da tutela jurisdicional. São causas diretas as que retardam ou impossibilitam a obtenção do bem da vida pretendido. As técnicas podem ser subclassificadas em:

b1) as que dispensam atos ou procedimentos;

b2) as que consistem em abreviar procedimentos. Esta categoria é composta de técnicas endoprocessuais, que operam internamente nos processos com a finalidade de permitir que se obtenha mais cedo a tutela jurisdicional, o que se faz pela simplificação do procedimento como um todo ou pela autorização de antecipação de tutela.

Fernando da Fonseca Gajardoni, por sua vez, prefere identificar as técnicas de aceleração do processo em três categorias bem estanques. São elas: a) técnica extraprocessual; b) técnica extrajudicial; c) técnica judicial.²¹⁹

De qualquer forma, a técnica processual de sumarização, quer abrevie e simplifique as formas, quer limite o conteúdo do processo, tem por escopo “melhor obter a efetiva realização da ordem jurídica positiva”.²²⁰

²¹⁹ Entre as técnicas extraprocessuais, estão a reorganização judiciária, investimentos tecnológicos e materiais no Judiciário, mudança do perfil do operador do direito e alteração no regime das custas judiciais. As técnicas extrajudiciais, por sua vez, compreenderiam a autocomposição extrajudicial, a heterocomposição extrajudicial e a autotutela. Nas técnicas judiciais, finalmente, estão a autocomposição judicial, deformalização do processo, diferenciação da tutela jurisdicional, sumarização procedimental, tutela jurisdicional coletiva, julgamento antecipado do mérito, abreviação do procedimento recursal, limitação de acesso aos tribunais, execução por título executivo extrajudicial, execução provisória da sentença, manipulação do fator despesas processuais e honorários advocatícios e sanções processuais para o protelador (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos & Cruz, 2003. p. 75).

²²⁰ HEERDT, Paulo, Sumarização do processo e do procedimento, cit., 1990, p. 88.

Dentro dos limites a que nos propomos neste trabalho, discorreremos sobre as técnicas que mantêm a lide no âmbito judicial e que buscam a simplificação do procedimento e/ou a sumarização da cognição.

7.2 Técnicas de supressão de formalidades

7.2.1 Procedimentos sumários de cognição completa: plenários rápidos

Victor Fairen Guillén²²¹ afirma que os procedimentos sumários não trazem verdadeiras inovações aceleratórias, porque baseados na *Clementina Saepe* e nos direitos estatutários, razão pela qual os denomina de plenários rápidos.

Aduz ter sido um erro de Mittermaier reunir como uma única categoria os processos sumários e os procedimentos abreviados ou rápidos. Com amparo nas lições de Briegleb, distingue os juízos realmente sumários e os simplesmente acelerados do procedimento ordinário, aduzindo que os procedimentos rápidos se distinguem do ordinário pela sua forma e os sumários pelo seu conteúdo.

Os ritos sumários propriamente ditos contemplam um caminho específico para obter uma finalidade específica, enquanto os plenários rápidos têm uma forma acelerada sem que tenham finalidade diferente daquilo que se pretende obter através do processo declarativo ordinário.

²²¹ FAIREN GUILLÉN, Victor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 55.

Os plenários rápidos não são, destarte, materialmente sumários e, da mesma forma que o procedimento ordinário, baseiam-se no desejo de acabar para sempre com o litígio existente entre as partes, de forma a não ser possível qualquer outro processo relativo à questão resolvida.

Nos ritos propriamente sumários, completa, há restrição material através de limitação dos direitos das partes com relação aos meios de prova admissíveis, como se dá, por exemplo, no juízo possessório e nas ações executivas.²²²

7.2.2 Técnicas de redução da cognição

A cognição, pensada em relação ao direito material, concerne ao limite de amplitude de conhecimento judicial sobre o conflito de interesses pré-processual.

Nesse aspecto, há limitações às possíveis alegações do autor e do réu, ou seja, concerne à extensão da matéria passível de discussão.

Fala-se, então, em cognição no sentido horizontal, que pode ser plena quando não há restrição à cognição de questões.

Quando se pensa, entretanto, na relação entre o sujeito do conhecimento (juiz) e o objeto cognoscível (o objeto litigioso), o que importa

²²² Nesses casos, “*el derecho de defensa queda limitado para hacer más rápida la totalidad de su desarrollo. La limitación de formas, acortamiento de los plazos, oposición rígida a todo intento de prolongar el procedimiento, son consecuencias de lo expuesto*” (FAIREN GUILLÉN, Víctor, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., p. 54).

é a intensidade desse conhecimento, que pode ser sumário ou exauriente, ou seja, a medida se faz no sentido horizontal.

Através da sumarização das técnicas de cognição é possível acelerar os ritos, otimizar a prestação jurisdicional, tendo em vista a quantidade e qualidade de informações a serem levadas em conta pelo juiz no caso concreto.

Esses procedimentos materialmente sumários são mais justificados quanto maior o grau de evidência do direito.

Assim, em um processo civil que aspira à modernidade e eficiência, informa Athos Gusmão Carneiro²²³, impõe-se que os procedimentos se tornem menos complexos, à medida que aumente o grau de evidência das pretensões de direito material.

7.3 Cognição sumária e cognição plena

As atividades intelectuais, instrumento de atuação da vontade da lei mediante verificação constituem, segundo Chiovenda²²⁴, a cognição do juiz.

Assim, diz ele, antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, a fim de poder declarar existente ou não a vontade concreta da lei.

²²³ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Da antecipação de tutela*, cit., p. 11.

²²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 217.

O termo é, outrossim, empregado para designar o próprio processo e não apenas a atividade do juiz.

Nesse sentido é que se usa a expressão processo de cognição, que também pode ser empregada para indicar a natureza da atividade do órgão judiciário. É nessa acepção que nos interessa, para os fins deste trabalho.

Cognitio e cognocere, explica Kazuo Watanabe²²⁵, citando lições de Biondo Biondi, indicam fundamentalmente a percepção e o acerto dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir.

Cognição, afirma, “é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”.²²⁶

Diz-se ordinária, afirma Chiovenda²²⁷, ou plena, completa, a cognição do juiz, quando tem por objeto o exame a fundo de todas as questões da parte, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu, qualificando-se como sumária ou incompleta a cognição do juiz quando o exame das razões das partes não é exaustiva ou é parcial.

Kazuo Watanabe propõe que o tema relativo à cognição judicial seja pensado em dois planos distintos, horizontal e vertical.

²²⁵ WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, cit., p. 53.

²²⁶ Ibidem, p. 58-59.

²²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 218.

7.4 Sumarização vertical, de intensidade ou profundidade

Faz-se a sumarização vertical isolando-se uma área cognitiva, que será objeto de conhecimento judicial em toda a sua extensão, no sentido horizontal, sem limitação de matérias.

A limitação se dá, portanto, no sentido vertical porque a cognição pode ser de todo o direito em sua extensão, mas não em toda a sua profundidade.

A cognição segundo o grau de sua profundidade pode ser classificada em exauriente ou completa e sumária ou incompleta.

Cognição sumária é, portanto, a feita de forma perfunctória, menos aprofundada.

Trata-se, pois, de sumarizar a cognição em sua intensidade ou verticalidade, dado que se impede o julgador de aprofundar, exaurir a cognição.

Cuida-se, então, de decisões tomadas com base em verossimilhança.

As decisões embasadas em cognição sumária são juízos de verossimilhança, daquilo que aparenta ser verdadeiro. Do latim *verisimile*, semelhante à verdade.

São baseadas no *fumus boni juris*, na aparência do direito, na plausibilidade do direito, no relevante fundamento da demanda ou qualquer

outra expressão que diga respeito a uma avaliação cognitiva que se não esgote. Cuida-se de prover sem exaurir.

A cognição sumária é apta para embasar ato decisório que pode ser sentença (como o é na tutela cautelar) ou decisões no curso do processo (como medidas liminares cautelares, de antecipação de tutela ou interinas).

7.5 Sumarização horizontal, limitação da cognição em sua extensão e amplitude

A sumariedade dos procedimentos como técnica de limitação das matérias a serem apreciadas pelo juiz opera através da redução da cognição no plano horizontal.

Essa técnica consiste em processo sumarizatório que limita a área cognitiva, desconsiderando uma porção que, em tese, poderia estar incorporada ao processo. Incide na amplitude da cognição do juiz.

É possível ver o direito em profundidade, porque no sentido vertical ou de intensidade não se operam limites, mas há limite de matérias²²⁸ a serem objeto de conhecimento judicial.

Como modos de aplicar essa técnica, podem ser destacados:

1) Limitação pela fixação do objeto litigioso: Obedecendo a disposições legais, são selecionados aspectos passíveis de abordagem na

²²⁸ Tem por limites, segundo Kazuo Watanabe, os elementos objetivos do processo, o trinômio questões processuais, condições da ação e mérito (*Da cognição no processo civil*, cit., p. 112).

formulação da petição inicial. Atua sobre o comportamento do autor do processo, limitando-lhe uma determinada porção de área cognitiva. Tem-se como exemplo desta técnica os embargos à execução fundada em sentença (art. 475-L do CPC).

2) Limitação de matérias que podem ser alegadas na defesa:

Igualmente em razão do disposto na lei, são arroladas as matérias que o réu pode trazer à discussão. A técnica atua, portanto, sobre o comportamento do réu no processo, afetando, destarte, a amplitude da resposta que pode ser trazida aos autos. Como exemplo, as ações de busca e apreensão fundadas na alienação fiduciária, cujas matérias de defesa estão limitadas, conforme dispõe o artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69.

3) Técnica de limitação probatória: É exemplo a cognição *secundum eventum probationis* do mandado de segurança, pois, quando se define o direito líquido e certo como o provado de plano e acostado à petição inicial, expurgam-se muitas matérias que, do ponto de vista de um procedimento pleno, poderiam ser admitidas. Nesse sentido, a limitação de direito e probatória que há no mandado de segurança opera precipuamente sobre o impetrante. Também engloba a cognição que produz um corte na prova, excluindo outras questões controvertidas, como se dá na ação possessória em que se tem formalmente cognição exauriente e permite-se o uso de todos os meios de prova disponíveis concernentes à posse; mas há questões que mesmo sendo controversas e tendo relevância teórica, ficam excluídas, reservando-se, por exemplo, nas possessórias, a discussão sobre propriedade como aspecto subsidiário, na hipótese de contradição de posses com mesmos níveis.

7.6 Ações materialmente sumárias

Trata-se de técnica em que não se traz ao processo toda a lide, em sentido sociológico, mas a lide “parcial”, limitando-se a controvérsia efetivamente existente fora do processo.

Nem todos os pontos litigiosos²²⁹ que poderiam ser debatidos na causa efetivamente o serão nesse “primeiro processo”.

Sob esse aspecto, afirma Ovídio Baptista da Silva²³⁰, para que bem se compreenda as ações materialmente sumárias e o papel por elas desempenhado, bem como as razões que determinaram a universalização do procedimento ordinário no direito contemporâneo, seria preciso compreender a diferença entre o conceito de lide em seu significado carneluttiano e litígio, salientando que a lide que vem descrita na petição inicial nem sempre compreende todo o litígio, como se apresenta no mundo extraprocessual.

Poderíamos então assim sintetizar o pensamento de Ovídio Baptista sobre o assunto: os processos materialmente sumários, em regra, dado o corte da totalidade do conflito, não serviriam para a solução de litígios, tal como sociologicamente se apresentam, preexistentes ao ajuizamento da ação, mas apenas da lide, compreendido esse vocábulo no sentido que Liebman lhe deu.²³¹

²²⁹ “Essa técnica pode operar de dois modos: fixando o objeto litigioso (p. ex. embargos do executado), isto é, o que pode ser deduzido pelo autor, ou estabelecendo os limites para a defesa (p. ex. ação de desapropriação), isto é, aquilo que pode ser alegado pelo réu.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1, p. 98).

²³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 115.

²³¹ Liebman, diferentemente de Carnelutti, que define lide como conflito de interesses qualificado por pretensão resistida ou insatisfeita, apoiado em Calamandrei, afirma que lide é tão-somente o conflito nos limites em que veio ao processo, o seja, lide é o conflito de interesses vazado/representado pelo pedido, ou ainda conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. A definição de Carnelutti espelha mais um fenômeno sociológico do que processual.

Por demandas plenárias, por sua vez, entende-se as aptas para trazer ao processo todos os conflitos, a controvérsia tal como se apresentou sociologicamente, que após a propositura da ação, transmuda-se em lide jurídica. Nela há ampla produção probatória, para que se obtenha sentença de mérito fundada em cognição plena e exauriente.

Enfim, quanto mais uma demanda assume feição sumarizada, mais sobrarão “exceções reservadas”²³², a justificar outras demandas posteriores.²³³

Faz-se a sumarização material da lide, segundo Ovídio Baptista da Silva²³⁴, proibindo-se o emprego de certas espécies de prova ou impedindo que o réu se valha de determinadas objeções que somente sejam capazes de serem recebidas e examinadas em processo subsequente, no qual aquele que fora compelido a prestar antes de ser ouvido, procure recuperar o que lhe era devido, senão pela modificação do que antes fora julgado contra si, ao menos pela restituição prática ou econômica do que nesse outro processo venha a ser reconhecido como lhe sendo devido.

Para Calderón Cuadrado, “*sumariedad indica – en palabras de De la Oliva –, en primer lugar, limitación de conocimiento del Tribunal, por estar legalmente limitadas las alegaciones del actor y/o demandado y limitarse*

²³² Como exemplo de exceção reservada, pode-se mencionar as defesas petitorias que não podem ser veiculadas em ações possessórias e que, portanto, formarão lide subsequente, consecutiva, separada e autônoma.

²³³ Trata-se de mera possibilidade, pois, como bem anota Maria Pía Calderón Cuadrado, as partes aceitam, em muitas ocasiões, que a resolução tomada no processo sumário ponha fim ao conflito (Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.090). Apenas eventualmente um processo plenário que sobrevenha anula ou modifica os efeitos do primeiro.

²³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 109.

*también, en ciertos casos, no sólo el objeto de la prueba, sino incluso los medios de prueba admisibles”.*²³⁵

É desejável criar tutelas sumárias com limitação de matérias cognoscíveis para se ganhar em celeridade, sem grandes perdas em qualidade, com vantagens²³⁶ sobre os ritos cuja sumarização da cognição não seja quanto à amplitude do objeto em debate, mas quanto à profundidade do exame da prova.

As técnicas de sumarização de demandas, por meio das quais se reduz a lide total, privilegiam determinadas pretensões que o legislador reputa dignas de tratamento diferenciado e permitem, como regra, a satisfação imediata do interesse tutelado, relegando para um outro processo, ou para um momento subsequente daquele mesmo feito, a função de reparar eventuais injustiças causadas em nome da efetividade do direito.

Isso é o que, por exemplo, ocorre nas ações cautelares, na antecipação de tutela de mérito e também com as ações possessórias, relativamente às demandas petitorias que porventura venham a ser ajuizadas em momento posterior, com o escopo de reverter os benefícios práticos do primeiro julgamento.²³⁷

²³⁵ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pia, Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.091.

²³⁶ Podemos mencionar o que pensa a esse respeito Francisco Ramos Romeu: “*Se dice que la tutela sumaria tendría varias ventajas sobre la tutela cautelar: permitiría decidir a título ‘principal’, evitando el perjuicio del juez sobre el fondo del asunto, no necesitaría la prestación de fianza, como sí se exige para la tutela cautelar en general y tendría una vocación de permanencia.*” (*Las medidas cautelares civiles*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 52).

²³⁷ “O que acontece com o processo cautelar e com as demais técnicas de sumarização, que se realizam através das liminares, sejam estas liminares (e as demandas que as contêm) autônomas, como se dá nas cautelares, sejam as liminares parcela inicial de um processo satisfativo único, como nas possessórias, é a parcialização da lide integral, a fim de que a função jurisdicional possa ser exercida num primeiro estágio, de modo a conceber o autor o bem da vida que o legislador considere digno de receber uma proteção específica e imediata. Nesse caso, agrava-se a situação do demandado, que acaba sofrendo as consequências do primeiro julgamento, para só depois tentar recuperar os danos e prejuízos que essa derrota lhe tenha infligido.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 118).

Nessas demandas sumarizadas materialmente, o réu, a quem se limitou as possibilidades de defesa, sofrerá os efeitos de uma sentença contrária imediata, mas depois poderá recuperar a coisa ou o seu equivalente monetário, em outra ação²³⁸, ou naquela mesma, mas em momento posterior.²³⁹

Nos procedimentos de cognição parcial no plano horizontal, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, as excluídas pelo legislador, que poderão ser conteúdo de outra ação.

Pode-se afirmar que: a) eventuais limitações probatórias são razoáveis em decorrência da especialidade e importância de determinados interesses tutelados pela norma legal. A diversificação dos ritos procedimentais atende, destarte, às peculiaridades de diferentes direitos materiais; b) não há, portanto, ofensa aos postulados do devido processo legal e do contraditório.²⁴⁰

7.7 Cognição nas tutelas de urgência

A denominada cognição plena se amolda de forma cabal ao princípio do contraditório porque propicia às partes ampla oportunidade de discutir a causa e produzir provas.

²³⁸ Como por exemplo se dá na ação de desapropriação do Decreto-Lei n. 3.365, de 21.06.1941.

²³⁹ Tratando-se, por exemplo, de antecipação de tutela concedida liminarmente.

²⁴⁰ Também o princípio da inafastabilidade (art. 5º. XXXV da CF) garante ao réu o direito de levar a juízo, ainda que como autor, as questões que não pode deduzir na contestação. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênesis, v. 8, n. 28, p. 311, abr./jun. 2003.

Aceita-se, por outro lado, para a concessão das tutelas de urgência, a cognição sumária, porque normalmente é inviável outra cognição que não essa, dado o *periculum in mora*.

Em suma, tratando-se de medidas urgentes, o juízo que se faz é o de probabilidade.

Reconhecer a existência de *fumus boni juris* ou de verossimilhança implica em dizer haver hipótese provável da existência do direito do autor.

E, nesse aspecto, é interessante anotar que enquanto entre nós verossimilhança é em geral entendida como uma probabilidade de existência do direito do autor um pouco mais forte do que a representada pelo *fumus boni juris*, no sistema argentino, por exemplo, verossimilhança é sinônimo de *fumus boni juris*²⁴¹, tanto que ao se estabelecerem requisitos para a concessão da tutela autosatisfativa, em geral irreversível, exige-se mais do que verossimilhança, fala-se em forte probabilidade de existência do direito do autor²⁴². Essa probabilidade equivaleria a um estado intermediário entre a verossimilhança e a certeza definitiva.

²⁴¹ “(...) en nuestro sistema la verosimilitud o apariencia del derecho substancial invocado constituye el ‘*fumus boni juris*’, y es sólo una posibilidad de su existencia en el marco de hipótesis.” (CARBONE, Carlos Alberto, Consideraciones sobre el nuevo concepto de furte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia um nuevo principio general de derecho de raíz procesal, cit., p. 170).

²⁴² Essa forte dose de probabilidade pode ser definida como um interesse tutelável certo e manifesto, como reza o artigo 67, ao dispor sobre medidas autosatisfativas, no Anteprojeto de Código Processual Civil e Comercial da Província de Buenos Aires, e excede também o conceito de forte aparência, essa entendida como sinônimo de verossimilhança; portanto, cuida-se de estar mais adiante do que o conceito de possibilidade. Enfim: “*Por supuesto que la probabilidad no es certeza y si un juicio provisional, pero también es cierto que no puede basarse en meras subjetividades del juez. Es decir entonces, que este concepto es un peldaño posterior al de la posibilidad: de este se pasa al de la probabilidad mediante la graduación o medida de la posibilidad, que puede ser mayor o menor, próxima ou remota (...). Probabilidad es la representación adecuada al triunfo de la acción emprendida: la persona estima haberse acercado al resultado buscado, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; no posee la verdad, pero está cerca de ella.*” (CARBONE, Carlos Alberto, Consideraciones sobre el nuevo concepto de furte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia um nuevo principio general de derecho de raíz procesal, cit., p. 174-175).

De qualquer forma, trata-se de juízos de probabilidade oriundos de cognição perfunctória.

Ainda que haja, em sede de antecipação de tutela ou de concessão de medida cautelar, uma quantidade ou qualidade tal de provas que acarretem no espírito do julgador o mental convencimento de que o autor tem absoluta razão, essa cognição ainda é sumária, em razão do princípio do contraditório e do direito daí decorrente do requerido contraditar tais provas no momento oportuno.²⁴³

Os juízos de probabilidade não são vocacionados a dar suporte a decisões que regulem definitivamente questões, porque o sistema jurídico não os reputa suficientes. Destinam-se a reequilibrar temporariamente a situação das partes.

Somente após possibilitar cognição exauriente, haverá aptidão para reger definitivamente a situação, razão pela qual os juízos de verossimilhança devem ser provisórios.

O exame da verossimilhança nos interessa na perspectiva de estudo das tutelas cautelar e antecipada.²⁴⁴

²⁴³ Por essa razão, Arruda Alvim, afirma que: “(...) conquanto possa haver uma modalidade de cognição que infunda no juiz uma certeza psicológica de altíssimo grau, nem por isso, no plano do direito terá deixado de ser cognição sumária. Isto significa que juridicamente é inviável pretender-se, com base no material probatório do processo cautelar, ter um juízo de certeza, oriundo de cognição plena, ainda que, psicologicamente, o juiz possa estar tendo a sensação de estar tendo cognição plena e exauriente.” (*Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3, p. 303).

²⁴⁴ Na moldagem dos procedimentos, interessa o exame da verossimilhança, de forma que podem ser tanto mais compactos quanto maior a verossimilhança. Os julgamentos embasados em prova de verossimilhança são aqueles que ocorrem no curso do procedimento de primeiro grau e baseados em *periculum in mora*. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “É claro que não há relevo em analisar, nessa perspectiva, as provas relativas às tutelas antecipatórias fundadas em abuso de direito de defesa (art. 273, II) e em direito evidente (art. 273, § 6º), assim como a

Há que se ressaltar ainda que, embora pertençam ao mesmo gênero, há uma distinção entre a cognição feita em sede de tutela cautelar e em sede de tutela antecipada.

A cognição, para dar suporte à tutela cautelar e à tutela antecipada, difere em graus, a exercida para a concessão desta última deve ser menos superficial.²⁴⁵

prova da tutela antecipatória fundada em receio de dano (art. 273, I) que pode ser concedida ao final do procedimento de primeiro grau ou no tribunal. O que realmente interessa é a tutela antecipatória que se torna necessária, em razão de receio de dano, no curso do procedimento de primeiro grau, pois é nesse momento que se pode pensar em verossimilhança.” (Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 834, p. 121, 2005).

²⁴⁵ Tereza Arruda Alvim Wambier explica que o artigo 273 contém duas expressões aparentemente inconciliáveis, mas que não querem senão dizer que o *fumus*, para que possam ser adiantados os efeitos da sentença final, há de ser mais robusto, mais veemente, mais expressivo do que o exigido para a concessão de liminar em ação cautelar, e a razão evidente dessa diferença de graus consiste em que o caráter de excepcionalidade das decisões liminares, através das quais se concede tutela antecipatória no processo de conhecimento, parece ser efetivamente muito mais acentuado do que as decisões liminares proferidas no bojo de ações cautelares (Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 537-538).

CAPÍTULO 8 – TÉCNICAS DE COGNIÇÃO

8.1 O ideal da verdade e a aceitação dos juízos de verossimilhança

A busca da verdade é uma preocupação constante dos operadores do direito, sendo aceito, de forma geral, que seria função do processo promover essa busca e descoberta.

Toda atividade cognitiva desenvolvida no processo é endereçada à descoberta da verdade, da certeza, mas por se tratar de atividade humana e endereçada a juízos de valor sobre fatos passados, o conhecimento que se dá no processo tem limitações.

Tal busca, contudo, tornaria o processo infundável, razão pela qual o processo contenta-se “com a verdade que migra para os autos”²⁴⁶ e juízes e legisladores devem avaliar até onde devem levar seu empenho em busca dessa verdade e da justiça.

Cediço que a busca da verdade, através de cognição plena e exauriente, demanda tempo.

Esse passar do tempo, adverte Cândido Dinamarco²⁴⁷, sujeita os resultados do processo a riscos, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação. Essa tensão entre angústia e ignorância precisa ser contornada e o sistema deve ser adequado de forma que o juiz pacifique sem ter chegado

²⁴⁶ FUX, Luiz, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 692.

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 232.

ao ponto racional de assimilação da verdade. A técnica processual deve fazer o racional e justo equilíbrio entre as forças opostas, a fim de que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos em razão de demora.

Oferecer meios eficazes e seguros, mas expeditos, para descobrir a verdade, evitando-se o erro, esse é o escopo a ser alcançado.

Claro que o ideal seria o tempo ilimitado, sem preocupações quanto ao custo individual ou social de que dependa a busca da perfeição, mas acima dele está o escopo social de justiça, de pacificação, que precisa chegar logo para ser eficiente.

8.2 Juízos de verossimilhança

Ovídio Baptista da Silva²⁴⁸ afirma que Descartes reputava os juízos de verossimilhança como liminarmente falsos.

Nesse contexto, acrescenta, foi a lógica matemática, em função do pensamento racional, que criou o processo ordinário, com repúdio aos juízos de verossimilhança, o que determinou que se extirpassem as decisões liminares concedidas antes de se alcançar a almejada verdade, a certeza.

O processo romano-germânico suprimiu o princípio da verossimilhança, ao estabelecer que o autor não terá o seu direito reconhecido senão após prova exaustiva de sua existência. Igualados os litigantes,

²⁴⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 97.

oferecia-se a eles “o duvidoso privilégio de servirem-se do mesmo instrumento processual, qual seja, o procedimento ordinário, indiferente ao maior ou menor grau de verossimilhança de suas alegações”.²⁴⁹

A exigência de certeza, de qualquer forma, é somente uma ilusão, podendo-se afirmar que aquilo que os juristas chamam de certeza, não passa de mera probabilidade, variando apenas o grau exigido e, inversamente, os níveis toleráveis de risco.

Nesse sentido, Piero Calamandrei, partindo de uma afirmação de Wach, aduz que “*ogni giudizio di verità si riduce logicamente a un giudizio di verosimiglianza*”.²⁵⁰

Explica dizendo que toda prova é, de fato, de verossimilhança.

Dessa forma, quando se afirma que um fato é verdadeiro, em substância o que se diz é que, com relação aos limitados meios de conhecimento, o que se alcançou na consciência daquele que julga foi o grau máximo de verossimilhança, que lhe basta a dar certeza subjetiva que o fato aconteceu. Todo o sistema probatório civil, diz, é preordenado não apenas a aceitar, mas a impor ao juiz que se deva dar por satisfeito com a verossimilhança. Ao juiz não é permitido deixar de decidir. Ele deve, a qualquer custo, porque é sua função, resolver a controvérsia. Para tanto, é forçado *extrema ratio* a contentar-se com a verdade formal, obtida com os artificios da prova legal ou do ônus da prova; ainda quando o sistema é o da livre apreciação da prova, parece que a liberdade de apreciação conduz não à

²⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz, *Teoria geral do processo civil*, cit, p. 23.

²⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 463-464.

verdade substancial, à verdade absoluta, mas a um juízo de probabilidade e verossimilhança. Mesmo que o juiz escute diversos relatos de testemunhas no mesmo sentido, concluirá que é verossímil que o fato recontado tenha acontecido daquela forma²⁵¹. Ainda que faça uma inspeção judicial, a direta percepção do fato, que lhe daria o máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja diversa daquilo que por um erro de senso lhe pareça ser. Até para o juiz mais atento e escrupuloso, é válido o fatal limite da relatividade, que é próprio da natureza humana. O que se vê não é a verdade, mas a verossimilhança, ou seja, a aparência de verdade.

Essa incerteza psicológica, contudo, não deixa marcas na decisão judicial, porque nela se cria, em todo caso, a certeza jurídica. Enfim, a distinção entre verdade e juízo de verossimilhança, se tem importância sob o ponto de vista lógico e psicológico, não tem qualquer relevância jurídica no resultado do processo.

Para distinguir juízo de verossimilhança de juízo de verdade, conclui²⁵², deve-se ter em conta o momento em que são proferidos. Assim, é preciso considerar no processo o momento em que a lei, em certos casos, entende útil dar relevância separada ao juízo de verossimilhança, que tem caráter instrumental, em contraposição ao juízo de verdade, que tem caráter final.

²⁵¹ Piero Calamandrei reporta-se a Voltaire, que afirma: “*Celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins oculaires n’a que douze mille probabilités, égales à une forte probabilité, laquelle n’est pas égale à la certitude.*” (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 464).

²⁵² CALAMANDREI, Piero, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 470. No mesmo sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que não é correto contrapor certeza à verossimilhança, como se fosse categorias entre si antagônicas, isso porque elas têm a mesma natureza e no processo desempenham idênticas funções, apenas diferenciadas uma da outra pelo grau de intensidade e segurança que as respectivas representações do *fato probando* podem criar no espírito do julgador (*Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 139).

Implica dizer, o juízo de verossimilhança diz respeito ao momento da alegação, antes do procedimento probatório ser iniciado. O juízo final da verdade reduz-se, em última análise, a um juízo de verossimilhança versado sobre resultados das provas e pode intervir somente no fechamento do procedimento probatório.

De qualquer forma, em se tratando de mera aparência da verdade, há risco de erro. É preciso, destarte, minimizar os riscos, aprimorando as técnicas processuais e a participação das partes, sem obsessão pela verdade, simplificando os processos e evitando o formalismo.

8.3 Juízos de verossimilhança e segurança

Afirma Calamandrei²⁵³ que o juízo definitivo ou de verdade é o resultado de uma comparação entre a representação da parte (tema) e as representações dadas pelas provas (demonstração). O veredicto da verossimilhança baseia-se em indagações em concreto sobre máximas da experiência ou pensamentos típicos, que surgem não do confronto entre diversas representações do mesmo fato, mas do confronto entre uma representação dele, dada pela parte, e um juízo de ordem geral já adquirido antecipadamente, tendo por objeto a categoria típica sob a qual o fato representado pode-se induzir em abstrato.

Para avaliar se um fato é verossímil ou não, explica, recorre-se sem precisão a uma direta procura histórica sobre a verdade concreta, ou a um critério de ordem geral já antes adquirido mediante a observação do que normalmente acontece, o *quod plerumque accidit*, porque a experiência nos

²⁵³ CALAMANDREI, Piero, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 472.

ensina que fatos da mesma categoria acontecem normalmente em circunstâncias semelhantes às que se encontram no caso concreto. Dessa experiência se extrai que também o fato em questão se apresenta com aparência de verdadeiro e vice-versa, e é possível concluir se há ou não verossimilhança. Será inverossímil quando, ainda que podendo ser verdade, contrasta com o critério sugerido pela normalidade.

São juízos, portanto, de caráter relativo, não só porque a conclusão pode ser diferente, segundo se julgue em abstrato ou em concreto, mas também porque os limites entre possibilidade e impossibilidade, entre verossimilhança e inverossimilhança, são sempre variáveis segundo o grau de cultura do julgador.

J. E. Carreira Alvim²⁵⁴ discorrendo sobre o critério lógico de verificação de verossimilhança, afirma que os estados do intelecto do julgador diante da verdade são de ignorância, dúvida, opinião e certeza. A ignorância é a situação de pleno desconhecimento, de absoluta falta de motivos, a favor ou contra, do objeto *cognoscendi*. A mente está *in albis*. A dúvida é a situação em que a mente oscila entre o sim e o não, frente a razões favoráveis a cada uma das hipóteses contraditórias; essa situação, que pode ser traduzida como possibilidade, é tormentosa para o juiz, que precisa quebrar a dúvida em prol do sim ou não, formando opinião. Na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese alguma inquietude que possa restar nessa tomada de posição. Essa situação pode ser definida como probabilidade e, por fim, a certeza, que representa uma firme convicção fundada na evidência do objeto.²⁵⁵

²⁵⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61.

²⁵⁵ Ibidem, p. 46.

Na opinião ou probabilidade reside o que a lei chama de verossimilhança, ou seja, um juízo de probabilidade que resulta da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Sendo os motivos convergentes superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce, e se os motivos divergentes são os predominantes, a probabilidade diminui.²⁵⁶

Em sede de tutelas de urgência, os juízos de verossimilhança são admitidos pela lei com o escopo de simplificar e acelerar a prolação dos provimentos provisórios.²⁵⁷

É preciso, contudo, ter um mínimo de segurança (juízo de verossimilhança) de que aquele que pleiteia em juízo tem razão, sob pena de se construir um sistema jurídico célere ou voltado para a celeridade, mas alicerçado sobre prováveis injustiças.²⁵⁸

²⁵⁶ É árduo, afirma Piero Calamandrei, estabelecer diferença precisa e praticamente utilizável em sede judiciária entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade. Possível seria o que pode ser verdade e provável o que se pode provar como verdadeiro. Tais qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma aproximação gradual, progressiva sobre o reconhecimento daquilo que é verdade, mas se trata de esfumaturas psicológicas, que cada julgador compreende ao seu modo. Essas diferenças, então, não têm preciso encontro no vocabulário dos juristas (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 470).

²⁵⁷ “*Un fenomeno processuale diverso da quelli esaminati fin qui si há in quei procedimenti sommari in cui la stessa legge, allo scopo di semplificare e accelerare la emanazione dei provvedimenti di carattere provvisorio ed urgente, autorizza il giudice ad accontentarsi di un giudizio di verosimiglianza, fondato su prove leviores, o come anchi si dice, su prova prima facie.*” (CALAMANDREI, Piero, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 486).

²⁵⁸ “Medidas preventivas deferidas com prova frágil ou nula originam muita insegurança e ameaçam a fé que deve ter qualquer ato emanado do Poder Judiciário. A mera e subjetiva impressão do magistrado de pedido justo, quando desacompanhado de substância probatória, é situação de alto risco, que não se sana com a teórica afirmação da reparação futura, porque muitíssimas vezes atribuída a pessoa sem patrimônio com força capaz de suportar o peso do ressarcimento.” (AHREND, Ney da Gama. O problema probatório das cautelares atípicas. In: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr et al. *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 118).

A legitimidade dessas decisões tomadas com base em cognição sumária, afirma Ovídio Baptista da Silva²⁵⁹, conhecidas e amplamente praticadas pela *common law*, sob a forma de julgamentos *prima facie evidence*, recuperaram atualmente, no direito europeu, a importância que os critérios de jurisdição ordinária lhe recusavam, sendo cada vez mais freqüentes na literatura especializada as referências aos julgamentos liminares tomados com base em provas que tais.

Essa admissão, adverte Calamandrei²⁶⁰, de que as decisões sejam fundadas em provas *leviores*, ou *prima facie*, não constitui para o juiz um simples conselho, mas uma disposição com efeito vinculativo, determinando que acolha o pedido ainda que a prova fornecida não lhe chegue a dar certeza. A convicção de veracidade é suficiente para dar lugar a um provimento favorável porque se trata de decisão destinada a ter vida provisória. São provimentos interinos e que por isso podem fundar-se no pedestal pouco resistente da verdade também interina.

A cognição sumária é adotada, destarte, com olhos voltados para a celeridade, mas exigindo-se um mínimo de verossimilhança, ou seja, a aparência de que seja verdadeiro.

