



## A AUTONOMIZAÇÃO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO PROJETO DE CPC

Revista de Processo | vol. 206/2012 | p. 13 - 59 | Abr / 2012  
DTR\2012\2692

### Humberto Theodoro Júnior

Doutor em Direito. Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Advogado.

### Érico Andrade

Doutor em Direito pela UFMG/Università degli Studi di Milano. Professor na Universidade Fumec. Advogado.

### Área do Direito: Civil; Processual

**Resumo:** Com base na perspectiva comparada, em relação ao direito francês e italiano, que preveem a estabilização da tutela, os autores tratam deste instituto no direito brasileiro projetado. Apontam a unificação procedimental entre tutela cautelar e tutela antecipada como sendo uma vantagem do direito brasileiro projetado. Espera-se que, apesar dos problemas inerentes a um tema tão difícil, o novo instituto contribua para dar efetividade ao princípio da razoável duração do processo.

**Palavras-chave:** Tutela cautelar - Tutela antecipatória - Tutela sumária - Cognição sumária - Direito italiano - Direito francês - Unificação procedimental - Tutela de urgência

**Riassunto:** Basato sul diritto comparato, specialmente francese e italiano, che prevedono la stabilizzazione della tutela, gli autori trattano di questa figura nel disegno di legge per un nuovo CPC. L'unificazione dei procedimenti della tutela cautelare e della tutela anticipata è un punto positivo e si spera che, nonostante i problemi inerenti a un tema sì delicato, il nuovo istituto possa contribuire all'effettività del processo.

**Parole chiave:** Tutela cautelare - Tutela anticipatoria - Tutela sommaria - Cognizione sommaria - Diritto italiano - Diritto francese - L'unificazione dei procedimenti - Tutela d'urgenza

### Sumário:

- 1.O MODELO BRASILEIRO DE TUTELA DE URGÊNCIA NO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA À TUTELA DE COGNIÇÃO PLENA - 2.A IDEIA DA AUTONOMIZAÇÃO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA EM FACE DA TUTELA DE COGNIÇÃO PLENA: OS MODELOS ITALIANO E FRANCÊS - 3.A PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A AUTONOMIZAÇÃO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA - 4.CONCLUSÃO - 5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Recebido em: 01.03.2012 Aprovado em: 07.03.2012

### 1. O MODELO BRASILEIRO DE TUTELA DE URGÊNCIA NO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA À TUTELA DE COGNIÇÃO PLENA

O tratamento da autonomização e estabilização da tutela de urgência, ou da assim chamada tutela de cognição sumária no direito brasileiro vigente e sua possibilidade de evolução no âmbito do Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) ora em tramitação na Câmara dos Deputados,<sup>1</sup> exige, primeiramente, que se esclareça, em suas grandes linhas, a distinção básica estabelecida em sede de doutrina entre os modelos de cognição plena e de cognição sumária, modelos que estão por detrás das diferenças havidas entre o tradicional processo conhecimento e nova perspectiva de tutela que ora se apresenta e que pode, genericamente, ser denominada de tutela sumária.<sup>2</sup>

A doutrina italiana destaca que as tutelas sumárias são assim denominadas porque fundadas, antes de tudo, na sumariedade da cognição ou acerto que o juiz opera ao proferir decisões no processo, de modo que a cognição sumária pode apresentar-se sob a forma de cognição incompleta,

quando a decisão se profere com base em atos de um processo ainda em curso, ou de cognição superficial, em que a decisão é baseada em valoração probabilística acerca da existência do direito objeto do processo.<sup>3</sup>

Na mesma linha, a doutrina brasileira aponta que é possível estabelecer-se diferença no âmbito do tratamento da cognição no chamado plano vertical,<sup>4</sup> atinente à profundidade com que as partes e o juiz podem debater e investigar os fatos da causa no processo: se essa possibilidade de debate e exame dos fatos é integral, plena, exauriente, está-se diante da chamada cognição plena, que confere, em tese, maior segurança jurídica no âmbito da decisão e permite a formação da coisa julgada material.<sup>5</sup> É o nosso modelo tradicional de processo de conhecimento, seja pelo rito ordinário, seja pelo sumário.

Já no modelo da cognição sumária, o debate e investigação dos fatos da causa pelo juiz e pelas partes sofrem limitações, de modo que o exame dos fatos é superficial, razão pela qual, normalmente, a decisão judicial aqui não faz coisa julgada.<sup>6</sup> Este tipo de cognição é utilizado, no direito brasileiro, em sede da chamada tutela de urgência, tradicionalmente prevista no âmbito do processo cautelar (art. 798 do CPC (LGL\1973\5)) ou em alguns procedimentos especiais, como mandado de segurança (art. 7.º, II, da Lei 1.533/1951, atualmente regulado pela Lei 12.016/2009, que contém dispositivo semelhante no art. 7.º, III), e, mais recentemente, no âmbito da tutela antecipada (art. 273 do CPC (LGL\1973\5)).<sup>7</sup>

A partir dessa distinção básica, em sede da profundidade da cognição, aparecem outras interessantes diferenciações derivadas, destacada pela doutrina italiana, como, v.g., quanto ao modelo de procedimento e da forma com que o contraditório se realiza:

1) o processo de cognição plena tem as seguintes características básicas: (a) plena realização do contraditório de forma antecipada, ou seja, antes de qualquer decisão de mérito; (b) o contraditório se realiza conforme modelo expressamente previsto em lei, sem muito espaço para a chamada “discricionariedade judicial”; (c) a cognição plena e exauriente domina todos os elementos de fato e de direito que gravitam em torno do litígio, permitindo ampla perquirição probatória para buscar a certeza em relação ao acerto judicial; (d) aos provimentos de cognição plena se atribui a autoridade de coisa julgada;<sup>8</sup>

2) já o modelo procedimental da tutela sumária implica em desvio do modelo de cognição plena em três pontos principais: (a) o primeiro desvio é a “postecipação” do contraditório: o juiz decide primeiro, sem ouvir o réu, para depois instaurar o contraditório que é, assim, relegado para um segundo momento processual; (b) o segundo desvio diz respeito à forma de realização do contraditório, que não é determinado pela lei, mas deixado à chamada “discricionariedade judicial”; (c) o terceiro desvio tem em vista os efeitos do provimento final proferido nos processos de cognição sumária, que tendem a não ser acobertados pela coisa julgada.<sup>9</sup>

De toda sorte, é importante destacar, nesse passo, ainda na esteira da doutrina italiana,<sup>10</sup> a fim de evitar confusões indevidas, que não se pode misturar a tutela baseada na cognição sumária com a técnica do procedimento sumário, pois muitas vezes ocorre de o procedimento sumário, como o próprio nome indica, ser mais simplificado e condensado do que o ordinário, mas permitir decisão de cognição plena, como ocorre com o procedimento sumário no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) vigente (art. 275 do CPC (LGL\1973\5)). Logo, procedimento sumário não é sinônimo de tutela sumária.

Diante desse quadro teórico, identifica-se no direito brasileiro, no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) hoje vigente, duas formas básicas de atuação da chamada cognição sumária ou tutela sumária: aquela tradicional do processo cautelar e a novidade introduzida a partir de 1994, a chamada antecipação da tutela.

Os dois modelos usam a cognição sumária, superficial ou limitada, conforme, inclusive, se extrai dos dispositivos que regulam a espécie,<sup>11</sup> para permitir que o juiz decida rapidamente sobre situações de fato e de direito, fornecendo a tutela imediata para a crise de direito material.<sup>12</sup> Tais decisões, apesar de serem muitas vezes dotadas de eficácia e aptidão para regular a situação de direito material, são, no direito brasileiro hoje vigente, sempre provisórias e dependentes de confirmação em sede de cognição plena.

Noutras palavras, as cautelares e antecipações de tutela, decisões judiciais editadas com base em cognição sumária, superficial, dos fatos, são eficazes para tutelar os direitos materiais litigiosos, mas não têm vida ou luz própria, porque não têm força para existir independentemente do processo principal. Ao contrário, dependem sempre, no direito brasileiro hoje vigente, da confirmação ou incorporação em futura decisão de cognição plena.<sup>13</sup>

Com efeito, tanto no âmbito da tutela antecipada quanto do processo cautelar, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) é expresso ao imprimir o vínculo ou liame necessário, inafastável, das tutelas cautelar e antecipada com a tutela de cognição plena:

a) na tutela antecipada o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) dispõe no art. 273, § 5.º, que deferida ou não a antecipação de tutela, o processo de conhecimento, de cognição plena, prosseguirá até o julgamento final: ou seja, por exemplo, deferida a tutela antecipada, o processo de conhecimento segue, necessariamente, até a sentença (= cognição plena), de modo que não existe possibilidade de a tutela antecipada subsistir sem a subsequente cognição plena. O autor, que, por exemplo, obtenha a tutela antecipada é obrigado, pelo sistema brasileiro vigente, a prosseguir no processo até a decisão de cognição plena;

b) no processo cautelar, se deferida a tutela cautelar, a parte é obrigada a propor, em 30 dias, a ação principal, sob pena de a medida cautelar perder a eficácia (art. 808, I, do CPC (LGL\1973\5)): ou seja, se deferida medida cautelar para tutelar direito material objeto de processo de conhecimento, este tem necessariamente de ser ajuizado, para que haja a subsequente realização da cognição plena, de modo que a cautelar também não teria como sobreviver, hoje, no direito brasileiro, sem o subsequente processo de conhecimento.

## **2. A IDEIA DA AUTONOMIZAÇÃO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA EM FACE DA TUTELA DE COGNIÇÃO PLENA: OS MODELOS ITALIANO E FRANCÊS**

Traçado, nos seus contornos gerais, o quadro hoje vigente no âmbito do direito positivo brasileiro (= o do sequenciamento necessário da cognição plena após a decisão de cognição sumária), antes de se desaguar na análise do Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) ora em tramitação na Câmara dos Deputados, imprescindível delinear como a temática da autonomização ou desvinculação da tutela sumária daquela de cognição plena evoluiu nos direitos italiano e francês, que podem ser situados como paradigmas para a evolução pretendida no direito brasileiro com o novo Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5).

### **2.1 O direito italiano**

A perspectiva da autonomia do provimento sumário, que veicula tutela cautelar do tipo antecipatório, surgiu, na Itália, legislativamente, a partir do Decreto Legislativo 5/2003, regulatório de matéria comercial e societária,<sup>14</sup> sendo depois a sistemática estendida para o processo em geral, pela Lei 80, de 14.05.2005, no âmbito do processo cautelar, atendendo a apelo praticamente unânime da doutrina para generalização do novo tipo de tutela.<sup>15</sup>

Aqui, desde já, é preciso abrir um parêntesis para destacar peculiaridade do sistema italiano que não foi originariamente absorvida pelo processo cautelar brasileiro: na Itália, a chamada tutela cautelar,<sup>16</sup> estruturada em processo autônomo, volta-se para duas frentes de atuação, ou melhor, para debelar dois tipos de perigo que incidem sobre os provimentos judiciais: (a) perigo do provimento infrutífero (*infruttuosità*); e (b) perigo do provimento tardio (*tardività*).<sup>17</sup>

No primeiro caso, a tutela cautelar não objetiva acelerar a satisfação do direito material, mas sim assegurar que a realização futura deste seja frutífera, útil, combatendo eventuais perigos que possam prejudicar os meios de realização do direito material (é o caso do sequestro conservativo de bens necessários à satisfação do direito material). No segundo caso, a tutela cautelar objetiva acelerar a própria satisfação do direito material em si, de maneira provisória, combatendo os efeitos nefastos do tempo necessário à duração do processo de cognição plena diante de situações de perigo (é o caso da concessão dos alimentos provisórios).<sup>18</sup>

Dessa distinção aparecem os dois tipos de provimento propriamente cautelar na Itália: (a) aqueles meramente *conservatórios* das situações de fato ou de direito sobre os quais incidirá a futura sentença (provimento conservativo); e (b) aqueles *antecipatórios* da satisfação do direito (provimento antecipatório).<sup>19</sup>

O sistema italiano, pois, sob o *nomen juris* de tutela propriamente cautelar admite a expedição de medidas judiciais de natureza meramente cautelar (as conservativas), bem como de medidas verdadeiramente antecipatórias do próprio direito material.<sup>20</sup> Num segundo momento, o direito italiano passou a admitir a edição de medidas antecipatórias dentro do processo de conhecimento,<sup>21</sup> mas tal perspectiva, segundo a doutrina, não surtiu os efeitos desejados e chegaram até a causar perplexidade do ponto de vista teórico.<sup>22</sup>

Diferentemente do sistema brasileiro,<sup>23</sup> em que tradicionalmente o processo cautelar só combatia o risco do provimento infrutífero, não se podendo conceder no processo cautelar, medidas antecipatórias do direito material,<sup>24</sup> que só aparecem no direito brasileiro com a antecipação de tutela, concedida não no processo cautelar, mas como incidente dentro do processo de conhecimento (art. 273 do CPC (LGL1973/5)).<sup>25</sup> Com isso, criou-se, no direito brasileiro, um corte artificial de diferenciação entre cautelar e antecipação de tutela que só foi mitigado em 2002, com instituição, pela Lei 10.444/2002, da fungibilidade entre as duas medidas.<sup>26</sup>

Fecha-se o parêntesis da explicação preliminar e volta-se ao direito italiano: surgiu, assim, na Itália, a partir das inovações introduzidas pelo Decreto legislativo 5/2003 e depois consolidadas na vigente Lei 80/2005, a tutela chamada de sumária, prestada mediante cognição sumária, em processo autônomo ou mesmo dentro dos procedimentos de cognição plena, suficiente, por si só, a resolver a crise de direito material sem o sequenciamento e desdobramento necessário do processo de cognição plena.<sup>27</sup>

Ganha corpo, no âmbito da justiça civil, a mudança de perspectiva da tutela sumária, que antes era deferida em caráter acessório, para garantir a eficácia ou mesmo antecipar os efeitos da futura cognição plena, e agora passa a existir por si só, com força própria para resolver a crise de direito material, dissociadamente da tutela de cognição plena.

Como aponta parte da doutrina italiana, a tutela sumária atenua ou quebra o vínculo da instrumentalidade obrigatória e necessária entre a tutela cautelar, provisória, e o mérito ou o processo de cognição plena, razão pela qual esta última não se torna mais obrigatória, mas meramente eventual.<sup>28</sup>

A tutela sumária sai da sua condição de mera suplência da tutela de cognição plena e ganha o palco da justiça civil e passa a constituir autonomamente, ao lado dos processos de cognição plena, uma alternativa autônoma para a solução mais célere das crises de direito material, sem, contudo, eliminar-se ou suprimir-se a possibilidade de escolha da via da cognição plena.<sup>29</sup>

Assim, a partir dos estudos havidos no âmbito do processo cautelar, apareceram as seguintes questões: por que não deixar a tutela sumária resolver, por si só, a crise de direito material? Por qual razão, após a solução dada pela tutela sumária, tem de se seguir, obrigatoriamente, o processo de cognição plena, independentemente da vontade das partes?

Em resposta a essas indagações e estudos, o legislador italiano, primeiro para as causas no âmbito societário (Decreto legislativo 5/2003), depois genericamente para as demais causas (Lei 80/2005), regulou a utilização autônoma, desvinculada da tutela de cognição plena, da tutela de cognição sumária: cor-tou-se a ligação da tutela sumária com a tutela de cognição plena e permitiu-se à primeira existência independente, vez que se passou a admitir que o provimento cautelar, deferido no processo cautelar preparatório, tenha vida própria, mantenha sua eficácia mesmo que não ajuizada a ação de cognição plena para discutir o “mérito”. Operou-se, com isso, como destaca a doutrina italiana, verdadeira reviravolta no processo civil.<sup>30</sup>

Merece registro o fato de que na evolução mais recente do sistema italiano, ditada pela Lei 69, de 18.06.2009, foi revogado o Decreto Legislativo 5/2003, subsistindo, entretanto, a possibilidade de estabilização autônoma do provimento antecipatório dentro do procedimento cautelar no Código de Processo Civil (LGL1973/5) (Lei 80/2005). A Lei 69/2009 criou, ainda, um novo procedimento sumário, de natureza simplificada quanto à instrução processual, mas cujas decisões são baseadas na cognição plena, hábeis a realizar a coisa julgada. Não guarda, portanto, relação com o instituto de que ora se cuida e que subsiste no direito italiano dentro do processo cautelar autônomo.<sup>31</sup>

O modelo, então, de cognição sumária, tutela sumária, autônoma, é encontrado hoje, no direito italiano, no âmbito do processo cautelar preparatório, quando neste se deferem medidas de

antecipação da sentença de mérito, admitindo-se expressamente que tais provimentos subsistem, com eficácia própria, mesmo que não se siga o ajuizamento da ação principal, ou seja, mesmo que não se instaure o processo de mérito ou de cognição plena (art. 669-octies do CPC (LGL\1973\5) italiano).<sup>32</sup>

Da mesma forma, em alguns procedimentos especiais admite-se que o provimento liminar antecipatório, deferido no próprio processo de cognição plena, seja suficiente por si só para resolver a crise de direito material se, deferido, as partes não requerem a continuidade do processo para se desaguar na cognição plena. Ou seja, implementou-se a tutela sumária internamente dentro do próprio procedimento de cognição plena: uma vez proferido o provimento sumário, este é hábil a encerrar o processo como um todo. A fase de cognição plena só se segue se alguma das partes a requerer expressamente. Se não houver tal pleito expresso, o provimento sumário é hábil a encerrar todo o processo, com a solução da crise do direito material, sem, entretanto, fazer coisa julgada. É a técnica utilizada no procedimento possessório na Itália.<sup>33</sup>

Portanto, nesse contexto, é que no direito italiano vigente, a tutela de cognição sumária passou a ser utilizada seja em procedimento próprio, autônomo, preparatório (cautelar), seja incidentalmente dentro do processo de cognição plena, com possibilidade de a decisão baseada na cognição sumária ser suficiente, por si só, a encerrar o conflito, sem se seguir, necessariamente, o processo de cognição plena ou o prosseguimento deste até a final decisão de cognição plena.<sup>34</sup>

Em resumo, autonomizou-se e estabilizou-se a tutela de cognição sumária em relação a cognição plena, com a possibilidade de a tutela sumária resolver a crise de direito material, constituindo-se em nova forma de solução jurisdicional de conflitos ao lado da forma tradicional realizada nos processos de cognição plena.

A tutela sumária, em procedimento próprio ou dentro do processo de cognição plena, permitindo o encerramento deste último processo, tem por objetivo, segundo autorizado doutrina italiana, satisfazer três exigências fundamentais do sistema processual atual: (a) exigência de economia processual; (b) exigência de efetividade do processo; e (c) exigência de impedir abuso do direito de defesa.<sup>35</sup>

Por isso, a essa decisão antecipatória sumária não se ligam os efeitos da imutabilidade ou perenidade decorrente da autoridade da coisa julgada,<sup>36</sup> mas apenas certa estabilidade de efeitos, independentemente, repita-se, da instauração do processo de cognição plena ou de mérito.

E assim ocorre porque, como já dito, a vontade das partes pretende apenas a solução problema do direito material e não a obtenção do certificado processual da imutabilidade ou da indiscutibilidade do direito, fornecido pelo conceito de coisa julgada, que só aparece após o amplo e custoso processo de conhecimento, de cognição plena, em que, no mais das vezes, quando se dá o acertamento pleno, o tempo já corroe ou prejudicou seriamente a fruição do direito material pelo titular.<sup>37</sup>

Como destaca Edoardo Ricci, com perfeição, a *ideia de fundo, que rege o novo instituto, é muito simples: se não é o acertamento que se pretende, não se tem necessidade do processo de conhecimento, que propriamente em função do acertamento foi pensado e construído.*<sup>38</sup>

A matriz inspiradora do sistema italiano da tutela sumária, como informa Vittorio Denti, vem do direito francês, cujo processo prevê e regula o mecanismo processual denominado *référé*.<sup>39</sup>

Anote-se que também no direito comunitário europeu muito se tem discutido a respeito das medidas provisórias antecipatórias que, sem pleno exame do mérito, concedem a tutela jurídica buscada, afastados o efeito da coisa julgada e a necessidade de ulterior instalação do juízo de mérito ou de cognição plena.<sup>40</sup>

Evidentemente, como aponta a doutrina processual italiana, trata-se de esforço no sentido de melhorar a atuação do processo em relação ao direito material, para torná-lo mais célere e efetivo, mediante criação de novas formas de tutela jurisdicional, hábeis a resolver a situação de crise do direito material em contexto de maior eficácia e de menor duração do processo.<sup>41</sup>

## 2.2 O direito francês

Interessante delinear, ao lado do direito italiano, o tratamento da perspectiva da tutela sumária no



âmbito do direito francês, inclusive porque é no procedimento do *référé* que o sistema italiano buscou inspiração para quebrar, em 2003, o vínculo necessário entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena.

O instituto do *référé* é antigo no direito francês: seu nascimento é situado em 1685, no âmbito do *Châtelet* de Paris, e depois incorporado no Código de Processo de 1806.<sup>42</sup> Na origem, era ligado diretamente à necessidade de obter tutela judicial célere em casos de urgência.<sup>43</sup>

No curso do século XX o instituto do *référé* se espalha para todos os tipos de jurisdição, comum e especial, inclusive penal e administrativa,<sup>44</sup> e encontra amplo acolhimento e desenvolvimento no Código de Processo vigente,<sup>45</sup> com sua configuração ditada especialmente pelos arts. 808 a 810, e procedimento base encontrado nos arts. 484 a 492 do CPC (LGL\1973\5) francês.<sup>46</sup>

O *référé* encontrou grande desenvolvimento no atual direito francês: se desvincula da atuação exclusiva no âmbito de situações urgentes e passa a atuar também em casos e situações especiais, como aquelas em que não há contestação séria ao direito do autor independentemente do quesito urgência.

Assim, ao lado do *référé* tradicional ou ordinário se desenvolveram outros, especiais:<sup>47</sup> configura-se procedimento para tutela tanto da urgência como da evidência do direito,<sup>48</sup> donde a doutrina francesa apontar que se tornou um recurso milagroso, de grande uso na prática,<sup>49</sup> o que permitiu seu amplo desenvolvimento por orientação jurisprudencial que, ao largo dos textos legais, foi aumentado as possibilidades de utilização do *référé*.<sup>50</sup>

Com a evolução do instituto, cogita-se, hoje, no direito processual civil francês, de três grandes modelos de *référé*:<sup>51</sup> o *référé* tradicional, baseado na urgência (art. 808 do CPC (LGL\1973\5) francês),<sup>52</sup> o *référé* em cujo âmbito a urgência é presumida, não havendo necessidade de demonstração no caso concreto (art. 809, 1.ª parte, do CPC (LGL\1973\5) francês); e o modelo de *référé* em que a urgência é dispensada (art. 809, 2.ª parte, do CPC (LGL\1973\5) francês), que configuram os assim chamados *référé provision* e *référé injonction*.<sup>53</sup>

Os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* constituem a evolução mais recente do instituto em que a urgência é eliminada e o pressuposto básico para a obtenção da medida é a existência de uma obrigação que não seja seriamente contestável,<sup>54</sup> situação em que o juiz pode deferir a tutela provisória do direito do credor no âmbito de obrigações de entrega de coisa e de dinheiro (*référé provision*) ou no âmbito de obrigação de fazer (*référé injonction*).<sup>55</sup>

Assim, os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* traduzem procedimentos simples que impedem que o devedor de má-fé ou que queira se valer do processo para fins meramente protelatórios se valha de todos os artifícios do processo de cognição plena para evitar que a obrigação seja rapidamente acertada pelo juízo, de modo que com a decisão do *référé* se economizam recursos da própria Justiça, que se concentra na busca de uma solução rápida para o litígio.<sup>56</sup> E, como aponta a doutrina francesa: o devedor condenado no âmbito do *référé* só usa o processo de cognição plena se realmente existe motivo sério para contestar a obrigação.<sup>57</sup>

Indicada brevemente as hipóteses em que admitido o *référé*, cabe destacar em suas linhas gerais a sua modelagem procedimental, pautada pela celeridade e flexibilidade,<sup>58</sup> destacando, desde já, que no direito francês não existe o processo cautelar: a função cautelar *lato sensu* é obtida por meio do procedimento do *référé*.

O Código de Processo Civil (LGL\1973\5) francês cuida basicamente do processo de conhecimento, excluindo até mesmo a regulação da execução baseada em título extrajudicial, de modo que ao regular o processo de conhecimento insere o procedimento do *référé*, que não é sistematizado como um terceiro gênero de processo.