Não se pode admitir que o magistrado deixe de ponderar os interesses em conflito, sob o prisma das conseqüências que poderão advir de sua decisão. Também não se concebe que se veja compelido a prover sem elementos probatórios mínimos em que se possa apoiar, confiando pura e simplesmente em meras alegações feitas pelo requerente.

²⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v. 3, p.134.

²⁶⁰ CALAMANDREI, Piero, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 486.

Do contrário, desprezando-se essas exigências ou não investigando se está presente a verossimilhança, haverá celeridade “*sólo a base de incurrir en muchos errores y de erosionar las instituciones de derecho substantivo*”.²⁶¹

Ora, cediço que nos juízos tomados com base em cognição sumária há incertezas derivadas da existência de informações limitadas e que quanto mais rápido outorgar-se a medida de urgência em casos complexos, maior o risco de erro, que somente poderia ser completamente evitado postergando-se a decisão para um momento futuro.

Postergar para o futuro, entretanto, poderá acarretar a ineficácia da decisão, por isso preconizamos que se adotem, efetivamente, mecanismos de contracautela e responsabilidade, na busca de se equacionar segurança e celeridade.

8.4 Dever de fundamentar as decisões judiciais e juízos de verossimilhança

Toda decisão judicial deve ser fundamentada. Cuida-se de imperativo constitucional expresso no artigo 93, IX.

Um processo eqüitativo pressupõe a motivação das decisões.²⁶²

As decisões fundamentadas, afirma Maria Elizabeth de Castro Lopes²⁶³, trazem segurança às partes e à sociedade, porque permitem que haja

²⁶¹ ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 51.

²⁶² “A motivação é um elemento de transparência da justiça, inerente a todo ato jurisdiccional” BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*, cit., p. 137.

²⁶³ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51.

um controle maior da prestação jurisdicional, além de possibilitar o conhecimento de como o juiz participou do processo.

Não haveria, por isso, nem sequer necessidade de constar do artigo 273, parágrafo 1º do Código de Processo Civil que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”.

O legislador, contudo, “reitera o preceito numa verdadeira súplica em desespero de causa”.²⁶⁴

Ora, como bem anotou Teresa Arruda Alvim Wambier, ao discorrer sobre antecipação de tutela:

“Trata-se de uma inovação corajosa, em que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente. Esse risco é, por assim dizer, compensado com a exigência expressa e explícita no sentido de que a decisão, que concede a medida, seja fundamentada de modo claro e preciso e de que também o seja a decisão que modifique ou revogue aquela anteriormente proferida (art. 273, §§ 1º e 4º).”²⁶⁵

De se anotar ainda que no esboço de reformulação legislativa das tutelas de urgência consta disposição nesse sentido²⁶⁶, numa clara exortação a que não se esqueça desse dever.

²⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 152.

²⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Da liberdade do juiz na concessão de liminares e tutela antecipatória, cit., p. 531.

²⁶⁶ “Artigo 881-B - (...) § 4º - Na decisão que antecipar a tutela o juiz exporá, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares: esboço de reformulação legislativa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 140, p. 82, set. 2006).

Luiz Guilherme Marinoni resume:

“A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido; deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.”²⁶⁷

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55-56.

CAPÍTULO 9 – MECANISMOS DE INIBIÇÃO DE DANOS: EQUILÍBRIO ENTRE INTERESSES CONTRAPOSTOS

9.1 Riscos da sumarização: urgência e celeridade *versus* segurança

Sustenta J. E. Carreira Alvim que:

“Um Estado que não dispõe de condições de ministrar uma justiça rápida pelo método mais seguro, que é o processo de cognição plena, tem de contentar-se em ministrá-la com base na probabilidade proporcionada pela cognição sumária. A segurança (garantismo) cede lugar à urgência (*urgenza*), em função das exigências sociais.”²⁶⁸

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma, sem reboços, que:

“A tutela antecipatória (ou mesmo a execução imediata da sentença) pode gerar danos, justamente porque o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco de prejudicar o réu. Tal possibilidade, contudo, pode ser aceita com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo.”²⁶⁹

Como já vimos na introdução deste trabalho, crê-se hoje que segurança é velharia, está fora de moda, é chamada de nostálgica ilusão, fruto de um modelo processual superado.²⁷⁰

²⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Tutela antecipada*, cit., p. 20.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, cit., p. 22.

²⁷⁰ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que a ciência processual tem profundo compromisso com o valor segurança. Essa foi a idéia-força que inspirou as filosofias políticas formadoras do mundo moderno. No fundo, aduz, essa nostálgica ilusão de que o direito possa oferecer soluções tão exatas e transparentes quanto pode oferecê-las uma equação de álgebra é que torna os conservadores tão apegados ao paradigma que a história superou. (O contraditório nas ações sumárias, cit., p. 284).

Essas assertivas parecem-nos, sem dúvida, conclusões simplistas. Como aceitar, pura e simplesmente, que se abra mão da segurança em prol da celeridade?

Aquele que terá que suportar invasão em sua esfera de direitos deve pretender ter um mínimo de segurança, o que não nos parece arcaico ou fora de moda.

Sergio La China²⁷¹, a esse respeito, afirma que os exaltadores incondicionais dos provimentos de urgência parecem mover-se em uma aura de certezas intangíveis. Assim, Tizio está na iminência de um prejuízo irreparável, não deve aturá-lo, porque seu direito será reconhecido muito mais tarde, de forma que deve ser reconhecido já. E se o direito, depois, não lhe couber? Para os mencionados exaltadores dos provimentos de urgência, trata-se de impertinente questão. Cuida-se de obter primeiro, aduzem, não de provar. La China afirma que se trata de um gigantesco *solve et repete*, que descontrola as relações jurídicas sutilmente, um modo de sustentar teses erradas por uma figura nova de jurisdição hipotética e que se consubstancia em um raciocínio tanto elementar quanto aparentemente irresistível. Assim, pode ser que a Tizio pertença o direito ou não, nem no fundo é necessário estar certo, por ora, aduzem os entusiastas, o colocaremos a salvo do prejuízo e ... depois veremos!!!, num juízo que não é nem sequer sumário, mas uma paródia disso.

Risco de prejudicar a parte em face de quem foi concedida a tutela urgente realmente há e parece ser ineliminável, mas o sistema legal pode ser dotado de mecanismos aptos a diminuir tais riscos, para que não se aceite pura e simplesmente sua ocorrência como algo inexorável.

²⁷¹ LA CHINA, Sergio, Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?, cit., p. 168-169.

Enfim, parece-nos que melhor seria que as tutelas de urgência voltassem a ocupar o seu lugar, com função subsidiária e não substituindo o processo ordinário, como diz Giuseppe Tarzia, que adverte ser sempre traumática a justiça de emergência.²⁷²

No mesmo sentido, adverte Jaime Greif que a lentidão intolerável do juízo ordinário de cognição constitui um impulso dificilmente controlável à proliferação de provimentos antecipatórios, impulso que é obviamente mais forte quanto maior for a relevância social da lide. Ignorar essa realidade, aduz, não é possível, mas não se pode deixar de fazer uma advertência e uma mensagem:

*“La advertencia es que la proliferación de las tutelas especiales constituye un factor concurrente de crisis de valores, subtraídos a la tutela ordinaria brindada a todos los ciudadanos (...). Sólo la recuperación de la funcionalidad del proceso ordinario podrá reconducir los proveimientos cautelares a aquella función subsidiaria e integradora y no sustitutiva de la jurisdicción ordinaria: se trata de concebir a la justicia civil inspirada en la lógica de la garantía y de la eficiencia y no de la emergencia.”*²⁷³

É preciso pensar, outrossim, que ao se afirmar incondicionalmente que a antecipação de tutela sempre prestigia o autor que tem razão, implica-se em se olvidar que não tendo o autor direito e sendo beneficiado com antecipação de tutela, haverá prejuízo ao réu que tem razão.

²⁷² “Il messaggio è quello, del resto ovvio, che solo il recupero della funzionalità del processo ordinario potrà ricondurre i provvedimenti cautelari nell’alveo di quella funzione, sussidiaria e integratrice e non sostitutiva della giurisdizione ordinaria, che spetta loro, nel disegno legislativo e – ciò che più conta – in un assetto della giustizia civile ispirato alla logica della garanzia e dell’efficienza e non a quella, sempre traumatica, dell’emergenza.” (TARZIA, Giuseppe. *Il nuovo processo cautelare*. Padova: Cedam, 1993. p. XXXII).

²⁷³ GREIF, Jaime. Procesos urgentes, anticipación de la tutela, procesos monitórios. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 105.

Mais propriamente, Giuseppe Tarzia afirma que tais medidas urgentes prestigiam o autor “*che probabilmente há ragione*”.²⁷⁴

O tempo necessário para a conclusão do processo, nessa hipótese, se extenso, não estará provocando injustos prejuízos a quem, de fato, tem razão?²⁷⁵

Nossa proposta, portanto, é de desmistificar afirmações recebidas hodiernamente como verdades incontestáveis, como a de que as exigências sociais autorizam que, em prol da urgência/celeridade, seja sacrificada a segurança e que a demora sempre beneficia o réu.

Não será um mito, adverte Barbosa Moreira²⁷⁶, acreditar que a justiça, quanto mais rápida, será melhor?²⁷⁷ Ora, adverte, há uma demora processual fisiológica em razão da necessidade de salvaguardar na atividade jurisdicional certos interesses e valores dos quais não se pode prescindir em uma sociedade democrática. Insiste, portanto, na observância escrupulosa das garantias das partes, lembrando que um processo de empenho garantístico é menos célere. Dois proveitos, lembra, citando a sabedoria popular, não cabem num saco, sendo pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de

²⁷⁴ TARZIA, Giuseppe, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. XXXII.

²⁷⁵ Jônatas Luiz Moreira de Paula afirma que não se podem tecer maiores elogios à celeridade processual caso se perca de vista o respeito às garantias processuais. Em virtude de uma natural inclinação, tende-se a associar a celeridade do processo aos interesses do autor, o que acaba por confinar o réu na mal vista figura de litigante procrastinador e que é a antítese da celeridade processual. Essa é uma idéia, afirma, preconceituosa e que deve ser combatida. (Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da trimendimensionalidade do processo cit., p. 335).

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 231, abr./jun. 2001.

²⁷⁷ Paulo Hoffman afirma: “O desenvolver de um processo deve ser um crescente natural e seqüencial, sem sobressaltos e morosidade, como tudo o mais que depende de maturação para se obter um resultado adequado, em vez da necessária busca por tutelas de urgência proferidas mediante cognição sumária, as quais, repita-se, deveriam ser excepcionais, e não a regra, como se tornaram (...)” (*Razoável duração do processo*, cit., p. 144).

dois mundos. Nada mais sumário e rápido, afirma, do que o linchamento do réu, quer físico, quer moral, mas tolerar tal prática em tempos atuais é inconcebível.

Sobre as denominadas tutelas de urgência, concedidas com base em cognição sumária, não se olvida do bom propósito de quem as concede e da efetiva necessidade de sua previsão no ordenamento jurídico.

Não se pode, contudo, fechar os olhos para os abusos.²⁷⁸

Em 1993, alarmado com a proliferação das decisões liminares, J. J. Calmon de Passos escreveu artigo sobre o que denominou catástrofe nacional²⁷⁹, a abusiva concessão de cautelares e liminares.

Naquela ocasião, fez uma comparação entre as execuções de criminosos pela polícia, como solução para o problema da criminalidade, e a concessão de liminares como solução para a efetividade processual, dizendo:

“Num paralelo que espero não seja visto como ‘desrespeitoso’, assim como (ingênua ou perversamente) a nossa sociedade acredita que se livrará do problema da violência crescente legitimando a execução, pela polícia – por seus vários e sofisticados segmentos – da pena de morte, sem processo e sem necessidade de tipificação penal, assim também advogados e magistrados acreditam (ingênua ou perversamente?) que nos livraremos dos graves e sérios problemas da eficácia da prestação jurisdicional entre nós fulminando (pena capital?) de logo e pronto, todo litígio com liminares mortíferas e decisivas. O ‘gostinho’ pegou tanto que já cheguei a dizer estar ocorrendo no Brasil um fenômeno curiosíssimo. À velha presunção de que todo aquele que pretende de alguém alguma coisa perturba ‘a ordem da paz’, um determinado estado de coisas, e para fazê-lo deve comprovar

²⁷⁸ Em um sistema processual como o brasileiro, medidas liminares resolvem situações instantaneamente e tendem a durar muito.

²⁷⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Até quando abusarás, ó Catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 227, jul./set. 1993.

satisfatoriamente a procedência do que postula, sucede, entre nós, uma presunção em contrário. Todo sujeito que alega alguma coisa em juízo tem razão. E o réu, esse figurante incômodo e inimigo da ‘efetividade’ do processo, que se dane e vire-se para provar o contrário, mas já tendo atendido o quanto postula o autor.”

O quadro não melhorou desde então. A busca pelas tutelas de urgência é crescente.²⁸⁰

Não se pode esquecer, outrossim, que em um sistema processual como o brasileiro, medidas liminares, que resolvem situações instantaneamente, tendem a durar muito. Há notícias até mesmo de venda de liminares²⁸¹ por advogados, o que é altamente preocupante e poderia ser evitado, se adotados efetivamente mecanismos preventivos e reparatórios.

Destarte, devemos indagar: sendo realmente ineliminável o conflito entre segurança e celeridade, como contorná-lo?

É possível, defendemos dotar o sistema – e criar meios para que efetivamente sejam aplicados – de mecanismos que venham a minorar os riscos e, em casos em que haja danos, é necessário que haja mecanismos fortes, aptos à sua recomposição.

²⁸⁰ Paulo Hoffman afirma que a tutela antecipada e medidas visando o cumprimento de obrigações específicas não podem ser encaradas como solução definitiva do mal da duração exagerada do processo, com sobrevalorização desses institutos, como se fossem capazes de resolver todos os problemas. E complementa: “Aliás, a excessiva preocupação e interesse pelas chamadas tutelas de urgência denota exatamente o descompasso do sistema, porquanto tal tema, numa jurisdição eficiente e moderna, seria relegado a plano secundário(...)” (*Razoável duração do processo*, cit., p. 146).

²⁸¹ Dentre outras, foi noticiada a venda de medidas liminares por advogados que as tendo obtido para permitir o funcionamento de uma casa de bingo, as utilizavam para outras casas, que ardilosamente eram denominadas de filiais daquela primeira. Escritórios de advogados, portanto, multiplicavam as autorizações judiciais, criando filiais de bingos beneficiados (*O Estado de Minas*, 9 abr. 2007, Belo Horizonte, p. 21-22).

Que mecanismos são esses? Serão eficazes?

É o que doravante nos propomos a responder.

A regulação das tutelas de urgência é de todo necessária, porque evita que efeitos benéficos obtidos de um lado sejam afastados por efeitos perniciosos de outro lado.

Não se pode excluir, por exemplo, a possibilidade do mau uso das tutelas de urgência, às vezes até mesmo com propósitos escusos e tampouco não se preocupar com os efeitos deletérios que isso acarreta para a imagem da Justiça.²⁸²

Trocar o rótulo de Justiça morosa para Justiça precipitada e inconseqüente não nos parece que será de grande valia.

Não se deve acreditar que seja supérfluo pensar em mecanismos e regras que bem permitam ao julgador apreciar e conciliar os interesses em jogo, de forma que possa pronta e adequadamente resolver temporariamente a situação que lhe é exposta, respeitando, contudo, as garantias processuais e constitucionais dos envolvidos.

²⁸² Fritz Baur alerta para os perigos que as tutelas jurisdicionais transitórias podem acarretar para a administração da justiça. Diz: “Perigoso é, porém, o fato de que cada vez mais se tornem objeto de tutela jurisdicional temporária, e nomeadamente pela razão de que não pode ser excluída a responsabilidade por atos jurisdicionais serem abusivamente utilizados para os desígnios de aniquilar um concorrente incômodo ou de silenciar um adversário político ou ‘liquidá-lo’ na imagem dos contemporâneos. Ao intento de degradar uma medida temporária para um meio de luta econômica e social, os tribunais só podem fazer frente, aumentando aqui as exigências concernentes à demonstração do direito, à prova de sua periclitção e à necessidade de ‘regulação’ da situação, destarte, impedindo que sua autoridade seja usada abusivamente para efeito estranho à matéria.” (*Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 139).

9.2 Conciliar segurança e celeridade: a solução é adotar mecanismos de regulação?

Equacionar tempo de duração do processo e segurança, certamente é o grande desafio do processo civil contemporâneo.

A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível, mas deve respeitar as garantias de defesa e do devido processo legal.

Prestação jurisdicional em prazo razoável, como já anotamos, não pode ser confundida com aceleração pura e simples, com precipitação. Segurança, da mesma forma, não pode ser entendida como eternização do litígio.

Faz-se absolutamente necessária a ponderação, a cautela.²⁸³

Admitindo o instituto da antecipação de tutela que sejam concedidas medidas com acolhimento da pretensão do autor, ainda que de forma provisória e reversível, em processo no qual, pela própria natureza do sistema, a instrução não está terminada, a cautela do aplicador da lei deve ser redobrada porque, consagrado o princípio da bilateralidade da audiência (art. 5º, LV da CF), ele deveria presidir o processo em todas as suas fases, o que, é cediço, não será sempre possível em se tratando de tutelas de urgência.

²⁸³ Tem que ser cauto em conceder medidas cautelares, afirma Piero Calamandrei, que acrescenta que essa deveria ser uma das primeiras máximas do bom juiz. O emprego de contracautelas, no momento oportuno, também pode moderar a coação psicológica exercida por uma medida acautelar muito violenta, mediante um contrachoque psicológico que serve para restabelecer o equilíbrio entre as partes, típica função exercida pela caução. (*Direito processual civil*, cit., v. 3, p. 242).

Assim, em matéria de garantias processuais e provimentos de urgência, há que se pensar numa teoria construída de forma diversa da pensada para o procedimento padrão, ordinário.

Defendemos que as medidas concedidas com base em cognição sumária devem respeitar escrupulosamente o direito de defesa e o contraditório, ainda que isso ocorra de uma forma um pouco diversa.

Significa isso dizer que as garantias processuais têm uma expressão diferente em sede de tutelas de urgência.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que nessa seara há um conflito básico entre direitos fundamentais. De um lado está a segurança e de outro a efetividade, tendo a lei, ao instituir os provimentos de urgência, dado primazia à efetividade.

A dinâmica do conflito pode ser resumida da seguinte forma: o tempo, que é fator muito importante em sede de tutelas de urgência, é valorado pelas partes de forma bastante distinta.

Ao autor interessa que a providência seja concedida o quanto antes. Toda pretensão deduzida em juízo é, para o seu autor, sempre urgente.

O réu, por sua vez, prefere que se adie o máximo possível, isso porque o *status quo* e o passar do tempo o favorecem.

Qualquer mecanismo que venha a provocar o adiantamento da decisão tende a favorecer ao autor e a prejudicar o réu e, da mesma forma, qualquer

mecanismo que tenda a delongar a decisão beneficia o réu e prejudica o autor. Aí está o impasse.

Do ponto de vista do autor, lhe está assegurada, pela Constituição Federal, tutela efetiva e tempestiva (art. 5º, XXXV e LXVIII da CF).

Pela perspectiva do réu, a invasão de sua esfera jurídica demanda que seja adequadamente cientificado em razão do princípio da bilateralidade da audiência, tenha oportunidade de defender-se e receba tratamento igualitário (art. 5º, LIV da CF).

No processo ordinário, a regra é que predomina o direito de ampla defesa sobre o da celeridade. Na concessão das tutelas de urgência, deve prevalecer a efetividade.

Como aceitar tal prevalência?

Basta que se perceba que a natureza das medidas assim o requer e que o sistema pode ser adequado²⁸⁴, não se esquecendo do seguinte:

1) as tutelas de urgência, pela própria natureza e fins, requerem resposta rápida, nascem com a finalidade de resolver o problema do tempo inerente ao processo, razão pela qual podem, por exemplo, ser concedidas *inaudita altera parte*, nas situações expressamente

²⁸⁴ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno preconiza que o grande norte a ser perseguido pelo legislador, pela técnica processual e pelos aplicadores do direito é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à ordem jurídica justa), constante do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, sempre bem equilibrado e dosado, como todo princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (*Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5).

previstas em lei, sem que se macule o contraditório, que apenas é postergado;

2) as medidas devem ser, em regra, provisórias e modificáveis²⁸⁵, não aptas para produzirem coisa julgada, de modo a ser possível que tenham seu conteúdo alterado ou revogado, corrigindo-se possíveis erros;

3) confia-se ao juiz a tarefa de verificar seriamente²⁸⁶ a necessidade da medida, devendo fundamentar de forma adequada, analisando requisitos e pressupostos, observando o critério limite, qual seja, a concessão não deve acarretar mais prejuízos do que evitar, caso em que deve negá-la;

4) a lei deve prever mecanismos eficazes de responsabilidade pelos danos que a medida pode causar, de forma a inibir pedidos indevidos e reparar danos, restabelecendo o equilíbrio entre as partes.

²⁸⁵ “A tutela antecipada, pela sua própria natureza, tem caráter provisório, isto é, deve gerar efeitos até o provimento final, a partir do qual a relação entre as partes passaria a se reger pela sentença. Além disso, por ser baseada em um juízo de verossimilhança e não de certeza, verdadeira cognição sumária, pode ser revogada a qualquer momento. Assim, partindo dos pressupostos expostos, a tutela antecipada deve ser como regra reversível, isto é, os efeitos do provimento, bem como sua execução, embora satisfativos não poderiam ser definitivos. Com efeito, se não fosse assim, estar-se-ia, em tese, em nome da efetividade do processo ferindo mortalmente a segurança do sistema, dentro da qual o convencimento do juiz apto ao julgamento de mérito é aquele que parte dos princípios do contraditório e ampla defesa, pelo menos.” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 270).

²⁸⁶ Arruda Alvim preconiza que: “O juiz, para antecipar a tutela, deverá realmente constatar verossimilhança, à luz de prova inequívoca, i.e, que o convença realmente de que – ao que tudo está a indicar – o autor tem efetivamente razão, e, por isto, com apreciável margem de segurança, pode antecipar a tutela. Deve o aplicador da lei, ainda, ao lado dos textos citados, ter presente que o artigo 5º, XXXV, o qual deve ser considerado também; e se o réu houver feito arguição séria de fato e tiver prova que seja relevante, a bem da sua defesa, ainda a ser produzida, não deverá ser antecipada a tutela. Assim é que o juiz deverá agir atendendo ao velho e nunca desgastado valor da prudência, que é uma das mais relevantes virtudes que pode ter um juiz a informar sua atividade jurisdicional.” (*Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2, p. 406-407).

A análise do ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma das considerações acima lançadas, demonstra que há dois pontos sensíveis: não consta da lei o critério limite, e embora ele devesse defluir naturalmente da própria análise dos requisitos da medida urgente, parece adequada, *de lege ferenda*, a sua introdução, como também os sistemas de prevenção e reparação de danos precisam ser incrementados.

Esses tópicos merecerão análise mais acurada a seguir, neste estudo.

9.3 Sumarização dos procedimentos e respeito ao princípio do contraditório

Pode-se afirmar que o princípio da segurança jurídica encontra amparo nas Constituições democráticas, como a brasileira, e assegura como garantia fundamental que ninguém será privado de seus bens e direitos senão por meio do devido processo legal (art. 5º, LIV), processo esse que necessariamente propiciará aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios inerentes (art. 5º, LV).

O princípio do contraditório ou da audiência bilateral tem origens no direito romano, onde dizeres tais como *audiatur et altera pars* e *nemo condenatur sine detegere* demonstram que havia expressa preocupação de verter ao processo em geral aquele princípio.

Desde então, não se pode olvidar, o princípio do contraditório esteve constantemente inserido nos sistemas jurídicos das sociedades civilizadas.

Quando um sistema mitiga ou afasta o direito ao contraditório, pode-se perceber, de forma insofismável, que se está diante de um regime autoritário.

Cuida-se de princípio tão importante que não só está diluído entre os vários textos legislativos ordinários, como desde logo é proclamado nas Constituições, de forma a não ser olvidado e para que as leis hierarquicamente inferiores a elas se subordinem.

Nesse sentido, concluiu-se na I Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia que:

“A regulação do processo na lei ordinária deverá partir da base fundamental do respeito pela garantia a princípios processuais plasmados nos tratados internacionais e na respectiva Constituição. O que esses textos prometem aos indivíduos não pode ser desconhecido pelas leis processuais civis. Da mesma maneira, no desenvolvimento de cada processo concreto, o juiz deverá respeitar e tornar efetivas essas garantias e direitos, respeitando o contraditório e a igualdade das partes.”²⁸⁷

A cada uma das partes, em razão do princípio do contraditório, deve haver a concessão da mesma qualidade e quantidade de oportunidades para intervir no processo. Para cada ação, sua reação.

O contraditório, tradicionalmente entendido como garantia de uma discussão dialética entre as partes ao longo do desenvolvimento do processo, atualmente é concebido como garantia da participação efetiva das partes.

Nesse sentido:

²⁸⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo et al. Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre processo Civil e Garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 145, p. 245, mar. 2007.

“A essa concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches Gehör* germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontram em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e êxito do processo.”²⁸⁸

Não se pode conceber, portanto, a celeridade processual à custa de sacrificar-se o direito ao contraditório e ampla defesa. É preciso deferir ao réu um espaço temporal, ainda que não exagerado ou dilatado, para que produza sua defesa, prazo esse que variará conforme o procedimento, mas deve ser adequado e não exíguo. O direito à ampla defesa, da mesma forma que o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável, está garantido constitucionalmente.

Kazuo Watanabe²⁸⁹ afirma que as limitações ao direito do contraditório e, por via de consequência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas por lei processual ou material; caso impossibilitem a efetiva tutela jurisdicional, ferem o princípio da inafastabilidade do controle judicial e por isso são inconstitucionais, por ofensa ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Em que medida o recurso à sumarização dos procedimentos é racionalmente justificado e não implica em encolher o princípio da igualdade dos cidadãos e não constitui um injustificado privilégio em prejuízo do direito

²⁸⁸ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil, conceitos e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 96.

²⁸⁹ WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, cit., p. 118.

de defesa do demandado? Essa indagação foi feita por Andrea Proto Pisani²⁹⁰ ainda na década de 70, no século passado.

Seria justificável, aduz, evitar o processo de cognição plena e exauriente e o altíssimo custo para as partes e para a administração da Justiça quando:

- a) o objeto do processo for direito disponível, caso em que sempre que falte uma contestação efetiva, o custo e duração do procedimento ordinário se traduzirão em inútil desperdício e servirão de estímulo ao réu que não tem razão, que lucra com o tempo mais ou menos longo de duração do processo. Em casos que tais, afoga-se a administração da justiça com processos inúteis, acarretando, por fim, a paralisação de seu bom andamento, esticando o tempo de duração para todos os processos;
- b) também para evitar o abuso do direito de defesa, segundo Andrea Proto Pisani, é justificável recorrer aos modelos de sumarização; ele ainda assevera que *“la previsione di strumenti tecnici attraverso cui contrastare la possibilità di abuso del diritto di difesa è estremamente importante perché da essa dipende la garanzia – a livello di effettività – del diritto di azione”*.²⁹¹

Uma terceira razão pela qual o legislador disciplina ou deveria disciplinar hipóteses de procedimentos sumários consiste na exigência de assegurar a eficiência da tutela jurisdicional para todas as situações de vantagem, a todos aqueles direitos que, tendo conteúdo e função exclusiva ou prevalentemente não patrimoniais, seus titulares suportariam prejuízo

²⁹⁰ PROTO PISANI, Andréa, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 315.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 324.

irreparável, não suscetível de tutela adequada na forma do equivalente monetário e permaneceriam em estado de insatisfação durante todo o tempo necessário para obter uma sentença executiva, no final de um processo de cognição plena e exauriente. Assim, as tutelas urgentes devem prevenir ou interceptar no exato momento da violação, impedindo a sua continuação. Nessa hipótese, o recurso à tutela sumária justifica-se para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, enquanto na hipótese primeira, essa sumarização se dá para evitar o desperdício de atividades processuais e o custo da demanda.

CAPÍTULO 10 – TUTELAS DE URGÊNCIA PROPORCIONAIS

10.1 Tutelas de urgência

Tutela antecipada e tutela cautelar, embora sejam categorias diversas, têm em comum a conotação de urgentes, razão pela qual são tratadas, na Itália, de forma processual única, como medidas de urgência, como dispõe o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano.

Na Espanha, embora não haja previsão legal de antecipação da tutela, é modalidade aceita pela doutrina e sua concessão se faz com amparo na tutela cautelar²⁹² e nos processos sumários.²⁹³

Em Portugal, de forma um pouco diversa, embora a lei autorize a concessão de medidas cautelares e antecipatórias de tutela, o Código de Processo Civil a elas faz menção no artigo 381, n. 1, mas sob a rubrica

²⁹² “*Es cierto que la indeterminación, característica de la formulación legal del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite la adopción de cualquier cautela siempre que sea necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia que em juicio recayere.*” (CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía, Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.088).

²⁹³ Maria Pía Calderón Cuadrado afirma que há um crescente interesse na antecipação de tutela, que ultrapassou os limites doutrinários e práticos, para chegar a influir em níveis de política legislativa. Nos ordenamentos que não a contemplam, afirma, há um desajuste histórico de suas leis que impede uma resposta tecnicamente correta para os cada vez mais angustiantes problemas de uma sociedade, que vive rapidamente sem poder submeter-se a esperas. O único caminho possível ao intérprete, aduz, é buscar dentro do ordenamento jurídico os mecanismos que permitem solicitar a antecipação de todos ou alguns dos efeitos do resultado do processo de cognição. Na Espanha, afirma, esses mecanismos têm como referência inescusável os processos sumários e, ainda que com polêmica, o processo cautelar. (Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.086).

“providências cautelares não especificadas”²⁹⁴, *in verbis*: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável de seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

Assim, “ao redigir a cláusula geral de previsão das providências cautelares não especificadas, o legislador estabeleceu uma outra categorização: as providências conservatórias e as antecipatórias”.²⁹⁵

No Brasil, a tendência é dizer que se trata de espécies do mesmo gênero: tutelas de urgência²⁹⁶, o que parece estar em vias de ser positivado no ordenamento.

Comissão de reforma do Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou, nesse diapasão, esboço de Anteprojeto do Livro III do Código de Processo Civil, do qual consta um título próprio para as tutelas sumárias de

²⁹⁴ E não se duvide que o artigo contempla hipóteses de antecipação de tutela de mérito. Antonio Santos Abrantes Geraldês afirma que, em razão da urgência da situação do direito que previsivelmente será reconhecido na ação principal e que será objeto de execução, as medidas antecipatórias previstas no artigo em comento excedem a natureza simplesmente cautelar ou de garantia, ficando a um passo das que são inseridas em processo de execução para pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação de fato positivo ou negativo. Dentre esse núcleo de medidas, estão a restituição provisória da posse, os alimentos provisórios e o novo procedimento introduzido pela recente reforma processual – o arbitramento da reparação provisória (*Temas da reforma do processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 3, p. 109).

²⁹⁵ MARIANO, João Cura. *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 32. No mesmo diapasão, Antonio Santos Abrantes Geraldês, afirma que “as medidas cautelares destinam-se a prevenir a ocorrência de lesões ou repor a situação existente antes da verificação de uma conduta ilícita, servindo ainda, nalguns casos, para antecipar a forma de tutela que se pretende obter através da acção ou da execução definitiva. (*Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 254).

²⁹⁶ Nesse sentido, dentre outros: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 303; BUENO, Cassio Scarpinella, *Tutela antecipada*, cit., p. 21; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2, p. 545.

urgência. O Capítulo I do Título I do Livro III traria as disposições gerais sobre tutela antecipada e tutela cautelar.²⁹⁷

O direito às tutelas de urgência está assegurado constitucionalmente (art. 5º, XXXV)²⁹⁸ e a mais moderna utilização das tutelas de urgência, em especial da tutela antecipatória, vincula-se de modo direto com a necessidade de assegurar, em concreto, a eficácia do processo e da prestação jurisdicional, principalmente em seu fator temporal, pela exigência de ser obedecido o prazo razoável.

A técnica de antecipação utilizada pelo legislador para as hipóteses de urgência, segundo Giovanni Arieta²⁹⁹, decorrem de:

²⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão, Tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares: esboço de reformulação legislativa, cit., p. 76.

²⁹⁸ Discorrendo sobre as raízes constitucionais do fenômeno da cautelaridade, afirma Humberto Theodoro Júnior que: “Está proclamado enfaticamente no preâmbulo da Constituição de 1988 que o Brasil se instituiu num Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar, entre outros princípios, a ‘segurança’ e a ‘justiça’ como ‘valores supremos da nação’. Coerente com essa ideologia, o artigo 5º, XXXV da mesma Carta assegura o pleno acesso de todos à tutela jurisdicional, declarando, entre as garantias fundamentais, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Com isso, é irrecusável que o Estado brasileiro se acha comprometido com a sociedade, a fornecer-lhe um processo não apenas regular, do ponto de vista formal, mas um processo idôneo a defender os direitos individuais contra qualquer lesão ou ameaça de lesão, de forma adequada, eficaz e, sobretudo, justa. É claro, no entanto, que um processo comprometido com a ampla defesa e o contraditório não tem condições de solucionar os litígios de maneira definitiva, senão depois de um procedimento mais ou menos demorado. Acontece que a espera de superação do *iter* processual pode comprometer a eficácia da prestação jurisdicional, no tocante ao desiderato de propiciar uma justa tutela ao direito do litigante, já que os bens e pessoas envolvidos na causa podem sofrer danos irremediáveis enquanto se aguarda o provimento definitivo do Judiciário. Para que esse provimento não se frustrasse, tornando-se uma inutilidade para a parte e um desalento para a Justiça, conceberam-se, há muito tempo, as medidas cautelares, visto que segundo a consciência social e jurídica, não basta fazer justiça, mas antes de tudo é preciso criar condições para que a justiça seja prestada. Historicamente, todavia, o *periculum in mora*, afastado pela tutela cautelar, não dizia respeito ao direito material do litigante, mas apenas ao processo pendente, com o propósito de obviamente assegurar-lhe eficácia. Dentro do enfoque constitucional de garantir a segurança e a justiça aos jurisdicionados, haveria de se conhecer remédio mais abrangente do que a tradicional medida cautelar, uma vez que para alcançar aquela garantia maior, muitas vezes não basta tutelar o processo; é necessário avançar e proteger o próprio direito subjetivo, proporcionando satisfação imediata a seu titular, sob pena de não se concretizar a almejada justiça.” (Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, n. 88, p. 9, out./dez. 1997).

²⁹⁹ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*: ex art. 700 CPC. Padova: Cedam, 1982. p. 57.

- 1) inadequação, sob o aspecto estritamente cronológico, da tutela ordinária para disciplinar e salvaguardar determinadas situações jurídicas subjetivas suscetíveis de prejuízo irreparável;
- 2) necessidade de assegurar provisoriamente os efeitos de futura decisão de mérito;
- 3) atribuição, ao juiz, após um procedimento de cognição sumária, do poder de emanar as provisões de urgência mais idôneas para o fim de conceder segurança provisória aos efeitos.