Assim, o procedimento do *référé* é instaurado perante o juiz competente, mediante demanda da parte interessada, normalmente de forma prévia à instauração do procedimento de cognição plena,<sup>59</sup> admitindo a jurisprudência mais recente que o procedimento possa também ser instaurado no curso do processo de cognição plena.<sup>60</sup> Ponto interessante a ser registrado, na linha da flexibilidade do procedimento, para facilitar o acesso à jurisdição, é que para o ajuizamento do *référé* não é obrigatória a representação da parte por advogado: fica a critério da parte postular representada ou não por advogado.<sup>61</sup>

O *référé* é procedimento que se desenvolve sob o signo do contraditório, pautado pela oralidade e concentração dos atos na audiência, com apenas suas linhas gerais delineadas no Código de Processo Civil (LGL\1973\5),<sup>62</sup> o que permite maior liberdade e mobilidade judicial na condução do procedimento, podendo o juiz, inclusive, se entender necessário, determinar medidas de instrução antes de deliberar sobre o pedido de *référé*.<sup>63</sup>

A tutela concedida no âmbito do procedimento do *référé* é provisória, no sentido de que não faz coisa julgada,<sup>64</sup> mas é dotada de ampla exequatoriedade e eficácia para resolver a crise de direito material.<sup>65</sup> No procedimento do *référé* o juiz não pode deslindar as questões de fundo do direito material,<sup>66</sup> mas pode tutelar provisoriamente o direito material, mesmo com medidas amplamente satisfativas, dotadas de executividade imediata, independentemente de recurso,<sup>67</sup> admitindo-se, como temperamento, a exigência de caução por parte do requerente da medida,<sup>68</sup> ou a paralisação da execução provisória mediante pedido ao presidente do tribunal, no caso desta acarretar consequências manifestamente excessivas.<sup>69</sup>

Noutras palavras, a decisão do *référé* é completa no que diz respeito à sua executividade e capacidade para tutelar o direito material,<sup>70</sup> residindo sua provisoriedade (ausência de coisa julgada), na possibilidade de ser tal decisão questionada em processo de cognição plena.<sup>71</sup> Trata-se, como destaca a doutrina francesa de decisão provisória, porque pode ser questionada em futuro processo de cognição plena, mas tal decisão, em nenhum caso, é temporária: produz efeitos indefinidamente até que venha a ser desconstituída no processo de cognição plena.<sup>72</sup>

A possibilidade de questionamento da decisão do *référé* em processo de cognição plena (ausência de coisa julgada), como destaca a doutrina francesa, é a contrapartida necessária da celeridade da intervenção, baseada em cognição sumária,<sup>73</sup> razão pela qual a mesma demanda decidida no processo de *référé* pode ser apresentada ao juízo de cognição plena, sem esbarrar na coisa julgada e sem que o juiz do processo principal fique vinculado ao que se decidiu no *référé*.<sup>74</sup>

O grande destaque que tem merecido atualmente o procedimento do *référé* gira em torno da perspectiva de que uma vez *concedida a tutela provisória do direito material, sem potencialidade para operar a coisa julgada, não é necessário que as partes instaurem o processo de cognição plena*.<sup>75</sup>

Deferido o *référé* se as partes quedarem inerte a decisão continuará produzindo todos os seus efeitos para regular a crise de direito material, até se tornar definitiva em razão do decurso do prazo prescricional para se instaurar o juízo sobre o fundo do direito em sede de cognição plena.<sup>76</sup>

Noutras palavras, a decisão do *référé*, apesar de provisória (= não faz coisa julgada e por isso pode ser questionada no processo de cognição plena), tem ampla eficácia prática para resolver de vez a crise de direito material.<sup>77</sup>

### **3. A PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A AUTONOMIZAÇÃO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA**

O Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária,<sup>78</sup> cujas linhas gerais se pretende delinear brevemente neste trabalho.<sup>79</sup>

Destaque-se, primeiramente, que o Projeto eliminou o processo cautelar como figura processual autônoma dentro do nosso direito processual, como ocorre hoje no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) que regula três processos, conforme art. 270 do CPC (LGL\1973\5) (conhecimento, execução e cautelar): o Projeto prevê a subsistência apenas do processo de conhecimento (Livro II) e de execução (Livro III).

Desaparece no sistema processual brasileiro o processo cautelar como processo autônomo, permanecendo apenas os processos de conhecimento e execução. Aqui se tem passo inovador por parte do Projeto de Lei, rompendo com a tradição do direito brasileiro, extraída do direito italiano (existência de um processo cautelar), com aproximação do sistema francês em que não há processo autônomo para a tutela de urgência.<sup>80</sup>

Todavia, como não se podia descurar da necessidade, por exemplo, de previsão de procedimento para regular as medidas que pudessem ser deferidas com base em cognição sumária, para tutelar as situações do direito material em caso de urgência, o Anteprojeto lançou, no Livro I, dedicado à Parte Geral do Código, o Título IX, voltado à regulação da Tutela de Urgência e Tutela da Evidência, em que se prevê procedimento para requerimento das medidas de urgência, em caráter prévio ou incidental.

O procedimento regulado no Livro I, Título IX, Capítulo II, do Anteprojeto e do Projeto de Lei, é que fará as vezes de um procedimento único, uniforme, para requerimento de todo tipo de medida de urgência, tenha ela natureza cautelar ou natureza antecipatória (art. 269 do Anteprojeto do CPC (LGL\1973\5) aprovado pelo Senado), segundo diferenciação hoje existente no direito positivo brasileiro. Suprime-se, por conseguinte, a diferença procedimental hoje existente entre cautelar e antecipação de tutela.

Todavia, o Projeto de Lei não suprime a diferenciação entre medida cautelar e medida antecipatória: elimina, apenas, a existência de procedimentos distintos para buscar uma e outra como existe hoje no direito vigente.

Com efeito, a diferença entre cautelar e antecipação de tutela continuará a existir, como se infere do art. 269, §§ 1.º e 2.º, do Anteprojeto, que na versão aprovada pelo Senado acrescentou os dois parágrafos indicados para conceituar uma e outra – incorrendo inclusive na crítica de que o legislador deve abster-se de conceituar os institutos -, por considerar que a uniformização, reitera-se, é apenas procedimental.

Não há dúvida de que as relações entre cautelar e tutela antecipada é problema complexo, como já acenava o Edoardo Ricci,<sup>81</sup> mas, acredita-se, a solução dada pelo Anteprojeto é um passo acertado, no atual momento da evolução doutrinária e sistemática do direito processual brasileiro, pois a aplicação da fungibilidade prevista no art. 273, § 7.º, do CPC (LGL\1973\5), já havia aplainado o caminho para a unificação procedimental, que traduz importante modelo de simplificação processual e atua como instrumento do novo princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL\1988\3), introduzido pela EC 45/2004).

Com efeito, uma das novas frentes em que o princípio da duração razoável do processo pode atuar é na busca pela simplificação e aceleração processual ou procedimental,<sup>82</sup> reconhecendo-se que um procedimento inadequado pode ser fonte de sério gravame à atuação do direito. Simplificando as formas procedimentais (= desformalização), torna-se, com certeza, o processo mais simples, mais enxuto, mais expedito,<sup>83</sup> e por isso mais vocacionado à atuação dos princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável, ambos ínsitos ao justo processo.

Nessa linha, no sistema que se pretende implantar no Anteprojeto e agora no Projeto, as regras procedimentais tanto para a antecipação de tutela como para a cautelar são basicamente as mesmas, de modo que a uniformização procedimental certamente pode produzir ganho derivado da simplificação.<sup>84</sup> Aliás, o próprio direito italiano sempre trabalhou com a uniformidade procedimental: dentro do mesmo procedimento cautelar admite-se, indiferentemente, a edição de medidas de cunho satisfativo do direito e aquelas de natureza acautelatória do direito, conforme já apontado. O mesmo se passa com o atual processo civil português, que também partiu para a uniformização procedimental para as cautelares e antecipação de tutela, como já se observou na nota n. 20, retro, e agora parte, tal como no processo brasileiro, para a quebra do vínculo estrutural e obrigatório entre a tutela sumária e a tutela plena (nota n. 78, retro).

Assim, no contexto da tutela de urgência pedida em caráter antecedente ao processo principal, seja para buscar antecipação de tutela, seja para buscar medida cautelar, a parte terá de usar o procedimento único, uniforme, previsto no Capítulo II, do Título IX, do Livro I, do agora Projeto, que irá servir para atender as necessidades tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução.

É exatamente na regulação desse procedimento único que se encontra a perspectiva objeto deste estudo: o Anteprojeto e Projeto, ao tratarem do procedimento da medida de urgência postulada em caráter antecedente ao pedido principal, admitem sua estabilização e sobrevivência, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena.

O art. 281, § 2.º, do PLS 166/2010, dispõe que: “concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando sua eficácia”. E o art. 282, § 3.º, completa que no caso de não impugnação, com estabilização da medida, não será necessária a apresentação do pedido principal.

Salutar o disposto no art. 280, § 1.º, ao prever a necessidade de, no mandado de citação expedido no procedimento em que se pleiteia a medida antecedente, o réu ser advertido de que se a decisão ou medida liminar eventualmente concedida não for impugnada, ela continuará a produzir seus efeitos independentemente da formulação do pedido principal pelo autor.

Por conseguinte, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório, e o réu não impugnar a tutela concedida, o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 283, § 2.º).

Essa decisão antecipatória, todavia, não opera a coisa julgada,<sup>85</sup> ou seja, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos. As partes poderão, a qualquer tempo, apresentar a ação principal para discutir a matéria no mérito (art. 284, § 2.º). A opção pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia ofertar a mesma dignidade processual a um provimento baseado em cognição sumária e a um provimento baseado na cognição plena.<sup>86</sup>

Registre-se que, neste ponto, o Anteprojeto mudou o rumo da evolução da matéria, pois havia sido apresentado ao Governo Federal projeto de lei, para alteração do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), permitindo a estabilização da antecipação da tutela com possibilidade de formação de coisa julgada.<sup>87</sup>

Do exame desses dispositivos do Anteprojeto percebe-se que foi acolhida a ideia denominada genericamente de tutela sumária, em que se admite que a decisão de cognição sumária, que contém a antecipação de tutela, tenha força para resolver a crise de direito material por si só, independentemente do desenvolvimento do pedido principal ou da ação principal em sede de processo de conhecimento de cognição plena.

Com isso, a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento preparatório, pode produzir seus efeitos independentemente de apresentação do processo de conhecimento, de cognição plena, quando as partes não estão interessadas, por exemplo, no efeito da coisa julgada, produzida neste último processo. Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena.<sup>88</sup>

Coloca-se à disposição das partes, ao lado do processo de conhecimento clássico, mais longo e hábil a operar a coisa julgada, procedimentos mais céleres, voltados para a solução da crise de direito material sem que se opere a coisa julgada, fundados em forma diversa de cognição, como a sumária.

O Anteprojeto deixa aberta a porta para posterior ajuizamento da ação principal, de cognição plena, para rediscutir o direito material objeto da tutela editada no processo antecedente, conforme se extrai dos arts. 281, § 4.º, 283, e 284, § 2.º. Todavia, mesmo com o ajuizamento da ação principal, o Anteprojeto prevê que a medida concedida no procedimento antecedente mantém seus efeitos, enquanto não revogada pelo juiz (art. 283).

Essa possibilidade de continuidade ou apresentação posterior do processo de mérito, de cognição plena, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição.<sup>89</sup>

Prevê, também, o Projeto de Lei, que a decisão que concede ou nega a tutela de urgência poderá ser impugnada com o recurso de agravo de instrumento (art. 271, parágrafo único), ou seja, independentemente de a medida estabilizar ou não, o Projeto de Lei cria recurso para atacar o deferimento/indeferimento da medida.

Aqui, surge interessante questão, cuja solução não vem indicada no Anteprojeto: extinto o procedimento antecedente e estabilizada a antecipação de tutela nele deferida, a possibilidade de

apresentação da ação autônoma de cognição plena, para rediscutir o direito material efetivado na tutela antecipada estabilizada, conforme arts. 282, § 4.º, 283, e 284, § 2.º, não pode ser eterna.

A solução sistemática para o problema pode ser encontrada, mediante invocação dos direitos italiano<sup>90</sup> e francês,<sup>91</sup> no instituto da prescrição: proferida a decisão antecipatória e extinto o procedimento antecedente, começa-se a contar novamente o prazo prescricional.<sup>92</sup> Com o encerramento do prazo prescricional opera-se a extinção da pretensão de rediscutir o tema na ação principal (art. 189 do CC/2002 (LGL\2002\400)), razão pela qual a decisão de cognição sumária, mesmo sem passar em julgado, se torna definitiva,<sup>93</sup> pois se ajuizada a ação principal, sofrerá ela as consequências processuais da prescrição: extinção de plano do processo, nos termos dos arts. 307, § 1.º, e 474, IV, do PLS 166/2010.