Sua previsão atende às exigências primárias que condicionam o processo moderno a *“la búsqueda de mecanismos simplificados y simplificadores, que permitan superar la intolerable y descalificatoria morosidad judicial”*.³⁰⁰

10.2 Tutela de urgência proporcional, razoável ou ótima

O direito às tutelas de urgência é uma das garantias da efetividade da jurisdição e está assegurado constitucionalmente (art. 5º, XXXV), mas cuida-se de direito que por vezes entra em conflito com outros interesses fundamentais, como o direito à ampla defesa, ao devido processo legal e ao contraditório.

O limite à celeridade das tutelas de urgência está na existência de outros direitos fundamentais.

³⁰⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. La tutela anticipatoria en Argentina. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 146.

Com efeito, para que se possa invadir a esfera de direitos de um cidadão, um Estado Democrático de Direito deve assegurar que isso se faça através do devido processo legal, com todas as garantias que lhe são inerentes, o que demanda tempo.

Não se olvide, outrossim, que o direito à tutela jurisdicional efetiva é assegurado a todos, autor ou réu, ou seja, o direito de ver a demanda da qual é parte ser adequadamente julgada, em devido processo legal.

No âmbito das medidas urgentes, pode ser assim visualizado: a decisão judicial em sede de tutelas de urgência protege o direito do demandante quando concede uma medida urgente e protege o direito do demandado quando a denega.

Visualizada a questão sob essa perspectiva, põe-se em relevo o paralelismo que se dá na hora de decidir sobre a tutela de urgência, entre demandante e demandado, o que é fundamental para que se compreendam os prós e contras que se seguem à adoção ou denegação da medida.

Deve-se, em suma, assegurar a igualdade de tratamento para ambos os litigantes.

Por isso, preconiza Arieta³⁰¹ que o juiz equilibre os interesses contrapostos, por um lado os do sujeito que invoca a tutela e, por outro, daqueles em face de quem a tutela é concedida. Esse ajuste, aduz, está ínsito no mesmo conceito de garantia provisória dos efeitos e é evidente e voluntariamente deixado ao prudente critério do juiz a sua definição, que deve

³⁰¹ ARIETA, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza*: ex art. 700 CPC, cit., p. 60.

ainda justificar, mesmo que em sucinta fundamentação, o conteúdo das medidas urgentes.

A tutela de urgência a ser adotada deve ser proporcional, razoável ou ótima, nomenclaturas que usaremos como sinônimos.

É preciso, portanto, antes de mais nada, delimitar o que entendemos por medida proporcional, razoável ou ótima.

Para tanto, adota-se o critério da proporcionalidade ou da valoração dos interesses, para determinar até que ponto o interesse menos relevante pode ser sacrificado em favor daquele que seja considerado de hierarquia superior.

O princípio da proporcionalidade é uma das formas que pode ser adotada para equacionar celeridade e segurança.

A tutela de urgência proporcional é aquela idônea para proteger o interesse do autor, necessária no sentido de que não haja nenhuma outra eficaz para proteger o direito e que seja a menos onerosa ao requerido. Deve ser proporcionada no sentido de que, ponderados os danos que a medida evita ao autor e que causa ao réu, não provoque mais danos do que evita.

Para que seja possível alcançar a medida proporcional, deve haver previsão legal de que as tutelas de urgência sejam, de regra, provisórias, ou seja, passíveis de modificação segundo as circunstâncias.

É preciso que haja ainda a previsão de um sistema que sirva para minorar o problema de serem as medidas tomadas com base em sumária

cognição, sistema esse de responsabilização pelos danos causados, contracautelas e controle de ofício de certos pressupostos.³⁰²

Feitas tais considerações, é possível concluir que todos os mecanismos contracautelares e as restrições que se façam à concessão de tutelas de urgência, justamente por buscarem a harmonização das garantias constitucionais efetividade e segurança, têm fundamento constitucional, ou seja, são restrições necessárias e impostas pela própria dinâmica dos direitos fundamentais.

Assim, mecanismos que permitam a adoção da medida que seja o menos onerosa possível atendem ao que dispõe o princípio da proporcionalidade.

Submetidas as tutelas de urgência ao princípio da proporcionalidade, conclui-se que a medida deve ser a menos onerosa possível. Em suma, ainda que o legislador não preveja essa regra, deve ser adotada em razão do imperativo constitucional.

Outras limitações, no entanto, como por exemplo a proibição de concessão de tutelas de urgência de ofício (arts. 797 e 273 do CPC), são restrições impostas pelo legislador, mas que não são essenciais, não decorrem de princípio constitucional, podendo ser incluídas ou suprimidas pelo legislador ordinário, que o faz de acordo com conveniências que mais têm cunho político do que jurídico.

³⁰² Ao analisar se estão presentes os requisitos para a concessão da tutela cautelar, quais sejam, *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, “no hay otra cosa que el análisis de la proporcionalidade de la medida em sentido estricto” (ROMEY, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 129).

10.3 Sumariedade da cognição e tutela antecipada

Discorrendo sobre a antecipação de tutela, J. E. Carreira Alvim³⁰³ afirma que a partir da introdução sistemática dessa modalidade de tutela de urgência no sistema processual pátrio, o processo deixou de servir à parte que não tem razão, pondo-se ao lado da que provavelmente tem o direito.

Ousamos divergir, em parte.

Sabendo-se que regra geral a tutela antecipada é concedida apenas ao autor³⁰⁴, como se pode afirmar categoricamente que é ele que tem direito? É certo que a própria afirmação já traz a ressalva, aquele que *provavelmente* tem direito.

E se não tiver? Nessa hipótese, a concessão da antecipação de tutela de mérito estará beneficiando a quem não tem razão, invertendo-se a carga do tempo no processo, que passará a ser suportada pelo réu que tem razão.³⁰⁵

³⁰³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 22.

³⁰⁴ Sem se olvidar que nas ações reconventionais e nas de natureza dúplice, admite-se a concessão da antecipação de tutela em favor do réu, mas nelas, pode-se afirmar, ele assume a posição de quem faz pedido, ou seja, de autor.

³⁰⁵ Nesse sentido, Tércio Chiavassa bem anota: “A tutela de urgência é, realmente, o remédio necessário contra a exagerada e endêmica demora do processo, assegurando o resultado e também permitindo a antecipação dos efeitos práticos da tutela final. Ela advém de mero juízo de aparência, ou seja, encontra-se imbuída de probabilidade de existência do direito material requerido e, por essa razão, as tutelas de urgência constituem um mal necessário na luta contra o tempo do processo. Em síntese, a ingestão desse remédio ocasiona certos males e que ainda não são suficientemente investigados e regulados. O legislador esteve ocupado, nos últimos anos, na defesa da efetividade dessas tutelas de urgência. E o fez com razão! Hoje, contudo, a realidade é outra. As tutelas de urgência já conquistaram o merecido espaço no cenário processual e o momento é propício para que se dê a devida atenção às consequências dessa utilização desse instrumento pelo réu que não tem razão.” (*Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo, Quartier Latin, 2004. p. 296).

J. J. Calmon de Passos, escrevendo sobre a instrumentalidade do processo, afirma que um dos frutos perversos ou peçonhentos gerados pela instrumentalidade foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Privilegiaram, diz ele, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar a sujeição do outro à sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como *dado* ou como certo o que jamais poderia ser entendido nesses termos, antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido, de forma que a crise na Justiça não se resolveu, mas se agravou, atingindo o intolerável, que determinará o indesejável, afirma, sua implosão, quando se queria e necessitava apenas de reformulação.³⁰⁶

Em nossa prática jurisdicional, muitas vezes já vimos hipóteses que tais. Ouvimos, certa feita, desabafo de advogado que patrocinava causa de pessoa de sua família e que, tendo antecipação de tutela negada, pleiteava a reconsideração da decisão, argumentando que embora o autor, seu cliente, efetivamente fosse devedor, pleiteava a antecipação de tutela para que seu nome não fosse negativado, a fim de ter “um último suspiro”, a derradeira chance de colocar os negócios em dia, para o que necessitava de bom nome, a fim de obter mais crédito.

É de se anotar ainda que, uma vez obtida a antecipação de tutela ou a tutela cautelar, é interesse do autor que não tem razão que o processo se arraste por anos, décadas quiçá.

³⁰⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 66, abr./jun. 2001.

10.4 Tutela de urgência ótima: procura de um paradigma. Modelo doutrinário espanhol e disposições legais portuguesas

No sistema espanhol, não há disposições expressas sobre a antecipação de tutela.

Contudo, por força de considerações doutrinárias e jurisprudenciais, ela é concedida utilizando-se as disposições atinentes ao processo cautelar.

Nesse país, aquilo que entendemos por antecipação de tutela é denominado, por vezes, de medida cautelar idêntica³⁰⁷, mas tratada e catalogada no âmbito das cautelares porque “*tanto unas como otras son la respuesta al problema de los riesgos de la demora por la necesidad de desarrollo previo del proceso declarativo*”.³⁰⁸

O artigo 726.2 da Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 trata de tais medidas, autorizando o Juízo a adotar, se necessário para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, medidas consistentes em ordens – de caráter positivo – ou proibições – de caráter negativo – de conteúdo similar ao que poderá ter a tutela pretendida no processo principal, ou seja, permite decretar medidas satisfativas.

³⁰⁷ As medidas cautelares que têm um conteúdo idêntico às pretensões que se exercitam na demanda são também chamadas satisfativas ou inovativas e sempre causaram uma agitação especial, afirma Francisco Ramos Romeu. Ele acrescenta que se disse muitas vezes que não poderiam ser requeridas, porque não podem ter o mesmo conteúdo do que o que se pretende com a demanda. A doutrina, contudo, as tem aceito, porque muitas vezes a medida idêntica será concedida e será a que menos prejuízo causará ao demandante e ao demandado (*Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 514). No mesmo sentido, o autor espanhol Manuel Ortells Ramos afirma que há medidas que “*no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino que, con intensidad variable, anticipan provisionalmente efectos de la sentencia*” (*Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000. p. 132).

³⁰⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares*, cit., p. 133.

Por isso, doravante, ousaremos, para fins deste trabalho, quando expusermos o assunto, pensar não em tutela cautelar no direito espanhol, mas em tutelas de urgência, sem olvidar as peculiaridades do sistema legal espanhol, resumidamente acima apresentadas.

Em estudo aprofundado sobre as medidas cautelares civis, Francisco Ramos Romeu, professor da Universidade Autónoma de Barcelona, procura definir o que seria uma medida cautela ótima³⁰⁹ ou proporcionada.

Suas considerações foram feitas sob a ótica da economia, o que é, ademais, uma tendência nos Estados Unidos.³¹⁰

Diz ele que se pode definir um modelo genérico sobre quando é ótimo adotar uma determinada medida cautelar.

O modelo é o seguinte:

Seja p a probabilidade de que o demandante tenha razão, $D(te)$ a magnitude de danos que pode sofrer o demandante se for negada a medida pleiteada que, em realidade, tenha razão, e $D(do)$ a magnitude do dano que pode sofrer o demandado se for concedida e o demandante não tenha razão. Uma medida cautelar minimiza os danos esperados se os danos esperados de sua adoção são inferiores aos esperados em caso de denegação.

³⁰⁹ ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 38.

³¹⁰ Ovídio Araújo Baptista da Silva repudia com veemência pensar o direito sob essa ótica econômica. Afirma que a noção de que o juiz deve obediência à lei, sendo vedado que decida as causas de acordo com convicções políticas, revela-se comprometida com a ideologia que temos do Judiciário e do direito. Sintetiza, dizendo: “A outra ideologia, que avassala o pensamento moderno, é a tirania exercida pela economia sobre o resto. A função do Poder Judiciário não é mais fazer justiça, mas acalmar o mercado.” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 22).

É dizer, expressando matematicamente:³¹¹

$$p \times D(te) > (1-p) \times D(do)$$

Cumprindo a medida esse requisito, pode-se afirmar que é ótima³¹² ou proporcionada.³¹³

Não pretendemos defender que o magistrado equacione matematicamente o risco, até porque pode haver diferenças qualitativas do que pede o autor e do que defende o réu.

Em busca da medida proporcional, defendemos³¹⁴ a introdução de um sistema, como o português, que traz em seu diploma processual, no artigo 387º, o critério limite.³¹⁵

³¹¹ Essa expressão, oriunda do direito norte-americano, onde o estudo do direito é feito muitas vezes com premissas econômicas, já foi apresentada por Cássio Scarpinella Bueno, ocasião em que salientou que lhe parecia útil e didática a apresentação, que bem explica a operação mental que o magistrado deve fazer para verificar, em cada caso concreto, a ocorrência ou não do pressuposto negativo de que trata o parágrafo 2º do artigo 273. Faz, contudo, uma ressalva de que às vezes o que o autor pleiteia em juízo é bem qualitativamente diverso do bem jurídico defendido pelo réu. Tal desigualdade valorativa de bens jurídicos é que abre ensejo a uma interpretação mais substancial do dispositivo (*Tutela antecipada*, cit., p. 58).

³¹² Francisco Ramos Romeu acrescenta que embora simples do ponto de vista teórico, a aplicação prática em casos concretos pode ser difícil e controversa (*Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 38).

³¹³ Diz Francisco Ramos Romeu: “*En general, se habla de una actuación o de una respuesta proporcionada cuando sus costes son inferiores a sus beneficios, y de una actuación desproporcionada cuando sus costes son muy superiores a los beneficios que se esperan de ella. Es lo que la jurisprudencia constitucional há llamado el delicado ejercicio de ponderación de los intereses en juego en el caso concreto para decidir sobre la tutela cautelar.*” (*Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 448).

³¹⁴ Nesse diapasão, afirma Cândido Rangel Dinamarco que o juiz deverá ponderar sobre o mal maior, associando-lhe o juízo do direito mais forte, ponderando adequadamente sobre a repercussão da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política e humana, que somente em casos extremos devam ser sacrificados. Tal critério tanto servirá para a concessão da medida como para sua denegação. (*Nova era do processo civil*, cit., p. 74-75).

³¹⁵ “1. A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio de sua lesão. 2. A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar. 3. A providência decretada

Sobre esse artigo pronuncia-se a doutrina³¹⁶, dizendo que a concessão de uma providência cautelar depende da verificação simultânea de duas condições positivas, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, e de uma condição negativa, a não verificação de uma desproporcionalidade considerável entre o interesse a proteger e os interesses prejudicados com a concessão da providência.

Em suma, cuida-se de procurar “manter o justo equilíbrio entre os dois prejuízos, o que a providência poderia causar e o que a providência poderia evitar”.³¹⁷

O juiz, então, deve optar pela denegação da providência requerida quando o prejuízo dela resultante para o réu exceda consideravelmente o dano que o autor, com ela, pretende evitar.

Destarte, pode-se definir como ótima, razoável ou proporcional a medida urgente quando for a única apta para afastar o perigo que ameaça o direito do requerente, não devendo ser decretada quando os danos que possa causar ao requerido sejam consideravelmente superiores aos danos que procura evitar.³¹⁸

pode ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, sempre que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente para prevenir lesão ou repará-la integralmente. 4. A substituição por caução não prejudica o direito de recorrer do despacho que haja ordenado a providência substituída, nem a faculdade de contra esta deduzir oposição, nos termos do artigo seguinte.”

³¹⁶ NETO, Abílio, *Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 557.

³¹⁷ Nesse diapasão: FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2, p. 35.

³¹⁸ “El sistema de control judicial debería ir orientado a determinar que los daños esperados de la medida no son superiores a los daños que ésta evita.” (ROMEY, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 43).

Bastaria então que o magistrado fizesse um exercício mental para tentar apurar se haveria maiores danos na concessão ou na denegação da medida. Sua conclusão deveria ser expressa e fundamentada, para que pudesse ser verificada.

Nesse sentido, Francisco Ramos Romeu também traz uma proposta sem fórmula matemática, através de um modelo padronizado, nos seguintes termos: *“Para adoptar una medida cautelar, bastará con que el juez aprecie que la pretensión del demandante no es temeraria, que los riesgos derivados del retraso en dictar una resolución sobre el fondo no son inexistentes, y que el demandante es solvente. A falta de solvencia, el juez podrá exigirle caución.”*³¹⁹

Sugere ainda que a esse modelo se acrescente uma possibilidade de controle judicial que se estenda ao que requer a proporcionalidade em sentido estrito:

*“En los casos en que la medida pudiera causar daños de difícil equivalente pecuniario, o danos irreparables, para adoptarla el juez deberá determinar que los perjuicios que causa su adopción no son superiores a los posibles perjuicios que pueda evitar, teniendo en cuenta la probabilidad de que la pretensión del demandante sea estimada y los tipos de daños que puedan sufrir ambas partes.”*³²⁰

Enfim, quando instado a proferir uma decisão em sede de tutelas de urgência, um dos principais fatores a ser observado pelo juiz é a proporcionalidade entre a medida que irá adotar e o direito que busca acautelar ou antecipar.

³¹⁹ ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 548.

³²⁰ Ibidem, p. 448.

Como a atividade jurisdicional nessa seara é assente em critérios de simples probabilidade, pode conduzir a decisões menos seguras do que as proferidas em processo comum.

Medida proporcional será, portanto, a adequada a assegurar a efetividade do direito. Deve-se buscar a medida que permita alcançar melhores resultados, reduzindo aos justos limites o risco de uma solução inadequada.

A regra da proporcionalidade da providência, o *balance of interests* entre as partes deveria ser inserida, *de lege ferenda*, no ordenamento jurídico nacional. Serviria essa ponderação de bússola ao juiz quando fosse proferir a decisão.

A questão, contudo, não é tão simples. A ponderação supra referida não causa maiores dificuldades quando estão em jogo, de ambos os lados, interesses de igual natureza, por exemplo, igualmente patrimoniais ou morais.

Bastaria, assim, estabelecer a comparação a partir dos fatos demonstrados, dos prejuízos que se pretende evitar e as conseqüências que podem decorrer da execução da medida.

Dificuldade maior surge quando o juiz se confronta com prejuízos de ordem diversa, de um lado, por exemplo, prejuízos pessoais e, de outro, prejuízos materiais.

Havendo impossibilidade de medir e comparar valores sujeitos a escalas diversas, deve o juiz orientar-se pelo padrões de razoabilidade quanto

aos riscos suportados pelo requerente e inconvenientes que advirão ao requerido.

Nessa seara, terá, outrossim, que efetivamente valer-se do princípio da proporcionalidade para verificar, dentre os interesses protegidos, aquele que é mais relevante.

CAPÍTULO 11 – TUTELAS DE URGÊNCIA IRREVERSÍVEIS

11.1 Panorama atual

Situação que merece estudo e meditações é a da concessão de medidas de urgência cujos efeitos práticos sejam irreversíveis.

Nosso ordenamento, sem ressalvas, proíbe sua concessão (art. 273, § 2º do CPC).

Em reformulação legislativa, há previsão de que será possível sua concessão quando a negativa de concessão implicar em extinção do próprio direito ou a irreversibilidade mostrar-se como recíproca, casos em que, com prudência, deverá o magistrado ter em conta o princípio da proporcionalidade (art. 881-B do Livro III do Anteprojeto do Código de Processo Civil do IBDP).

Tratou-se, é certo, de inserir no projeto aquilo que a doutrina há muito vinha sugerindo.

No direito estrangeiro, o artigo 762.2 do Código de Processo Civil espanhol limita a configuração que pode ser dada pelo juízo às medidas satisfativas.

Explica Manuel Ortells Ramos³²¹ que as medidas devem ter caráter temporal, provisório, condicionado e suscetível de modificação e levantamento; ao se referir a lei a conteúdo similar ao que se pretende no

³²¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares*, cit., p. 146.

processo, implica dizer que seu conteúdo não deve ser igual ao da pretensão principal, e, por fim, as medidas não devem prejudicar.

Tais regras limitadoras ou restritivas significam que não podem ser concedidas medidas que gerem um estado irreversível.³²²

As medidas satisfativas, por outro lado, somente podem ter conteúdo similar, não igual ao da decisão definitiva, razão pela qual, em se tratando, por exemplo, de entrega de quantia em dinheiro, deve ser de valor menor que o pleiteado na ação principal.

No Brasil, em razão do que dispõe a lei (art. 273, § 2º do CPC), a concessão de tutela antecipada irreversível é aceita pela doutrina e jurisprudência apenas em hipóteses excepcionais porque, pela sua própria natureza e por serem fundadas em juízo de mera probabilidade, as tutelas antecipadas devem ser provisórias³²³, gerando efeitos até que sobrevenha a solução de mérito.

Antecipar irreversivelmente, portanto, não deve ser regra, mas exceção, porque do contrário se estaria antecipando a vitória do autor, sem assegurar ao réu seu direito fundamental de defender-se, “exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo. O princípio vale não apenas para a concessão como também para a execução da

³²² Não podem, portanto, ser adotadas medidas tais como imposição de obrigações de fazer ou não fazer instantâneas, que sejam extintas com esse mero ato de cumprimento e entrega de dinheiro ou de coisas fungíveis a um solicitante de medida cautelar que careça de solvência.

³²³ “Se não fosse assim, estar-se-ia, em tese, em nome da efetividade do processo, ferindo mortalmente a segurança do sistema, dentro da qual o convencimento do juiz apto ao julgamento de mérito é aquele que parte dos princípios do contraditório e ampla defesa, pelo menos” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza, Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, cit., p. 271).

medida antecipatória: mesmo quando se tratar de provimento de natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado da esfera do autor para a do réu”.³²⁴

Nesse sentido, diz a doutrina que, em se tratando de direitos patrimoniais, caso haja caução idônea e em valor equivalente³²⁵, não haveria maiores problemas na concessão de medidas urgentes irreversíveis.

Ainda quando a antecipação possa produzir efeitos irreparáveis, não existe obstáculo para sua concessão, afirma Berizonce³²⁶, em se tratando de direitos meramente patrimoniais e desde que se preste caução suficiente para satisfazer pecuniariamente os prejuízos que pode causar.

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 163.

³²⁵ “O valor da contracautela deve, portanto, ser o equivalente daquilo a que visa garantir, ou seja, dos possíveis prejuízos que o requerido possa vir a sofrer com a execução da liminar concedida ao autor. Todavia, na *praxis* forense, o que se tem notado é que a caução ofertada está mais para um *arremedo* do que para uma *garantia*. Com efeito, na maioria dos casos, a parte autora oferece títulos podres, chegando ao despautério de ofertar título dominial de duvidosa existência (título frio) e localização. Quando o título é idôneo, não passa de simples oferta, porque não formalizado, quer através de escritura pública de hipoteca, quer através de averbação no Registro de Imóveis, nos termos do artigo 167, II, n. 8 da Lei n. 6.015/73.” (ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.181). No mesmo sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que “a caução que o magistrado poderá exigir, como contracautela, tal como a define o artigo 804, deverá ser fixada em valor que corresponda aos danos que possam ser causados pela efetivação da medida cautelar, caso venha o autor a sucumbir na ação satisfativa ou mesmo não logre sucesso na ação cautelar, se a medida for concedida sob a forma liminar. Se o valor não tem nada a ver com o valor do direito acautelado, são sem base jurídica as decisões judiciais que impõem ao autor caução de valor equivalente ao direito acautelado. Não é isso o que está na lei e nem é essa a função da contra cautela” (*Curso de processo civil*, cit., v. 3. p. 128).

³²⁶ BERIZONCE, Roberto Omar, La tutela anticipatoria en Argentina, cit., p. 155.

No mesmo sentido Germán Jorge Barbieri³²⁷, discorrendo sobre a questão no âmbito do direito argentino, afirma que as tutelas autosatisfativas, que se destinam a serem concedidas em situações irreversíveis, independem de prévia caução. No Brasil, aduz esse autor, a antecipação de tutela em casos irreversíveis é proibida. O meio termo, aduz, estaria em exigir contracautela que se encontre em relação lógica com o pedido e com a irreversibilidade da antecipação. Sempre que o objeto da tutela não se consumir ou esgotar com sua concessão, não se faz necessária a contracautela, mas, em caso contrário, ela deve ser imposta, porque se trata de adiantar tutela jurisdicional sem previamente ouvir a parte afetada.

11.2 Sugestão de outros requisitos para a concessão de antecipação de tutela irreversível

É recomendável³²⁸ que sejam inseridos alguns outros requisitos, além dos impostos para todos os casos de concessão de tutelas de urgência irreversíveis. São, em suma, os seguintes:

a) Inserção, na disciplina das medidas antecipatórias irreversíveis, de regra que determine que se respeite o princípio da necessidade. O magistrado

³²⁷ Germán Jorge Barbieri acrescenta: “*A los efectos de determinar una suerte de parámetro en el cual deberá solicitarse la prestación o no de cautela, parece de fundamental importancia tener en mente los siguientes puntos: 1) la calidad de la prueba aportada por el peticionante; 2) el despacho de la medida sin oír a la afectada, y por último, 3) el objeto de la pretensión u objeto pretendido*” (Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas em relación al ateproyeto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 408).

³²⁸ Essas idéias já foram apresentadas por Oreste Nestor de Souza Laspro (Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, cit.).

deve estar seguro de que não existe outra forma de assegurar o direito do requerente que não por meio desse provimento.³²⁹

b) O contraditório prévio deve ser observado como regra, sem que isso implique em determinar a citação do réu e em conceder prazo de oferta de resposta. Deve-se determinar breve interrogatório das partes, para buscar o máximo da verdade possível das alegações do autor.³³⁰

c) Somente não se observará o prévio contraditório em duas hipóteses: quando se verificar que o réu, citado, poderá tornar a medida ineficaz, ou quando não houver possibilidade de qualquer espera sem prejuízo para o direito pleiteado.

d) Deve-se analisar quem deu causa à situação de urgência. Tendo sido o requerente, tal circunstância deverá ser sopesada na concessão da medida. É muito comum os requerentes irem a juízo no último instante³³¹, de forma a querer obrigar o julgador a conceder tutela de urgência, e muitas vezes com efeitos irreversíveis. Nessa hipótese, Oreste Laspro afirma verificar-se verdadeiro abuso de direito.³³²

³²⁹ No direito alemão, da mesma forma, afirma Jaime Greif que uma ingerência jurídica no patrimônio de alguém, sendo derrogação ao princípio geral da audiência prévia, somente deve ser admitida quando se revele indispensável, hipótese em que deve haver uma ponderação dos valores dos bens em jogo, com base no princípio da proporcionalidade e da probabilidade. (*Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 55).

³³⁰ Pode-se sugerir, por exemplo, a concessão de um pequeno prazo, em torno de três a cinco dias, para que possa ser ouvido e apresentar suas razões.

³³¹ “Mostra a experiência, que existem pedidos em dias e horas certos, colhendo liminares que em outras circunstâncias não teriam probabilidade alguma de aceitação.” (AHRENDTS, Ney da Gama, O problema probatório das cautelares atípicas, cit., p. 119).

³³² “Com efeito, a parte, em razão do princípio da disponibilidade, pode vir a juízo no momento em que julgar mais oportuno, no entanto isso não pode refletir em um prejuízo à parte contrária e violação de princípios fundamentais – o abuso do direito nesse caso não se harmoniza com a efetividade do processo.” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza, Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, cit., p. 272).

e) Observância, por fim, do critério da proporcionalidade. Discorrendo sobre a concessão de antecipação de tutela em hipóteses que tais, José Carlos Barbosa Moreira afirma que efeitos irreversíveis podem surgir, quer no caso de concessão, quer no de denegação, de forma que é mister encontrar uma saída. Afirma que a atitude mais razoável consiste em proceder uma valoração comparativa de riscos, ou, em outras palavras, balancear os dois males para escolher o menor.³³³

³³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela; algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 104, p. 106, out./dez. 2001 p. 106, 2001.

CAPÍTULO 12 – OUTRAS FORMAS DE CONTROLE PARA OBTENÇÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA ÓTIMA OU PROPORCIONAL: PREVENINDO E REPARANDO DANOS

12.1 Mecanismos de contrapeso

As medidas de proteção judicial temporárias, sustenta Fritz Baur, interferem na esfera jurídica daqueles que são atingidos por elas antes que esteja definitivamente firmada a certeza de que o direito justifica tal medida.³³⁴

Por isso, é preciso pensar em mecanismos de contrapeso para essa situação de risco decorrente da proteção judicial provisória, lembrando que “aquele que foi beneficiado com uma medida transitória pode invocar uma decisão judiciária que lhe dá poderes para o seu procedimento, desta sorte sendo responsabilizado por uma conduta cuja legitimidade lhe fora atestada pelo órgão judicial”.³³⁵

Em busca da adoção de medidas ótimas ou proporcionais, pode-se pensar em uma variedade de mecanismos³³⁶, com suas vantagens e inconvenientes, que podem ou não ser conjuntamente aplicados.

A regulação das tutelas de urgência consiste assim em adotar mecanismos que têm por escopo prevenir e reparar danos causados por medidas urgentes.

³³⁴ BAUR, Fritz, *Estudios sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 137.

³³⁵ Ibidem, mesma página.

³³⁶ De uma maneira geral, esses mecanismos são apresentados em: ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 40.

Esses mecanismos preventivos e reparatórios somam-se nessa tarefa regulatória e devem ser adotados, pois, sem eles, os solicitantes de medidas urgentes, sem peias, buscariam o Judiciário, ainda que estivesse claro que não lhes assistia razão, ou de que não fossem sofrer qualquer dano, ou mesmo que os danos a serem suportados pelos sujeitos passivos seriam maiores dos que os que suportariam.

Em suma, é preciso que haja mecanismos que evitem a adoção de medidas que não sejam ótimas e que determinem ao requerente a responsabilização em assumir os prejuízos que causarem seus pedidos.

Os ordenamentos processuais podem conjugar os sistemas ou adotar um ou outro. Por vezes, pode ser necessário complementar o mecanismo ou substituí-lo.

O sistema espanhol, por exemplo, tem maior enfoque reparatório, o que fica claro quando se vê na doutrina³³⁷ que a caução é entendida como mecanismo apto a reparar danos, e não a evitá-los ou prevenir abusos na solicitação de medidas.

No sistema da *common law*, a função predominante da caução é proteger o prestígio do tribunal, evitando que profira decisões errôneas, tomadas com pressa e sem deliberação suficiente.³³⁸

Podem ser enumerados os seguintes mecanismos:

³³⁷ Francisco Ramos Romeu menciona diversos autores espanhóis que adotam tal posicionamento, dentre eles Serra Dominguez, Marin Pageo, Alonso Furelos, Vazquez Sotelo e Calderón Cuadrado (*Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., nota de rodapé n. 21).

³³⁸ Nesse sentido: ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 40, nota de rodapé n. 22.

a) Mecanismo de responsabilização do autor pelos danos causados: prevê a responsabilidade do autor por danos injustificados causados por seu pedido e pela concessão da medida urgente.

Tal mecanismo atua em duas frentes. Em primeiro lugar, desestimula pedidos infundados, porque ciente de que poderá ser responsabilizado por pedido indevido, a tendência é de que somente medidas ótimas sejam requeridas. Em segundo lugar, acarreta ao requerente a responsabilidade por todos os danos que possa sofrer o demandado.

São desvantagens desse mecanismo o fato de ser relegado para um momento posterior ao acontecimento do evento danoso e depender a reparação de requerimento do autor. Para que funcione, é preciso ainda que seja solvente aquele que se beneficiou da medida urgente indevida, que os danos possam ser reparados e que o autor apure o montante dos danos.

Este mecanismo traz a vantagem de poder o juiz se aproveitar das informações dadas pelo autor, ao requerer a providência, sem grandes preocupações em obter provas e confirmações, porque há garantia de indenização. Responsabilidade civil e caução o integram.

b) Mecanismo de responsabilidade que determina a devolução dos benefícios auferidos com a medida: contempla a proposta de se privar o demandante de todos os benefícios injustificados que tenha auferido com sua solicitação de tutela de urgência. Pode ser articulado também com o dever de indenizar o demandado em valor igual aos benefícios obtidos com a concessão da medida.

Caracteriza-se pela potencial ameaça, ao solicitante, de lhe retirar os benefícios obtidos, relegando para um momento posterior a reparação de danos que, de qualquer forma, depende da sua iniciativa.

Tem a vantagem, como no sistema anterior, de requerer pouca informação, mas desvantagem consistente em haver necessidade do juiz avaliar de forma acertada os benefícios que teve o autor. A reparação depende ainda de ter o autor efetivamente auferido benefícios e que possa arcar com os prejuízos causados.

c) Mecanismo que deixa ao critério do juiz verificar se estão presentes os requisitos: ou seja, aquele em que compete ao juiz controlar, efetivamente, se a medida é ótima; deixa-se que ele, no caso concreto, determine livremente se de fato se faz necessária, verificando apenas se os requisitos postos pelo legislador foram preenchidos.

É adotado atualmente na Espanha, dadas as disposições da Ley de Enjuiciamiento Civil 2000³³⁹, bem como no Brasil, Portugal e Argentina, dentre outros sistemas jurídicos.

Apóia-se em pressupor que o legislador ou o juiz tenham informações suficientes para determinar se uma medida é ótima, na capacidade suficiente de fazer tal avaliação e que as informações necessárias para isso sejam transmitidas pelas partes de forma confiável.

³³⁹ Nesse sentido: ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 41, nota de rodapé n. 14.

Sua vantagem está em que o controle é feito *ex ante*³⁴⁰, o que permite proteger o sujeito passivo antes que se adote a medida; sua principal desvantagem reside no fato de depender o juiz de cognição sumária e de não ser tarefa fácil, diante de poucas informações, verificar se os requisitos foram efetivamente preenchidos³⁴¹. Além disso, caso haja necessidade de audiência de justificação ou de prévio contraditório, demanda tempo. Esse sistema, ademais, não repara *per se* os danos.

d) Punição do litigante pelo mau uso das tutelas de urgência: um quarto mecanismo seria o de impor multas penais ou administrativas, cuja aplicação dependeria do juiz e cujo valor variaria em função dos interesses afetados pela medida urgente, ou da reprovação que merece a conduta do solicitante.

São características desse sistema de multa as sanções pecuniárias serem impostas pelo Estado para dissuadir pedidos indevidos e a arrecadação das multas ir para os cofres públicos. A vantagem é contribuir para proteger os direitos do sujeito passivo, quando os danos que poderia sofrer não forem

³⁴⁰ “A verdade é que como o direito não existe no plano puramente teórico, a não se reclamar certo rigor mínimo resultante de juízo de valor apoiado na prova, uma cautelar inominada pode representar dano irrecuperável sobre a pessoa e o patrimônio do requerido, tanto mais que o processo de responsabilização legal, pelo critério objetivo, nem sempre conduz a nada, pela fragilidade econômico-financeira do requerente.” (AHREND, Ney da Gama, O problema probatório das cautelares atípicas, cit., p. 111).

³⁴¹ “É difícil chegar a uma conceituação clara, que sirva de roteiro para todos os casos que a vida real leva aos tribunais. O fundamental, contudo, é que não se tome como razão de decidir a mera declaração unilateral e comprometida do interessado, pois ela, como consabido, não vale nada no processo de conhecimento, e seria incivil que valesse justamente na tutela cautelar, sempre excepcional. O que se contesta é o aplauso irrestrito a um posicionamento drástico, apoiado apenas no que diz a parte interessada em obter o provimento judicial. Não resta dúvida que a proteção cautelar é indispensável, e a simples previsão não deve justificar alteração legislativa impediendo de remédio que conflitos surgidos de inopino estão a reclamar. O rumo certo parece ser o que impõe ao intérprete o dever de pesar as razões e as provas, antes de decidir sobre a proteção cautelar inominada, que não pode ser a regra geral. Sem uma orientação metódica e prudente, não serão raras soluções arbitrárias e inconseqüentes, subvertendo a lei e desvirtuando a finalidade do processo civil.” (AHREND, Ney da Gama, O problema probatório das cautelares típicas, cit., p. 111).

perfeitamente indenizáveis em pecúnia, ou quando não for desejável reparar em dinheiro.

A desvantagem está em ser preciso fixar previamente o valor da multa e em deixar a iniciativa de arrecadação sob incumbência do Estado. Há também que se pensar que, em sendo previamente fixado o valor da multa, ciente desse valor pode ser compensatório ao litigante, ainda assim, fazer o mau uso da tutela de urgência, porque os benefícios auferidos superariam o prejuízo.³⁴²

e) Mecanismo que impõe a obrigação de pagar para fazer uso do sistema: um quinto é o de estabelecer taxa ou imposto para todos aqueles que pretendam solicitar medidas urgentes. Para ter acesso a elas, seria necessário pagar. A quantia variaria de acordo com os riscos envolvidos e danos que poderia causar e serviria para financiar um fundo destinado a satisfazer as indenizações dos danos decorrentes derivados das tutelas de urgência.

Poder-se-ia pensar em custas específicas para todas as hipóteses em que se pleiteassem tutelas de urgente, sem que haja qualquer inconstitucionalidade por indevida limitação de acesso à justiça, porque essas custas estariam englobadas nas isenções concedidas aos usuários dos benefícios da justiça gratuita.

Apresentados os mecanismos, resta indagar, qual deles atua melhor?

³⁴² Melhor seria que se pensasse na possibilidade da multa ter valores variáveis, e não estar vinculada a qualquer critério como, v.g. valor da causa, fixando-se, dado o caráter penal, apenas um valor máximo, que deveria ser equivalente ao prejuízo, se quantificável.

12.2 Responsabilidade *versus* controle judicial

Parece-nos que se trata de propostas alternativas e complementares.

Os sistemas de responsabilidade permitem mais celeridade na concessão da tutela e criam menos insegurança jurídica.

O controle judicial, por sua vez, deve ser mais desejável e mais intenso quanto mais provavelmente infundada for a pretensão do autor, maiores os danos em pecúnia irreparáveis, maiores os danos causados a terceiros e quanto mais provável que não haja efetiva reparação posterior dos danos. Esse sistema depende, outrossim, da capacidade do juiz avaliar adequadamente a necessidade da medida.

Um regime efetivo de responsabilização pela utilização das tutelas de urgência contribui para que se possa, com segurança, outorgar mais vezes essa modalidade de tutela, o que pode parecer, de início, uma afirmação contraditória, porque a caução, por exemplo, pode implicar em dificuldade importante ou em impedimento insuperável para se obter tutela, mas, nada obstante, como em medidas tais, que por essência se decidem com insegurança, com mera probabilidade, o estabelecimento de técnicas de garantia para os casos de erros atenua possíveis receios frente à concessão.

Em suma, dada a possibilidade de serem decretadas medidas baseadas em circunstâncias fáticas inverídicas, o regime de responsabilidade civil atenua as conseqüências prejudiciais ao requerido.

Enfim, uma teoria da regulação das tutelas de urgência deve ter em conta todos esses mecanismos, assim como suas vantagens e inconvenientes.

Ao legislador compete estabelecer um equilíbrio entre ambos os mecanismos, mas pode-se afirmar que hodiernamente os sistemas jurídicos, em razão de inclinações da doutrina, apóiam-se muito mais no controle judicial e utilizam a responsabilização apenas marginalmente³⁴³, acreditando que o magistrado é capaz de conceder as medidas apenas quando muito provavelmente o requerente tenha razão.

É preciso, anotar, outrossim, que o juiz assume o poder de decidir se a hipótese é ou não de concessão de medida urgente, mas se trata de um poder sem responsabilidade³⁴⁴, porque não existe previsão de responsabilização do juiz pela concessão ou denegação de medidas urgentes. Mas é fato que condutas que tais podem causar danos para os jurisdicionados.

É preciso fazer uma diferenciação entre as tutelas de urgência que não deveriam ter sido concedidas, já que não havia verossimilhança, e aquelas em que havia aparência de direito, que porém não se confirmou após cognição exauriente.

Para a primeira hipótese, pode-se cogitar de erro judicial, com a consequência de se impor ao Estado o dever de recomposição de danos.³⁴⁵

³⁴³ Nesse sentido: ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 710.

³⁴⁴ A irreparabilidade dos danos causados pelos atos judiciais é o último reduto da irresponsabilidade civil do Estado, afirma Sergio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 247). O autor afirma ainda que a independência dos magistrados não explica a irresponsabilidade estatal, justificando, quando muito, a irresponsabilidade pessoal do juiz. Entre a responsabilidade do Estado e a independência do juiz, afirma, não há qualquer incompatibilidade (Ibidem, p. 249).

³⁴⁵ “O Estado também poderá responder por ato do juiz ou do funcionário público que cause lesão a direito da parte, nas hipóteses em que se verifique tenha cometido erro manifesto ao conceder a tutela pleiteada, além de dolo ou má-fé. Hoje em dia, inclusive, dúvidas não restam de que a responsabilidade do Estado nessas hipóteses é objetiva.” (CHIAVASSA, Tércio, *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*, cit., p. 191).

A violação direta à norma legal, por outro lado, que não seja mera decorrência de interpretação razoável admissível e, portanto, escusável, deve ensejar indenização. Nessa hipótese, apenas por dolo ou culpa responderá o juiz, dado que se trata de responsabilidade subjetiva.

Buscar mecanismos alternativos e complementares de prevenção e regulação parece ser a solução. Se um deles não funciona, o outro provavelmente funcionará. É preciso, de qualquer forma, que sejam tais mecanismos estudados sob uma perspectiva global, de forma que sejam coerentes.

A regulação das tutelas de urgência, seja pelo devido exame do preenchimento de seus pressupostos, seja pela adequada imposição de contracautelas, evita que os efeitos benéficos obtidos de um lado se vejam afastados pelos efeitos perniciosos que podem ser causados.

CAPÍTULO 13 – CAUÇÃO COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO

13.1 Caução como contracautela

A introdução de um sistema de responsabilidade para quem maneja as tutelas de urgência procura garantir que aquele que pleiteia a medida somente o fará quando se tratar de medida proporcional.

O juiz, em sede de cognição sumária, muitas vezes não tem informações perfeitas sobre o caso.

Responsabilizar o solicitante por todos os danos que possa causar a medida urgente funciona como incentivo para que somente o faça quando a medida pleiteada seja realmente proporcional ou razoável, é dizer, quando os danos que procura evitar forem maiores do que os que a medida pode causar, porque do contrário assume o risco da responsabilidade, sem proporcionar maiores benefícios.

Nesse contexto, a contracautela é uma das soluções possíveis para esse problema. Exigindo-se a sua prestação antes da adoção ou da execução da medida, assegura-se que haverá indenização em caso da medida adotada ser infundada.

Giovanni Arieta³⁴⁶ afirma que a caução como contracautela na concessão de medidas urgentes revela-se como um “sintoma” da natureza tipicamente cautelar dessas decisões e é conexa com o poder-dever de conferir, em sede de provisória, segurança aos efeitos da futura decisão de

³⁴⁶ ARIETA, Giovanni, *I provvedimenti d’urgenza*: ex art. 700 CPC, cit., p. 61.

mérito, a contemporizar interesses contrapostos. A imposição de caução como encargo ao requerente pode garantir eventual ressarcimento de danos e despesas. A regra do artigo 674 do Código Processual italiano expressa um princípio geral aplicável a todos os processos cautelares, conservativos ou antecipatórios. Como são concedidos provimentos com base apenas em *fumus boni juris*, é preciso colocar à disposição do juiz um instrumento que tenha condição de restabelecer o equilíbrio entre as partes, exigência mais sentida nas cautelas que não se limitam a cristalizar uma determinada situação de fato, mas que antecipam, no todo ou em parte, ainda que provisoriamente, os efeitos de futura decisão de mérito.

Discorrendo sobre os elementos essenciais que deveriam estar presentes em um sistema de medidas cautelares, Eduardo Gutiérrez de Cabiedes³⁴⁷ afirma que a necessidade de adotar um quadro realista e flexível de medidas cautelares, exigido pela maioria dos juristas, encontra sua máxima garantia para o demandado no instituto da contracautela. Assim, em princípio, não haveria inconveniente em adotar a medida cautelar solicitada pelo autor sempre que ela se encontre no ordenamento jurídico e seja prestada caução suficiente para garantir a inadequada petição do autor, e por isso recomenda como adequada, sempre e em todos os casos de medidas cautelares, a adoção de contracautela.

³⁴⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. In: REUNIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, 9. *El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974. p. 17. Na mesma obra, Leonardo Prieto-Castro afirma que em um sistema jurídico que se proponha a outorgar as máximas facilidades para a obtenção de medidas cautelares, deverá ser necessariamente amplo o uso de caução, com a finalidade de ressarcir eventuais danos e prejuízos pessoais ou patrimoniais (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. Comunicación sobre medidas cautelares. In: REUNIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, 9. *El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974. p. 115).

Esse sistema pressupõe que o requerente poderá efetivamente responder naquele caso por todos os danos e prejuízos que possa causar a medida. Não tendo patrimônio suficiente para responder por todos esses danos, e não tendo o juiz elementos que revelem verossimilhança suficiente, volta a surgir o risco de que a medida não seja proporcional. Não se pode, outrossim, pensar em reduzir o valor da caução em casos que tais, porque isso desvirtuaria o propósito pelo qual se impõe caução, o de propiciar, depois, adequada indenização.

Cuida-se de um problema que não se pode desconhecer. Com a ampliação do acesso à justiça, o que é um progresso do Estado de Direito, e com o aumento da litigiosidade em todos os setores da vida social, têm acesso ao sistema judicial uma variedade de litigantes com uma diversidade de reclamações, podendo ocorrer que o autor não tenha um patrimônio suficiente para arcar com as possíveis consequências negativas de seus atos.

Três aspectos devem ser considerados num sistema que adote a caução como contracautela para a concessão ou execução das tutelas de urgência:

a) não se deve colocar sobre a caução todo o peso para obter um funcionamento adequado das tutelas de urgência. É preciso não olvidar do sistema de responsabilidade, até porque a caução deve ser fixada com olhos voltados para os prejuízos que a medida poderá causar e que se pretende sejam indenizáveis;³⁴⁸

³⁴⁸ Nesse diapasão, Galeno Lacerda aduz que a introdução no artigo 804 do Código de Processo Civil de contracautela harmoniza-se com a regra do artigo 811, ou seja, com a responsabilidade expressa do requerente pelos prejuízos que a medida causar ao requerido nas hipóteses naquele indicadas e, nesse sentido, serve como garantia cautelar da indenização, liquidável nos autos do próprio procedimento acessório. (*Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1, p. 194).

b) não se pode deixar de considerar que circunstâncias específicas recomendarão que se adote ou que se dispense caução³⁴⁹, não sendo adequado um sistema que não a preveja e tampouco um que obrigue sempre que haja a prestação;

c) é preciso lembrar que a caução, por vezes, poderá impedir a adoção de medidas ótimas solicitadas por demandante de poucos recursos.³⁵⁰

Podendo a medida liminar produzir efeito enérgico na esfera jurídica do réu, a contracautela pode ser exigida sempre que o juiz entender adequada, e não apenas nas hipóteses em que a concessão se dá *inaudita altera parte*.

Em suma, embora seja importante como mecanismo regulador da concessão das tutelas de urgência³⁵¹, não é imprescindível e por vezes apresenta graves inconvenientes.

Calamandrei³⁵², discorrendo sobre a caução como contracautela, explica que o poder que tem o juiz de emanar um procedimento provisório tendo natureza de declaração com dominante função executiva, ou cautelar,

³⁴⁹ Quando o direito pleiteado não tem conteúdo ou reflexos patrimoniais, não se faz necessária a caução, porque não há o que ser reparado.

³⁵⁰ Nesse sentido, Paulo Afonso Garrido de Paula afirma que, em se tratando a caução, no sistema brasileiro, de faculdade da autoridade judiciária, sua necessidade deve ser aferida caso a caso. Quando a providência requerida apresentar-se com alto grau de probabilidade, a contracautela merece ser dispensada, sob pena de indevido impedimento ou dificuldade de acesso do requerente à ordem jurídica justa (*Código de processo civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2.245).

³⁵¹ A exigência de caução, em se tratando de antecipação de tutela, “tem sustento não apenas na aplicação analógica do artigo 804, do CPC, mas sobretudo na indeclinabilidade do princípio de salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado; c- todo risco da execução antecipada é do demandante, como ocorre em qualquer execução (CPC, art. 574) de modo especial – e aqui impõe-se a analogia – com a execução provisória das sentenças condenatórias (CPC, art. 588, I) e das medidas cautelares (CPC, art. 811)” (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96).

³⁵² CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. p. 73.

ou, em geral, tendo caráter de urgência, é acompanhado do poder de condicionar a exequibilidade à prestação de caução ou depósito, devendo aquele a quem o procedimento provisório é oportuno entregar certa quantia em dinheiro ou títulos. Tal caução, que denomina judicial, para diferenciá-la das contratuais e legais, funciona como garantia preventiva de ressarcimento de danos que podem surgir se, no julgamento definitivo, a medida provisória for revogada, e reverterá em favor daquele contra o qual a medida foi cumprida. Destina-se, portanto, conclui, a funcionar como cautela contra o perigo que deriva da execução de um procedimento judicial, atua como cautela da cautela, ou contracautela. Assim, enquanto o procedimento cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer pelo atraso do processo principal, e para esse fim a urgência sacrifica as exigências da justiça, a caução³⁵³ destina-se a garantir o ressarcimento dos danos que poderão ser causados à parte contrária pela excessiva celeridade do procedimento e, desse modo, restabelece o equilíbrio entre essas exigências discordantes.

A doutrina, no geral, refere-se apenas à sua função como garantia de futura indenização.

Não nos parece, todavia, que seja assim. O mecanismo atua de forma bivalente.

³⁵³ “A caução de que cogita o artigo 799, não é caução real ou fidejussória, medida cautelar específica (arts. 826-838). A caução do artigo 799 é determinada pelo juiz, sem ter de buscar texto do direito material, ou mesmo processual em que se apóie, porque a impõe com o fundamento suficiente em que, com ela, evita algum dano. A diferença é, portanto, relevante.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 12, p. 53).

A imposição de prévia caução desestimula pedidos infundados³⁵⁴ e garante a indenização do demandado³⁵⁵, sendo excelente regulador das tutelas de urgência.

Sérgio Sahione Fadel³⁵⁶, nesse diapasão, afirma que o objetivo do legislador pátrio com a exigência de caução, longe de ser o de impor uma restrição à concessão de liminares, é uma advertência para que somente solicite a medida quando presentes seus pressupostos, isso é, quando o pedido for fundado em causa legítima.

Pode-se afirmar que, ao prestar caução, o solicitante da medida percebe concretamente a afetação de seu patrimônio³⁵⁷, que ficará à disposição naqueles autos, como garantia para pagamento de eventual indenização ao requerido.

³⁵⁴ “La caución disminuye el riesgo de que el actor acuda a la misma con el insano y exclusivo proposito de compeler psicológicamente al demandado.” (ROMEY, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 301).

³⁵⁵ Desde que haja no mesmo sistema legal a previsão de indenização, pois do contrário o preceito seria irrelevante. Nesse sentido, Manuel Serra Dominguez e Francisco Ramos Méndez afirmam que: “Si se há exigido fianza para conceder la medida cautelar ‘para responder de la indemnización de daños y perjuicios que puedan ocasionarse’ (art. 1.428 LEC), ello supone admitir la indemnización de daños y perjuicios, pues de otra forma el precepto sería irrelevante.” (*Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: M. Pareja, 1974. p. 112).

³⁵⁶ FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 662-663.

³⁵⁷ Há quem entenda, contudo, que a contracautela não se limita à caução, à entrega de quantia ou bem em garantia, mas pode consistir em qualquer providência, como a prática ou abstenção pelo autor para merecer a cautela pleiteada, seja conservativa ou antecipatória, como, v.g., o pai que pleiteia liminarmente a guarda do filho e, como contracautela, o juiz determina que não frequente o estabelecimento comercial do pai porque, em face de particularidades, é nocivo. Nesse diapasão: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar*, arts. 796 a 812. Coordenação de Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11. p. 705. No mesmo sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva cogita de hipóteses, tais como a contratação de seguro que cubra eventuais danos causados ao réu pela danificação, perda ou destruição de objeto sobre o qual verse a medida cautelar (*Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 147).

Quando se pensa em tutelas de urgência que não tenham reflexos patrimoniais, pode-se pensar em abrandamento da exigência de caução, ou até mesmo em sua dispensa. De qualquer forma, quanto menos haja de patrimonial, ou de vantagem pecuniária em um direito, mais existe irreparabilidade na sua lesão, como bem anotou Sergio La China³⁵⁸, razão então para a dispensa da contracautela.

A caução, diz Calamandrei, “prepara com antecedência os meios, quase se diria o antídoto, para evitar de modo eficaz o prejuízo que possa derivar da sua injustiça; referente ao procedimento principal, ao qual fica reservada a decisão se o procedimento provisório for injusto”.³⁵⁹

No mesmo sentido, Maria Pía Calderón Cuadrado afirma que a caução é “*un instrumento que sirve para restaurar el equilibrio perdido al otorgarse la medida, actuando como condición de ella y adscribiéndose a la inmediata indemnización de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución*”.³⁶⁰

Cuida-se de medida muito mais palpável do que a mera “ameaça” de ter que indenizar, em razão de disposição legal, que de qualquer forma poderia vir a ser contornada pelo autor, dilapidando ou desviando seu patrimônio, ciente das deficiências do sistema judicial na busca do patrimônio, em casos que tais.

Também para o réu é mais tranquilizador saber que sua esfera de direitos foi afetada, ainda que provisoriamente, mas que há uma garantia

³⁵⁸ LA CHINA, Sergio, Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?, cit., p. 166.

³⁵⁹ CALAMANDREI, Piero, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, cit., p. 75.

³⁶⁰ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid: Civitas, 1992. p. 52.

concreta que servirá para indenizá-lo, caso seja infundada a medida urgente concedida.

Por isso, não concordamos com o posicionamento de que em um sistema que já prevê responsabilidade pelo manejo das tutelas de urgência, impor caução seria “chover no molhado”, uma “redundância”.³⁶¹

De mais a mais, poderíamos indagar, por que exigir caução se há previsão no sistema de responsabilidade pelos danos causados? Ora, podemos responder a essa questão mencionando quatro motivos: a) o sistema de responsabilidade por vezes funciona mal, não indeniza sempre; b) indeniza tarde; c) às vezes indeniza parcialmente; e, d) nem todos os danos são indenizáveis.

Entre nós, a caução como contracautela pode ser imposta não apenas para os casos de concessão de medidas urgentes *inaudita altera parte*, mas em

³⁶¹ A doutrina por vezes, sob esse argumento, afirma que a caução seria desnecessária. Nesse diapasão, veja-se Juan José Monroy Palácios, *in verbis*: “*En otras palabras, por sí sola, es decir, por su mera enunciación contenida en una resolución, la caución aplicada al procedimiento cautelar es una redundancia. Por una cuestión elemental que tiene que ver con una regla de equidad transformada en norma, según la cual, a la afectación de un derecho, le corresponde un resarcimiento, es evidente que quien consigue una medida cautelar que, con posterioridad, es verificada innecesaria, debe reparar los daños producidos por ella. Y es aquí donde se aprecia el despropósito de regular y, peor aún, de que los jueces dispongan, de manera ordinaria, cauciones juratorias como condición para la ejecución de medidas cautelares. Si el propósito es declarar que el solicitante de la medida debe cubrir lo daños, ello resulta innecesario, pues el deber y el derecho al resarcimiento al verificarse el dano se encuentran sobrentendidos.*” (A mayor verosimilitud, menor caución. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 628).

todas as outras situações em que se repute adequada a sua imposição³⁶², o que se fará com base no poder geral de cautela.³⁶³

A caução constitui meio genérico de garantia. O Código de Processo Civil usa a expressão “real ou fidejussória” e, assim, hipoteca, penhor, anticrese, depósito de títulos, fiança, qualquer dessas modalidades serve à contracautela, embora as mais usuais sejam a fiança e o depósito em dinheiro.

A idéia de imposição de caução, repita-se, pressupõe que haja no sistema a previsão de indenização por prejuízos causados.

Assim, ainda que se pense em sua função preventiva, de desestimular a adoção de medidas não ótimas, caso o direito positivo não preveja indenização em virtude de responsabilidade civil pelo manejo da tutela de urgência, a caução haveria de ser simplesmente devolvida, o que implica dizer que não funcionaria como um bom incentivo.

A caução, enfim, aporta um *plus* de segurança quanto à reparação de danos, mas, se obrigatória, em alguns casos impedirá que se tenha acesso ao sistema das tutelas de urgência. Isso se dará especialmente quanto aos beneficiários da justiça gratuita e aos insolventes.

³⁶² Discorrendo sobre a caução como exigência para executar a decisão que antecipa cautela, Albino Teori Zavascki afirma que: “A exigência de caução tem sustento não apenas na aplicação analógica do artigo 804 do Código de Processo Civil, mas sobretudo na indeclinabilidade do princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado.” (Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 160).

³⁶³ ARAGÃO, Dirceu Moniz Moniz de. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, MG, Vitória Artes Gráficas, n. 57, p. 33-90, jan./mar. 1988.

13.2 Imposição de caução nos sistemas jurídicos estudados

Ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, lembra Galeno Lacerda³⁶⁴, a prestação de caução como contracautela não era imposta pela lei, mas os tribunais, com supedâneo na jurisprudência, passaram a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida denominada de sustação de protesto.

A caução compulsória chegou a ser adotada pelo Código de Processo Civil, em regra que, contudo, não chegou a entrar em vigor. Ainda durante o tempo da *vacatio legis*, Galeno Lacerda a criticou de forma veemente³⁶⁵, afirmando que poderia comprometer a necessidade de pronta eficácia da medida contra o devedor de má-fé, na hipótese de o autor não possuir capacidade econômica para prestar caução. Sem limitar-se à crítica, levou a Alfredo Buzaid sugestões de reforma, ponderando que o padrão de desenvolvimento econômico do povo brasileiro não comportaria a condição imposta. A sugestão foi acolhida e, antes da vigência do Código, transformou-se o que era imperativo em facultativo.

No Brasil, a prestação de caução por aquele que se beneficia de medida cautelar é exigida pela lei quando há risco de lesão para a parte que vai sofrer interferência no seu patrimônio ou em sua pessoa.³⁶⁶

³⁶⁴ LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1, p. 194.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 193-194.

³⁶⁶ Nesse sentido preconiza Galeno Lacerda, afirmando que a exigência de prévia caução só cabe nas ações cautelares jurisdicionais, de natureza ou reflexo patrimonial, não tendo sentido exigí-la nas cautelas voluntárias, nas concernentes a matéria de direito de família ou personalíssimos, enfim, nos casos despidos de conotação patrimonial, desde que o cumprimento da liminar não provoque dano dessa natureza (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1, p. 194).

Na Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 contém como regra geral a exigência de caução³⁶⁷, contemplando expressamente as exceções. Dispõe, destarte, de forma contundente, que salvo regra expressa em contrário, há que ser prestada caução.

Impor caução, diz a doutrina sobre o sistema cautelar espanhol³⁶⁸, evidencia a preocupação do tribunal com os direitos do demandado, porque medidas devem ser tomadas para protegê-lo de qualquer agravo que possa sofrer como consequência das medidas tomadas em favor do demandante.

O Código argentino³⁶⁹ também condiciona compulsoriamente a concessão de medida liminar à prestação prévia de caução.

Em Portugal o sistema é mais ameno³⁷⁰, competindo ao juiz apreciar se a hipótese demanda caução. Cuida-se de disposição similar à do artigo 804 do nosso Código de Processo Civil.

O sistema pátrio e o português dispõem, destarte, que fica ao prudente critério do magistrado a concessão da medida liminar e a imposição de caução.

³⁶⁷ “Art. 728.3, § 1º - Salvo que expresamente se disponga outra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.”

³⁶⁸ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Evolución de las medidas cautelares en el proceso civil español. *Debate Procesal Civil Digital*, año 6, n. 14, p. 23-24, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.tribunalmmm.gob.mx/revista/debate14/doctrina2.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

³⁶⁹ “Art. 199 - Contra cautela. La medida precautoria solo podrá decretarse bajo responsabilidad de la parte que la solicitare, quién deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido si derecho. El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo com la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica.”

³⁷⁰ Dispõe o artigo 390º, n. 2 que “sempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias, pode o juiz, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da medida dependente da prestação de caução adequada pelo requerente”.

Reconhecida a presença dos pressupostos para a concessão da medida, diz Galeno Lacerda³⁷¹, cabe ao juiz decidir com prudência, presteza e sagacidade sobre a conveniência ou não da medida prévia e, em caso positivo, se condicionada ou não a garantia. O dever de vigiar pelos requisitos não lhe deveria ser obliterado pela faculdade que tem de exigir caução, ou seja, se a medida não se justificar, deve vetar sua concessão, e não a conceder mediante caução.

Essa observação é de todo pertinente e adequada para as hipóteses em que está suficientemente claro que o requerente faz ou não jus à medida.

Há casos, contudo, situados em uma zona cinzenta, em que a prova trazida aos autos não traduz a necessária verossimilhança, mas a urgência e gravidade do caso exigem decisão imediata.

Para essas hipóteses, a regra consagrada pelo Código de Processo Civil argentino, que dispõe, em síntese, que “*a mayor verosimilitud, menor caución*” é bastante adequada e, em casos de forte verossimilhança, a exigência concomitante de caução seria redundante.

Ainda quanto ao sistema argentino, embora para a concessão de tutela autosatisfativa a caução não seja de imposição obrigatória, a doutrina³⁷² recomenda que se analise o grau de verossimilhança e a possibilidade que sua concessão cause prejuízo à parte adversa.

³⁷¹ LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1, p. 195.

³⁷² “*La necesidad o no de fianza deberá determinarla el juez en cada caso en que le sea sometida a su decisión una medida autosatisfactiva. Dependerá siempre del grado de verosimilitud del derecho, de la prueba acompañada por el peticionante y de la naturaleza de la pretensión, como así también de la posibilidad de perjuicio que el despacho de la medida pueda eventualmente producir al destinatario de la misma.*” (WHITE, Ines Lépori. Apuntes sobre valoraciones legales en la medida autosatisfactiva. In: PEYRANO, Jorge W. *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 195).

Também para essas hipóteses em que há dúvidas sobre a existência do direito do requerente, a doutrina portuguesa recomenda que arbitre o juiz o montante a caucionar.³⁷³

No mesmo diapasão, Manuel Serra Dominguez e Francisco Ramos Méndez³⁷⁴ informam que a fiança³⁷⁵ pode servir para ampliar o arbítrio judicial e reduzir a exigência de provas *prima facie*, mas não para substituir a sua exigência.

É interessante anotar que Ovídio Baptista da Silva, escrevendo sobre tutela cautelar³⁷⁶, quando estava em vias de entrar em vigor o atual Código de Processo Civil, afirmou que o diploma pátrio continha a solução para os danos criados pelo deferimento injustificado das medidas cautelares, ou seja, a solução estaria nas contracautelas.

Afirmava, então:

“E, podemos dizer, face às disposições do novo processo civil, muito maior dano haverá na protelação, ou na denegação, pelo juiz, de uma providência cautelar do que a sua concessão. E isso porque o sistema jurídico criou outra alternativa para os danos criados pelo deferimento injustificado da medida: as chamadas contracautelas, de que as cauções são exemplos típicos.

(...)

Não devemos esquecer, porém, de que mantendo o juiz o indispensável equilíbrio entre as partes, poderá conceder certas medidas cautelares ainda nos casos em que a prova da situação perigosa seja parca ou inexista, casos em que manterá aquele equilíbrio ordenando o estabelecimento de uma caução, a qual deverá ser tanto mais idônea quanto menor for a demonstração de plausibilidade do direito invocado e do risco a que este esteja submetido.”³⁷⁷

³⁷³ FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil anotado*, cit., v. 2, p. 62.

³⁷⁴ SERRA DOMINGUEZ, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 42.

³⁷⁵ A Ley de Enjuiciamiento Civil revogada falava em *fianza*, e não em caução.

³⁷⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit., p. 68.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 71.

Calmon de Passos, contudo, referindo-se ao artigo 804 do Código de Processo Civil e à exigência de caução, bem lembra que “é esse dispositivo quase letra morta”. Dizia ele ainda ser essa concessão *inaudita altera parte* a exceção da exceção e:

“Para que providência tão drástica se faça aceitável (pois que se violenta o princípio da bilateralidade) é indispensável que o atendimento ao princípio da audiência da parte, integrante da garantia do devido processo legal, se mostre inacolhível na espécie, porque cientificada a parte ré, a medida cautelar se frustraria. Assim, por força do princípio da proporcionalidade, os dois interesses em conflito – o da bilateralidade e o da efetividade da tutela – precisam ser sopesados, dando-se prioridade àquele que não poderá ser sacrificado provisoriamente, sob pena de inviabilizá-lo.”³⁷⁸

Conclui-se então que quanto maior a verossimilhança, menos riscos haverá de erro na concessão de medidas urgentes, de forma que os mecanismos de contracautela não precisariam ser tão rigorosos.

A regra estabelecida pelo artigo 199 do Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires bem expressa essa proporção, *in verbis*: “(...) *el juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.*”

Doutrinadores, em países que adotam tal regra, contudo, muitas vezes não concordam com isso, dizendo que a caução não é pressuposto para a concessão da medida cautelar e seu oferecimento tampouco substitui a exigência de demonstração dos requisitos para a sua concessão.³⁷⁹

³⁷⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Até quando abusarás, ó Catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional, cit., p. 232.

³⁷⁹ Nesse sentido, Juan José Monroy Palacios em Una interpretación errónea “A mayor verosimilitud, menor caución” y viceversa: apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 635). No mesmo sentido: FUX, Luiz, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 1.577).

Com efeito, não se trata de aceitar a caução como substitutivo da demonstração dos requisitos necessários para a concessão de tutelas urgentes.

Ora, partindo-se da afirmação de que o juízo que se faz é de verossimilhança, ou seja, de probabilidade, sem que possa o juiz aferir naquele momento se há efetivo direito de quem reclama a providência, aceitando-se a caução como meio que tende a evitar o ajuizamento de medidas indevidas e como forma de assegurar a indenização por medidas indevidamente concedidas, é válido que se aplique a regra de que quanto maior a verossimilhança, menor é o risco.

Logo, a caução pode ser graduada também por esse critério, deixando, nessa hipótese, de ser equivalente ao valor do prejuízo.

Não se trata de dispensar a prova do preenchimento dos requisitos, como ocorre na Alemanha, onde o ZPO, revela Fritz Baur³⁸⁰, dispõe que a demonstração plausível da pretensão, que é necessária, pode faltar se o postulante do pedido presta garantia.

Cuida-se de aplicar a caução, como afirma Humberto Theodoro Júnior³⁸¹, como um grande remédio colocado nas mãos do juiz para agilizar a pronta prestação da tutela preventiva. Dessa forma, nos casos de dúvida ou insuficiência de provas liminares, ao invés de indeferir a medida urgente, deverá o juiz impor ao requerente a prestação da competente caução, ainda

³⁸⁰ BAUR, Fritz, *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 42. No mesmo sentido, Maria Pía Calderón Cuadrado afirma que na Alemanha cabe a possibilidade, expressamente estabelecida no ZPO 921.2, de conceder o *arrest* sem acreditar na existência do direito, como instrumento substitutivo (*Las medidas cautelares indeterminadas em el proceso civil*, cit., p. 54).

³⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 396.

que não dispensada, na fase instrutória do processo, a devida prova dos fatos constitutivos dos requisitos legais para a tutela cautelar.

Assim, a verificação de uma verossimilhança sólida permite que se considere haver menos possibilidade de que seja desnecessária a medida, faz pressupor que o autor está em melhor posição jurídica do que a outra parte, razão pela qual a caução poderia ser fixada em valor mais baixo porque, ao que tudo indica, estaríamos na provável iminência de uma decisão de mérito favorável ao autor.

13.3 Caução como condição prévia para o deferimento da medida

Em razão dos riscos inerentes à decretação de providência assente em juízo de verossimilhança, o artigo 390º, n. 2 do Código de Processo Civil lusitano dispõe que: “Sempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias, pode o juiz, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da providência dependente da prestação de caução adequada pelo requerente.”

Com tal prestação, garante-se ao requerido o ressarcimento dos prejuízos que a medida urgente possa provocar na sua esfera, caso se verifique que não tinha justificação plausível, ou se posteriormente o requerente não cumprir os deveres de diligência normais.

Na Espanha, em razão do que dispõem os artigos 737 e 738 da Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, a execução da medida cautelar depende sempre da prestação de caução, numa busca de se restaurar o equilíbrio perdido pela concessão da medida.

É dizer, de forma contundente, que salvo regra expressa em contrário, há que se prestar caução.

No Chile³⁸², a concessão de medidas cautelares, ainda que conservativas, *inaudita altera parte*, apenas se faz possível com prévia prestação de contracautela ou garantia por quem a solicita. Aquelas concedidas durante a tramitação do processo de mérito também devem ser precedidas de prestação de garantia por quem as solicita e ainda, quando não está bem demonstrado o direito de quem pleiteia, é possível sua concessão, desde que haja a prévia constituição de uma garantia adequada. No Uruguai, para concessão de tutela cautelar, também se faz necessária contracautela, salvo hipóteses excepcionais, como solvência ou pobreza manifestas ou alta verossimilhança do direito.

Em Portugal, o sistema é diferente. Dispõe o artigo 390º, n. 2, que “sempre que o juiz julgue conveniente em face das circunstâncias, pode o juiz, mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da medida dependente da prestação de caução adequada pelo requerente”.

No Brasil, a prestação de caução por aquele que se beneficia de medida cautelar é exigida pela lei, quando há risco de lesão para a parte que vai sofrer interferência no seu patrimônio ou em sua pessoa.³⁸³

³⁸² Ver: GREIF, Jaime. Las medidas cautelares en América. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 17 e 36.

³⁸³ José Joaquim Calmon de Passos, contudo, bem lembra que: “É esse dispositivo quase letra morta” (Até quando abusarás, ó Catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional, cit., p. 232). Diz ele, ainda, ser essa concessão a exceção da exceção e “para que providência tão drástica se faça aceitável (pois que se violenta o princípio da bilateralidade) é indispensável que o atendimento ao princípio da audiência da parte, integrante da garantia do devido processo legal, se mostre inacolhível na espécie, porque cientificada a parte ré, a medida cautelar se frustraria. Assim, por força do princípio da proporcionalidade, os dois interesses em conflito – o da bilateralidade e o da efetividade da tutela – precisam ser sopesados, dando-se prioridade àquele que não poderá ser sacrificado provisoriamente, sob pena de inviabilizá-lo”.