Importante anotar, na esteira da doutrina italiana, interessante perspectiva de que se poderá, no futuro, com a evolução do instituto, cogitar: quando o legislador entender que o prazo de prescrição pode, em determinados casos, ser muito amplo e se pretender buscar estabilização mais célere da medida deferida em sede de tutela sumária estabilizada, pode ser fixado prazo mais curto, decadencial, para ajuizamento da ação de cognição plena.<sup>94</sup> Se não ajuizada neste prazo decadencial, tem-se a estabilização definitiva da decisão sumária.

De outra parte, o Anteprojeto prevê que, impugnada a decisão concessiva da liminar, no procedimento antecedente, o autor terá de propor o pedido principal no prazo de 30 dias ou outro prazo que o juiz fixar (art. 282), sob pena de perda de eficácia da medida (art. 284). E o pedido principal será apresentado nos próprios autos do processo antecedente (art. 282, § 1.º), com a intimação da parte ou de seu advogado para se manifestar sobre ele, sem necessidade de nova citação (art. 283, § 2.º). Em tal hipótese a ideia é, ao que tudo indica, convolar o processo antecedente em principal, de modo que este passaria a ser um processo de cognição plena.

Aqui aparece um complicador que a jurisprudência e a doutrina terão de resolver: pela redação dos arts. 279 e 282, a inicial que provoca a instauração do procedimento preparatório e aquela que veicula o pedido principal são diversas, pois se impugnada a medida o autor teria então de apresentar o pedido principal no mesmo processo. Poderia, então, no pedido principal ampliar a lide, modificá-la, introduzir nova causa de pedir?

Mais simples teria sido se o legislador exigisse, na esteira da melhor doutrina italiana, que o procedimento preparatório fosse instaurado de forma completa, com a inicial retratando na sua completude toda a crise de direito material,<sup>95</sup> de modo que deferida ou não a tutela de urgência, acaso o processo se convolasse para cognição plena, não haveria necessidade de novo pedido, bastando apenas o requerimento da parte ou a manifestação da parte no sentido da continuidade do processo.

Outra interessante colocação da doutrina italiana que merece ser destacada no âmbito do Projeto de Lei: o deferimento da tutela de urgência, com sua eventual estabilização, não irá produzir, depois, no processo de cognição plena eventualmente instaurado pelo réu, a inversão do ônus da prova, ou seja, o réu, neste caso, mesmo iniciando o processo de cognição plena, não pode arcar com o ônus da prova que seria do autor originário (autor do procedimento preparatório), ou autor do procedimento preparatório, e agora réu no processo de cognição plena.

Noutras palavras, como aponta Andrea Proto Pisani, a estabilização da tutela sumária, ao eventualmente, deixar para o réu o ônus de ajuizar a ação de cognição plena, não pode alterar as regras do ônus da prova.<sup>96</sup>

O Anteprojeto, no procedimento antecedente para as medidas de urgência, apresenta, em resumo, a seguinte perspectiva:

a) se a medida não for impugnada pelo réu, o juiz extingue o processo antecedente de plano, conservando a eficácia da liminar deferida (art. 281, § 2.º), que produzirá seus efeitos independentemente de ajuizamento da ação principal (arts. 282, § 3.º, e 283), sem atingir, entretanto, o efeito de coisa julgada (art. 284, § 2.º), podendo, mais tarde, quaisquer das partes apresentar a ação de cognição plena (arts. 282, § 4.º, 283, e 284, § 2.º);

b) se a medida for impugnada pelo réu, o autor deverá, então, propor o pedido principal, no prazo de 30 dias ou em outro fixado pelo juiz (art. 282), sob pena de a liminar perder sua eficácia (art. 284, I).

sendo o pedido principal apresentado nos mesmos autos (art. 282, § 1.º).

Ora, se assim é, não se entende a regulação contida no art. 281, § 1.º, no sentido de que impugnada a liminar, o juiz vai designar audiência de instrução, caso haja prova a ser produzida. E não se entende porque:

1) se no procedimento antecedente houve impugnação da liminar, o próximo passo seria a apresentação do pedido principal, momento então em que o procedimento, pela lógica, se convolaria no processo de cognição plena, donde desnecessária essa previsão de instrução no procedimento antecedente, pois ela ocorrerá nos termos do processo principal;

2) se não houve impugnação da liminar, a consequência será aquela do art. 281, § 2.º: extinção do processo antecedente, com a estabilização da medida antecipatória, independentemente do ajuizamento ou não da ação principal (art. 282, § 4.º).

Talvez a previsão de realização de instrução se colocasse melhor antes do deferimento da medida, autorizando que o juízo pudesse determinar a investigação dos fatos para o deferimento ou não da tutela de urgência, como destaca a doutrina francesa.<sup>97</sup>

A sistemática implantada no Anteprojeto é interessante, por um lado, porque pode obviar os riscos, apontados pela doutrina italiana,<sup>98</sup> da sumarização excessiva do procedimento em razão da introdução da tutela sumária autônoma: se o réu impugnar a medida desaguar-se-á no processo de conhecimento, internamente, dentro do próprio procedimento antecedente.

Porém, de outro lado, tem-se que, nos moldes da implementação do instituto no Anteprojeto, a redução do uso do procedimento ordinário de cognição poderá não sofrer alteração, pois, ao que tudo indica, o réu continuará sempre a impugnar a medida, mesmo sem fundamentos válidos para tanto, vez que não há nenhuma sanção direta para o caso de apresentação de impugnação vazia.

Com isso, a simples atitude do réu pode aniquilar as potencialidades do novo instituto, o que leva a pensar na real necessidade de introdução de regra diversa, que permita, por exemplo, ao juiz estabilizar a tutela sumária, mesmo no caso de impugnação do réu, quando entender que tal impugnação é vazia ou não veicula contestação séria à existência do direito material, nos moldes com o que ocorre no *référé* francês.<sup>99</sup>

Ponto importante no Projeto de Lei é a possibilidade de exigência do requerente de prestação de caução real ou fidejussória, para ressarcir eventuais danos que o requerido possa sofrer no caso de revogação da medida (art. 276, parágrafo único), tudo a fim de, na esteira da melhor doutrina italiana, equilibrar a situação do requerido no processo.<sup>100</sup>

Todavia, aqui surge, como destaca a doutrina italiana, interessante questão, não considerada no Projeto de Lei: no caso de estabilização da medida de urgência, em razão da não apresentação da ação principal pelas partes, qual seria o destino da caução? A solução apontada pela doutrina italiana é que em tal caso o requerente deveria postular ao juiz a liberação da caução, ouvindo-se o réu, de modo que o juiz decida ou não pela sua prevalência.<sup>101</sup>

Uma questão importante pode ser levantada no que diz respeito à medida de urgência incidental, deferida no curso do processo de conhecimento: o Anteprojeto original previa que se aplicavam, no que couber, as disposições relativas ao procedimento das medidas requeridas em caráter antecedente (art. 294, parágrafo único), mas dispunha expressamente que não se aplicaria às medidas incidentes a estabilização da medida de urgência não contestada, deferida no procedimento antecedente (art. 295).

O Anteprojeto aprovado no Senado manteve a regra de aplicação das normas procedimentais das medidas antecedentes para aquelas pedidas incidentalmente (art. 286, parágrafo único), mas simplesmente eliminou a regra antes presente no art. 295 do Anteprojeto original.

Daí a indagação: seria possível a estabilização da tutela incidente, mesmo com a extinção do processo principal? E, se possível, como isso se daria, já que com a extinção do processo principal, por improcedência ou sem julgamento de mérito, a medida perderia necessariamente eficácia nos termos do art. 284, III, do PL 166/2010?

Sem embargo, trata-se de importante perspectiva que poderia ser explorada no direito brasileiro, à semelhança do que ocorre no direito italiano, que permite a estabilização da tutela antecipada deferida dentro do procedimento ordinário, com o encerramento deste último sem que a decisão antecipatória opere a coisa julgada;<sup>102</sup> e, ainda, do que acontece no direito francês, em que se admite o refere no curso do processo principal, podendo acarretar a extinção deste com a subsistência apenas da decisão provisória.<sup>103</sup>

O ponto é importantíssimo: no direito brasileiro, a tutela antecipada atingiu grau de utilização prática muito grande, de modo que mesmo com o Projeto de Lei e a possibilidade de utilização do procedimento antecedente, é de se esperar que as partes continuem a se valer do art. 286 do PL, a fim de que este faça as vezes do hoje vigente art. 273 do CPC (LGL\1973\5) e a ação já venha ajuizada via procedimento de cognição plena, definitivo, com o pedido de tutela de urgência cumulado com o pedido de tutela final na própria inicial, como ocorre no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) atual.

Com isso, se se partir para interpretação restritiva do art. 286 e seu parágrafo único do PL, a tutela de urgência deferida liminarmente em sede do processo de cognição plena não seria hábil à estabilização. Acredita-se, todavia, que não há nenhum empecilho na estabilização da tutela de urgência incidental, com extinção do processo de cognição plena, sem a decisão definitiva, fundada apenas na estabilização da tutela antecipada.

Aliás, nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função, razão pela qual a diferenciação de tratamento produzida no Anteprojeto parece artificial.

Logo, a melhor interpretação seria aquela no sentido de conferir maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso da tutela de urgência deferida incidentalmente, como parece ser o sentido da alteração promovida pelo Senado, ao eliminar o art. 295 do Anteprojeto, que vedava expressamente a estabilização no caso de tutela sumária deferida incidentalmente no processo de cognição plena.

De qualquer forma, vislumbra-se, no ponto, importante perspectiva para a análise doutrinária em relação ao Projeto de Lei: o uso da estabilização da tutela antecipada deferida incidentalmente no processo de cognição plena, ou seja, se deferida no curso do processo de cognição plena, e o réu não impugnar a decisão, abre-se a perspectiva de se concluir de vez o processo, nos termos descritos para a estabilização ocorrida no procedimento antecedente.

Ademais, o Anteprojeto, inclusive na esteira das lições de Edoardo Ricci, poderia ter previsto hipóteses em que, deferida a antecipação da tutela em procedimento antecedente, a extinção do processo principal, sem julgamento de mérito, não impediria, em alguns casos, a continuidade dos efeitos da medida (= estabilização),<sup>104</sup> ressaltando, sempre, às partes a renovação da ação principal.

Como dito anteriormente, apesar da unificação procedimental, a diferença entre cautelar e antecipação de tutela continuará a existir, como se infere do art. 269, §§ 1.º e 2.º, do Anteprojeto do PLS 166/2010, cuja versão aprovada pelo Senado acrescentou os dois parágrafos indicados para conceituar uma e outra, por considerar que a uniformização, reitera-se, é apenas procedimental.

A diferenciação entre ambas as medidas leva a importante consequência de ordem prática: as regras de estabilização da tutela de urgência, em princípio, não valem para a cautelar, já que esta, ao acautelar o direito material, o faz temporariamente até que este possa ser satisfeito no processo principal: é difícil vislumbrar que a cautelar possa ser estabilizada neste caso, subsistindo indefinidamente seus efeitos (v.g., arresto que subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor).

O Projeto de Lei aqui incide em crítica já construída pela doutrina italiana: a previsão genérica e indistinta de possibilidade de estabilização para qualquer espécie de provimento, cautelar ou antecipatório, gera todo tipo de dificuldade para enquadrar em tal esquema os provimentos cautelares puros ou meramente conservativos, vez que a estabilização é adequada apenas para os provimentos de natureza antecipatória.<sup>105</sup>

A diferença entre cautelar e tutela antecipada passa, então, a ter grande importância, razão pela qual

o tema ganha a pauta doutrinária.<sup>106</sup> Trata-se, sem dúvida, na esteira da doutrina italiana, de difícil tarefa a de separar uma e outra, pois, não obstante a existência de campos em que a separação é tranquila há outros que constituem verdadeiras zonas cinzentas, em que a diferenciação se mostra extremamente delicada.<sup>107</sup>

Retorna, pois, no direito brasileiro, o drama da realização dessa diferenciação que, iniciada em 1994 (Lei 8.952/1994) com a implementação da tutela antecipada em contraposição a cautelar, foi mitigada em 2002 (Lei 10.444/2002) com a previsão da fungibilidade entre ambas (art. 273, § 7.º, do CPC (LGL\1973\5)), exatamente em razão dos sérios problemas que causa para a efetividade das medidas de urgência.