13.4 Caução: requisito de admissibilidade ou executoriedade?

Jorge L. Kielmanovich³⁸⁴ afirma tratar-se de requisito de executoriedade da medida e que a caução é prestada para responder pelos danos que poderia gerar sua concessão, quando haja sido requerida com excesso ou abuso.

Nesse mesmo diapasão, Juan José Monroy Palacios³⁸⁵ sustenta que a caução não é pressuposto para a outorga de uma medida cautelar, mas para a sua execução, distinção essa muito relevante, porque enquanto os pressupostos de outorga servem para que a parte fundamente o mérito pelo qual deva ser concedida a medida e para que o julgador decida sobre sua necessidade e conveniência para assegurar a eficácia do processo, a caução, por outro lado, é pressuposto para a execução, e nada tem a ver com o mérito da discussão cautelar. Somente se deve analisar se a caução é idônea depois de já verificada a presença dos pressupostos para a concessão da medida, cabendo verificar em uma análise aproximativa quais serão os prejuízos que pode produzir e, em consequência, qual será a magnitude da caução a ser disposta para assegurar a parte que a suportará, tendo em vista que há possibilidade de que seja preciso ressarcir danos no futuro, caso se verifique que a medida não era necessária. Em consequência, conclui, se a caução for reputada insuficiente pelo juiz, a medida deve ser concedida e sua execução

³⁸⁴ Jorge L. Kielmanovich aduz que: *“Este presupuesto es la contracara de la medida cautelar, la que si bien por un lado apunta a asegurar un derecho que aún es litigioso resguarda también para el afectado la efetividade del resarcimiento de los perjuicios que aquélla pudiese inversamente provocarle, y reemplaza, en cierta medida, a la bilateralidad o controversia, normalmente postergada hasta el momento de su traba.”* (Teoría del proceso cautelar. In: *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 321).

³⁸⁵ MONROY PALACIOS, Juan José, Una interpretación errónea “A mayor verosimilitud, menor caución” y viceversa: apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar, cit., p. 627.

retardada até que a parte solicitante haja prestado garantia suficiente para fazer frente aos prejuízos gerados pela medida, caso se revele desnecessária.

No sistema espanhol, a caução também é reputada como requisito para a executoriedade da medida.³⁸⁶

No Brasil, quando pensamos em antecipação de tutela, a caução não é requisito para a sua concessão, mas em alguns casos é imposta³⁸⁷ para garantir a sua execução ou, mais propriamente de acordo com a terminologia empregada pelo Código de Processo Civil, efetivação.

Não se pode olvidar, contudo, que a regra está sujeita a ser burlada e que nem sempre haverá a imposição de caução para a efetivação da antecipação de tutela.

Assim, como bem anota Cândido Dinamarco³⁸⁸, efetivação é conceito mais amplo que execução, e quando a antecipação de tutela revestir-se de características mandamentais ou executivas *lato sensu*³⁸⁹, não haverá aplicação das regras da execução provisória.

Apenas quando a determinação tiver contornos de condenação é que sua efetivação será feita pelos caminhos da execução. Para essas hipóteses,

³⁸⁶ Assim dispõe a doutrina: “*Previo a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada el actor debe prestar la correspondiente caución. El tribunal deberá decidir mediante providencia sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución (art. 737). Prestada que sea la caución se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, empleando el tribunal para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias (art. 738).*” (MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Evolución de las medidas cautelares en el proceso civil español*, cit., p. 23-24).

³⁸⁷ Artigo 273, parágrafo 3º c.c o artigo 475-O, III do Código de Processo Civil.

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A nova era do processo civil*, cit., 2007. p. 97.

³⁸⁹ Como, por exemplo, a expedição de ofício ao Serasa para exclusão de negativação, a sustação de protesto, ofício ao Registro de Imóveis para impedir a alienação de um imóvel, a retirada *manu militari* por oficiais de justiça de uma porteira que impede acesso a uma fazenda, etc.

ainda assim, preconiza que a responsabilidade pelo seu manejo é objetiva e que o artigo 811 deveria ser alterado para estabelecer que “o requerente de medida urgente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida”.

Em se tratando de medidas cautelares no sistema nacional, mais adequado é classificar a caução como requisito para a executoriedade da medida, operando como condição suspensiva da execução.

Deferida a medida cautelar quando presentes os seus requisitos, apenas para a execução da medida é que se exige a contracautela, buscando coibir o perigo de dano para o requerido.

CAPÍTULO 14 – RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO USO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

14.1 Características de um sistema eficaz de responsabilidade civil pelo uso das tutelas de urgência

As medidas de urgência, é cediço, assentam em juízo de mera probabilidade, de verossimilhança, fundado em elementos de prova que não permitem que se alcance a mesma segurança proporcionada pela cognição plena. Por vezes, fundam-se em versão unilateral dos fatos e apenas em meios de prova apresentados pelo requerente.

Um regime efetivo de responsabilidade civil pela utilização da tutela de urgência é essencial como contrapeso aos riscos que implica para o sujeito passivo, porque sua concessão fundamenta-se em juízo essencialmente inseguro (aparência do bom direito ou verossimilhança, prognósticos sobre os riscos derivados da mora processual, previsão de impedimentos à efetividade do processo principal).

Para que seja eficaz, esse regime de responsabilidade deve apresentar as seguintes características:³⁹⁰

- a) não considerar como suficiente, regra geral, a responsabilidade patrimonial, sem exigir uma garantia concreta e específica para reparar eventuais prejuízos do sujeito passivo;

³⁹⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares*, cit., p. 468.

- b) existirem normas jurídicas de atribuição de responsabilidade adequadas às características das condutas que originam essa responsabilidade;
- c) haver uma maneira processual econômica para declarar as consequências dessa responsabilidade e executá-las.³⁹¹

Dada a maior suscetibilidade de serem decretadas medidas urgentes com base em circunstancialismo fático inverídico, o regime de responsabilidade civil atenua as consequências nefastas decorrentes.

14.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva no manejo das tutelas de urgência

É cediço que a responsabilidade dos sujeitos do processo, por danos que causem à parte ou a terceiro, em virtude de conduta processual omissiva ou comissiva, divide-se em duas categorias.

A primeira, subjetiva, que pressupõe a existência de má-fé, ou seja, dolo ou culpa.

A segunda, objetiva, resulta do simples fato do dano, oriunda do risco assumido pela parte.

O Código de Processo Civil brasileiro contempla as duas modalidades. Assim, a par do regime de responsabilidade patrimonial objetiva para os danos jurídicos efetivamente sofridos por aquele que suportou os efeitos de

³⁹¹ Em Portugal, por exemplo, a responsabilidade civil é subjetiva, depende da existência de dolo ou culpa do requerente e demanda a instauração de ação autônoma. Portanto, não cumpre a meta de ser uma maneira simples e econômica.

uma constrição provisória, sob demanda da parte, prevê ainda a responsabilidade civil subjetiva, nos artigos 16 a 18, a exigir prova de má-fé, ou seja, dolo ou culpa do litigante, autor ou réu.

Em seu artigo 20 e parágrafos, por sua vez, disciplina a responsabilidade decorrente da sucumbência, de natureza objetiva.

Ao tratar da responsabilidade pela execução da medida cautelar, cuja disciplina aplica-se também à antecipação de tutela, prevê hipótese de responsabilização objetiva.³⁹²

É bom notar que as três hipóteses (litigância de má-fé, responsabilidade objetiva pelo manejo das tutelas de urgência e sucumbência), em caso de má-fé, podem eventualmente somar-se e, mesmo sem má-fé, as duas últimas hipóteses também podem ser aplicadas cumulativamente.

14.3 Responsabilidade objetiva

Ao prever o sistema de responsabilidade objetiva pelo manejo das tutelas de urgência, o Código de Processo Civil pátrio contemplou excelente mecanismo, apto tanto a ressarcir eventuais prejuízos, como a infundir temor naqueles que estiverem vocacionados a solicitar medidas infundadas.

³⁹² Assim: “O direito processual civil pátrio, ao contrário do lusitano, acolheu a teoria da responsabilidade objetiva para a indenização que será devida por aquele que, com o auxílio do Estado, fez atuar uma tutela de urgência e desse ato tenha surgido um dano para a parte, sem que haja necessidade de se perquirir sobre a culpa ou dolo daquele que dela se aproveitou” (CHIAVASSA, Tércio, *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*, cit., p. 116).

Sobre essa finalidade preventiva do instituto da responsabilidade objetiva, afirma Giuseppe Chiovenda que “antes se deve observar que o temor de afrontar graves responsabilidades pode deter a maioria dos credores no uso dessas ações, conferidas exatamente ao indivíduo no interesse da coletividade”.³⁹³

O abuso no manejo das tutelas de urgência, que se vê diuturnamente e do qual somos testemunha em nossa atividade judiciária, ao que parece, ocorre muitas vezes porque não se percebe o uso freqüente das disposições do artigo 811 do Código de Processo Civil, talvez esquecido ou desacreditado. Basta uma análise da jurisprudência para que se perceba quão poucos casos versam sobre essa matéria.

O Código de Processo Civil de 1939, é bom recordar, contemplava em suas disposições o sistema misto quanto à responsabilidade do autor, em matéria de processo cautelar. Objetiva para a hipótese de decadência pelo não ingresso de ação principal no prazo de trinta dias (art. 677)³⁹⁴ e subjetiva, sujeita à prova de malícia ou erro grosseiro, quando vencido (art. 688, parágrafo único).³⁹⁵

³⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 330.

³⁹⁴ “Artigo 677 - Salvo as hipóteses dos ns. V, VI e VII, quando qualquer das medidas referidas no artigo anterior fôr ordenada como preparatória, a ação será proposta no prazo de trinta (30) dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perder esta a eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução.”

³⁹⁵ “Artigo 688 - A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos artigos 63 e 64. Parágrafo único - A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar.”

O Código Federal da Argentina também adota o sistema misto, em seus artigos 207 e 208.³⁹⁶

Assim, para a hipótese da medida caducar por vencimento do prazo para promover o processo principal, quem a requereu deve arcar com as custas, sem a necessidade de demonstrar ter abusado ou se excedido em seu direito. Contudo, se pretender receber ressarcimentos por danos e prejuízos, deverá comprovar seus pressupostos, “*cabría en esta hipótesis una suerte de responsabilidad objetiva*”.³⁹⁷

A procedência do ressarcimento consagrado no artigo 208 do Código Procesal Civil de La Nación exige a demonstração de que o solicitante excedeu-se ou abusou³⁹⁸ do direito que a lei lhe outorga para requerer providências cautelares.

³⁹⁶ “Artículo 207 - Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y esta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa (...). Artículo 208 - Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1) y 212, cuando se dispusiera levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demunstre que el requirente abuso o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte no hubiera solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno o outro procedimiento a critério del Juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.”

³⁹⁷ KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría del proceso cautelar, cit., p. 348.

³⁹⁸ “Sigue en este punto la doctrina subjetiva de la responsabilidad que conlleva la no admisión automática de la reparación (...). Por tal razón se há establecido, por ejemplo, que la responsabilidad del embargante no surge de la sola circunstancia de que la medida cautelar sea dejada sin efecto, pues la parte interesada debe suministrar las razones que, a su criterio, demunstren la temeridad de aquél, o, lo que es lo mismo, que se haya obrado con culpa o dolo al solicitar la medida de que se trate.” (KIELMANOVICH, Jorge L., Teoría del proceso cautelar, cit., p. 348).

O Código de Processo Civil italiano (art. 96, 2ª parte³⁹⁹) adotou a teoria subjetiva, devendo ser analisada a prudência ou imprudência do agente, embora doutrinadores italianos preconizassem que melhor seria a responsabilidade objetiva.⁴⁰⁰

Em Portugal, da mesma forma, apenas a título de dolo ou culpa há responsabilização daquele que requereu providência urgente que, depois, for considerada injustificada ou vier a caducar por fato imputável ao requerente.

Nesse sentido reza o artigo 390º do Código de Processo Civil lusitano: “1. Se a providência for considerada injustificada ou vier a caducar por fato imputável ao requerente, responde este pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com prudência normal. (...)”

A doutrina⁴⁰¹ afirma que se trata de norma de direito substantivo e que contém regra de responsabilidade civil extracontratual por fato ilícito. A pretensão indenizatória deve ser exercida em ação própria autonomamente

³⁹⁹ “*Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata, condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.*”

⁴⁰⁰ “A ação assecuratória é, por consequência, ela própria, uma ação provisória; e daí importa que se exerça, em regra, a risco e perigo do autor, quer dizer, que o autor, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pelo despacho, tenha ou não culpa; e isso pelas mesmas razões expostas a propósito da ação executiva anormal (...). A tendência dominante em nossa jurisprudência é limitar a condenação nos danos aos casos em que o pretendo credor, valendo-se da ação executória, ou da medida preventiva, tenha agido com culpa. Reconduz-se, em outros termos, a responsabilidade aos limites do abuso de direito. Mas solução tal é inaceitável: à parte o arbítrio que facilita na determinação ou exclusão da culpa, não corresponde à especialíssima natureza dessa ação provisória ou restrita, nem ao senso de justiça, que não permite atribuir-se à vítima sem culpa o encargo dos danos resultantes dos atos executivos.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 330 e 334).

⁴⁰¹ A letra do preceito do artigo 390º afasta, diz Antonio Santos Abrantes Geraldês, claramente a responsabilidade objetiva pelo risco, exigindo, no mínimo, uma atuação anormalmente imprudente (*Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 322).

instaurada, ou através de reconvenção, em ação de que o processo cautelar dependa.⁴⁰²

A providência injustificada suscetível de acarretar dever de indenizar é aquela que depois de decretada tem acolhida a impugnação feita pelo requerido.

A atuação injustificada pode traduzir-se em conduta do requerente ocultando intencionalmente fatos, deturpando conscientemente a afirmação do direito ou do *periculum in mora*, imprudência, erro grosseiro e até em culpa leve, pela não observância da prudência normal.

A mera dedução de pretensão infundada, desde que não tenha sido feita com base em fatos não verificados ou através da omissão de fatos relevantes, pode gerar o dever de indenizar por litigância de má-fé, mas não gera responsabilidade civil pelo mau uso da medida urgente.⁴⁰³

Na Espanha, o solicitante de medida cautelar o faz sob sua inteira responsabilidade. Caso haja danos, eles devem ser indenizados por quem fez a solicitação.

Parte da doutrina⁴⁰⁴, referindo-se a esse dever, afirma que parece ter sido consagrado um sistema de responsabilidade objetiva, porque o solicitante da medida cautelar deveria reparar danos, ainda que sua conduta não seja reprovável, e que implique apenas em fazer uso de um direito que o legislador lhe outorgou.

⁴⁰² FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil anotado*, cit., v. 2, p. 61.

⁴⁰³ Nesse sentido preleciona, FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil anotado*, cit., v. 2, p. 60.

⁴⁰⁴ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Evolución de las medidas cautelares en el proceso civil español*, cit., p. 40.

Na verdade, a doutrina espanhola não é uniforme quanto à modalidade de responsabilidade civil adotada, havendo quem sustente que a Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva generalizado⁴⁰⁵ e quem defenda que o sistema de responsabilidade objetiva é para algumas hipóteses e pressupostos, e que, em outros, há uma lacuna na lei, sendo necessário recorrer ao artigo 1.902 do Código Civil, que trata de responsabilidade por culpa.⁴⁰⁶

No Brasil, a adoção da responsabilidade objetiva pelo diploma processual, segundo Galeno Lacerda⁴⁰⁷, Sérgio Sahione Fadel⁴⁰⁸ e Pontes de Miranda⁴⁰⁹, teria sido preconizada por Lopes da Costa, cujo projeto inspirou o artigo 811 e seu parágrafo único, adotando a solução esposada pelo § 946 do ZPO alemão.

Ovídio Baptista da Silva⁴¹⁰, contudo, não concorda com essa assertiva, afirmando que o projeto de Lopes da Costa não prescrevia de modo algum a responsabilidade objetiva, e o próprio direito alemão não continha disposições que prescrevessem a responsabilidade civil como decorrência inexorável da sucumbência, no processo principal, daquele que tenha executado a medida cautelar.

⁴⁰⁵ No primeiro grupo estão Pérez Daudí, De Lucchi López-Tapia e Fernández-Ballesteros López; no segundo grupo, estão Martín Pastor, Ortells Ramos e Fonoll Pueyo (ROMEUE, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 240).

⁴⁰⁶ Francisco Ramos Romeu afirma que nem sequer se pode descartar a hipótese do legislador ter deixado exclusivamente nas mãos dos juízes determinar qual é a espécie de responsabilidade aplicável, permitindo-lhes, inclusive, socorrer-se da regra geral do artigo 1.902 do Código Civil, que trata de responsabilidade extracontratual por culpa (ROMEUE, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 244).

⁴⁰⁷ LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1.

⁴⁰⁸ FADEL, Sérgio Sahione, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 672.

⁴⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 97.

⁴¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v.3, p. 191.

O projeto de Alfredo Araújo Lopes da Costa⁴¹¹ traz a regulamentação de medidas preventivas e, em seu artigo 19, consta:

“Artigo 19 - O autor, na preventiva, responde, independentemente de culpa, pelos danos causados ao réu com a execução da medida:
1º - se a decisão final do processo da ação preventiva lhe fôr desfavorável;
2º - se, no prazo do artigo 13, quando a medida houver sido concedida com audiência apenas unilateral, não promover a intimação do réu para embargar a decisão;
3º - se abandonar o processo da medida preventiva ou da ação principal, dando lugar a que o réu seja absolvido da instância;
4º.- se dentro de trinta dias, a contar da execução da medida, não ajuizar a ação principal”.

Justificando esse projeto de artigo, diz Lopes da Costa que a inspiração está no § 946 Código de Processo Civil alemão e que “a medida preventiva se concede em benefício do pretendido titular de um direito cuja existência ainda não é certa. Se de sua execução algum dano resulta, e verificar-se que a medida não cabia, ou que o direito que ela visava garantir não existia, é de simples bom senso que tal prejuízo fique a cargo do autor, não do réu”.⁴¹²

A esse respeito, Fritz Baur⁴¹³ esclarece que embora se fale em responsabilidade de risco, com isso quer-se dizer que não se exige culpa por parte do autor do pedido. A idéia básica da responsabilidade é a de que o adversário da demanda, em razão da ordem judicial, tem que tolerar uma interferência em sua esfera de ação e patrimônio, que depois se revela injustificada no processo ordinário, principal. Pressupõe, portanto, prejuízo suportado e não exigível, é dizer, agir injustificado do requerente, desde o início.

⁴¹¹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958. p. 185-186.

⁴¹² COSTA, Alfredo Araújo Lopes da, *Medidas preventivas*, cit., p. 185-186.

⁴¹³ BAUR, Fritz, *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 151-155.

Trata-se de responsabilidade objetiva.

Quanto ao seu campo de incidência, o artigo 811 não incide nas cautelas decretadas de ofício, com amparo no artigo 797 e tampouco nas voluntárias⁴¹⁴, porque se o juiz entende que é necessária a decretação da cautela, ainda que sem pedido do autor, esse não poderá ser responsabilizado por isso. O mesmo raciocínio é válido para as antecipações de tutela concedidas sem requerimento da parte.

Para que haja responsabilidade objetiva, devem estar presentes as seguintes situações: prescinde-se de qualquer elemento subjetivo⁴¹⁵, mas só haverá responsabilidade se houver execução da medida. É necessária, outrossim, a efetiva demonstração dos danos⁴¹⁶ emergentes ou lucros cessantes.

A obrigação, destarte, para se tornar exequível, depende da ocorrência de prejuízo efetivo causado pela execução da medida e da determinação do *quantum*⁴¹⁷ líquido desse prejuízo.

⁴¹⁴ Galeno Lacerda afirma que o artigo 811 pressupõe, portanto, cautela jurisdicional (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1, p. 246). Adota o mesmo entendimento Ovídio Araújo Baptista da Silva, afirmando que o efeito condenatório do artigo 811 não abrange a responsabilidade do vencido, quando as medidas ditas cautelares sejam decretadas *ex officio* pelo juiz (*Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 195).

⁴¹⁵ “O espírito de emulação e o mero capricho continuam a ser pressupostos suficientes para se compor a figura de má-fé no abuso de direito processual (art. 16). O conceito de má-fé é o mesmo nos textos (arts. 16 e 17). Mas o artigo 811 não se refere à má-fé: basta o prejuízo, se ocorrer qualquer das espécies do artigo 811, I-IV.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 98).

⁴¹⁶ “O dano pode ser causado pela concessão que foi mantida, pela concessão revogada, ou modificada pela concessão reformada. Mas há de existir algum dos pressupostos do artigo 811, I-IV.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 100).

⁴¹⁷ A reparação deve compreender não apenas danos emergentes, como também lucros cessantes, porque deve ser plena, afirma Donaldo Armelin (Perdas e danos – Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má fé – Forma mais adequada de liquidação – Indenização fixada pelos índices de ORTN. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 227, jul./set. 1985).

Ainda são pressupostos que tenha havido a perempção da demanda cautelar antecedente, com a cessação da eficácia da medida cautelar concedida, sem que tenha havido ajuizamento da ação principal⁴¹⁸ e que tenha sido ajuizada ação principal e ela tenha sido extinta, com ou sem julgamento de mérito.

Após o trânsito em julgado do provimento cognitivo dissonante em relação à tutela cautelar sobre o mesmo interesse jurídico, é que se poderá alegar dano jurídico.

O título executivo será a própria sentença ou despacho que autorizou a execução da medida lesionadora do patrimônio do credor. Tais decisões, explica Donaldo Armelin⁴¹⁹, assim como ocorre com a que autoriza a execução provisória de sentença, trazem em seu bojo, implicitamente embutida, a condenação a compor as perdas e danos delas emergentes, nas hipóteses de ineficácia contempladas no artigo 811 do Código de Processo Civil. Dispensável na apuração dos prejuízos, portanto, a existência de uma condenação expressa à sua composição, fazendo-se mister, apenas, a

⁴¹⁸ José Carlos Barbosa Moreira afirma que cessada a eficácia da medida liminar, porque não ajuizada a ação principal em trinta dias, a responsabilidade do requerente se caracterizará, desde que a execução cause dano ao requerido, quer se trate de cautela decretada em sentença ou medida concedida *in limine litis*, sem que tenha qualquer relevância o desfecho da ação cautelar, ou do processo principal porventura instaurado tardiamente, porque cessada a eficácia da medida acautelatória, a responsabilidade do requerente subsiste ainda quando ele venha a sair vitorioso na ação principal, argumento que também vale para as hipóteses de cessação da eficácia da liminar e para as de providência decretada em sentença; não se afasta a responsabilidade do requerente que viu despojada a eficácia da medida liminar por não ter proposto a tempo a ação principal, a mera circunstância de vir a ser-lhe deferida na sentença a ação principal. (Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal. In: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr et al. *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 99).

⁴¹⁹ ARMELIN, Donaldo, Perdas e danos – Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má fé – Forma mais adequada de liquidação – Indenização fixada pelos índices de ORTN, cit., p. 233.

apuração⁴²⁰ da existência desses prejuízos que correspondam às perdas e danos na sua expressão legal e o seu *quantum*.

Assim, enquanto pende o processo cautelar ou o definitivo, inexistente a possibilidade de incidental pedido de indenização e condenação, porque ainda não há fato jurídico que se possa erigir em causa de pedir para essa ação indenizatória.

14.3.1 Responsabilidade objetiva pelo manejo indevido da tutela antecipada

No que tange à responsabilidade daquele que faz indevido uso da tutela cautelar, há expressa previsão de responsabilidade objetiva (art. 811 do CPC). Quanto à tutela antecipada, contudo, não há disposição legal semelhante.

João Batista Lopes⁴²¹ adverte que a omissão da lei poderia sugerir descabimento de qualquer sanção ao autor, em razão da regra de hermenêutica que dispõe que as restrições a direitos interpretam-se restritivamente. Da mesma forma, poderíamos concluir ser inadmissível o uso da analogia para imposição de sanções, porque ela somente estaria autorizada *in bonam parte*. Afirma que as normas processuais têm caráter eminentemente instrumental e os fins que colimam (certeza e segurança, pacificação social e justiça) não

⁴²⁰ “No artigo 811, parágrafo único, estatui-se que, no caso de responsabilidade do autor da ação cautelar, conforme os itens do artigo 811, a indenização se liquida nos autos de procedimento cautelar. Quer dizer: não se precisa da propositura da ação de condenação, pois o artigo 811, que abstrai do pressuposto da má-fé (art. 16), já apontou os quatro fundamentos que podem ser apresentados pelo prejudicado com a medida cautelar, e basta o pedido de liquidação.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 101).

⁴²¹ LOPES, João Batista, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, cit., p. 125.

justificam os meios, vale dizer, o ilícito deve ser coibido ou reprimido sempre, porque agride o princípio da lealdade processual. A ausência de regras específicas é irrelevante porque o princípio geral do *neminem laedere* rege todo o sistema e aplica-se em caso de lacunas. A invocação de analogia, por outro lado, decorre de norma expressa do Código de Processo Civil, o artigo 126. Conclui dizendo que se trata de responsabilidade objetiva pelo só fato de o manejo da medida antecipatória causar danos ao réu.

Afirma J. E. Carreira Alvim⁴²² que a responsabilidade em tais casos é objetiva, porque todo aquele que promove uma execução provisória é responsável por suas conseqüências, sabe que expõe a parte contrária a riscos de eventuais prejuízos, que obrigam eventualmente à reparação. O mesmo princípio é aplicável na efetivação do provimento antecipado. Não se apurará a culpa *lato sensu* do requerente porque essa se presume *iuris et de iure*, mas a existência e alcance do prejuízo, que não se liga ao elemento subjetivo, mas ao fato objetivo de uma efetivação que se revela indevida.

Um forte argumento que reforça a tese de que a regra do artigo 811 do Código de Processo Civil é aplicável à tutela antecipada está na equiparação absoluta, pelo Código de Processo Civil, entre o tratamento dado às execuções provisórias de sentença e a execução das medidas cautelares, no que tange à responsabilidade por perdas e danos, e isso se explica, segundo Ovídio Baptista da Silva⁴²³, pela natureza antecipatória e satisfativa que o legislador atribuiu às cautelares, ou seja, sempre que há execução urgente,

⁴²² ALVIM, José Eduardo Carreira, *Tutela antecipada*, cit., p. 124-125.

⁴²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 191.

seja de tutela cautelar, de antecipação de tutela ou execução provisória⁴²⁴, a regra a ser adotada é a da responsabilidade objetiva.

O fundamento, destarte, da responsabilidade objetiva consagrada no ordenamento processual pátrio demonstra o comprometimento ideológico do legislador com o valor segurança jurídica, razão pela qual a regra geral é a de que se imputa a quem se beneficia economicamente de modo provisório, em detrimento de outrem, dever de indenizar.

Assim, como bem sintetizou Galeno Lacerda:

“Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente da livre avaliação do risco. Daí, a contracautela do artigo 804, como consequência lógica dessa responsabilidade. Ao réu sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado ao autor.”⁴²⁵

Trata-se de responsabilidade processual decorrente do risco inerente ao processo.

Pode-se afirmar que é lícita a execução das tutelas de urgência, havendo previsão na lei processual para tanto. Ainda que venham a ser revogadas, isso não torna ilegítima a sua atuação, havendo, contudo, necessidade de retorno ao *status quo ante*, mas não em decorrência de

⁴²⁴ Ao dispor o artigo 475-O do Código de Processo Civil que “a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I-corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”, está a se referir, obviamente, à responsabilidade objetiva.

⁴²⁵ LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, t. 1, p. 245-246.

ilicitude da medida. Mais adequado, portanto, falar em medidas injustificadas, mas não ilícitas.

Teori Zavascki⁴²⁶ faz uma distinção entre as modalidades de antecipação de tutela concedidas e a responsabilidade daí decorrente.

Afirma que para as hipóteses de antecipação assecuratória, a responsabilidade é objetiva e, para a antecipação punitiva, a responsabilidade é subjetiva.⁴²⁷

Por fim, não se pode deixar de mencionar a posição de Ovídio Baptista da Silva sobre o tema.⁴²⁸

Discordando da doutrina majoritária, afirma que há vício e desequilíbrio no sistema processual pátrio, ao prever a responsabilidade objetiva àqueles que se valem da execução provisória e da efetivação das tutelas de urgência.

⁴²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 160-161.

⁴²⁷ “Na primeira – porque originada de fatos que: a) não têm necessariamente a participação ilícita do demandado; e, sobretudo b) repercutem essencialmente na esfera de interesses particulares dos litigantes – a responsabilidade do demandante pelos riscos da execução é objetiva. Já na segunda hipótese – em que a antecipação da tutela é motivada sempre por ato ilícito do demandado, praticado não apenas contra os interesses do demandante, mas contra a própria função jurisdicional do Estado – pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem aqui natureza subjetiva: caberá ao demandante a obrigação de restituir ao demandado os benefícios auferidos com a antecipação da tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação dolosa ou culposa do demandante.” (ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 161).

⁴²⁸ Expressa em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, cit., p. 206.

Aduz que como forma de respeitar a teoria de Chiovenda, que sustenta que o processo não deve resultar em prejuízo para quem tenha razão, deveria ser adotado o mesmo princípio ao réu, atribuindo-se-lhe responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, por todos os danos decorrentes da mera demora do processo e em virtude exclusivamente da sucumbência, uma vez que a verdadeira isonomia, nesse ponto, haverá de corresponder à equação segundo a qual tanto quem acelera quanto quem retarda o reconhecimento do direito deve responder pelos prejuízos que sua conduta venha a causar ao adversário, tenham agido ou não sem a normal prudência.

Ao contrário disso, contudo, o sistema só se aplica à doutrina da responsabilidade objetiva contra o autor, obrigando-o a indenizar perdas e danos, em razão da sucumbência, nunca contra o réu.

14.3.2 Argumentos favoráveis ao sistema da responsabilidade civil objetiva nas tutelas de urgência

Havemos, agora, de avaliar se o sistema de responsabilidade civil objetiva é o mais adequado para aqueles que manejam as tutelas de urgência.

Podemos elencar, então, argumentos em seu favor.

São razões para que se repute adequado o sistema de responsabilidade civil objetiva:

a) é o solicitante da medida quem pode evitar o dano. As medidas, normalmente, são intrinsecamente danosas, ainda que o agir do

requerente não seja culposos. Assim, a regra da responsabilidade objetiva controla melhor a ocorrência de dano;

b) na prática, é muito difícil estabelecer *a posteriori* a existência de culpa no agir do solicitante da medida urgente, enquanto avaliar os danos é tarefa bem mais simples;

c) o mesmo juiz que conheceu da medida urgente deve ser o responsável pela avaliação da responsabilidade. Como ele próprio deferiu a medida, pode ter maiores dificuldades em reconhecer que o autor agia de forma temerária. Assim, tratando-se de responsabilidade objetiva, o juiz não tem que avaliar a ocorrência de culpa;

d) como já afirmamos neste trabalho, um bom e econômico sistema de responsabilidade civil é aquele em que se ventila e liquida dentro de um mesmo procedimento a questão da responsabilidade, o que implica em menos custos marginais, do que um sistema de responsabilidade por culpa. O procedimento, como não investigará elemento subjetivo, deve ser bem mais rápido e eficiente;

e) o demandado pode ter dificuldades em demonstrar o agir com culpa ou temerário do demandante.

Parece-nos, destarte, que o sistema brasileiro é adequado e eficiente, ao prever a responsabilidade objetiva, cuja apuração é mais simples e econômica. Mais adequado ficaria se fosse efetivamente observada a aplicação de caução para todas as hipóteses em que a medida urgente possa causar danos com reflexos patrimoniais ou indenizáveis, porque, como já frisamos, a imposição de caução evita que o sistema de responsabilidade falhe.

Podem ser mencionados os seguintes inconvenientes da adoção do sistema de responsabilidade objetiva:

- a) a possibilidade de que o solicitante da medida não tenha como arcar com o pagamento pelos danos causados, o que, todavia, também ocorreria se a responsabilidade fosse objetiva;
- b) ciente o requerido da medida urgente de que todos os danos que sofrer deverão ser objeto de ressarcimento, poderia deixar de evitar o seu agravamento, ainda que isso estivesse ao seu alcance, porque não teria incentivo algum para minimizá-los;
- c) produz, em alguns casos, injustiça, ou prestigia apenas o requerido, porque enquanto prescreve o dever inexorável do autor da medida urgente de indenizar caso haja dano, não prevê, para o requerido, por exemplo, o dever de suportar o prejuízo que o autor teve, ante leviana e reiterada conduta do demandado em não admitir a existência do direito do demandante, depois reconhecido na ação judicial;
- d) a possibilidade daquele que litigou com direito ser compelido a indenizar quem não o tinha, em razão de ser presumível a culpa, bastando amoldar-se sua conduta numa daquelas previsões da lei.

São fortes argumentos, mas haveria maiores gastos, demora e dificuldades em sua aplicação, de forma que não nos parece ser o sistema mais adequado.

14.4 Requerente insolvente ou sem condições de prestar caução: mecanismos alternativos para reparar e prevenir danos

Quando o requerente é insolvente, mais se justifica⁴²⁹ a exigência de caução, para que ela possa assegurar ao réu a indenização por prejuízos que venham a lhe ser indevidamente causados.

Nesse sentido, na década de 50 do século passado, já preconizava Lopes da Costa⁴³⁰, em seu projeto de medidas preventivas: “Artigo 25 - Quando o autor não possuir bens que assegurem ao réu a possível satisfação do prejuízo causado pela execução da providência, o juiz condicionará a concessão da medida à prestação de caução.”

Ocorre que em se tratando de economicamente hipossuficiente, exigir caução equivale a negar a concessão da medida, que pode ser necessária e adequada.

Por isso, há outros mecanismos que podem ser adotados, quando se trata de requerente insolvente ou beneficiário da gratuidade da justiça.

Francisco Ramos Romeu⁴³¹ menciona os seguintes, colocados em relevo pela doutrina espanhola:

⁴²⁹ Historicamente, a imposição de caução surgiu exatamente para os casos em que o solicitante da medida não tivesse solvência conhecida, nos narra Francisco Ramos Romeu (ROMEUE, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 57).

⁴³⁰ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, *Medidas preventivas*, cit., p. 186.

⁴³¹ ROMEUE, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 306-308.

- a) responsabilidade de terceiro, até mesmo do Estado;⁴³²
- b) controle ativo do juiz sobre a solicitação da medida, limitando a concessão para quando há informações suficientes de que a medida pedida seja ótima;⁴³³
- c) seguro obrigatório de responsabilidade;
- d) limitar os sujeitos que possam requerer tutelas de urgência;⁴³⁴
- e) trazer o requerente dados suficientes sobre sua solvência.

14.5 Sistema de responsabilidade e beneficiários da justiça gratuita

É desarrazoado que se entenda que os beneficiados da justiça gratuita não teriam direito a serem isentados da prestação de caução.⁴³⁵

No Brasil, exigir caução daquele que não tenha condições de fazê-lo poderá implicar em denegação de acesso à justiça, o que afronta o Texto Constitucional.

⁴³² “Una primera alternativa para solucionar el problema consiste en hacer responder a un tercero que (1) tiene un patrimonio suficiente para responder por los daños que se puedan causar y (2) tiene capacidad de controlar los daños o controlar al agente causante de los daños. En estos casos, el tercero tendría incentivos para controlar la actividad del solicitante de forma que solo se solicitan medidas óptimas.”