De qualquer forma, merece registro a indicação da doutrina italiana de que o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do provimento final, ou seja, se o provimento satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como provimento antecipatório, hábil a adquirir a estabilidade.<sup>108</sup> Por outro lado, o sequestro, para garantir pagamento futuro de dívida é sempre a linha divisória do lado dos provimentos meramente conservativos, de modo que a conjugação das duas ideias permite traçar uma fronteira entre os dois tipos de provimento sumário.<sup>109</sup>

E, como destaca a doutrina italiana, o ônus dessa diferenciação não deve ser deixado para as partes, sob pena de, na dúvida, a parte interessada instaurar de qualquer forma o processo de cognição plena, desperdiçando, assim, o objetivo de economia que se busca com a eliminação da possibilidade de estabilização da tutela provisória, sem recuso ao juízo de mérito.<sup>110</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Percebe-se que o modelo brasileiro criou uma perspectiva procedimental diversa, para autonomização e estabilização da tutela, daquelas encontradas no direito italiano e no direito francês, pois:

a) criou o procedimento antecedente para busca da tutela da urgência, mas determinou que o próprio autor é que deverá, uma vez impugnada a medida antecipatória pelo réu, apresentar o pleito de cognição plena (art. 282 do PL): no sistema italiano e francês este ônus é invertido para o próprio réu: deferida a tutela sumária, o procedimento se fecha, e cabe ao réu buscar a tutela no processo de cognição plena, como autor deste;

b) criou uma passagem no procedimento de cognição sumária, antecedente, para o procedimento de cognição plena: o primeiro, uma vez impugnada a medida pelo réu, irá se convolar no procedimento de cognição plena, mediante apresentação, pelo próprio autor, do pedido inicial (art. 282, § 1.º).

De qualquer sorte, não há dúvida de que o Anteprojeto, na regulamentação da agora denominada tutela de urgência, pode merecer críticas, reparos, retoques – aliás, mais do que natural em se tratando de obra no campo das ciências sociais -, mas o caminho evolutivo, em suas linhas gerais,<sup>111</sup> foi tomado e, acredita-se, no rumo certo ao optar pela autonomização e estabilização da tutela antecipada e da unificação procedimental entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Poderia, porém, o Anteprojeto ter ido mais longe no tema da estabilização da tutela antecipada, para admitir, v.g., a estabilização mesmo quando impugnada pelo réu em sede de procedimento antecedente: poder-se-ia acrescentar a previsão no sentido de que, deferida a medida antecipatória, esta seria hábil a resolver a crise de direito material, sem o efeito da coisa julgada, abrindo-se para as partes, autor e réu, prazo para manifestação sobre interesse na continuidade, ou não, do processo para julgamento mediante cognição plena. Se houvesse manifestação positiva, o processo seguiria seu curso; se não houvesse, operar-se-ia a estabilização, nos mesmos moldes previstos no Anteprojeto, ou seja, sem formação de coisa julgada e com a possibilidade posterior de as partes ajuizarem a ação principal, para rediscutir o tema em sede de cognição plena.

Ou, pelo menos, se não se optar pelo corte entre o procedimento antecedente, sumário, e posterior, de cognição plena, ao menos permitir que o juiz decrete a estabilização da medida, mesmo diante de impugnação do réu, desde que entenda que a impugnação do réu não traduz contestação séria ao direito do autor, nos termos do *référé* francês.<sup>112</sup>

Poder-se-ia admitir também com mais clareza, para evitar incertezas e dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, a estabilização da medida deferida incidentalmente, como ocorre nas ações possessórias no direito italiano, em que, deferida a liminar, estabelecer-se-ia o encerramento do processo, a não ser no caso de as partes requererem expressamente sua continuação. Se não requerida a continuidade, o processo iria para o arquivo nos termos do art. 284, § 3.º, sem que a decisão antecipatória incidental fizesse coisa julgada. A qualquer tempo poderia, nos mesmos moldes do procedimento antecedente, a parte interessada ajuizar nova ação para análise do mérito.<sup>113</sup>

E como complemento de toda essa disciplina da estabilização da tutela antecipada, seria interessante pensar em previsão que pudesse incrementar a sucumbência no caso, v.g., de o réu insistir no procedimento de cognição plena levemente ou sem fundamentos suficientemente razoáveis para se opor à decisão de antecipatória.<sup>114</sup>

Poder-se-ia, ainda, na linha evolutiva do instituto, levantar as seguintes perspectivas, extraídas do *référé* francês:

a) possibilidade de as partes estabelecerem contratualmente a opção pelo regime do procedimento de cognição sumária, inclusive com o estabelecimento de presunção de urgência, de modo que todas as medidas derivadas daquele negócio jurídico seriam submetidas ao procedimento antecipatório, com a urgência presumida contratualmente pelas partes;<sup>115</sup>

b) criação de *ponte* ou *passagem (passerelle)* entre o procedimento de cognição sumária e o procedimento de cognição plena,<sup>116</sup> de modo que se o juiz entender que não cabe o procedimento preparatório pode determinar a passagem imediata para o procedimento de cognição plena.<sup>117</sup>

O tema é dos mais importantes – não obstante as dificuldades e mesmo críticas a respeito da autonomização e estabilização da tutela antecipada –<sup>118</sup> e merece toda a atenção, como destaca a doutrina italiana, dos estudiosos e operadores do direito,<sup>119</sup> já que não há dúvida, trata-se de ruptura com o sistema anteriormente vigente e que leva ao repensamento da função do processo<sup>120</sup> e das tutelas sumárias.

Assim, com o novo Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), o direito brasileiro volta-se para as modernas ideias que surgem no direito europeu, no sentido de permitir à tutela sumária absorver nova configuração, não só para resolver as situações de urgência, mas para atuar também em prol da economia processual, *economizando* o juízo de cognição plena quando, deferida ou indeferida a tutela sumária, a parte já tem a percepção que seu direito não é forte o bastante para ser levado adiante, de modo que só em casos de divergência séria é que se poderia seguir adiante com o processo de cognição plena.<sup>121</sup>

Em suma, como aponta autorizada doutrina italiana, a evolução da tutela sumária para a edição de medidas que, sem transitar em julgado, são hábeis para solução da crise de direito material sem necessidade de se recorrer ao processo de cognição plena, é hoje um dado adquirido, de modo que a tutela sumária constitui importante forma alternativa de tutela dos direitos em relação àquela prestada pelo tradicional processo de conhecimento.<sup>122</sup>

Com isso sugere a doutrina comportamento de prudência que, antes de negar aprioristicamente qualquer tipo de legitimidade da nova tutela, implica trabalhar no sentido de assegurar que esta nova forma de atuação jurisdicional respeite os direitos de defesa e não viole outras garantias estabelecidas da justiça civil.<sup>123</sup>

De qualquer modo, não obstante o destaque atual para o momento de alteração legislativa, cabe sempre reiterar o constante alerta, muito bem destacado pela doutrina italiana,<sup>124</sup> de que a mudança legislativa é importante, mas por si só não vai eliminar a crise da jurisdição e do processo: é preciso medidas de ordem administrativa e gerencial, como implementação mais efetiva da informatização e instituição de estáticas para se apurar os efeitos positivos ou negativos das modificações, inclusive para permitir a implantação de eventuais correções de rumo.

Imprescindível, ainda, o engajamento de juízes, promotores, advogados, serventários e do próprio Poder Público, de modo a se promover, como aponta a doutrina brasileira, uma espécie de mudança de mentalidade para melhor sintonizar os operadores do sistema processual com as ideias e objetivos que gravitam em torno do novo modelo processual que se busca implementar.<sup>125</sup> *Página 14*

Diante de todo esse contexto é que se pode esperar que o Projeto de Lei e o instituto da estabilização da tutela possa colocar o processo brasileiro em caminhos mais efetivos para busca da implementação, em prol dos usuários do serviço público da Justiça, da nova garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL\1988\3), introduzido pela EC 45/2004).

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*. vol. 179. p. 175-215. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

Arieta, Giovanni; De Santis, Francesco; Montesano, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: Cedam, 2005.

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Biavati, P. Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 1. anno LXIV. p. 185-196. Milano: Giuffrè, mar. 2010.

Bove, Mauro. *Lineamenti di diritto processuale civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006.

Cadiet, Loïc; Jeuland, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.

Caponi, Remo; Proto Pisani, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.

Consolo, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Padova: Cedam, 2006. vol. 1.

Denti, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Guinchard, Serge; Ferrand, Frédérique; Chainais, Cécile. *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*. 29. ed. Paris: Dalloz, 2008.

Menchini, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LXI (seconda serie). n. 1. p. 869-902. Padova: Cedam, jan.-mar. 2006.

Merlin, Elena. Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LVII (seconda serie). p. 759-804. Padova: Cedam, 2002.

Pietra, Giuseppe Della. *Il procedimento possessorio: contributo allo studio della tutela del possesso*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

Proto Pisani, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene, 2003.

\_\_\_\_\_. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Il Foro Italiano*. vol. CXXIX (parte quinta). p. 53-59. Roma: Società editrice Il Foro Italiano, 2006.

Querzola, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio". In: Bongiorno, Girolamo. *Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008. vol. III.

Ricci, Edoardo Flavio. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Instituto Brasileiro de

Direito Processual – IBDP. Disponível em: [<http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>]. Acesso em: 28.10.2011.

\_\_\_\_\_. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LVIII (seconda serie). p. 211-226. Padova: Cedam, 2003.

Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II.

\_\_\_\_\_. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. vol. 157. p. 129-146. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

Vuitton, Jacques; Vuitton, Xavier. *Les référés*. 2. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.

Vullo, Enzo. *Lcattuazione dei provvedimenti cautelari*. Torino: G. Giappiccheli, 2001.

Watanabe, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

---

1 O Anteprojeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) elaborado por conspícua comissão de juristas foi apresentado ao Congresso Nacional em meados de 2010, já tendo sido encaminhado ao Senado como PL 166/2010, que apreciou o Projeto em dezembro de 2010, introduzindo diversas alterações no Anteprojeto. Em seguida, o então PL 166/2010 foi enviado para a Câmara dos Deputados, onde ganhou a numeração PL 8.046/2010 e que hoje está nas mãos de comissão especial para parecer, com prazo para apresentação de emendas desde 19.08.2011. Assim, tem-se dois documentos básicos para estudo: o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas e a votação no Senado, com introdução de várias emendas (PLS 166/2010), nada havendo, neste momento, em termos de emendas, na Câmara dos Deputados.

2 Arieta; De Santis; Montesano, *Corso base di diritto processuale civile*, p. 138: “Le tutele in questione si definiscono ‘sommario’ perché, a differenza della tutela ‘normale’, esse (...) procedono in vie più brevi e attraverso indagini più superficiali e meno complete, senza mai dare luogo a sentenze che producono l’accertamento proprio del giudicato”. No direito brasileiro, cf. Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*, p. 120.

3 Arieta; De Santis; Montesano, op. cit., p. 138: “La sommarietà di siffatte forme di tutela è, dunque, in primo luogo sommarietà di cognizione, cioè dell’attività logico-giuridica che il giudice è chiamato a compiere ai fini della pronuncia del provvedimento. La cognizione sommaria può essere: a. Incompleta, quando la pronuncia si fonda su quel che, al momento, risulta agli atti del processo in corso; b. superficiale, quando la pronuncia è basata su una valutazione meramente probabilistica circa l’esistenza del diritto oggetto di tutela, valutazione che la legge rimette al giudice caso per caso, ovvero consente in via generale in relazione alle prove della fattispecie costitutiva, che la stessa legge considera più certe, o meno incerte, di altre”.

4 Para o conceito de cognição sumária, em confronto com a cognição plena em suas várias formas, conferir Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 111-113, um dos primeiros autores nacionais a sistematizar as técnicas da cognição, a partir da combinação entre cognição em sentido horizontal (extensão) e em sentido vertical (profundidade): a horizontal diz respeito ao conhecimento dos elementos objetivos do processo (trinômio, questões processuais, condições da ação e mérito) e a vertical a cognição pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

5 Bedaque, op. cit., p. 120: “No processo de cognição plena e exauriente, o provimento judicial é posterior à realização do contraditório, o que possibilita o conhecimento completo dos fatos pelo juiz. Em razão dessa atividade cognitiva, o juízo emitido é de certeza, não de probabilidade. Nessa linha, o provimento tende a tornar-se imutável, em virtude da coisa julgada”.

6 Idem, ibidem, destaca que no âmbito da cognição sumária a atividade cognitiva realizada pelo juiz “é sumária, porque parcial, na medida em que ele somente tem acesso a parte dos fatos, aqueles

deduzidos pelo autor. Também pode ser sumária a cognição, ainda que o contraditório se realize antes do provimento. Agora, a sumariedade se verifica não mais em razão do conhecimento de apenas parte dos fatos, mas pela maneira superficial com que a atividade cognitiva se desenvolve”.

7 Theodoro Júnior, Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu, RePro 157/131-132.

8 Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, p. 360-361.

9 Caponi; Proto Pisani, Lineamenti di diritto processuale civile, p. 18.

10 Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 176-177.

11 Na cautelar a indicação da sumariedade da cognição é dada pelo quesito da aparência do bom direito, extraído dos arts. 798 e 801, IV, do CPC (LGL\1973\5); e na antecipação de tutela da ideia pela verossimilhança da existência do direito material, extraída do art. 273 do CPC (LGL\1973\5).

12 Atualmente, de acordo com o direito positivo vigente no Brasil, a diferenciação teórica entre cautelar e antecipação de tutela vem cada vez mais perdendo interesse, diante da fungibilidade instituída pelo art. 273, § 7.º, do CPC (LGL\1973\5), conforme, por exemplo, Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 93, e Nova era do processo civil, p. 49, e Theodoro Júnior, op. cit., p. 135-136.

13 Registre-se que o direito português, tal qual o direito brasileiro, também exige o sequenciamento do processo principal, sob pena de perda de eficácia da medida provisória: Theodoro Júnior, op. cit., p. 139.

14 Cf. Querzola, op. cit., p. 4-5.

15 Proto Pisa ni, Verso la residualità del processo a cognizione piena?, *Il Foro Italiano*, vol. CXXIX (parte quinta), p. 58: “Realizzando gli auspici pressoché unanimi della dottrina la l. 80/2005 ha allentato la strumentalità dei provvedimenti cautelari disponendo che, ove emanati prima dell’inizio della causa di merito, essi non perdono efficacia se il giudizio di merito non sia instaurato, e che comunque il provvedimento cautelare emanato prima o nel corso della causa di merito non perde efficacia se il processo a cognizione piena si estingue”. Cf., ainda, Querzola, op. cit., p. 8: “è adesso diritto positivo del nostro ordinamento, e per effetto della l. n. 80 del 2005 non più limitatamente al settore del processo commerciale, quello per cui il provvedimento cautelare ante litem non diviene inefficace, e quindi continua a produrre i suoi effetti, in ipotesi di mancata instaurazione del giudizio di merito o di estinzione di questo, e tale ultima precisazione vale anche per il provvedimento cautelare emesso in corso di causa”.

16 Segundo Querzola, op. cit., p. 119-120, na Itália se podem extrair doutrinariamente duas correntes sobre o tema tutela cautelar em sentido estrito: “Secondo una prima impostazione, maggioritaria, è decisiva per qualificare una misura come cautelare la circostanza che essa presenti una struttura caratterizzata dalla provvisorietà del provvedimento e, soprattutto, dalla sua strumentalità rispetto al merito; un'altra e minoritaria impostazione ritiene invece decisiva la destinazione del provvedimento a prevenire il pericolo da tardività, onde un provvedimento sarebbe cautelare quando possieda due requisiti, la provvisorietà e la funzione conservativa o anticipatoria della soddisfazione del diritto controverso”.

17 Idem, p. 127: “Fra le varie distinzioni proposte in tema di cautelare, senza dubbio una delle più significative dal punto di vista teorico e dogmatico e, attualmente, anche dal punto di vista pratico, è quella che opera la summa divisio delle misure cautelare in provvedimenti aventi contenuto conservativo, da una parte, e provvedimento aventi contenuto anticipatorio, dall'altra”.

18 Cf. Vullo, *Lattuazione dei provvedimenti cautelari*, p. 9; Querzola, op. cit., p. 127-129; e Caponi; Proto Pisani, op. cit., p. 304-305.

19 Vullo, op. cit., p. 7, registra “che la distinzione proposta da Calamandrei tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori (o innovativi) è divenuta patrimonio comune della nostra cultura giuridica”. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali...* cit., p. 470: “Sinteticamente mentre alla presenza di un

pericolo c.d. da infruttuosità la misura cautelare deve prevenire il danno che può derivare dal verificarsi, durante le more del processo, di fatti lesivi del diritto controverso, alla presenza di un pericolo c.d. da tardività la misura cautelare deve impedire – tramite la tecnica della anticipazione della soddisfazione – il pregiudizio che il perdurare di una situazione antiggiuridica provoca al titolare del diritto. Corrispondentemente a queste due specie di pericula in mora, è possibile distinguere, si sogliono distinguere, i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: aa) provvedimenti cautelari conservativi della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; bb) provvedimenti cautelari anticipatori della soddisfazione del diritto”.

20 E assim ocorreu em função da interpretação ampla que a doutrina italiana conferiu ao art. 700 do CPC (LGL\1973\5) italiano (ao qual se assemelha o art. 798 do CPC (LGL\1973\5) brasileiro), que disciplina o poder geral de cautela do juiz: cf. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali...* cit., p. 377; e Bove, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 16. Também o direito português atual admite que no poder geral de cautela se inserem tanto as medidas *conservativas*, como as *satisfativas*, ou antecipatórias (art. 381, n. 1, do CPC (LGL\1973\5) português, com a redação renovada pelos Decretos-leis 329-A/1995 e 180/1996): cf. Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 671. Na mesma obra se vê a notícia de que a visão unitária da tutela de urgência, de modo a compreender indistintamente as medidas conservativas e as satisfativas, é uma tendência de todo o direito europeu, como, por exemplo, se passa na Alemanha, na França, na Suíça, na Bélgica, na Grécia, na Itália e na Espanha (Theodoro Júnior, *Curso de direito...* cit., p. 676-678).

21 Querzola, Lea, op. cit., p. 146: “Particolari sono poi, per il semplice fatto di situarsi necessariamente all’interno di un processo di cognizione già instaurato, quelle ordinanze, comunemente definite dalla dottrina ‘anticipatorie di condanna’, che il legislatore ha introdotto al duplice scopo di far ottenere alla parte, che apparisse già avere (almeno una certa misura di) ragione ad un dato momento del processo ordinario, un pronto titolo esecutivo, nonché di abbreviare la durata del processo (per esempio, le ordinanze di cui agli art. 186 bis, 186 ter e 186 quarter oltre a quelle di cui all’art. 423 CPC (LGL\1973\5))”.

22 Idem, ibidem: “Introdotti con la speranza che potessero costituire la panacea di diversi mali che affliggono l’ormai spessato processo ordinario, queste ordinanze non solo paiono non aver sortito gli effetti sperati dal punto di vista pratico, ma hanno fin da subito suscitato diverse perplessità anche dal punto di vista teorico”.

23 Para comparação entre os sistemas brasileiro e italiano, no âmbito da tutela de urgência, conferir Andrade, A técnica processual da tutela sumária no direito italiano, RePro 179/186-194.

24 Theodoro Júnior, Tutela antecipada... cit., p. 131-132: “As mais antigas medidas típicas de urgência foram as providências cautelares, cujo objetivo era tradicionalmente mantido no âmbito da conservação de bens úteis ou necessários à maior eficiência da tutela principal, dita tutela satisfativa. Não se concebia o uso de medidas cautelares sumárias para satisfazer, fora do processo principal, pretensão material do litigante. (...) A evolução da tutela de urgência ocorreu durante muito tempo no âmbito das medidas cautelares. Inicialmente, esta se apresentavam como medidas típicas, tais como o arresto e o sequestro, com destinação à hipóteses taxativamente traçadas pelo legislador. Mais tarde, concebeu-se um poder geral de cautela, a exemplo do art. 700 do atual CPC (LGL\1973\5) italiano, do qual derivou o art. 798 do CPC (LGL\1973\5) brasileiro de 1973. Com esse poder geral, a tutela preventiva não ficava mais restrita às medidas típicas idealizadas pelo legislador, porque ao juiz se conferia o poder de criar outras providências para afastar o perigo de dano decorrente da demora do processo principal, que se adequassem às particularidades do caso concreto. Este poder criativo, no entanto, não deveria ultrapassar o campo neutro das medidas conservativas”.

25 Antes da reforma processual de 1994, que veio a regular a antecipação da tutela no processo de conhecimento (art. 273 do CPC (LGL\1973\5)), não havia qualquer previsão específica no ordenamento jurídico, salvo exceções legalmente reguladas (v.g., liminar em ação possessória ou em mandado de segurança), de concessão de liminares satisfativas, por meio das quais se adiantava ao autor o gozo do direito material no início do processo. Com isso, havia controvérsia na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade ou não de concessão de medidas cautelares satisfativas, com base no poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC (LGL\1973\5)). Parte da doutrina, valendo-se da definição clássica de processo cautelar, no sentido de que no seu âmbito apenas se poderiam postular medidas de segurança jurídica em relação ao processo principal, para

garantir sua eficácia e resultado útil, entendia impossível, por meio da tutela cautelar, do adiantamento do próprio direito material ou uma espécie de execução provisória, no processo cautelar, do objeto do processo principal. Em linha contrária se situava outra parte da doutrina, para quem o art. 798 do CPC (LGL\1973\5) autorizaria a concessão de medida cautelar por meio da qual se poderia antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento.

26 A Lei 10.444/2002 acrescentou o § 7.º ao art. 273 do CPC (LGL\1973\5), com a seguinte dicção: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Assim, a tentativa é de harmonização das duas tutelas, mediante integração no escopo geral da tutela cautelar, evitando-se que se constituam barreiras intransponíveis entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória (cf. Theodoro Júnior, *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*, p. 94; e Theodoro Júnior, *Tutela antecipada...* cit., p. 135-136).

27 Menchini, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. LXI (seconda serie), n. 1, p. 900: “Le tecniche utilizzate, pur tutte ispirate dalla medesima finalità, sono varie: a volte, è previsto un procedimento sommario con funzione esecutiva, alternativo rispetto a quello di cognizione (art. 19 del Decreto legislativo 5/2003), altre volte, invece, la domanda dichiarativa è proposta, il processo volto ad ottenere l'accertamento del diritto sostanziale è instaurato, ma esso viene meno, in quanto le parti rinunciano al suo svolgimento, accontentandosi delle tutele disposte, ancorché provvisorie e non immodificabili (è questo il caso dei processi possessori e dell'istituto introdotto dall'art. 624, comma 3.º).

28 Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, p. 25: “Di ampio respiro sistematico, anche in questo contesto, sono poi le innovazioni contenute nella nuova Lei 80/2005, che incidono sulla stessa struttura della tutela cautelare tramite la rinuncia al requisito della assoluta provvisorietà, e così di riflesso con un ripensamento e una attenuazione – non però una soppressione – della strumentalità, in ordine ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti cautelari aventi natura anticipatoria: viene meno l'esigenza che sia resa e tenuta pendente la causa di merito, requisito sin qui tradizionalmente essenziale (...)”.

29 Como aponta Menchini, op. cit., p. 900, a ideia não é acabar com o processo declarativo de cognição plena, mas simplesmente, criar, ao lado deste, procedimentos mais céleres, como alternativa para aqueles que necessita recorrer à tutela jurisdicional: “In funzione di economia processuale, di accelerazione della tutela, di deflazione del contenzioso si sta facendo strada una nuova forma di giurisdizione, che prevede rimedi che non sono sostitutivi del processo dichiarativo, ma additivi rispetto ad esso: la giurisdizione cognitiva o di accertamento non è più snodo necessario per la tutela delle situazione giuridiche sostanziali, ma è, comunque, a disposizione delle parti. Queste possono scegliere tra mezzi diversi in base ai loro bisogni: se ritengono che non sia necessario e neppure soltanto utile l'accertamento con forza di giudicato, ricorrono alle forme speciali non dichiarative e rinunciano a quelle cognitive, evitando di dare vita al processo di merito o di proseguirlo, qualora esso sia stato già instaurato; invece, se considerano non sufficiente la tutela senza stabilità, possono sempre adoperare il giudizio di cognizione”.