⁴³³ Pode-se afirmar, contudo, que “no está claro que el Estado siempre pueda hacer algo para evitar solicitudes no-óptimas”.

⁴³⁴ “Una segunda alternativa es regular la tutela cautelar de forma que solo puedan obtenerse medidas cautelares en casos en que el solicitante vaya a poder hacer frente a los daños que puede causar la misma. En concreto, ello puede hacerse restringiendo los sujetos que pueden solicitar medidas, el tipo de medidas cautelares que pueden pedirse, o los casos que pueden solicitarse.”

⁴³⁵ Nada obstante, o Tribunal Constitucional da Espanha entendeu que os beneficiários de gratuidade da justiça não teriam direito a ficar isentos de caução (STC, Sala 2ª, 202/1987). No mesmo sentido, Manuel Ortells Ramos afirma que “no está exento de prestar caución el solicitante de medida cautelar que tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita” (*Las medidas cautelares*, cit., p. 185).

Há alternativas sugeridas também pela doutrina espanhola para essas hipóteses:

- 1) isenção de caução e previsão de que a reparação de danos será feita pelo Estado;
- 2) obrigação do Estado prestar caução em tais casos, o que estaria implícito na garantia de acesso gratuito à justiça;
- 3) não isentar, mas reduzir a caução;
- 4) instituição de um seguro obrigatório de responsabilidade derivada da tutela cautelar.

Nos dois primeiros casos, pode-se afirmar que a caução, a ser suportada por outrem que não o requerente, a par dos prejuízos que causaria ao erário público, não funcionaria como mecanismo preventivo de solicitação de medidas não ótimas.

Sua redução, por outro lado, implicaria em que não seria suficiente para indenizar e tampouco serviria de incentivo para que não se propusessem medidas não ótimas.

Quanto ao seguro, dependeria crucialmente da capacidade do segurador de determinar a probabilidade de que o autor tenha razão e de calcular o risco que estaria assegurando, o que causaria bastante dificuldade, porque não se tem dados suficientes dos riscos em tais casos e as incertezas que rondam as tutelas urgentes tendem a reforçar a crença das seguradoras de que não são capazes de assegurar esses riscos.

Enfim, a caução funciona sob o aspecto de evitar que se adotem medidas não ótimas e de permitir indenização daquelas que causem danos,

mas impede a concessão de medidas ótimas todas as vezes em que o solicitante não tenha condições de prestar caução.

Pode-se sugerir uma outra alternativa, a ser utilizada não apenas para os beneficiários da justiça gratuita, mas também para as hipóteses em que o requerimento de tutela de urgência seja feito pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, quando estejam atuando como autores.

Para essas hipóteses, poderia ser criado um fundo, cujos recursos viriam de um percentual das custas judiciais. As custas judiciais deveriam, destarte, reverter integralmente para o próprio sistema judicial e garantir-lhe um bom funcionamento.

Feito o pedido de tutela urgente e determinada a prestação de caução pelo hipossuficiente ou pelo Ministério Público, seria oficiado a esse fundo para reserva de numerário no valor disposto pelo juiz a título de caução. Em havendo, posteriormente, reconhecimento do dever de indenizar, poderia ser expedida requisição judicial para que aquele montante venha para os autos.

Com isso, não se impede que o hipossuficiente usufrua das tutelas de urgência, quando necessárias, mas também não se rompe o equilíbrio que deve haver entre as partes, evitando ao autor o dano decorrente da demora inerente e exagerada da tutela principal, sem que se cause prejuízo irreparável ao requerido, visto que a concessão da medida se dá, em regra, mediante mero juízo de probabilidade, e muitas vezes antecedendo o contraditório.

CAPÍTULO 15 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

15.1 Definição

Cuida-se de princípio que embora não expresso na Constituição Federal, nela encontra acolhimento. Em sede infraconstitucional, foi positivado.⁴³⁶

Para alguns, é desdobramento do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF). Para outros, sua fonte está no Estado Democrático de Direito.⁴³⁷

O princípio, narra Canotilho⁴³⁸, dizia primitivamente respeito ao problema de limitação do Poder Executivo, sendo considerado medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Com esse sentido, a teoria do Estado o considerava, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, que depois acabou sendo inserida no direito administrativo português como princípio geral do direito de polícia, também conhecido como princípio da proibição de excesso.

Proporcionalidade encerra conceito jurídico indeterminado, razão pela qual apresenta acentuada capacidade expansiva⁴³⁹ e de assimilar novas realidades sociais.

⁴³⁶ A Lei n. 9.784, de 19.01.1999, dispõe no *caput* do artigo 2º: “A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

⁴³⁷ Adepto desse entendimento é Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 396).

⁴³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 266.

⁴³⁹ Por essa razão, “no campo do processo civil, sua aplicação se justifica em muitos setores para evitar excessos ou para que o juiz, diante de valores em conflito, faça uma avaliação dos interesses em jogo para dar preferência a um ou outro” (LOPES, Maria Elizabeth Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, cit., p. 79).

Traduz a idéia de liberdade e limitação, de atuar dentro de limites, vedados excessos.⁴⁴⁰

Proporcionalidade, enfim, encerra:

“(...) a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais eqüitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou posituação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos. A idéia (ou o ideário) da proporcionalidade persegue, assim, a justa e equânime distribuição de ônus e encargos, e também de bônus e vantagens, nos incontáveis contextos de disputas, litígios e concorrências intersubjetivas.”⁴⁴¹

Em havendo dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, a adoção do critério da proporcionalidade permitirá concluir qual deles prevalecerá.

É preciso anotar que:

“A perfeita compreensão do princípio da proporcionalidade torna patente a sua importância para a efetividade do processo. Com efeito, na medida em que o juiz, ante tensão conflitiva de princípios, procede à avaliação dos interesses em jogo e adota a solução mais adequada à *fattispecie*, estará certamente contribuindo para a efetividade da tutela jurisdicional. É que a efetividade da

⁴⁴⁰ “O que é proporcional é esteticamente belo e substancialmente justo. Proporcionar ou proporcionalizar significa harmonizar, acomodar, adaptar. Vale dizer, a proporcionalidade constitui a medida que agrada e convence. Ao contrário dos extremos, ela conduz ao equilíbrio, e, portanto, surge como a opção mais acertada da conduta humana. Conhecida a consagrada frase clássica que não se abatem pardais disparando canhões, exatamente porque tal conduta seria desproporcional e levaria ao absurdo.” (ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65).

⁴⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 199-200.

tutela jurisdicional não deve ser vista exclusivamente sob a perspectiva do autor, mas também da do réu, uma vez que a ação, garantia constitucional, tem caráter bilateral.”⁴⁴²

A utilização, portanto, da técnica de interpretação da proporcionalidade implica na ponderação dos interesses, afastando-se o conflito das normas de igual hierarquia, buscando uma interpretação que resulte no menor prejuízo possível.

O campo de aplicação mais importante do princípio é o da restrição de direitos, liberdades e garantias por atos do Poder Público, mas no domínio lógico de sua aplicação, afirma Canotilho⁴⁴³, estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie.

É postulado nuclear que deve ser observado na elaboração e na aplicação de regras jurídicas.

Assim, a consagração do princípio da proporcionalidade deve ser garantida em qualquer Estado de Direito e orientar o legislador quando formula preceitos legais, bem como não pode deixar de ter clara influência sobre o juiz, em especial na aplicação e interpretação das tutelas de urgência.

A doutrina brasileira acolhe o princípio da proporcionalidade, embora não conste expressamente de nossa Carta Magna. Divergem os autores, entretanto, quanto ao princípio que lhe dá suporte.

⁴⁴² LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

⁴⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 272.

Afirma Francisco Fernandes de Araújo⁴⁴⁴, amparado nos escólios de Willis Santiago Guerra Filho e Karl Larenz, que se trata de um princípio “aberto”, independente dos já normatizados no direito positivo, guindado ao patamar de mais elevado, de princípio dos princípios, para reger os demais. Cuida-se de princípio implícito, fato que não implica em ser dependente de outros, pelo contrário, são os demais que dependem dele.

Suzana de Toledo Barros⁴⁴⁵, por sua vez, diz que o princípio da proporcionalidade tem assento no contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição, aduz, se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Como insistentemente temos afirmado neste trabalho, efetividade e segurança jurídica são direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, razão pela qual devem ser igualmente considerados, quer pelo legislador ordinário, quer pelo aplicador da lei.

Pode ocorrer, contudo, no plano da realidade, o fenômeno de tensão entre eles, razão pela qual se faz necessária a formulação de regra judicial ou legislativa para solucionar o impasse.

⁴⁴⁴ ARAÚJO, Francisco Fernandes de, *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*, cit., p. 80.

⁴⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 95.

Os princípios correlacionam-se e interagem. Ocorrendo colisão de princípios, deve ser feito um juízo de ponderação, escolhendo-se qual será o preponderante no caso concreto.

Como bem anotou Teori Albino Zavascki:

“Considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente colidentes, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles. O certo é que – isso é o que importa salientar nesse momento – qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca de concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente uma limitação de um em benefício do outro.”⁴⁴⁶

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma Canotilho⁴⁴⁷, pode ser entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Cuida-se, portanto, de questão de “medida” para se alcançar um fim. Pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. É nesse sentido que nos referimos às tutelas de urgência proporcionais.

Há que se anotar, por oportuno, a existência de uma outra tese que, ao contrário da supracitada, que fala em conflitos de direitos fundamentais, denomina-se não conflitualista e entende que os direitos fundamentais não entram em conflito, porque convivem em harmonia, que se descobre analisando a fundo o que requer cada direito.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Repertório de jurisprudência e doutrinas sobre liminares*, cit., p. 83.

⁴⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 270.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. loc. cit., nota de rodapé 306.

Em havendo antinomia de princípios, não é possível extirpar um deles do sistema, adverte Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴⁴⁹, que completa dizendo havendo confronto entre normas, uma delas simplesmente deve ser excluída do ordenamento jurídico. Quando, no entanto, são dois princípios, nenhum deles é expulso ou excluído do sistema, devendo haver uma conjugação entre eles; tal não sendo possível, deve ser escolhido o prevalente no caso concreto⁴⁵⁰, o que se faz mais como opção social e política do que como opção jurídica, diante de uma situação substancial.

15.2 Irreversibilidade das tutelas de urgência e o princípio da proporcionalidade

Quando presente o requisito negativo, a irreversibilidade, há que se tomar cautelas adicionais, reservando-se a concessão para hipóteses excepcionais, pois, do contrário, como adverte Giovanni Verde⁴⁵¹, para evitar que a duração do processo possa causar dano ao autor, o deferimento urgente da medida pode causar danos irremediáveis ao interesse do demandado.

Francisco Ramos Romeu pondera:

⁴⁴⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93-94.

⁴⁵⁰ “A questão de ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bem o caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.” (BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, cit., p. 174).

⁴⁵¹ VERDE, Giovanni. Considerazioni sul procedimento d’urgenza. In: PROTO PISANI, Andrea (Coord.). *I processi speciali*: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Napoli: Jovene, 1979. p. 431-432.

“Puede pues pensarse que un determinado principio debe recibir cierto trato preferente bajo ciertas circunstancias pero siguen habiendo otros principios que importan. Si irremedablemente hay que restringir otros principios.Cuál es la mejor forma de hacerlo? El principio de proporcionalidade es otra de las herramientas conceptuales que mayor impacto há tenido en la dogmática constitucional y procesal como instrumento para determinar cuándo la restricción de un principio puede considerarse justificada a la luz de otros principios.”⁴⁵²

A garantia do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal deve ser analisada pela perspectiva do princípio da proporcionalidade, para que não haja abusos ou prejuízos indevidos ao réu, apenas em nome de se assegurar ao autor decisão célere.

É preciso adotar o princípio da proporcionalidade para que se possa distribuir adequadamente os custos do conflito.

Faz-se necessário, destarte, ponderar todos os valores constitucionais aplicáveis, não olvidando nenhum deles, a fim de preservar a Constituição na maior medida possível.

Assim, “o intérprete do direito não pode optar se atende ao não ao princípio da proporcionalidade, pelo contrário, é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica tomada”.⁴⁵³

Conclui-se que o direito às tutelas de urgência não é absoluto por dois motivos: somente devem ser outorgadas mediante a presença de certos

⁴⁵² ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 125.

⁴⁵³ ARAÚJO, Francisco Fernandes de, *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*, cit., p. 93.

contrapesos⁴⁵⁴; assim também, as medidas urgentes que, ao serem adotadas, restringem outros direitos fundamentais, submetem-se ao princípio da proporcionalidade: devem ser idôneas, necessárias e proporcionadas.

Arruda Alvim⁴⁵⁵ narra um caso, em que apresentou parecer nos autos, no qual não se adotaram as cautelas devidas, e a medida concedida foi desproporcional. Em uma ação pública, foi decretada liminarmente a indisponibilidade de bens de uma empresa. O seu capital social era vinte e quatro vezes maior do que o valor do alegado prejuízo que se pretendia ressarcir. Com isso, a medida revelou-se desproporcional e desnecessária, em razão do excesso e, bloqueados os bens, inviabilizou-se a sobrevivência da parte, atingindo-se toda a sua vida e a de seus empregados.

A reversibilidade⁴⁵⁶ também é de rigor. Aceitar que medidas urgentes provisórias sejam irreversíveis é hipótese para lá de excepcional, porque antecipar irreversivelmente é antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender.

Provisoriedade, reversibilidade e imposição de caução são preceitos integrantes das antecipações de tutela, indica Cândido Dinamarco⁴⁵⁷, que preconiza a excepcionalidade da antecipação irreversível, porque implica em tamanha truculência que equivale a aceitar-se o antiisonômico processo civil

⁴⁵⁴ “Sem a adoção de contrapesos como garantias e cauções, desnatura-se a provisão urgente, privando-a da função cautelar”, diz Sergio La China (Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?, cit., p. 160).

⁴⁵⁵ ALVIM, Arruda. Ação civil pública: tutela antecipada: desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência (Parecer). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 105, p. 207-219, jan./mar. 2002.

⁴⁵⁶ “Quando invero il nostro codice parla di provvedimenti idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, vuole evidentemente che tutto l’assetto della situazione sostanziale com essi disposto sia provvisorio e reversibile (...)” (LA CHINA, Sergio, Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza, cit., p. 162).

⁴⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A nova era do processo civil*, cit., 2007. p. 112.

do autor, transgredindo as garantias do devido processo legal e da igualdade das partes. Esse denominado processo civil do autor, aduz, é método antiquado, provavelmente oriundo do sistema das *actiones* romanas e consiste em tratar o processo como se fosse um instrumento de exercício de direitos pelo autor, com outorga de benefícios a ele e despreocupação pela situação do demandado.

Para essas hipóteses, a imposição de caução, na maioria dos casos e em especial naqueles que tenham reflexos patrimoniais, é capaz de reequilibrar a situação, assegurando a recomposição de prejuízos.⁴⁵⁸

O sistema português é expresso quanto à necessidade de adoção do princípio da proporcionalidade em sede de tutela cautelar.

Discorrendo sobre isso, o juiz e doutrinador lusitano João Cura Mariano⁴⁵⁹ afirma que a função meramente instrumental das providências cautelares impõe que sejam as mais adequadas a esconjurar a ameaça para a tutela, sem que possam provocar ao requerido um sacrifício de sua posição consideravelmente superior ao dano que pretendem evitar. Deve o juiz escolher, dentre as medidas possíveis, aquela que se revele mais eficaz para

⁴⁵⁸ Giovanni Arieta afirma que quando os efeitos da antecipação de tutela caracterizam-se por irreversibilidade ou especial dificuldade de reversão ao *status quo*, o poder de impor caução resulta da avaliação comparativa dos interesses. A caução, em casos de irreversibilidade ou antecipação total, reequilibra a situação e garante crédito para eventuais perdas e danos. Essa imposição de caução também pode se dar sucessivamente à concessão da tutela de urgência. Esse poder retardado justifica-se por terem emergido no curso do juízo de mérito, elementos instrutórios ou comportamentos das partes em seguida aos provimentos já concedidos, que se não impõem a revogação da medida, tornam oportuna a imposição de caução à espera da definitiva decisão de mérito (*I provvedimenti d'urgenza*: ex art. 700 CPC, cit., p. 64). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que os riscos decorrentes da irreversibilidade de tutelas antecipadas pode ser afastado ou mitigado em muitos casos com a imposição de caução, garantindo a possibilidade de retorno ao *status quo ante* (*A nova era do processo civil*, cit., p. 100).

⁴⁵⁹ MARIANO, João Cura, *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*, cit., p. 30.

prevenir os prejuízos da demora da tutela definitiva, sem que cause ao requerido prejuízos mais avultados do que aqueles que se pretende evitar. Em suma, afirma, a adequação da medida e sua proporcionalidade são os limites para a sua configuração, estando o desenho de seus contornos abertos à imaginação do aplicador da lei, uma vez que não está limitado pelo tipo de providência pedida pelo requerente.

A irreversibilidade das medidas urgentes, que no diploma processual português tanto assumem feição cautelar quanto antecipatória de mérito, demanda do juiz especiais cuidados.

Assim, tais medidas somente devem ser adotadas quando sejam as únicas capazes de afastar o perigo que ameaça o direito do requerente, e não devem ser decretadas quando o valor dos danos que causam ao requerido sejam consideravelmente superiores aos danos que procuram evitar. Finalmente, pondera, deve o juiz avaliar cuidadosamente a possibilidade de ordenar a prestação de caução pelo requerente, ao abrigo do que dispõe o artigo 390º, n. 2 do Código de Processo Civil lusitano, de modo a garantir a reparação dos danos irreversíveis, eventualmente resultantes da execução da medida cautelar antecipatória.

Evidente manifestação do princípio da proporcionalidade é expressa no direito português, que exige, para a concessão de tutela cautelar, a presença dos requisitos positivos, *periculum in mora* e *fumus boni juris*, mas que obsta o seu decretamento sempre que o prejuízo que ela trouxer ao requerido exceder consideravelmente o perigo que o requerente com ela pretende evitar.

Nesse sentido é o artigo 387º do Código de Processo Civil português, que dispõe que “a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão. A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar”.

O critério limite⁴⁶⁰, outrora, era ainda mais rigoroso, porque rezava que a providência *não seria decretada* se o prejuízo dela resultante excedesse o dano que com ela se pretendia evitar, enquanto agora, afirma José Lebre de Freitas, o tribunal *pode* recusar a providência quando o prejuízo exceder consideravelmente o dano.⁴⁶¹

Trata-se, segundo o autor⁴⁶², de um fato impeditivo que, como tal, compete ser alegado e provado pelo requerido, compreendendo-se que não basta um ligeiro desequilíbrio entre os dois prejuízos, mas o interesse do requerente deve, em princípio, prevalecer sobre o do requerido; para que a providência possa ser recusada, é preciso que haja uma forte desproporção entre o sacrifício a impor ao requerido e a vantagem que o requerente auferirá.

Além de se exigir, portanto, o preenchimento dos requisitos gerais que a lei exige para a concessão da tutela provisória de aparência, o critério limite

⁴⁶⁰ A expressão é utilizada por Arruda Alvim, que afirma: “Diz-se critério limite porque, se concedida a medida cautelar, que é do que trata o legislador português, isso causar um prejuízo maior do que a sua não concessão, à luz desse referencial, não deve o juiz conceder a medida cautelar.” (Tutela antecipatória: algumas noções, contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas, cit., p. 36).

⁴⁶¹ FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil anotado*, cit., v. 2, p. 34. Esse autor, contudo, afirma que a introdução do termo *pode* é enganadora, indica um poder discricionário que seria inadmissível, porque uma vez verificado que o prejuízo do requerido é em muito superior ao do requerente, o tribunal *deve* recusar a providência e, se não o fizer, pode haver recurso do requerido. O *pode*, explica, apenas exprime mal a necessidade de avaliação a ser feita pelo julgador.

⁴⁶² Ibidem, v. 2, p. 34.

inserido na norma do artigo 387, n. 2 coloca-se como um travão⁴⁶³ de decisões formalmente adequadas, porém substancialmente injustas.

O critério limite funciona, portanto, como um requisito negativo. Logo, ainda que verificados os pressupostos positivos, a providência não deve ser concedida se o juiz tiver convicção de que o prejuízo derivado da medida excede consideravelmente o dano que pretende evitar.

Ao juiz incumbe o papel de “fiel da balança”, na ponderação dos interesses em conflito.

Também no sistema de *common law*, que não é objeto de nosso estudo, mas apenas a título ilustrativo, nos informa José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁶⁴ que cabe ao juiz ponderar ante os valores em conflito e decidir em favor daquele mais relevante, dado o perigo de injustiças, ante a possibilidade de, ao final, concluir-se pela improcedência do pedido ou pela desnecessidade da antecipação, o que implica a imposição de ônus e despesas indevidas à parte contrária.

Em suma, para que se preservem as garantias constitucionais das partes, o sistema, ao dispor sobre a concessão de tutelas de urgência, deve prever contracautelas e mecanismos previstos em lei, ou até mesmo de criação judicial, podendo ser citados, dentre eles:

a) necessidade de que sejam efetivamente provisórias as medidas, com disposições específicas e excepcionais para a hipótese de medidas

⁴⁶³ Expressão utilizada por Antonio Santos Abrantes Geraldês (*Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 242).

⁴⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência*: tentativa de sistematização, cit., p. 55.

irreversíveis, que prevejam um rigor maior na sua regulação e obediência ao princípio da proporcionalidade;

2) que as medidas sejam modificáveis, conforme requeiram as circunstâncias e sempre de forma a serem úteis, mas causando o mínimo de restrição possível;

3) previsão de responsabilização pelos danos causados por tais medidas, a caução e o controle judicial da ocorrência dos respectivos pressupostos para a sua concessão.

Cuida-se de rol não exaustivo. Seria possível o legislador prever outros mecanismos, como, por exemplo, a responsabilização penal em razão do abuso. Tais mecanismos não deveriam ser rígidos, a ponto de se exigir que estivessem presentes em todos os casos concretos. Dependeriam das características de cada caso e dos direitos em conflito, de forma que se escolheriam as contracautelas que parecessem suficientes.

Antonio Santos Abrantes Geraldes⁴⁶⁵ afirma que a atuação do juiz no âmbito dos procedimentos urgentes é das que mais reclamam sua ponderação, bom senso, equilíbrio, a justa medida que permita estabelecer a melhor composição dos interesses conflitantes, sem graves riscos de prejuízos para o requerido, mas também sem excessivos receios de proferir decisão total ou parcialmente favorável ao requerente. Deve evitar, outrossim, completa, que a decisão, qualquer que seja, agrave o litígio entre as partes, o que pode acontecer tanto com a concessão de uma providência materialmente injustificada, quanto pela sua denegação desarrazoada.

⁴⁶⁵ GERALDES, Antonio Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 242.

Para evitar os abusos e danos ao adverso, Calmon de Passos⁴⁶⁶ afirma que o sistema tem mecanismos adequados, embora na prática acabem sendo relegados pelos aplicadores do direito, mas salienta que a tutela cautelar, por exemplo, apenas deveria ser concedida quando fundamentada sua indeclinabilidade, ou seja, se não concedida a providência principal almejada, se torna inócua. A sua concessão *inaudita altera parte*, por sua vez, é tão drástica, já que violenta o princípio da bilateralidade, que apenas deveria ocorrer se, cientificada a parte contrária, a medida se frustrasse, como prevê o artigo 804 do Código de Processo Civil. Acrescenta com precisão: “Assim, por força do princípio da proporcionalidade, os dois princípios em conflito – o da bilateralidade e o da efetividade da tutela – precisam ser sopesados, dando-se prioridade àquele que não pode ser sacrificado provisoriamente sob pena de inviabilizá-lo”. E mais, quando há risco de lesão para a pessoa ou patrimônio que vai sofrer ingerência, deve o magistrado obedecer aos ditames processuais que determinam a prestação de caução por aquele a quem a medida beneficia. Há que fazer consignar ainda as razões de seu convencimento, em razão do dever de fundamentar as decisões judiciais, porque seu poder não é arbitrário e tampouco discricionário⁴⁶⁷, exercitável apenas quando presentes os pressupostos que a ordem jurídica estabelece.

⁴⁶⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Até quando abusarás, ó Catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional, cit., p. 232.

⁴⁶⁷ Não se trata de poder discricionário do juiz, afirma Athos Gusmão Carneiro, “não obstante o uso da expressão ‘poderá’ no *caput* do dispositivo legal. O ato discricionário, de frequência imensa na atividade administrativa, envolve opção entre duas ou mais soluções igualmente válidas e legítimas. Já o magistrado, no exercício da jurisdição, analisará os fatos do processo, como postos pelas partes e como decorrente das máximas da experiência e do *id quod plerumque accidit*, e sob o princípio da persuasão racional, dirá se, na hipótese, ocorreram ou não os requisitos de concessão da tutela antecipada: se ocorreram, terá o dever de deferir o pedido de antecipação, fundamentando devidamente sua decisão; se não ocorreram, cumpre-lhe denegar o pedido, em provimento igualmente fundamentado. Não se cuida, pois, de faculdade do juiz, ou poder discricionário (...)”. (*Da antecipação de tutela*, cit., p. 21).

Também nesse sentido, Germán Jorge Barbieri⁴⁶⁸ afirma que em se tratando de medidas autosatisfativas irreversíveis, cujo objeto pretendido está destinado a consumir-se pelo uso do peticionante, tal como pagamento de verbas laborais, que têm caráter alimentar e, portanto, destinam-se a consumir-se no momento de sua entrega, ou se se tratar de uma obrigação de fazer, é procedente a solicitação de contracautela.

Referindo-se expressamente à proibição de antecipação de tutela em situações irreversíveis, no sistema brasileiro e no projeto argentino, que impõe apenas excepcionalmente a prestação de caução, afirma que ambas as normas pecam pelo excesso, a brasileira por rechaçar a possibilidade de concessão quando houver irreversibilidade e o projeto argentino ao impor a caução apenas excepcionalmente. Conclui, então, que *“por lo tanto, el punto medio está dado por la exigencia de una contracautela que se encuentre en relación lógica con lo peticionado y con la irreversibilidad del anticipo”*.

Em suma, a proporcionalidade deve ser rigorosamente observada.

A medida urgente que se adote deve ser proporcional e razoável, ou seja, idônea para proteger o direito do requerente, necessária no sentido de que não exista outra medida igualmente eficaz para proteger tal direito, que seja o menos onerosa possível ao requerido e, por fim, proporcional, no sentido de que, ponderando os danos que a medida evita ao autor e os que causa ao réu, não cause mais danos ao demandado do que os que evita ao demandante.

⁴⁶⁸ BARBIERI, Germán Jorge, Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas em relación al anteproyeto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil, cit., p. 408.

15.3 Irreversibilidade recíproca

Em certas hipóteses, pode-se verificar que a irreversibilidade é recíproca. Assim, concedida a tutela de urgência, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado.

Athos Gusmão Carneiro⁴⁶⁹ menciona exemplos: duas associações automobilísticas pretendem disputar competição num mesmo autódromo, no mesmo dia e horário. Decisão em favor de qualquer uma delas será irreversível com relação à outra, salvo eventuais indenizações por perdas e danos. Também para a hipótese de apreensão, na alfândega, de certo gênero alimentício perecível, para que seja submetida a exame sanitário. A concessão em favor do importador implicará comercialização sem essa precaução. A não concessão acarretará seu perecimento. Portanto, ambas as situações são irreversíveis.

Fritz Baur⁴⁷⁰ também se refere a essa irreversibilidade recíproca, afirmando que há casos em que o indeferimento da medida cautelar postulada por uma das partes repercute de maneira precisamente igual que uma medida cautelar conseguida pela outra parte, justificando que, em tais casos, ao contrário do que se preconiza para as hipóteses de deferimento (responsabilidade objetiva pela mera concessão e efetivação da medida), não haveria possibilidade de se reclamar ressarcimento dos danos originados pela circunstância do autor não ter obtido a medida.

⁴⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Da antecipação de tutela*, cit., p. 87.

⁴⁷⁰ BAUR, Fritz, *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 154.

Para essas hipóteses, também será preciso confrontar benefícios e malefícios na concessão ou denegação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

15.4 Princípio da menor restrição possível e providências requeridas *inaudita altera parte*

Uma tutela urgente proporcional será também a que observa o princípio da menor restrição possível.

Em se tratando de tutelas de urgência baseadas em *periculum in mora*⁴⁷¹, para determinar a extensão da providência, deve o juiz observância fiel ao princípio da menor restrição possível, porque uma vez que há limitação ao direito fundamental de segurança jurídica, a concessão de tutela de urgência somente será legítima se deferida no limite estritamente necessário à salvaguarda de outro direito fundamental considerado prevalente.

Essa preocupação foi observada pelo legislador nacional, quanto à tutela cautelar, ao dispor, no artigo 805 do Código de Processo Civil⁴⁷², que a medida adequada deve ser a menos onerosa ou gravosa ao requerido. Também

⁴⁷¹ Insistimos em fazer tal distinção porque as tutelas antecipadas concedidas em razão de incontrovérsia ou abuso de direito de defesa conduzem a julgamentos com muito mais segurança do que aquelas baseadas apenas no *periculum in mora*. Tanto é assim que, em curso realizado na Escola Paulista da Magistratura, versando sobre direito de família e sucessões, chegou-se à seguinte conclusão: “A antecipação de tutela com base em parcial incontrovérsia da demanda (art. 273, § 6º do CPC) não se sujeita ao óbice do perigo da irreversibilidade (art. 273, § 2º do CPC) e constitui forma de (parcial) julgamento antecipado do mérito.” (DOJ, Caderno 1, Parte I, de 03.08.2006).

⁴⁷² “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”

assegurou os interesses do réu, no âmbito do processo cautelar, ao admitir a possibilidade de concessão de caução substitutiva.

Ainda nesse sentido, visando a menor restrição possível, para definir quando será antecipada a tutela de mérito ou concedida a medida cautelar, “o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário”.⁴⁷³

Pode-se concluir, destarte, que a concessão de medidas urgentes *inaudita altera parte* deve ser excepcional.⁴⁷⁴

Quanto a esse aspecto, é preciso tecer mais considerações.

A concessão de medidas de urgência antes do contraditório deve ocorrer excepcionalmente⁴⁷⁵, ou seja, apenas quando estiverem presentes uma das seguintes situações:

a) esteja presente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação em um estado de necessidade processual de segurança, que não se

⁴⁷³ Nesse diapasão: ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 155.

⁴⁷⁴ “Se a efetivação da medida cautelar *inaudita altera parte*, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizam a concessão da medida.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Medida cautelar, dano e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 71).

⁴⁷⁵ “A lei permite, excepcionalmente, que se defira o pedido de medida cautelar *non audita altera parte*. Não dispensou afirmação e prova do motivo; não dispensou, portanto, o elemento de convicção. Se a medida, ouvida a outra parte, se tornaria ineficiente, tem ele por si o artigo 804. (...). Não se desatenda a que a lei supõe cognição, incompleta sim, mas, em todo caso, cognição. Não lhe apraz prodigalizar medidas cautelares.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 70).

concilie temporalmente com qualquer outra dilação temporal, ou seja, independentemente de má-fé ou dolo do réu, a situação não comporta qualquer espera, sem que haja *periculum damnum irreparabile*;

b) a outra hipótese que autoriza a concessão é aquela em que há presunção de que a citação do réu poderá dele acarretar comportamentos que venham a frustrar os objetivos da cautela concedida.⁴⁷⁶

Na lição de Pontes de Miranda: “As ações do artigo 804 somente se processam *non audita altera parte* se a urgência ou outra razão é tal que seria ineficaz a sentença assecurativa.”⁴⁷⁷

Fora dessas hipóteses, não se justifica a concessão *inaudita altera parte*.⁴⁷⁸

É nas providências concedidas sem contraditório prévio que mais se recomenda a imposição de caução pelo juiz.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Sérgio Sahione Fadel afirma que a concessão de medida liminar em processo cautelar, sem ouvir a parte contrária, ou seja, *inaudita altera parte*, só se justifica se a citação do réu trazer o justo receio de que este frustre a eficácia da medida. Por isso mesmo, aduz, deve o requerente, mais que ordinariamente, fundamentar o seu pedido, bem como explicitar as razões que o levem a temer a provável ineficácia da medida, se dela tiver conhecimento prévio o requerido (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 661).

⁴⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 12, p. 73.

⁴⁷⁸ Alcides Munhoz da Cunha afirma que “se não existe esse perigo de frustração dos objetivos da cautela, não se justifica sua concessão *inaudita altera parte* com base em ato discricionário do juiz, que então será abusivo e poderá implicar responsabilidades funcionais (...)” (*Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar*, arts. 796 a 812, cit., v. 11, p. 695).

⁴⁷⁹ Nesse diapasão: GERALDES, Antonio Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 324.

Ora, sendo o contraditório a regra, apenas em situações excepcionais deveriam ser concedidas medidas lastreadas em cognição sumária sem que previamente se tenha ouvido a parte contrária.⁴⁸⁰

Essa é a regra no processo cautelar, expressa no artigo 804 do Código de Processo Civil, embora, como alerta Calmon de Passos⁴⁸¹, a liminar sem audiência da parte contrária (sem risco de ineficácia) é moeda corrente em nossos pretórios.

Também para as hipóteses de antecipação de tutela, recomenda Arruda Alvim⁴⁸² que se respeite, como regra, o princípio da bilateralidade da audiência, e, ainda que se possa satisfazer o autor antes daquele que seria o momento normal, isso somente deve ocorrer desde que respeitados determinados limites em relação à posição do réu. Apenas quando o juiz verificar que ouvir a parte contrária poderá agravar específica ou concretamente, ou consumir o prejuízo da outra parte, é que se deverá antecipar a tutela sem audiência prévia da outra parte, posposto o contraditório nesse caso.

⁴⁸⁰ Medidas gravíssimas são concedidas sem ouvir a parte contrária e sem permitir qualquer ato de defesa, na maior parte das vezes resultam de decisões fruto de intenções corretas, mas conduzentes a realidades plenas de perplexidades e originadoras de prejuízos, afirma Ney da Gama Ahrends que, por isso, faz um alerta: “É preciso pensar maduramente na questão da prova suficiente, que vai além das vagas e simples afirmações do interessado. A falta ou extrema fragilidade de prova perturba a realização do direito, ao mesmo tempo que lesiona as bases do processo civil.” (O problema probatório das cautelares atípicas, cit., p. 117-118).

⁴⁸¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Até quando abusarás, ó Catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional, cit., p. 232.

⁴⁸² ALVIM, Arruda, Tutela antecipatória: algumas noções, contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas, cit., p. 29.