30 Consolo, op. cit., p. 77-78, em comentário ao novo rito societário criado pelo Decreto Legislativo 5/2003, aponta que operou verdadeira reviravolta no sistema processual italiano: “Una svolta molto marcata può dirsi quella operata dal recente Decreto Legislativo 17.01.2003, n. 5 (entrato in vigore il 01.01.2004) che ha introdotto un sistema di norme di rito completamente nuovo (...). É altresì prevista la possibilità di addivenire alla definizione della causa con ordinanza immediatamente esecutiva di condanna a seguito di un procedimento sommario che si svolge in un'unica udienza. Le misure cautelari poi, specie ante causam, sul modello dell'istituto di matrice franco-belga del référé-provision, non perdono efficacia, se il processo ordinario non verrà iniziato (lo stesso accade oggi per il rito ordinario, dopo le modifiche introdotte dalla Lei 80/2005 agli artt. 669-octies e 669-decies) o se sucessivamente al suo inizio si estingue”.

31 Como explicita Biava ti, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, anno LXIV, p. 186, com a Lei 69/2009, o sistema italiano, ao lado do procedimento ordinário, de cognição plena, passa agora a prever um

procedimento de cognição plena simplificado, mantendo-se viva a possibilidade criada em 2005, no âmbito do processo cautelar, da estabilização autônoma do provimento antecipado: “Nel 2005, nuovi interventi hanno investito questo materia. Il più significativo è quello che ha inciso sul profilo della strumentalità, attenuandone o, secondo alcune letture, potenzialmente eliminandone il peso. Il provvedimento anticipatorio governato dall’art. 669-octies CPC (LGL\1973\5) non solo propone un assetto di interessi alle parti, ma si candida a divenire definitivo, se i litiganti decideranno di non instaurare il giudizio di merito. Questo provvedimento, per espressa volontà legislativa, non giunge all’efficacia del giudicato, ma ha certo l’ambizione di poter essere almeno sul piano pratico, l’ultima parola di quella lite. La Lei 69 del 18.06.2009 pone un terzo, importante tassello: quello di un giudizio a cognizione semplificata, applicabile alla generalità delle situazioni soggettive, senza che occorra alcun requisito di urgenza nella tutela o di irreparabilità del danno, che sfocia in un provvedimento (e qui sta la novità maggiore) idoneo al giudicato”.

32 Confirma-se a redação de parte do art. 669-octies do CPC (LGL\1973\5) italiano: “Lcordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell’inizio della causa de merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di merito salva l’applicazione dell’ultimo comma dell’articolo 669-novies. (...) Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’art. 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa. L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

33 O direito processual italiano atual permite, no procedimento possessório, após o deferimento da tutela sumária antecipatória, a definição da causa, vez que a cognição plena não se segue automaticamente mas é reenviada à iniciativa das partes, conforme notícia Menchini, op. cit., p. 882-883: “La domanda dichiarativa è proposta, il giudizio volto ad ottenere il giudicato è instaurato, ma la vicenda processuale può essere definita mediante un provvedimento sommario, che mantiene efficacia ove il processo si estingua a causa del mancato compimento della fase di merito. (...) Il possesso può essere oggetto di un giudizio di merito e, di conseguenza, di un accertamento con forza di giudicato; la fase di merito è funzionalmente distinta rispetto a quella sommaria, che dà luogo ad un provvedimento (anticipatorio) di condanna esecutivo. Tuttavia, la trattazione ordinaria non segue, in modo automatico, quella effettuata con i modi del rito cautelare e il suo svolgimento non è necessario per la conservazione degli effetti dell’interdetto; il merito possessorio, in quanto rimesso all’iniziativa di una delle parti, è soltanto eventuale e il mancato passaggio alle forme a cognizione piena non determina la perdita di efficacia delle misure urgenti disposte dal giudice”. Pietra, *Il procedimento possessorio: contributo allo studio della tutela del possesso*, p. 96-97, em estudo a respeito do procedimento possessório na Itália, após a reformulação produzida pela Lei 353/1990, aponta que as primeiras ponderações a respeito, capitaneadas por Andrea Proto Pisani, apontaram duas diversas soluções: ou a tutela possessória havia se transformado em procedimento sumário ou se permitia o deferimento de uma tutela sumária capaz de encerrar o feito, somente se partindo para uma fase de cognição plena mediante ato de impulso autônomo de uma das partes. Confirma-se: “Così, in sede de prima lettura delle nuove disposizioni, Proto Pisani propose due diverse soluzioni ricostruttive: la prima, fondata sulla distinzione ‘classica’ tra una prima fase sommaria e una successiva fase a cognizione piena, introdotta però con autonomo atto d’impulso; la seconda, costituita dalla sola fase sommaria, all’esito della quale il pretore non sarebbe tenuto a fissare termine per l’inizio di un giudizio di merito quantomeno superfluo per la tutela di una posizione fattuale come il possesso”. Todavía, como aponta o mesmo Pietra, op. cit., p. 98-99, várias foram as correntes que se firmaram em torno da interpretação das modificações, podendo ser sintetizadas em quatro: a primeira, propõe que o processo possessório só teria uma fase, a sumária, e, esgotada esta, sequer se poderia partir para o mérito possessório; a segunda entende que o procedimento possessório permaneceu na sua tradicional estrutura, em duas fases, uma para a tutela interdital e outra para a resolução do mérito; uma terceira corrente preconiza a não eliminação da segunda fase, de mérito, mas esta só poderia ser instaurada mediante autônomo ato processual das partes direcionando o feito para a fase de cognição plena; e uma quarta explicita que se há decisão rejeitando a tutela antecipada sumária, o feito se fecha, e se houver deferimento fixa-se prazo para as partes partirem ou não para o juízo de cognição plena.

34 Cf. Menchini, op. cit., p. 900.

35 Idem, p. 872: “Chiari sono gli obiettivi che si vogliono raggiungere: rapidità e, conseguentemente, effettività della tutela; scoraggiamento dell’abuso del diritto di difesa; economia e accelerazione dei processi”.

36 Denti, *La giustizia civile*, p. 132: “Nei più recenti interventi legislativi, invero, si assiste ad una progressiva estensione dell’area della giurisdizione senza giudicato: lo speciale procedimento sommario previsto dalla recente riforma del processo societario costituisce uno degli esempi più significativi di questa tendenza verso la configurazione di provvedimenti giurisdizionali decisorii idonei a produrre effetti esecutivi, ma non la definitività della decisione”.

37 Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. LVIII (seconda serie), p. 215, apresenta as seguintes considerações em torno do novo instituto: “In primo luogo, è probabilmente venuto il momento di prendere atto anche al livello legislativo che – quando l’oggetto della contesa sono i diritti di credito – l’utilità pratica della tutela giurisdizionale sta nella formazione del titolo esecutivo più che nell’accertamento. In secondo luogo il processo di cognizione ha sempre e comunque un costo in termini di durata, che tanto più si traduce in termini di tutela inefficace, quanto più non è l’accertamento ad avere per la parte il maggior interesse. L’idea di fondo, che sorregge il nuovo istituto, è molto semplice: se non è l’accertamento che si vuole, non vi è bisogno di quel processo di cognizione, che proprio in funzione dell’accertamento è stato pensato e costruito”.

38 Idem, ibidem: “L’idea di fondo, che sorregge il nuovo istituto, è molto semplice: se non è l’accertamento che si vuole, non vi è bisogno di quel processo di cognizione, che proprio in funzione dell’accertamento è stato pensato e costruito”.

39 Denti, op. cit., p. 137: “Il modello di questa riforma (...) è rappresentato dal référé francese”.

40 Cf. Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. LXI (seconda serie), p. 775: “L’oggetto del contendere qui era dato dai provvedimenti che, pur non pregiudicando, come suol dirsi, il merito, hanno vocazione pienamente anticipatoria e dunque dalle misure provvisorie soddisfattive. Al centro della discussione si è posto soprattutto il modello franco-belga del référé-provision, e quello contiguo del kort geding olandese. Modelli, come già detto, caratterizzati dall’ampiezza dei presupposti per la concessione e dall’assenza di strumentalità rispetto al processo di merito”.

41 Querzola, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”*. In: Bongiorno, Girolamo. *Studi in Onore di Carmine Punzi*, p. 403: “Le norme sulla cautela recentemente riformate vanno, evidentemente, interpretate alla luce di una valutazione globale dello spirito che di quelle riforme è alla base. Si cade quasi nell’ovvietà ricordando che lo scopo principale dell’aver reso indipendenti certe misure cautelari dall’instaurazione o dal proseguimento del giudizio consiste nello snellimento del contenzioso civile; da un punto di vista quantitativo, perché si pretende di diminuire il numero di cause instaurate, e anche da un punto di vista qualitativo, non necessariamente in senso deteriore, in quanto si pensa di poter rendere giustizia attraverso un procedimento a cognizione sommaria, quindi tendenzialmente più veloce e pur non scevro di garanzie, anziché attraverso un più pesante processo a cognizione piena”.

42 Vuitton; Vuitton, *Les référés*, p. 1-2; Cadiet; Jeuland, *Droit judiciaire privé*, p. 408; Guinchard; Ferrand; Chainais, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, p. 309-310.

43 Vuitton; Vuitton, op. cit., p.1-2: “Le référé est donc né du besoin d’obtenir une solution judiciaire en cas d’urgence, ce à quoi les juges du fond ne pouvaient répondre compte tenu des lenteurs de la procédure ordinaire. Il évitait ainsi le recours aux actes de justice privée et rendait efficace et utile l’intervention ultérieure éventuelle du juge du fond”.

44 Cadiet; Jeuland, op. cit., p. 408. Cf. ainda, Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 2-3, que detalham a evolução do instituto no curso do século XX, com as várias e progressivas alterações ocorridas na legislação francesa a respeito do tema.

45 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 308: “Le nouveau Code de procédure civile consacre des

développements autonomes aux pouvoirs de certains juges de rendre des ordonnances de référé ou sur requête. (...) C'est que les juges des référés et des requêtes remplissent, historiquement, une fonction propre: ils permettent d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des justiciables".

46 Idem, p. 310: "Il y a de nombreuses dispositions légales qui prévoient le recours au président du tribunal statuant en référé; elles rentrent d'ordinaire, mais pas toujours, dans le cadre des directives générales posées par les arts. 484 à 492, 808 à 810 du CPC (LGL\1973\5)".

47 Cadiet; Jeuland, op. cit., p. 410-411: "De ce cas ordinaire ou général de référé, se sont progressivement détachés des cas spéciaux ou particuliers auxquels a été reconue une complète autonomie. Ces différents référés spéciaux, parfois consacrés en dehors du livre 1er du Code, si ce n'est, carrément, en dehors même du Code de Procédure Civile, sont donc subordonnés aux seules conditions prévues par les textes qui les définissent et, sauf disposition contraire, échappent aux conditions ordinaires du référé. Dans certains cas, ni l'urgence ni l'absence de contestation sérieuse ne sont exigées".

48 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 308: "Le référé est à la fois la procédure de l'urgence et de l'évidence: selon une formule excellente dans le premier cas 'la justice ne doit pas perdre de temps', dans le second cas, 'elle n'a pas de temps à perdre'".

49 Idem, p. 310: "Le référé permet en effet d'obtenir, par une procédure simple et rapide, du président du tribunal, des décisions, sans doute provisoires, mais d'une importance parfois considérable, que peuvent demeurer définitives en pratique. Il est devenu le recours miracle de beaucoup de plaideurs que le détournement ainsi de sa fonction traditionnelle".

50 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 3, 11-12.

51 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 310: "S'il a toujours été admis que le référé était une procédure contradictoire que ne devait pas toucher le fond du droit, il était historiquement soumis à une condition rigoureuse: le caractère urgent des mesures à prendre. Ce caractère n'était cependant pas toujours requis et, placée en présence de situations extrêmement variées, la jurisprudence, par une interprétation littérale des textes, en a considérablement atténué l'exigence. Aujourd'hui, avec le nouveau Code, il est des éventualités où l'urgence est une condition nécessaire de la compétence du juge; dans d'autres cas elle est présumée et résulte des circonstances; dans une troisième série d'hypothèses enfin, elle n'est pas exigée".