O Anteprojeto do Código de Processo Civil formulado pelo IBDP, ao qual já nos referimos, traz duas previsões sobre a matéria, sempre reservando a concessão de medida urgente antes da audiência da parte contrária a manifesta urgência.⁴⁸³

Referindo-se ao sistema espanhol, Manuel Serra Dominguez e Francisco Ramos Méndez aduzem que:

*“La discrecionalidad judicial, siempre posible por lo demás, es más peligrosa si cabe en las medidas cautelares en que no existe previa audiencia del afectado por ellas. La falta de contradicción posibilita de tal forma el error judicial, que precisamente para eludirlo exige un estudio más profundo de la cuestión y una sujeción estricta a las normas legales, como representantes de la experiencia jurídica en un momento determinado.”*⁴⁸⁴

A doutrina portuguesa recomenda⁴⁸⁵, nessas hipóteses, cautelas redobradas, porque a falta de intervenção do requerido potencializa um desequilíbrio da balança em benefício do requerente, e é suscetível de acarretar danos mais elevados do que aqueles que o requerente pretende ver acautelados, e que nem sempre são colmatados através do acionamento dos mecanismos de impugnação ou responsabilização.

⁴⁸³ É a seguinte a redação dos artigos 797 e 804, respectivamente: “Nos casos de manifesta urgência e a fim de prevenir dano grave, o juiz poderá determinar a medida antecipatória ou cautelar sem a audiência da parte requerida”; “É lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar, de plano ou após prévia justificação, nos casos de manifesta urgência ou quando for provável que o requerido, sendo citado, possa torná-la ineficaz. Parágrafo único - O juiz pode determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória, em valor arbitrado de plano e capaz de garantir o ressarcimento dos prejuízos que o requerido possa vir a sofrer; nas medidas que possam afetar o erário ou o patrimônio público, a concessão fica condicionada à prestação de caução ou contracautela idônea.”

⁴⁸⁴ SERRA DOMINGUEZ, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 93.

⁴⁸⁵ GERALDES, Antonio Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, cit., p. 240.

Também na Itália, os *provvedimenti d'urgenza* concedidos sem ouvir o réu foram reservados para casos de excepcional urgência.⁴⁸⁶

Na Argentina, o Código de Processo Civil da Província de Rio Negro traz regra que prevê que todas as medidas cautelares são decretadas sem ouvir a parte contrária (art. 198)⁴⁸⁷, mas sob responsabilidade de quem a requer e sempre com a prévia prestação de caução para cobrir todos os custos e eventuais prejuízos (art. 199).⁴⁸⁸

No projeto de Código de Processo Civil e Comercial da Província de Buenos Aires, a concessão de antecipação de tutela⁴⁸⁹ não se pode dar sem prévio contraditório. O artigo 66 do projeto estabelece que o juiz designará audiência urgente, para a qual serão citadas as partes interessadas⁴⁹⁰. Ainda que em cognição sumária, será preservado o contraditório.

A tutela autosatisfativa, da mesma forma, foi concebida doutrinariamente naquele país para ser concedida sem que se ouça

⁴⁸⁶ “Art. 697 - In caso d'eccezionale urgenza, il presidente del tribunale (il pretore) o il conciliatore può pronunciare i provvedimenti indicati negli art. 694 e 695 con decreto, dispensando il ricorrente dalla notificazione alle altre parti; in tal caso può nominare un procuratore, che intervenga per le parti non presenti all'assunzione della prova. Non oltre il giorno successivo, a cura del cancelliere, deve essere fatta notificazione immediata del decreto alle parti non presenti all'assunzione”. As normas do artigo 689 e seguintes são aplicáveis aos provimentos de urgência, no que couber, por força do que reza o artigo 702 do Codice di Procedura Civile 2000.

⁴⁸⁷ “Artículo 198 - Cumplimiento y recursos. Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.”

⁴⁸⁸ “Artículo 199 - Contracautela. La medida precautoria solo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208.”

⁴⁸⁹ É bom recordar que a antecipação de tutela não está positivada nesse país, mas desde 1998 o mais alto tribunal dessa nação incorporou esse ideário, fazendo-o com amparo na medida cautelar inovativa, o que não altera o mérito de se reconhecer que está aberto a novas propostas, que são respostas a necessidades de seus jurisdicionados.

⁴⁹⁰ “El juez designará audiencia en caracter de urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.”

previamente a parte adversa. Um de seus idealizadores, contudo, pondera que *“además – y apartándonos un tanto de nuestros planteos iniciales – hoy creemos que si bien la regla es el despacho ‘inaudita et altera pars’ de la medida autosatisfactiva puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente puede arbitrar alguna surte de módica sustanciación previa”*.

A caução, todavia, será dispensada quando a medida for requerida pela nação, província, uma de sua repartições, a municipalidade ou pessoa reconhecidamente abonada, bem como por aqueles que litigam sob os auspícios da gratuidade da justiça (art. 200).⁴⁹¹

Há previsão de responsabilidade pelo atuar com excesso ou abuso de direito (art. 208).⁴⁹²

Não se desconhece que em tais casos não há propriamente negação ao princípio do contraditório, mas apenas diferimento.

A concessão indiscriminada de medidas urgentes *inaudita altera parte*, contudo, não se justifica e deve ser reservada para situações excepcionais, porque a revogação da medida, depois de ouvido o réu, não é medida tão célere e pronta como se pretende fazer crer.

⁴⁹¹ “Artículo 200 - Exención de la contracautela. No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1. Fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada. 2. Actuar con beneficio de litigar sin gastos.”

⁴⁹² “Artículo 208 - Responsabilidad. Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1º, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abuso o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado.”

A regra do artigo 804 do Código de Processo Civil, que determina que nesses casos o juiz pode exigir a prestação de caução, deve ser aplicada para abranger todo o sistema de tutelas de urgência, o que ademais parece ser uma tendência.⁴⁹³

Ainda preservando a harmonização dos princípios da efetividade e da segurança, é preciso observar atentamente a estrita necessidade da medida.

Dessa forma, se a tutela de urgência apenas pode servir ao autor quando concedida de forma definitiva (por exemplo, tutelas declaratórias e constitutivas), não haverá utilidade alguma na antecipação provisória.

⁴⁹³ O projeto de estabilização da tutela antecipada (Projeto de Lei do Senado n. 186/2005), de autoria do Senador Antero Paes de Barros, com redação elaborada por comissão constituída por Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque, acrescenta o parágrafo ao artigo 273 do Código de Processo Civil, determinando que a concessão de antecipação de tutela sem ouvir a parte contrária somente ocorrerá em caso de extrema urgência ou quando se verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz. De qualquer forma, ainda que não constasse tal disposição, seria suficiente que se preconizasse a aplicação do artigo 804 à disposição, que estabelece que se aplicam ao procedimento previsto no artigo 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 16 – EQUILÍBRIO ENTRE SEGURANÇA E CELERIDADE

16.1 Segurança ou celeridade?

A doutrina clássica, ao construir o procedimento comum, ordinário, de cognição plena e exauriente, optou por dar prioridade ao valor segurança, em detrimento da celeridade.

A descoberta da verdade e a segurança que as relações jurídicas precisam para se desenvolverem levaram à ordinarização, ao banimento dos procedimentos de cognição sumária.

Sabe-se, outrossim, que há no procedimento comum um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional.

A tendência contemporânea, contudo, “orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena”.⁴⁹⁴

Cediço que as tutelas de urgência são instrumentos fundamentais para garantir a prestação de tutela jurisdicional efetiva, contudo, é no âmbito dessas medidas que mais dificilmente se consegue alcançar a adequada harmonia entre a busca da efetividade processual e a segurança jurídica (ou, pelo menos, a garantia do direito de defesa).

⁴⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo, *Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 20.

Em se tratando de tutelas de urgência, contudo, é preciso que o Juízo tome uma decisão debaixo de incerteza jurídica, assumindo duplo e inevitável risco: conceder a medida a favor de quem, posteriormente, descubra-se carecer do direito cuja efetividade buscava assegurar com aquele provimento ou, pelo contrário, que se deixe de adotá-lo e depois se apure que aquele que a pleiteava era, de fato, titular do direito que almejava garantir ou obter antecipadamente.

Não se olvide de que nesses casos de tutelas de urgência, as medidas devem ser tomadas rápida e simplificada, sob pena de converterem-se em mera ficção.

Por isso, é de todo oportuna a comparação entre a justiça sumária e a medicina de urgência.

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁹⁵ afirma que as preocupações com a certeza e o ideal puro de alcançar a verdade absoluta, quando excessivas, são fontes de injustiça, que o bom processo deve evitar.

Ele assevera que a fidelidade dos provimentos jurisdicionais à efetiva vontade do direito substancial objetivo, para a solução do caso concreto, demanda energias e tempo, acarretando, portanto, um custo social mais ou menos elevado. A busca de soluções rápidas para pôr fim às angústias e insatisfações das partes traz consigo o risco da imperfeição jurídica.

Diante desse quadro de valores conflitantes a serem preservados, afirma:

⁴⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 312.

“Cumpra à técnica processual (praticada pelo legislador e intérpretes) o delicado trabalho do equilíbrio, na busca empírica de soluções capazes de assegurar a integridade da missão social, sem o risco de distorções jurídicas intoleráveis – mesmo porque a própria função social de pacificar com justiça corre sério risco quando são abandonados os parâmetros depositados no direito substancial. Ao estabelecer o desejado modelo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete não devem estar conscientes do risco que correm ao se afastar do critério de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como meio para as soluções processuais. Inexiste fórmula com validade universal e permanente para esse desejado equilíbrio. Cada sistema processual, em sua individualidade, apresenta o seu equilíbrio e corre os seus riscos, moldados e calculados segundo os ditames de uma relatividade histórico-cultural que é em si mesma dinâmica e nunca se estabiliza em soluções definitivas e universais.”⁴⁹⁶

É necessário, agora, responder à seguinte indagação: havemos de nos contentar, em razão das exigências sociais, com um sistema que abrindo mão da segurança, ceda lugar, pura e simplesmente, à urgência? Aceitaremos, ao contrário, a morosidade como um mal necessário?

A solução está em buscar um ponto de equilíbrio.

Com propriedade, Ovídio Baptista da Silva⁴⁹⁷ aduz que não se pode dizer inteiramente conveniente um sistema cujo ordenamento processual entenda preferível preservar suas formas convencionais de tutela jurídica, sem levar em conta a necessidade de concessão de tutelas imediatas, impostas pela urgência, porque, nesse caso, muito provavelmente a proteção que o Estado venha a conceder será tardia e muitas das vezes inútil; se houver opção de moldar um ordenamento jurídico que ofereça opção imediata e que, portanto, seja capaz de preservar a incolumidade do direito ameaçado de dano iminente,

⁴⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., 1996. p. 229.

⁴⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 18.

cuja existência, contudo, ainda não foi constatada pelo juiz, ele deverá se contentar com a mera probabilidade.

Nenhuma dessas opções, completa, satisfaz plenamente os interesses dos litigantes, em suma, nenhuma delas é isenta de inconvenientes, ou se ganha em segurança e se perde em efetividade, ou se perde em efetividade e se ganha em segurança.

No mesmo diapasão José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁹⁸ insiste em alertar contra a generalização do processo de cognição sumária, como se a segurança jurídica, representada pela garantia do devido processo constitucional, fosse o grande mal do processo moderno. O exagero e a radicalização, afirma, são perigosos, porque levam a soluções fundadas em apenas um dos múltiplos aspectos do problema. O processo civil brasileiro é lento, mas tal deformação não pode ser creditada exclusivamente à possibilidade de ampla participação dos sujeitos parciais durante o procedimento, tentando influir no resultado. Não se pode eleger, conclui, segurança jurídica e garantias do processo como valores absolutos, mas eleger a rapidez, com a conseqüente sumariedade da cognição, como único valor a ser perseguido no processo, não é a solução, merecendo reflexão o alto preço por essa solução extremada, que poderia comprometer a segurança oferecida pelo instrumental estatal de solução de controvérsias. O processo justo não é apenas aquele que permite soluções rápidas, pois esse é apenas um dos valores, havendo outros tão importantes como ele.

A excessiva sumarização do processo de conhecimento, como técnica genérica de luta contra o tempo, pode comprometer as garantias de segurança

⁴⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência*: tentativa de sistematização, cit., p. 271.

de forma inaceitável, sendo ideal, portanto, buscar o equilíbrio entre os valores contrastantes do processo, o que, todavia, não é tarefa fácil.⁴⁹⁹

Ora, não se trata de ser ingênuo a ponto de imaginar o processualista que há uma solução ideal, imune de inconvenientes, mas de se manejar o sistema que contemple tutelas de urgência com responsabilidade e seriedade.⁵⁰⁰

As tutelas de urgência e em especial a tutela antecipada podem ser utilizadas como mecanismo de melhor distribuir o tempo no processo, mas essa distribuição deve ser feita “de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado”.⁵⁰¹

Francisco Ramos Romeu afirma que:

“Precisamente por ello, porque la justicia cautelar exige, en cada caso concreto, una delicada y pronta operación de cálculo presidido por la incertidumbre jurídica, en que el juez debe poderar variables individuales que no se dejan encerrar facilmente en esquemas abstractos, es este un terreno particularmente refractario a soluciones apriorísticas rígidas. La necesaria

⁴⁹⁹ “Da un punto di vista tecnico, tuttavia, non è sempre facile armonizzare fra di loro l’effettività qualitativa della tutela, il carattere sommario della cognizione e l’accelerazione urgente delle forme di tutela provvisoria. Resta fermo il dato, ormai acquisito, che impone assumere quell’effettività, nel settore cognitorio, cautelare ed esecutivo, entro gli schemi del ‘giusto processo’, delineati dalle garanzie costituzionale (cfr. Sui principi, Corte Cost, 28 giugno 1985, n. 190). È pur vero, perche la ‘sommarietà’ esasperata dello stesso procedimento ordinario, nelle aree di tutela (tradizionale piena) dei diritti soggettivi, presenta rischi notevoli, potendo rivelarsi tecnicamente inidonea (se non addirittura contraproduttiva), tanto sul piano garantistico quanto sul piano della giustizia effettiva.” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele, *Lezione sul processo civile*, cit., p. 584).

⁵⁰⁰ José Eduardo Carreira Alvim, tecendo considerações sobre a antecipação de tutela e a agilização da justiça, diz que as alterações processuais, se bem compreendidas e aplicadas, virão a atender plenamente aos reclamos dos jurisdicionados, mantendo-se na vanguarda das modernas legislações processuais, mas apenas terão êxito assegurado se houver, de um lado, postulações responsáveis e, de outro, o exercício de uma jurisdição igualmente responsável, salientando que as modernas conquistas processuais são muitas vezes deturpadas pela sua má utilização prática (*Tutela antecipada*, cit., p. 25).

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme, Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda, cit., p. 28.

*flexibilidad de la justicia cautelar dotar a este campo procesal de un peculiar dinamismo, que propicia la búsqueda incesante de respuestas novedosas.*⁵⁰²

É preciso admitir que a atividade de um juiz, premido pela urgência, faz crescer os riscos do erro judiciário, com perigo de dano.

A função jurisdicional, em especial perante os pedidos de tutelas de urgência, comporta riscos, mas juízes e tribunais devem enfrentá-los.

Serão de todo inconciliáveis segurança-certeza e rapidez-probabilidade?

A conjugação de segurança e rapidez seriam tão inconciliáveis como admitir a quadradura do círculo?

De fato esse tem sido o grande desafio das reformas em todo o mundo, no fornecimento da prestação jurisdicional: conciliar a exigência de presteza aos jurisdicionados com a segurança que requer um provimento jurisdicional.

René Ariel Dotti pondera que é preciso não confundir simplificação do procedimento com supressão de garantias do devido processo legal. A verdade, afirma, não pode ser obtida a qualquer custo, muito menos em holocausto da ampla defesa e do contraditório, que são conquistas da pessoa humana, antes de regras do processo geral.⁵⁰³

⁵⁰² ROMEU, Francisco Ramos, *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*, cit., p. 31.

⁵⁰³ DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda n. 45. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 633.

É preciso buscar e incrementar mecanismos jurídicos para evitar a adoção de medidas de urgência que sejam indesejáveis no sistema, mas que permitam concedê-las quando sejam adequadas em função das circunstâncias sociais e econômicas do pleito, mecanismos como, por exemplo, a responsabilidade civil por danos derivados do pedido indevido de tutelas de urgência, a caução, o controle judicial dos pressupostos para a concessão da cautela/tutela e até mesmo a responsabilidade penal ou sancionatória, em suma, um sistema que contemple medidas de urgência, mas lastreado em controle judicial e responsabilização de quem delas se utiliza.

O sistema, portanto, deve ser dotado de freios e contrapesos efetivos, de forma a repelir o risco de dano causado pela demora do processo e evitar prejuízos a quem não tem que suportá-los, assegurando, ainda, compensação por tais danos, caso venham a ocorrer.

16.2 Sugestão de *lege ferenda* de introdução nas tutelas de urgência de um breve e prévio contraditório

Não se desconhece que há situações de urgência que demandam decisões que não comportam qualquer dilação temporal e tampouco que há outras em que ouvir previamente o réu implicará no comprometimento da medida.

Para essas hipóteses, a lei prevê que é possível a concessão de tutelas de urgência *inaudita altera parte*, conforme se depreende do que dispõe o artigo 804 do Código de Processo Civil e o artigo 881-B, parágrafo 3º do Projeto de Estabilização da Antecipação de Tutela.

Essa regra, contudo, deve ser aplicada exclusivamente para as hipóteses nela previstas.

Não havendo essa especial urgência e tampouco risco de comprometimento da medida pelo réu, é de todo recomendável um prévio e breve contraditório.

Na Itália, visando facilitar o juízo preventivo de verossimilhança, é determinada pelo artigo 117 do Código Processual vigente a realização de um interrogatório informal das partes. Esse interrogatório, livre, não é preordenado para provocar confissão formal, porque essa está contemplada no artigo 116. O livre interrogatório destina-se a que o juiz possa extrair os argumentos de prova, não apenas argumentos de convicção utilizáveis como presunções simples, mas também argumentos de verossimilhança.

Na Alemanha, Fritz Baur⁵⁰⁴, já nos idos de 1967, preconizava esse prévio e breve contraditório para as hipóteses de tutela jurídica provisória antecipatória.

Na França, o *référé* tem esse caráter contraditório. De origem jurisprudencial, está atualmente positivado nos artigos 484, 808 e 809 do Código Processual Civil e em uma série de disposições referentes a diversas jurisdições.

⁵⁰⁴ “Desta sorte, pode-se constatar em muitos casos que a tutela jurídica provisória antecipa a tutela jurídica definitiva, notadamente quando a negociação oral, prontamente estabelecida, proporciona às partes a possibilidade de um ‘diálogo transacional’, com a colaboração do juiz. Em uma visão global mostra-se que, aqui, a tutela provisória cumpre a postulação – sempre reclamada do processo ordinário mas nunca atendida – de uma tutela jurídica célere.” (BAUR, Fritz, *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, cit., p. 18).

Dispõe o artigo 484 do Código de Processo Civil francês que se trata de decisão provisória e concedida após a audiência do demandado. Não produz coisa julgada, deve ser adotada com rapidez⁵⁰⁵ e pode ser executada provisoriamente. Para sua execução, não se faz necessária, obrigatoriamente, a exigência de caução, que contudo poderá ser imposta.⁵⁰⁶

A lei não dispõe qual é o prazo que se assinala ao réu para ser ouvido e, ao invés de estabelecer um prazo mínimo para comparecimento, dispõe que seja um tempo suficiente para que possa preparar sua defesa⁵⁰⁷, podendo a audiência até mesmo celebrar-se em feriados, no tribunal ou na casa do juiz, a portas abertas, como indica o artigo 485.2 do diploma processual. Trata-se do *référé d'heure a heure*.⁵⁰⁸

Seu caráter contraditório o distingue das *ordonnances sur requête*, nas quais o contraditório é postergado. Nessas últimas, há urgência em adotar as medidas e as circunstâncias exigem que se faça sem audiência do demandado.

⁵⁰⁵ Afirma a doutrina que a rapidez é, para os *référés*, um inconveniente e uma vantagem, porque nos tribunais é preciso que juízes elaborem, por dia, uma média de até quarenta despachos, o que diminui o tempo que pode ser consagrado à reflexão (CROSIO, Alain. *Litiges et process: procédures civiles et voies d'exécution*. 2. ed. Paris: Delmas, 1996. p. 121).

⁵⁰⁶ “*Bien plus, cette exécution provisoire a lieu sans que soit réclame au demandeur de fournir une caution; mais le juge des référés peut toutefois subordonner l'exécution provisoire, dans son ordonnance, à la fourniture d'une caution.*” (CROSIO, Alain, *Litiges et process: procédures civiles et voies d'exécution*, cit., p. 122).

⁵⁰⁷ “*Presentada la demanda, en cualquiera de las formas admitidas, habrá de comunicarse al demandado, otorgándole un plazo suficiente (suele considerarse como tal un mínimo de tres días para su defensa). Los debates son orales, y en el curso de los mismos o en fecha próxima a ellos el juez adopta la resolución. Dicha resolución debe pronunciarse públicamente y contener todas las indicaciones propias de las sentencias.*” (VARGAS, Abraham Luis, *Teoría general de los procesos urgentes*, cit., p. 101).

⁵⁰⁸ “*Aux termes de l'article 485 du NCPC, 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 referes peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes. Cependant, 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.*” (CROSIO, Alain, *Litiges et process: procédures civiles et voies d'exécution*, cit., p. 6).

É interessante anotar que na Argentina, adotada como regra a concessão da tutela autosatisfativa sem ouvir a parte adversa, a doutrina⁵⁰⁹ inclina-se, agora, em sugerir que esse prévio contraditório seja feito.

Veja-se que um dos maiores idealizadores das tutelas autosatisfativas, Jorge W. Peyrano⁵¹⁰, decorrido algum tempo da adoção da medida urgente não cautelar, entende que chegou a hora de formular algumas propostas modificativas ao regime inicialmente concebido. São elas, em síntese: fixar prazo de vigência para a medida, porque sua concessão *sine die* poderá causar inconvenientes e, apartando-se de seus planos iniciais, hoje acredita que ainda que a regra seja de concessão da medida *inaudita altera parte*, pode aceitar-se que o tribunal determine alguma sorte de módica sustentação (*sustanciación*) prévia.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Nesse diapasão, Maria I. Riol afirma que “*Y es así que respecto del trámite previo al dictado de una sentencia autosatisfactiva, a mi criterio, no puede faltar un breve contradictorio. Y es que el proceso civil es de partes, basado en el principio de contradicción. Por eso, entiendo que aunque los plazos deban ser brevísimos y reducidas las posibilidades de defensa que permitan al demandado en esta clase de trámite, en aras de no desnaturalizar el instituto, el respeto al derecho de defensa obliga a prever la citación del accionado para que el juez tenga posibilidad de oírlo, y de ese modo, posicionarse mejor al momento de resolver la cuestión.*” (La coza juzgada em relación a las medidas autosatisfactivas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 354). Também no que tange à tutela antecipada na Argentina, Jorge W. Peyrano afirma que seria mais conveniente decretar a sentença antecipatória somente depois de contestada a demanda e transcorrido o prazo para contestar. (Régimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 33.

⁵¹⁰ PEYRANO, Jorge W., Régimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas, cit., p. 33.

⁵¹¹ “*En efecto, si media una fuerte probabilidad cercana de la certeza del derecho la medida podrá disponerse ‘inaudita parte’, de lo contrario deberá preverse algún tipo de sustanciación rápida, compatible con la efectividad de lo pretendido y el carácter urgente de la pretensión.*” (SANTOS, Mabel de los. Medida autosatisfactiva y medida cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 366). A autora complementa, dizendo que as medidas autosatisfativas não devem necessariamente ser concedidas sem ouvir o adverso, reservando-se essa possibilidade exclusivamente para aqueles casos em que existe convicção suficiente, próxima da certeza, a respeito do direito invocado. Como se trata de concessão de medidas diante de cognição restrita, que esgotam o conflito e o resolvem para sempre, ouvir o réu após a concessão pode não ser suficiente para resguardar adequadamente o princípio da bilateralidade e defesa em juízo. Conseqüentemente, sempre que as particularidades do caso permitam, deve ser admitida alguma sorte de audiência rápida e urgente.

Não se trata de audiência de justificação, porque nela não se ouve o réu e tampouco testemunhas eventualmente por ele levadas. Cuida-se de audiência em que o autor busca provar que estão presentes os requisitos para a concessão da medida que pleiteia e que prestigia o prévio contraditório.

Sugerimos que a audiência deva ser breve, designada para data próxima, e na qual terá o magistrado condições de ouvir o réu e escutar as suas razões, verificar documentos por ele juntados e quiçá até mesmo inquirir uma ou outra testemunha, tudo de forma a melhor formar seu convencimento.⁵¹²

Designada essa audiência, distintas situações podem ocorrer:

- 1) o requerido não comparece, embora intimado. Nessa hipótese, o juiz deverá ouvir as informações prestadas pelo requerente, nos moldes da audiência de justificação prévia do nosso processo cautelar. Na seqüência, decidirá;
- 2) não se consegue intimar o réu em tempo hábil. Para essa situação, caso se verifique a extrema urgência do pedido, ouvirá o juiz as razões do autor, também nos moldes de uma audiência de justificação prévia, decidindo em seguida;
- 3) o requerido comparece e, informado sobre o teor da medida postulada, não oferece resistência. O magistrado, destarte, reduzirá a termo o acordo entre as partes, o homologando;

⁵¹² “Entiendo, particularmente, que ayudará más a la labor judicial el hecho de oír, cuando ello sea posible, no solo al peticionante de la medida sino a aquel que, eventualmente, deberá cumplir aquélla (...). Pienso que, por más carácter de urgencia que exijan estas medidas, no debe perderse de vista la circunstancia que el juez debe formarse una convicción respecto de los hechos traídos a debate, lo más completa posible, antes de dictar una resolución.” (RIOL, Maria I., La coza juzgada em relación a las medidas autosatisfactivas, cit., p. 356).

4) o requerido comparece e não concorda com a medida, impugnando-a totalmente, a sua urgência, ou ainda sua irreparabilidade. O juiz ouvirá as razões das partes e colherá brevemente elementos probatórios, decidindo na sequência.

CAPÍTULO 17 – FUTURO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: PROJETOS ITALIANO, ARGENTINO E BRASILEIRO

17.1 Itália: Projeto Vaccarella

O recurso à tutela urgente colocou-se como um remédio à institucional demora do processo ordinário.

Na Itália, como já mencionamos, a Comissão Vaccarella elaborou projeto de lei com reformas ao Codice di Procedura Civile que, dentre as diversas propostas, contempla previsões relativas à rapidez da tutela jurisdicional.⁵¹³

Esse projeto, contudo, pode ser considerado encerrado, porque não foi analisado pelo parlamento na última legislatura.

Os provimentos de urgência, afirma Giovanni Verde⁵¹⁴, na aplicação prática, potencializaram sua atitude de se oferecerem como instrumento de tutela cognitiva ou executiva sumária das situações jurídicas subjetivas, apresentando-se como alternativa ao procedimento ordinário, e não meramente como instrumentais e provisórios.

⁵¹³ Nesse sentido, ver: RICCI, Edoardo F., Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual civil italiano, cit., p. 253-264.

⁵¹⁴ VERDE, Giovanni, Considerazioni sul procedimento d'urgenza: come è e come si vorrebbe che fosse, cit., p. 415.

O artigo 48⁵¹⁵ do referido projeto fixa os critérios a serem atendidos pelo governo na qualidade de legislador. Reza que é preciso prever um procedimento sumário não cautelar, caracterizado por notável celeridade, mas com respeito ao princípio do contraditório, a ser concluído por provimento com força executiva, e que deve ter as seguintes características: ser recorrível; não acobertado pela autoridade da coisa julgada; admissível na forma incidental no curso do processo de cognição plena; apto eventualmente a concluir o processo do qual é incidente.

A primeira impressão que se tem, afirma Edoardo Ricci⁵¹⁶, é de que o procedimento em questão tem natureza antecipatória, embora seja prévio a um eventual procedimento de conhecimento ordinário. Antecipa-se, destarte, a tutela que poderá ser requerida em futuro procedimento de conhecimento.

O pedido antecedente, de qualquer forma, já era admitido pelo artigo 700 do Código Processual Civil italiano, mas tais provimentos antecipatórios perdem sua eficácia se o processo de conhecimento não for iniciado em certo prazo. Em sentido contrário, prevê o artigo 48 do Projeto que fica resguardada sua eficácia, ainda que não venha a existir o procedimento ordinário de conhecimento.

Trata-se, efetivamente, de conceder tutela independente de sentença futura, ainda que sem força de coisa julgada.

⁵¹⁵ “*Del procedimento sommario. I - Prevedere un procedimento sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma nel rispetto del principio del contraddittorio, che conduca all’emanazione di un provvedimento esecutivo: a) reclamabile; b) privo dell’efficacia del giudicato; c) esperibile anche nel corso di un processo a cognizione piena; d) idoneo ad eventualmente definire tale processo.*”

⁵¹⁶ RICCI, Edoardo F., Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual civil italiano, cit., p. 256.

Para Edoardo Ricci⁵¹⁷, parece, então, numa análise mais acurada, que houve um abandono do conceito de tutela antecipada, prevendo-se um rito sumário, alternativo do ordinário, e mediante o qual o autor pode obter nova forma de tutela jurisdicional contenciosa, a formação de título executivo sem autoridade de coisa julgada, reservando-se para o procedimento ordinário a possibilidade de obtenção de todos os efeitos da decisão, declaratórios, constitutivos, e a formação do título executivo.

Tal procedimento de características sumárias permitirá a formação de título executivo retratável, valendo anotar que essa perda de eficácia somente poderá ocorrer se a declaração for provocada.

Essa forma de tutela rápida, no entender de Edoardo Ricci, é uma evolução porque revela haver uma tendência de atenuação e, posteriormente, até mesmo de desaparecimento das exigências que revelavam receio e desconfiança na atuação jurisdicional exercida em tais casos. Dessa forma, a necessidade de demonstração do *periculum in mora* é abandonada pela Commissione Vaccarella, que justifica ser a demora na prestação de tutela no processo de conhecimento sempre intolerável. Também se abandona a convicção de que para as tutelas rápidas seria preciso analisar com severidade a possibilidade de procedência da demanda, o *fumus boni juris*.

Essas exortações da lei, diz Edoardo Ricci, de que o juiz deve ser prudente – como no artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, que exige a verossimilhança da alegação baseada em prova inequívoca – revelam receio, a idéia de que a tutela rápida não deve ser sempre concedida, o que, no Projeto Vaccarella, é abandonado, porque a tutela rápida nada tem de

⁵¹⁷ RICCI, Edoardo F., Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual civil italiano, cit., p. 256.

excepcional e a prudência na concessão da tutela não deve ser diferente, valendo a regra geral de liberdade do juiz. Também com relação à irreversibilidade dos efeitos da tutela concedida, estariam superados os obstáculos, conduzindo o Projeto a uma nova atitude “livre de qualquer receio ou restrição”.⁵¹⁸

Em busca da tutela rápida, admite-se a concessão de medidas irreversíveis, sem necessidade de demonstração de *periculum in mora* e incumbirá ao réu o dever de buscar, em outra ação, a invalidação da decisão concedida.

Esse projeto não vingou, como já consignado.

Há, atualmente, um novo projeto em andamento, denominado Mastella. Esse *disegno di legge* tem por escopo expresso⁵¹⁹ racionalizar e acelerar o processo civil e prevê um procedimento sumário não cautelar, no artigo 702-bis.⁵²⁰

⁵¹⁸ RICCI, Edoardo F., Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual civil italiano, cit., p. 263.

⁵¹⁹ “*Disposizione per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile.*”

⁵²⁰ Nele, em suma, com recurso ao juiz competente para conhecer o mérito, pode ser requerida a pronúncia de ordem de condenação em dinheiro ou entrega de coisas. O pedido contém a exposição dos fatos e dos elementos do direito constitutivo, além da indicação dos meios de prova. O juiz provê com decreto a fixação de audiência marcando um prazo ao litigante para a notificação do recurso e um prazo para a constituição do resistente. Ouvidas as partes, o juiz procede do modo como entende mais oportuno aos atos de instrução indispensáveis e pronuncia ordem de condenação nos limites que entenda verossímeis sobre base dos elementos adquiridos e fatos que são postos como fundamento do pedido e não verossímeis os fatos postos como fundamento das exceções. A ordem de condenação constitui título executivo e título para a inscrição de hipoteca judicial. Com a ordem que define o procedimento sumário, o juiz prevê a liquidação de custas da lide. Contra a ordem é admitido o recurso de reclamação previsto no artigo 669-terdecies. A sentença de condenação é substituída, para todos os efeitos, da sentença que define em primeiro grau o juízo de mérito. Se não iniciada a instrução no prazo de sessenta dias de pronúncia ou da intimação da ordem de condenação ou se o juízo de mérito se extinguir, o ordenamento torna-se irrevogável. No caso de reclamação, o prazo previsto pelo item precedente decorre da publicação ou da intimação do despacho pronunciado pelo juiz da contenda.

17.2 Argentina: tutela autosatisfativa

Na Argentina a tendência de sumarização revela-se galopante.

Assim, ao lado da tutela cautelar e antecipada, há mais uma modalidade de tutela de urgência⁵²¹, em vias de ser inserida no Código de Processo Civil da Nação, mas já em vigor desde 2001 no Código Processual do Pampa, e aceita em todo o país pela doutrina e jurisprudência, com aplicação freqüente pelos tribunais.

Trata-se da tutela autosatisfativa, em que um requerimento urgente é formulado ao órgão jurisdicional e gera uma sentença que, seja de procedência ou improcedência, põe fim ao processo.

A doutrina argentina, de uma maneira geral, afirma que a razão de ser da tutela autosatisfativa está na necessidade básica de se contar com ferramentas verdadeiramente novas, uma tutela diferenciada urgente, para dar respostas eficientes a desafios que não existiam em tempos antigos.

Podemos mencionar as seguintes características da tutela autosatisfativa: trata-se de requerimento urgente, autônomo, de natureza contenciosa, sem trâmite ou com trâmite muito breve, que pode ser disposto pelo juiz; a atribuição de caução é critério do julgador; esgota-se com o

⁵²¹ Há quem sustente que se trata apenas de uma das técnicas de antecipar a tutela. Roberto Omar Berizonce afirma que a tutela antecipatória compreende as duas modalidades: proteção interina e providências satisfativas ou autosatisfativas. Enumera, então, como técnicas de antecipação, as seguintes: a) que proveja uma proteção puramente interina, ainda suficiente para compor no momento, antecipadamente e de modo provisório a lide, antecipando total ou parcialmente o objeto pretendido; b) dispense a tutela de virtualidade definitiva e recaindo sobre o objeto mesmo da pretensão, esgota e consome a lide, tornando inútil a sentença final sobre o mérito, pela irreversibilidade de seus efeitos, análogos ao próprio pronunciamento de mérito, inclusive quanto à sua executoriedade (La tutela anticipatoria en Argentina, cit., p. 147).

despacho favorável; e importa em satisfação definitiva da pretensão deduzida.⁵²²

O grau de urgência do pleito deve ser superior ao presente nas tutelas cautelar e antecipada porque se trata de mecanismo que esgota a necessidade de buscar a tutela jurisdicional em outro procedimento e com aptidão para solução definitiva do litígio.

Nesse diapasão, afirma Ada Pellegrini Grinover:

“Tais medidas, no entanto, são excepcionais, reservadas a situações em que o direito seja suficientemente líquido e certo (como no caso de autorização de transfusão de sangue e os recentes casos de desbloqueios de contas bancárias). Às vezes tais medidas autosatisfativas são obtidas por intermediário de amparo, às vezes como pedido de tutela autosatisfativa mesmo.”⁵²³

A decisão proferida constitui sentença definitiva⁵²⁴ e com potencialidade para extinção do feito, caso não haja impugnação recursal, e com resultado que não é provisório. A impugnação pode ser feita pela via recursal, através de ação declaratória autônoma ou ainda em pedido incidente ao feito, com pleito de efeito suspensivo.

⁵²² “*Constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable inaudita parte y sin previa contracautela, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho. Es asimismo un medio de tutela rápida e extraordinaria, admisible restrictivamente ante la inexistencia de outra vía procesal eficaz.*” (SANTOS, Mabel de los, Medida autosatisfativa y medida cautelar, cit., p. 368).

⁵²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 121, p. 23, mar. 2005.

⁵²⁴ Que de regra é proferida *inaudita altera parte*, violentando, sem dúvida, a garantia do contraditório, caso não possa ser retratada pelo próprio Juízo, após ouvir as razões do réu. Nessa modalidade de tutela, o contraditório apenas se dá, em regra, em grau de recurso, valendo anotar que a execução imediata da sentença, em razão da ausência de efeito suspensivo, requereria especiais cautelas.

Nessa espécie de tutela, “é alta a discricionariedade judicial na apreciação dos requisitos necessários para o seu deferimento”⁵²⁵ e são facultativas a exigência de prestação de caução⁵²⁶ e de haver “*previa sustentación*”.

Cabe ao magistrado determinar as provas necessárias para a formação de seu convencimento, sendo regra a sua concessão, e somente haverá contraditório se o magistrado entender devido.⁵²⁷

Trata-se de tutela de urgência definitiva que se esgota com seu próprio despacho.

Luis Luciano Gardella⁵²⁸, discorrendo sobre o procedimento da tutela autosatisfativa, afirma que para concessão da medida sem ouvir previamente a parte contrária, devem estar presentes os seguintes requisitos:

- a) forte probabilidade de existência do direito substancial;
- b) firme convencimento de que o prejuízo invocado seja irreparável ou iminente;

⁵²⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon. O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 130, p. 74, dez. 2005.

⁵²⁶ “Essa espécie de caução, essencial para o deferimento de uma medida cautelar no ordenamento jurídico argentino, a qual pode inclusive sofrer majoração no decorrer do feito, foi submetida à discricionariedade judicial no processo autosatisfativo.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon, O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino, cit., p. 75).

⁵²⁷ “A bilateralidade, portanto, fica subordinada às necessidades que o caso concreto apresenta, podendo estar ou não presente no processo autosatisfativo, conforme a visão do juiz a respeito da lide posta sob sua apreciação. Destarte, o contraditório direto como princípio basilar do processo civil sucumbe para dar lugar ao binômio autonomia e discricionariedade, fundidas na modelagem do processo autosatisfativo, a fim de outorgar ao julgador poder autêntico na composição da lide.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon, O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino, cit., p. 77).

⁵²⁸ GARDELLA, Luis Luciano. Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 263.

- c) urgência manifesta ou extrema;
- d) que estejam comprometidos direitos subjetivos medulares (por exemplo, vida, saúde física ou psíquica).

Acrescenta ainda que se a prudência recomendar, pode ser exigida contracautela e que se dê vista ao Ministério Público, ainda que por poucas horas. Sugere, outrossim, a realização de uma audiência prévia.⁵²⁹

Essa recomendação de audiência prévia para os casos em que há pedido de tutela autosatisfativa é recorrente na doutrina argentina. Nesse diapasão, afirma Roberto Omar Berizonce:

*“Tales medidas autosatisfactivas no deberían ser decretadas en todos los casos ‘inaudita parte’. El ulterior contralor en via recursiva no parece suficiente, tratándose de propios procesos de cognición restringida, que agotan el conflicto y lo resuelven de una vez y para siempre, desde que excluyen la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.”*⁵³⁰

O que poderia causar certa perplexidade é que em um sistema em que se exige obrigatoriamente caução como um dos requisitos para a concessão de medida cautelar, tenha sido criada doutrinariamente, de início, e esteja em

⁵²⁹ Quanto à audiência prévia, Luis Luciano Gardella afirma que “salvo que la urgencia constriña inexcusablemente, el juez discreto debería inclinarse con máxima preferencia por la audiencia previa: no se olvide que el alma misma del derecho de defensa estriba en alguna posibilidad de contradicción. Esto va dicho en pro del destinatario de la medida. Pero también en favor del peticionario, ya que en la audiencia previa se le posibilitará recoger más datos de apoyo a la solicitud y constituirá una prudente ‘salida’ que evite un esteril rechazo in limine. O sea que, en resumen, todo conduce a enfatizar el recurso a la audiencia preliminar. A esta audiencia se convocará a peticionario y destinatario de la medida, e incluso tal como fue expresado y, si el supuesto lo requiere, al Ministerio Público, al Ministerio Pupilar, a la Defensoria del Pueblo. El destinatario será citado en su domicilio, entendido por tal la casa, oficina, establecimiento, etcétera, donde efectivamente pueda ser hallado. La citación se notificará por cédula con despacho urgente, o por telegrama, o por publicación periodística, o por radiodifusión. La citación contendrá la solicitud formulada por el peticionante de la medida. El único apercebimiento será que en el caso de incomparencia el juez resolverá sin más trámite: otro no cabe, pues en el supuesto comparecer o no consiste no en una carga sino en una mera facultad o potestad procesal, sin consecuencias disvaliosas para quien lo ejerce” (Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva, cit., p. 264).

⁵³⁰ BERIZONCE, Roberto Omar, La tutela anticipatoria en Argentina, cit., p. 168.

vias de ser positivada no Código Processual da Nação, uma modalidade de tutela de urgência *inaudita altera parte*, em que a exigência de caução seja discricionária.⁵³¹

É dizer: para o menos, medida cautelar e antecipação de tutela, exige-se necessariamente caução e, para o mais, a medida autosatisfativa, em que até mesmo se dispensa a propositura de ação subsequente, há discricionariedade quanto à exigência de contracautela.

É fácil, contudo, compreender a razão. Para a concessão de tutela autosatisfativa, exige-se mais do que verossimilhança. É requisito que haja probabilidade, assim entendida como prova de quase certeza. Ora, para um sistema que prevê e dispõe em diplomas processuais civis que quanto maior a verossimilhança menor pode ser a caução, exigindo-se prova bastante convincente para a sua concessão, a caução poderia mesmo ser dispensada. Ademais, tudo indica que se confia no bom senso dos juízes, que saberão verificar quando se faz necessária a caução e farão a necessária regulação antes de conceder a medida, apenas fazendo-o quando houver forte probabilidade da existência do direito.

17.3 Brasil: Projeto de estabilização da antecipação de tutela

No Brasil, o Anteprojeto do Código de Processo Civil, Livro III, cuja proposta tem em vista os estudos relativos à atualização do Código de

⁵³¹ Nesse sentido, Mabel de los Santos afirma que não se faz necessária, como regra, a imposição de contracautela, que somente se exigirá quando a medida for decretada sem ouvir a parte contrária e sem suficiente convicção sobre o direito invocado (Medida autosatisfactiva y medida cautelar, cit., p. 368).

Processo Civil, a cargo da comissão de reforma criada no Instituto Brasileiro de Direito Processual, pretende dispor sobre a matéria tutelas de urgência de forma sistemática e mais uniforme.

Desse anteprojeto consta procedimento de feições sumárias para a solução de litígios de cunho personalíssimo, com características semelhantes ao previsto na Itália pela Comissão Vaccarella e às tutelas autosatisfativas argentinas.

Nesse diapasão, propõe que seja a seguinte a redação do artigo 881-G do Código de Processo Civil:

“Artigo 881-G - Nos processos que versem direito de caráter personalíssimo, deferida e cumprida liminar com eficácia satisfativa, poderá o juiz proferir sentença de extinção do processo (art. 267) sem resolução do mérito.

§ 1º - Caso o autor requeira o prosseguimento do processo, e a parte ré seja pessoalmente citada e não apresente resposta, ou reconheça a procedência do pedido, a decisão concessiva da liminar produzirá efeito da coisa julgada (art. 467).

§2º - Caso a parte ré apresente resposta, o processo terá rito comum.”

Sobre esse artigo, Athos de Gusmão Carneiro⁵³² afirma que é de pensar sua aplicação para, por exemplo, a autorização judicial para a realização de transfusão de sangue contra a vontade de parentes do enfermo por motivos religiosos, realização de aborto para a preservação da vida da gestante, autorização para sepultamento em jazigo específico, medidas que uma vez realizadas, acarretam a perda do objeto do processo.

Trata-se de positivar no ordenamento pátrio forma de tutela satisfativa, mais uma modalidade de tutela de urgência.

⁵³² CARNEIRO, Athos Gusmão, Tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares: esboço de reformulação legislativa, cit., p. 74.

Teríamos, então, três modalidades de tutela de urgência, tal como as classifica Giovanni Arieta⁵³³, que parte da premissa de que nem toda tutela de urgência é cautelar.

A classificação, destarte, engloba três espécies do gênero tutela urgente:

- a) tutela propriamente cautelar;
- b) tutela concedida por meio de preliminares satisfativas, na forma de medidas provisionais do tipo interdital, a serem revogadas ou confirmadas por sentença proferida no processo principal;
- c) formas de tutela satisfativa autônoma, que dispensam a propositura de demanda plenária subsequente a ser intentada por quem obteve a tutela urgente satisfativa.

A hipótese mencionada enquadra-se nessa última mencionada por Giovanni Arieta.

Há disposição, ainda, de que uma vez concedidas tutelas sumárias de urgência, caso não haja impugnação ao pedido pelo réu citado, revestir-se-á da eficácia de sentença definitiva.

Não nos parece, entretanto, que se trate de solução que permita justiça rápida e de boa qualidade.

Podemos apontar os seguintes defeitos e sugerir possíveis soluções:

1. Atribui ao réu propor ação para que possa ser julgado o mérito, numa clara subversão do sistema, tendo em vista que ao autor é que incumbe

⁵³³ ARIETA, Giovanni, *I provvedimenti d'urgenza*: ex art. 700 CPC, cit., p. 80.

formular pedido e fixar os limites da lide. Parece-nos que essa proposta de atribuir ao réu o ajuizamento da ação atenta contra toda a sistemática processual civil em vigor, até porque o estudo do pedido no direito processual civil é feito basicamente do ponto de vista do autor⁵³⁴. Ora, se o conceito de mérito é congruente ao de lide, e se *é o pedido do autor que fixa o mérito*, como, então, diante do sistema vigente, explicar que caberá ao réu propor demanda? Parece-nos que a única explicação plausível seria a de que o autor, na ação antecedente de tutela antecipada, estaria obrigado a formular um pedido de mérito, que ficaria em estado de latência, aguardando provocação do réu. Somente diante da provocação do réu, o pedido seria analisado. Ao réu, então, apenas incumbiria solicitar ao juiz que apreciasse o pedido do autor, já formulado. Assim, toda a sistemática processual seria mantida, as regras sobre ônus da prova ficariam congruentes⁵³⁵. Uma alteração nesse artigo, com maiores esclarecimentos, seria de bom alvitre.

2. O artigo que prevê esse processo de urgência para direitos personalíssimos é lacônico. Não esclarece quais são os requisitos para a sua concessão.

3. Com olhos voltados para o sistema argentino, onde se aplica a tutela autosatisfativa há pelo menos dez anos, e em que já se pensa, antes mesmo de ser positivada⁵³⁶, em algumas reformas, é possível verificar o que deu certo e

⁵³⁴ Nesse sentido também entende Maria Pía Calderón Cuadrado, criticando essa proposta de atribuir ao réu o encargo de ajuizar a ação, preconizado por Proto Pisani. Aduz que “*rigiendo el principio dispositivo no existen mecanismos para obligar al solicitante a iniciar – o continuar – el proceso principal*” (Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares, cit., p. 1.095).

⁵³⁵ “A técnica de estabilização da tutela mediante a inversão do ônus da propositura da ação principal não pode deixar de atentar para a problemática do ônus da prova no caso em que a lei não diferencia as situações de direito substancial que podem ser objeto dessa técnica, o ônus da prova terá que ser pensado conforme o caso concreto, até porque não seria razoável pensar em uma regra universal no sentido de que o ônus da prova sempre recairia sobre o autor da ação principal e o réu da ação de cognição sumária.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, t. 1, p. 120).

⁵³⁶ Apenas está positivada no Código da Província do Pampa.

trazer para o nosso ordenamento uma melhor regulamentação⁵³⁷. Ser prolixo não é melhor solução, mas também não se pode pretender regulamentar de forma tão resumida;

4. Sugere-se, então, a seguinte redação:

“Artigo 881-G - Nos processos que versem direito de caráter personalíssimo, demonstrada a forte probabilidade da existência do direito reclamado, caso seja sua tutela imediata imprescindível sob pena de frustração e não havendo necessidade de tramitação de um processo de conhecimento autônomo⁵³⁸, pode ser concedida a medida postulada, em decisão fundamentada, em regra após ouvir o réu, razão pela qual será designada, com urgência, audiência para esse mister. Somente hipóteses excepcionais autorizarão a concessão da medida *inaudita altera parte*, devendo, nesse caso, o juiz ponderar sobre a necessidade de contracautela, fundamentando a dispensa de sua imposição.

§ 1º - Ainda que a medida concedida seja irreversível, o réu será citado após sua concessão e, apresentando resposta, o feito terá prosseguimento até final sentença, em que se estabelecerá, em caso de improcedência do pedido do autor, indenização para o réu. Não apresentada resposta ou havendo reconhecimento da procedência do pedido, o feito comportará imediato julgamento.

§ 2º - Dependendo das peculiaridades do caso concreto, é possível fixar prazo de término de vigência da medida.”

⁵³⁷ É preciso não olvidar o que aconteceu com a importação do modelo italiano de ação monitória, regulado em vinte e quatro artigos naquele direito e enxertado em nosso Código com apenas um artigo (ainda que subdividido em 1.102, A, B e C), o que gerou problemas e a necessidade constante de se recorrer à fonte para esclarecimentos, o que seria evitado com uma regulamentação um pouco menos concisa.

⁵³⁸ O interesse do postulante deve circunscrever-se a obter a solução de urgência requerida, não se estendendo à declaração judicial de direitos afins.

CONCLUSÕES

1. Como o Estado não aparelha o Poder Judiciário de forma adequada, as modificações legais com escopo de dar efetividade ao processo, introduzidas no Código de Processo Civil, em especial a partir de 1994, encontraram uma Justiça com estrutura insuficiente e ineficiente para a realização do serviço que se propõe a prestar. É ilusório acreditar que a lei, por si só, realize o milagre de fazer a máquina judiciária funcionar adequadamente.

2. Para que possam ser realizadas boas e adequadas reformas processuais, é preciso levar em consideração os caminhos que outros países adotaram para fazer frente e solucionar os problemas que afetam a administração da Justiça civil, que impedem a efetiva proteção dos direitos e a duração razoável dos processos, sem, contudo, cair na tentação de simplesmente recepcionar ou imitar modelos estrangeiros, tomando, então, a cautela de analisar o que é adequado e compatível com o nosso sistema. É necessário verificar, ainda, se o enxerto de norma que tenha dado bom resultado em sistema estrangeiro conjuga-se com o modelo constitucional de processo que adotamos e respeita as garantias processuais das partes.

3. É, portanto, essencial conhecer a evolução dos sistemas processuais civis para que se compreenda o que está ocorrendo nas sociedades contemporâneas e o rumo que tomaram e devem tomar as reformas do direito processual civil.

4. Parece ser irreversível a forte tendência de sumarização no âmbito do processo civil, quer em sistemas alienígenas, como no nacional. Diante disso, é preciso buscar o melhor que se possa extrair dessa tendência,

competindo aos operadores do direito atentar para que não se atropelem as garantias constitucionais e processuais, devendo-se buscar, necessariamente, um equilíbrio entre celeridade e segurança, sob pena de se aniquilar séculos de evolução e estudo da ciência processual, a pretexto de assegurar a tão sonhada efetividade.

5. A excessiva duração do processo que tramita pelo rito ordinário revela-se como justificada razão para que se introduzam no processo civil tutelas jurisdicionais diferenciadas. Essa interminável duração tem inspirado a criação de remédios preventivos e reparadores de várias espécies, normalmente procedimentos especiais e sumários.

6. O procedimento ordinário, embora não se revele muitas vezes o mais adequado, atende a importantes funções que não podem ser ignoradas. Por isso, não tende a desaparecer, mas a ser substituído, em muitas hipóteses, por tutelas diferenciadas ou sumárias *lato sensu*. A tendência é que fique reservado para as controvérsias mais complexas, nas quais se faz necessária a cognição plena e exauriente, devendo ser mantido nos ordenamentos, em razão de dar mais estabilidade às relações jurídicas, por sua aptidão de produzir coisa julgada material.

7. O direito à tutela jurisdicional efetiva impõe ao legislador o dever de instituir procedimentos diferenciados ou técnicas processuais que permitam a realização das disposições do direito material, razão pela qual, no cumprimento desse mister, podem ser criados procedimentos sumários em que há restrição de certas provas ou de determinadas questões, técnicas acautelatórias ou antecipatórias. Os procedimentos de forma sumária podem ser adequados para produzir respostas adequadas e pontuais. A tendência de sumarização está, destarte, em consonância com o postulado constitucional.

8. Aos processualistas incumbe conceber instrumentos adequados para a realização do direito material. A criação de ritos materialmente sumários para determinadas hipóteses é conveniente e não ofende aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, porque ainda que nesses ritos haja limitação às matérias que podem ser alegadas pelo réu em sua defesa, o contraditório pleno poderá ser objeto de outra demanda autônoma.

9. O processo, é cediço, pode produzir injustiças. Processo com duração longa não é necessariamente sinônimo de justiça infalível, perfeita. Contudo, premido pelo tempo, é maior o risco do juiz errar e de serem cometidas injustiças. Por isso, é preciso adotar e efetivamente utilizar os institutos e técnicas processuais de que se dispõem e que venham a ser criados para reduzir essas injustiças a níveis toleráveis, ou a reparar aquelas que forem inevitáveis.

10. A concessão indiscriminada de tutelas urgentes, sem análise adequada e suficiente de seus requisitos, sem a imposição de contracautelas e de efetiva aplicação do regime de responsabilidade, não afasta o perigo de dano, apenas o desloca para a esfera jurídica do réu.

11. Trocar o rótulo de Justiça morosa para Justiça precipitada e inconseqüente não nos parece que será de grande valia.

12. A regulação das tutelas de urgência é um tema que não pode deixar de ser enfrentado. Com a crescente tendência de sumarização e de introdução de tutelas diferenciadas urgentes nos sistemas processuais, não nos parece que se possa prescindir de mecanismo regulatórios, sob pena da desejável harmonia entre efetividade e segurança passar a ser apenas uma ilusão, um ideal nunca alcançado. É preciso, destarte, pensar em mecanismos

e regras que bem permitam ao julgador apreciar e conciliar tais interesses, de forma que se possa pronta e adequadamente resolver, ainda que temporariamente, a situação que lhe é exposta, respeitando, contudo, as garantias processuais e constitucionais dos envolvidos.

13. A imposição de caução prévia na concessão de medidas urgentes que acarretem consequências patrimoniais ao requerido deve ser regra. Sua dispensa é faculdade atribuída ao juiz, que precisa fundamentar, devendo expressar razoavelmente os motivos pelos quais não a estabeleceu, já que o mecanismo visa assegurar o direito da parte adversa de ser ressarcida quanto a prejuízos que lhe sejam indevidamente causados. A imposição de caução, em casos que tais, tem por escopo fazer cumprir o princípio da igualdade, sempre que a pretensão urgente verse sobre bens ou tenha reflexos patrimoniais. Obedece, destarte, à necessidade de estabelecer um contrapeso à postergação dos princípios da bilateralidade e contraditório.

14. A imposição ou não de contracautela não é poder discricionário do magistrado que, verificando que há riscos de ocorrerem danos injustos, deverá exigir a sua prestação de caução. Não pode o juiz optar entre determiná-la ou não.

15. A imposição de caução evita que falhe o sistema de responsabilidade civil e é de todo compatível com esse sistema.

16. Para a hipótese de ser o requerente da medida beneficiário da justiça gratuita, ou o pedido ter sido feito pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, é preciso que se adote um sistema apto a substituir a prestação de caução, sendo razoável pensar na criação de um fundo para essa

finalidade, oriundo de um percentual das custas processuais e destinado a reparar eventuais danos causados.

17. O controle judicial dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência e a responsabilidade por danos causados são mecanismos alternativos e complementares para que se consiga alcançar a tutela de urgência proporcional.

18. Os mecanismos contracautelares e as restrições⁵³⁹ que se façam à concessão de tutelas de urgência, justamente por buscarem a harmonização das garantias constitucionais efetividade e segurança, têm fundamento constitucional, ou seja, são restrições necessárias e impostas pela própria dinâmica dos direitos fundamentais.

19. Submetidas as tutelas de urgência, sempre, ao princípio da proporcionalidade, conclui-se que as medidas devem ser as menos onerosas possíveis.

20. Um sistema processual convive com certezas, probabilidades e riscos. Podemos aceitar, portanto, quando houver razões para tanto, decisões tomadas com base em juízos de mera probabilidade, de verossimilhança, correndo o risco de serem cometidos erros, desde que haja nesse sistema mecanismos aptos para corrigir os efeitos desses possíveis equívocos.

⁵³⁹ Como, v.g., a determinação de que sejam provisórias ou modificáveis. Outras limitações, como a proibição de concessão de medidas de ofício, impostas pelo legislador, não são essenciais, não decorrem de princípio constitucional e podem ser incluídas ou suprimidas pelo legislador ordinário, que o faz de acordo com conveniências que se revestem mais de cunho político do que jurídico.

21. A caução como contracautela não substitui a necessidade de provas *prima facie* para a concessão de medidas urgentes que tenham reflexos patrimoniais, mas supre sua eventual deficiência.

22. Quanto maior a verossimilhança em sede de tutelas de urgência, menor poderá ser a caução, que poderia até mesmo ser dispensada. Quanto menor a verossimilhança, contudo, maior deve ser a caução.

23. A concessão de tutelas de urgência *inaudita altera parte* deve ser providência excepcional, reservada para as hipóteses em que ouvir o réu, ainda que num espaço de tempo bastante exíguo, possa acarretar a ineficácia da medida e, nessas hipóteses, deveria, em regra, ser imposta a caução, fundamentando-se obrigatoriamente a sua não exigência.

24. Ao prever a tutela autosatisfativa, através de ação autônoma, sumária no rito e na cognição (art. 881-G), nos moldes adotados na Argentina, o Projeto do IBDP deveria, aproveitando-se da experiência já vivenciada naquele país, regulamentar a matéria de forma menos concisa e fazer acréscimos nesse artigo. É preciso dispor quais são seus requisitos e limites.

25. Nesses casos, é necessário prever que sua concessão dependerá, em regra, de prévia audiência do requerido, a ser designada em prazo bastante breve. A concessão *inaudita altera parte* deve ser excepcional – reservada para hipóteses de extrema urgência ou risco de frustração –, porque do contrário teremos um processo unilateral, consistente em pedido, concessão da medida satisfativa, extinção e arquivamento. É o sonho de muitos autores, mas com certeza um pesadelo para os réus e para os processualistas que têm consciência da necessidade de serem preservadas as garantias processuais.

26. O artigo 387º do Código de Processo Civil português⁵⁴⁰ consagra regra que aconselha o juiz, desde que presentes a plausibilidade do direito invocado pelo autor e o *periculum in mora*, a conceder a medida pleiteada, salvo se o prejuízo que resultar da providência exceder o dano que com ela se busca evitar. Implica dizer que por vezes a concessão da medida ao autor poderá ser mais prejudicial ao réu do que o prejuízo que advirá ao autor ante sua não concessão. Cuida-se da consagração da aplicação do princípio da proporcionalidade, a exigir a ponderação dos interesses em conflito, e a análise pelo juiz das conseqüências do deferimento. Com isso, evita-se a produção do *periculum in mora* inverso. É regra que deveria, *de lege ferenda*, ser introduzida no ordenamento pátrio.

27. O escopo das tutelas de urgência deve ser o de harmonizar direitos fundamentais, em especial o da segurança jurídica e o do acesso à justiça, mas sem bons mecanismos de regulação isso normalmente não ocorre.

28. Além disso, tais medidas não devem ser vistas pelos aplicadores do direito como remédio para todos os males, porque foram instituídas prudentemente pelo legislador, com expressos pressupostos e salvaguardas, que devem ser criteriosamente observados.

29. A responsabilidade objetiva pelo manejo das tutelas de urgência é justificável, tendo em vista que aquele que tirou proveito do fato causador de dano a outrem deve suportar todos os riscos que lhe são inerentes.

⁵⁴⁰ “A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão. A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.”

30. O sistema brasileiro é adequado ao prever a responsabilidade objetiva. Mais adequado ficaria se fosse efetivamente observada a aplicação de caução para todas as hipóteses em que a medida urgente possa causar danos com reflexos patrimoniais ou indenizáveis, porque a imposição de caução evita que o sistema de responsabilidade falhe.

31. Quando indevidamente concedida tutela de urgência, porque seus pressupostos desde o início não estavam presentes, ou porque não se determinou a imposição de contracautela, quando era possível e adequado fazê-lo, fica evidente que se tratou de erro judicial, que deve ensejar o dever do Estado indenizar o prejudicado com a medida.

REFERÊNCIAS

AHRENDTS, Ney da Gama. O problema probatório das cautelares atípicas. In: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr et al. *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 111-126.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo et al. Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre processo Civil e Garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 145, p. 241-248, mar. 2007.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública: tutela antecipada: desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência (Parecer). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 105, p. 207-219, jan./mar. 2002.

_____. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3.

_____. *Manual de direito processual civil: Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

_____. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

_____. Tutela antecipatória: algumas noções, contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 11-50.

ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 54-75.

_____. *Tutela antecipada*. 5. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il modello costituzionale del processo civile. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênesis, v. 2, n. 4, p. 142-157, jan./abr. 1997.

APICELLA, Guiseppe. *Il procedimento civile sommario*. Milano: Società Editrice Libreria, 1908.

ARAGÃO, Dirceu Moniz Moniz de. *Estudos sobre a reforma processual*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1969.

_____. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, MG, Vitória Artes Gráficas, n. 57, p. 33-90, jan./mar. 1988.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

_____. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. 1999. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 1999.

ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E. Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 37-53.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 CPC*. Padova: Cedam, 1982.

ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos – responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má fé – forma mais adequada de liquidação – indenização fixada pelos índices de ORTN. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 227-237, jul./set. 1985.

_____. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 111-137, jun. 1985.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1976.

_____. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, Imprensa oficial, ano 2, n. 2, p. 205-242, jul./dez. 2001.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

_____. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-430.

_____. A plenitude da defesa no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 149-165.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

_____. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, ano 6, v. 47, p. 309-313, set. out. 1992.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBIERI, Germán Jorge. Reflexiones acerca de las medidas autosatisfactivas em relación al ateproyeto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé redactado por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 401-411.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n.104, p. 101-132, out./dez. 2001.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, p. 97-103, jan./mar. 1995.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001.

_____. Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal. In: DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr et al. *Medidas cautelares: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 111-126.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques: no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203-220.

_____. *Temas de direito processual*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênesis, v. 8, n. 28, p. 286-297, abr./jun. 2003.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BATOQUE, Antonio; ABRANCHES, Antonio César. *Curso de processo ordinário, sumário, sumaríssimo e comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1932.

BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia*. La plata: Platense, 1987.

_____. La tutela anticipatoria en Argentina. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

BIDART, Adolfo Gelsi. El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, p. 100-121, jul./set. 1981.

BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Milano: Giuffrè, 1954.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRANDÃO LIMA, Domingos Sávio. *O procedimento sumaríssimo*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

BUENO, Cássio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

_____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução da obra italiana de 1936 de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

_____. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1995.

CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992.

_____. Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, n. 2, p. 1.806-1.097, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 3.

_____. A crise do processo de execução. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima et al. *O processo de execução: estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. Até quando abusarás, ó catilina?: cautelares e liminares: catástrofe nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n.71, p. 227-233, jul./set. 1993.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n.102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

CAMBI, Eduardo. O procedimento sumário depois da Lei 10.444, de 07.05.2002. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 107, p. 130-135, jul./set. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. Consideraciones sobre el nuevo concepto de furte probabilidad como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia um nuevo principio general de derecho de raíz procesal. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 161-179.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Do rito sumário na reforma do CPC*: Lei n. 9.245, de 26-12-1995. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares: esboço de reformulação legislativa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 140, p. 72-85, set. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *O espírito do Código de Processo Civil*: comentários e críticas. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1974.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Paulo. Formas do procedimento civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11/12, p. 89-100, jul./dez. 1978.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas*: a recomposição do dano. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

_____. A oralidade e a prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, n. 430, p. 232-248, abr./jun. 1939.

_____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffré, 1993 v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Padova: Cedam, 1997. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

CONSOLO, Cláudio. A prò della riscoperta della efficienza guirisdizionale come base del ‘giusto’ processo civile. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100-114.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. Atualizado por Sávio de Figueiredo Teixeira 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *Medidas preventivas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

CROSIO, Alain. *Litiges et process: procédures civiles et voies d'exécution*. 2. éd. Paris: Delmas, 1996.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar, arts. 796 a 812*. Coordenação de Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXVIII, da CF. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Aceleração dos procedimentos. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 894-906.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *A Reforma da Reforma*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda n. 45. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 629-647.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. Porto Alegre: Assessoria Gráfica e Editorial, 1977. (Coleção Ajuris, n. 7).

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1986. v. 2.

FAIREN GUILLÉN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.

FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno, descrita a luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 27-33, jul./set. 1985.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *O novo procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2.

_____. *Introdução ao processo civil, conceitos e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos & Cruz, 2003.

GARDELLA, Luis Luciano. Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 259-270.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aureliano. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 3.

GREIF, Jaime. Las medidas cautelares en América. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 9-96.

_____. Procesos urgentes, anticipación de la tutela, procesos monitórios. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 99-138.

GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação da tutela e sua estabilização In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 214-232.

_____. Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMÁRIO, Faustino. Estudios jurídicos. *Anales de la Univerddad Hispalense*, Sevilla, Univerdad de Sevilla, n. 34, 1978.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. In: REUNIÃO DE PROFESSORES DE DIREITO PROCESSUAL, 9. *El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974. p. 9-30.

HAZARD JUNIOR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 197-218, abr./jun. 2001.

HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. In: ELESBÃO JÚNIOR, Aristóteles Camargo et al. *Tutela de urgência*. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 253-285.

_____. Sumarização do processo e do procedimento. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 17, n. 48, p. 80-109, mar. 1990.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Houaiss: dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría del proceso cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 307-347.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1.

LA CHINA, Sergio. Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?. In: PROTO PISANI, Andrea (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979. p. 151-171.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 265-275.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *O procedimento sumaríssimo*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

LOBÃO, Manuel de Almeida Souza. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

_____. *Tratado pratico compendiario de todas as ações summarias*. Lisboa: Imprensa nacional, 1886. v. 1.

LOPES, João Batista. Depois da reforma. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 43-52, jan./abr. 1996.

_____. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 24-67, jul./set. 1984.

_____. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 134-141.

_____. Reforma do judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 327-342.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, Maria Elizabeth Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a efetividade do processo civil*. 1999. 275 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MARIANO, João Cura. *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Evolución de las medidas cautelares em el proceso civil español. *Debate Procesal Civil Digital*, año 6, n. 14, jul. 2006. Disponível em <<http://www.tribunalmmm.gob.mx/revista/debate14/doctrina2.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

_____. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66.

_____. Medida cautelar, dano e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68-80.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 834, p. 121-139, abr. 2005.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e Execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5, t. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MILHOMENS, Jônatas. *Do procedimento sumaríssimo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONROY PALACIOS, Juan José. Una interpretación errónea “A mayor verosimilitud, menor caución” y viceversa: apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 623-635.

MORELLO, Augusto M. La reforma del proceso civil en Europa. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 755-760.

MUNIZ, Severino. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo: Leud, 1983.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 16. ed. Lisboa: Ediforum, 2001.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000.

OTEIZA, Eduardo. Abusos de los derechos procesales en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, n. 99, p.153-169, jul-set 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da trimendisionalidade do processo. In: WAMBIER, Teresa Celina (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 331-342.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Código de processo civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D. El Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Argentina) y el acceso a la justicia: punto de inflección en la tutela de derechos. Parte I: cosmovisión del proceso. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, n. 15, p. 107-134, jan./mar. 2000.

_____. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 728-754.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 1998.

PETTITI, Louis-Edmond (Coord.). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*: commentaire article par article. 2. éd. Paris: Economica, 1999.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 267-281.

_____. La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: genesis y evolución. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 13-25.

_____. Régimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 27-35.

PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 1976. v. 12.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. Comunicación sobre medidas cautelares. In: REUNIÃO DE PROFESSORES DE DIREITO PROCESSUAL, 9. *El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974. p. 107-130

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela sommaria. In: PROTO PISANI, Andréa (Coord.). *I processi speciali*: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Napoli: Jovene, 1979. p. 309-360.

PROTO PISANI, Andréa (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979.

REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário e sumário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1928.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

RICCI, Edoardo F. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual civil italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 253-264.

RIOL, Maria I. La coza juzgada em relación a las medidas autosatisfactivas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 351-363.

ROMEU, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares civiles: análisis jurídico-económico*. Barcelona: Atelier, 2006.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon. O paradigma comum da tutela de urgência no direito brasileiro e argentino. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 130, p. 65-86, dez. 2005.

SANSEVERINO, Milton. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Mabel de los. Medida autosatisfativa y medida cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 353-376.

SANTOS, Moacyr Amaral. As duas primeiras fases do procedimento ordinário. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, Lex, v. 7, n. 24, p. 13-19, jan./fev. 1973.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: M. Pareja, 1974.

SIDOU, J. M. Othon. A recepção da oralidade no sistema processual brasileiro. Uberaba, MG, Vitória Artes Gráficas, v. 8, n. 31, p. 77-83, jan./fev. 1982.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile: atualidades internacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

_____. *Il nuovo processo cautelare*. Padova: Cedam, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Curso de direito processual civil*. Uberaba, MG: Editora Rio Grande, [198-?].

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 168, p. 35-45, out/dez. 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

_____. Tutela de Segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 22, n. 88, p. 9-30, out./dez. 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ineficiência da administração da justiça e dano moral. In: _____. *Questões práticas de processo civil*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1998. p. 103-107.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VARGAS, Abraham Luis. Teoria general de los procesos urgentes. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 75-156.

VERDE, Giovanni. Considerazioni sul procedimento d'urgenza: come è e come si vorrebbe che fosse. In: PROTO PISANI, Andréa (Coord.). *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979. p. 407-466.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, p. 142-148, jul./set. 1986.

_____. Il rifiuto del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 41-149, jul./set. 2000.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 483-555.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente a multa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 142, p. 7-19, dez. 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

WHITE, Ines Lépori. Apuntes sobre valoraciones legales em la medida autosatisfactiva. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 183-195.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no terceiro milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela nas obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 462-482.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 143-166.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 81-104.