52 O conceito de urgência é assim delineado pela doutrina francesa, conforme Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 12-13: "L'urgence correspond ainsi à la situation qui requiert une intervention rapide du juge, à peine de dommages irréversibles ou graves, lorsqu' 'une partie est exposée à un préjudice imminent, qui pourrait être irréparable'. Une autre définition est donnée qui fait de l'urgence la nécessité qui ne souffre aucun retard. Le professeur Perrot définit encore cette notion, dans les termes suivants: 'L'urgence suppose qu'un retard dans la prescription de la mesure sollicitée serait préjudiciable aux intérêts du demandeur'. (...) Si cette notion reste incertaine, deux caractères peuvent en être précisés: un caractère objectif, l'urgence résultant de la nature du litige, et non des diligences ou convenances d'une partie, et un caractère relatif, dès lors que'elle s'apprécie par rapport à la possibilité d'obtenir satisfaction en temps utile devant un juge ordinaire. On devine par là même que l'urgence est, par nature, extrêmement factuelle, puisqu'elle suppose une appréciation concrète de l'environnement dans lequel la mesure à prendre doit intervenir".

53 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 313-319. Cf. Aïda Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 33: "L'art. 809, alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile a instauré le référé-provision et le référé-injonction, en subordonnant l'octroi d'une telle provision, ou d'une telle injonction, à la condition de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable sur laquelle la demande doit reposer".

54 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 33: "L'octroi d'une provision suppose le constat préalable par le juge de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, au titre de laquelle la provision est demandée. Le juge des référés, qui intervient ici dans sa fonction d'anticipation, ne saurait trancher une difficulté sérieuse quant à l'existence même de l'obligation pour accorder une provision. (...) Le caractère non sérieusement contestable de l'obligation est la seule condition d'octroi d'une provision. Rappelons, ainsi qu'il a été vu, que l'urgence n'est pas une condition nécessaire à l'octroi d'une

provison et que'elle n'a pas à être relevée. Cette condition est suffisante et la provision peut être octroyée, quelle que soit l'obligation en cause. La nature de l'obligation sur laquelle est fondée la demande de provision est, en effet, sans importance. Elle peut être quasi-délictuelle, contractuelle ou délictuelle”.

55 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 318-319; e Cad iet; Jeuland, op. cit., p. 412-413.

56 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 34: “Le référé-provision, procédure simple, empêche, en effet, que le débiteur de mauvaise foi n'utilise toutes les arcanes de la procédure au fond pour éviter de régler normalement, et donc rapidement, une dette incontestable, épargne les recours multiples et abusifs et apporte une solution rapide et efficace à un litige qui n'en méritait pas d'autre. Une somme due évidemment l'est hors de toute procédure et n'a pas à être soumise aux juges du fond, même si le débiteur est de mauvaise foi”.

57 Idem, ibidem: “Le plaideur condamné en référé ne saisira le juge compétent au fond que s'il estime n'être pas réellement débiteur de la somme en cause, ce qui devrait exclure le plaideur de mauvaise foi ou d'evidence, qui n'ignore pas que la décision au fond sera inévitablement identique à celle rendue en référé”.

58 Idem, p. 153: “L'instance de référé met en oeuvre les principes traditionnels de la procédure civile en les adaptant autant que possible aux spécificités de l'institution du référé qu'impose sa fonction juridictionnelle: souplesse et rapidité”.

59 Cadiet; Jeuland, op. cit., p. 413.

60 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 771: “Le référé intervient souvent pour régler un incident isolé; mais le recours au référé, pour des raisons de rapidité, est également pratiqué au cours d'une instance pendante devant le tribunal de grande instance ou devant un tribunal d'exception. La pratique du référé au cours d'instance était largement admise par les tribunaux (...)”.

61 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 153: “Enfin, si les parties peuvent se faire représenter ou assister d'un avocat, rien ne les y oblige, ce qui peut théoriquement faciliter l'accès au juge des référés. En réalité, quel que soit le juge des référés compétent en première instance, les parties peuvent se présenter en personne. Elles peuvent également se faire représenter”.

62 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 773.

63 Cadiet; Jeuland, op. cit., p. 414: “Avant de prendre sa décision, le juge des référés a le pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction qu'il estime utile afin, par exemple, de rechercher si les conditions de son intervention sont remplies et il doit s'assurer qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense, sans qu'il soit possible de s'en tenir à la absence de contestation sur ce point”.

64 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 775: “Le juge saisi de l'affaire au fond n'étant en aucune mesure lié par la décision obtenue en référé, il pourra toujours adopter une solution différente de celle retenue par le juge des référés; on est conduit à décider que l'ordonnance n'est pas investie, quant au fond, de l'autorité de la chose jugée. Elle n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée (art. 488, al. 1)”. Cf. ainda Cadiet; Jeuland, op. cit., p. 414: “L'ordonnance de référé est une décision provisoire. En conséquence, l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, autorité de chose jugée: le juge du principal, saisi ou appelé à être saisi sur le fond du litige, n'est donc pas lié par l'ordonnance du juge des référés; cette décision ne préjuge pas et ne saurait préjuger du principal”.

65 Cadiet; Jeuland, *Droit judiciaire privé*, p. 415: “L'ordonnance de référé est exécutoire de plein droit à titre provisoire, dans toutes ses dispositions, y compris celles relatives aux dépens et aux frais irrépétibles”. Cf. ainda Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 775.

66 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 312.

67 E tal executoriedade imediata, como destacam Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 201, ocorre mesmo que a decisão seja atacada por recurso: “La nature même du référé suppose que les ordonnances

rendues soient immédiatement exécutoires. Lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage imminent, de mettre fin à une manifeste illicéité ou d'ordonner une mesure urgente, il ne saurait être question d'attendre l'expiration du délai de recours. Ce serait à la fois nier la raison d'être du référé et priver ses décisions de toute efficacité".

68 Idem, ibidem: "L'art. 489 du Nouveau Code de Procédure Civile permet cependant de tempérer la mise en oeuvre de cette exécution provisoire de droit, en autorisant le juge des référés à subordonner l'exécution d'une mesure à la constitution d'une garantie".

69 Idem, p. 206: "L'art. 8 du Décret du 20/2004 est intervenu pour rendre sa cohérence à l'institution, en disposant que: 'À l'art. 524, il est ajouté un sixième alinéa rédigé comme suit: Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe de la contradiction ou de l'art. 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives".

70 Idem, p. 193: "L'ordonnance de référé est un titre véritable. Les mesures qu'elle instaure, bien que provisoires par nature, sont seules applicables jusqu'à ce qu'intervienne une décision au fond, ce qui leur donne un effet radical conforme au caractère exécutoire par nature de l'ordonnance et constitue un important facteur d'efficacité du référé".

71 Idem, p. 193-194: "Les principales spécificités propres de l'ordonnance de référé sont son caractère provisoire et son corollaire, l'absence d'autorité de chose jugée au principal, ainsi que son caractère exécutoire par nature. (...) Les juges des référés rendent des décisions provisoires, c'est-à-dire des décisions qui, bien qu'exécutoires, sont susceptibles d'être remises en cause tant par les juges du fond que par d'éventuelles circonstances nouvelles".

72 Idem, p. 174: "Le Nouveau Code de Procédure Civile a instauré l'ordonnance de référé comme une décision provisoire mais en aucun cas temporaire".

73 Idem, p. 194: "Il s'agit de la contrepartie nécessaire de la rapidité d'intervention du juge des référés et de la souplesse procédurale dont il bénéficie, lui qui décide dans l'urgence d'une situation et qui, par conséquent, a été autorisé à statuer dans des conditions qui ne garantissent pas, en théorie, une totale sérénité".

74 Idem, p. 196-197: "L'ordonnance de référé est privée de l'autorité de la chose jugée au principal. Cette caractéristique, expressément affirmée par les dispositions de l'art. 488 du Nouveau Code de Procédure Civile qui a consacré la jurisprudence antérieure, est la conséquence nécessaire du caractère provisoire de cette décision. (...) Dès lors, les parties sont libres de saisir le juge du fond d'une demande identique à celle présentée en référé et sur laquelle ce juge s'est prononcé, sans que l'art. 1351 du Code Civil ne puisse leur être opposé à ce titre. (...) Les juges du fond ne sont tenus ni par les constatations de fait ou de droit du juge des référés ni par les déductions qu'il a pu en faire. En conséquence de l'absence d'autorité de la chose jugée au principal des ordonnances de référé, les juges du fond, qui sont saisis après l'intervention du juge des référés, sont tenus de vérifier le bien fondé de la décision prise en référé en fait comme en droit. Ce principe est d'application générale".

75 Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 321: "Plus souvent, le référé est le prélude d'une instance. Il permet alors d'aborder le débat au fond dans des conditions plus favorables, place parfois le futur plaideur (demandeur ou défendeur) dans une meilleure position. Tel est le cas en matière de provision, le débat s'arrêtant même parfois à ce niveau avec l'accord tacite ou exprès des plaideurs. *En droit français en effet, et à la différence d'autres systèmes étrangers, aucun texte n'oblige les parties qui ont bénéficié d'une mesure de référé anticipant sur la décision au fond, à saisir le juge du fond dans un certain délai à peine de caducité de la mesure provisoire ordonnée*".

76 Idem, p. 321-322: "Le provisoire de droit peut devenir définitif en fait. Il arrive même qu'une fois la provision accordée en référé, la prescription de l'action au fond contre l'assesseur fasse obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge des référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent constituer un paiement indu".

77 O direito belga segue o mesmo modelo francês do *référé*: Theodoro Júnior, Tutela antecipada... 24



cit., p. 138.

78 Registre-se que, recentemente, no final de 2011 para início de 2012, o processo português prossegue no campo das reformas, com a apresentação ao Parlamento de amplo projeto de alterações que, sem substituir o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) vigente, busca novos passos na evolução dos institutos processuais. E um dos institutos contemplados foi exatamente a alteração do regime do processo cautelar, para lhe conferir autonomia em relação ao processo principal no que diz respeito a solução da crise de direito material, na linha da quebra do vínculo obrigatório entre o processo cautelar e o principal, na esteira dos modelos francês e italiano. Confira-se da Exposição de Motivos do Projeto de reforma: “Quanto à disciplina dos procedimentos cautelares, quebra-se o princípio segundo a qual estes são sempre dependência de uma causa principal, proposta pelo requerente para evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício, evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da acção principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar – obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efectivamente opunha as partes. Para alcançar tal objectivo, consagra-se o regime de inversão do contencioso, conduzindo a que, em determinadas situações, a decisão cautelar se possa consolidar como definitiva composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade”.

79 Registre-se que o Anteprojeto e o PLS 166/2010 destacaram da tutela antecipada propriamente dita a tutela da evidência (art. 278 do PLS 166/2010), que hoje é regulada no âmbito da regra geral de antecipação de tutela no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) vigente (art. 273, II, e § 6.º, do CPC (LGL\1973\5)). E ao promover o tratamento em separado da tutela de evidência, o Anteprojeto acrescentou duas novas hipóteses, além daquelas já existentes: inicial instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; e os casos em que a matéria for unicamente de direito e já houver tese firmada em julgamento de casos repetidos ou em súmula vinculante (art. 278, III e IV, do PLS 166/2010). A inserção do art. 278, IV, no Anteprojeto, é importante porque realiza equilíbrio com a hipótese, a favor do réu, de rejeição liminar da demanda do autor, quando esta veicular direito material já definido pela jurisprudência do STF e STJ em súmula ou julgamento de recursos repetitivos (art. 307 do PLS 166/2010, versão aprovada no Senado): se a perspectiva jurisprudencial for a favor do autor, admite-se o deferimento da tutela da evidência, para permitir a realização do direito material objeto do processo, independentemente deste estar ou não envolvido em situação de perigo. Todavia, como o trabalho tem maior foco na tutela de urgência e sua estabilização, não serão objeto de exame os detalhes da agora denominada tutela de evidência.

80 Aliás, na própria Itália, onde surgiu a cautelar como forma autônoma de processo, ao lado do processo de conhecimento e de execução, não deixa de haver questionamento sobre a utilidade de se ver a cautelar como processo autônomo, como destaca Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 119: “Intanto, è opportuno ricordare che la configurabilità della tutela cautelare come categoria autonoma rispetto alla cognizione e all’esecuzione non è sempre stata così pacifica, come verrebbe fatto di pensare essendo stata acquista, anche a livello normativo, la ormai classica tripartizione chiovendiana. È nota la posizione di Allorio e di Liebman che, riconosciuti nell’accertamento e nell’esecuzione gli scopi fondamentali del processo, ritenevano fuorviante l’enucleazione di un tertium genus il cui contenuto, sostanzialmente, poteva ricondursi e ridursi agevolmente alle prime due attività”.

81 Ricci, *A tutela anticipatória brasileira vista por um italiano*, p. 36-37.

82 Na doutrina brasileira, cf. Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 51: “O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos (...)”.

83 Segundo Biava ti, op. cit., p. 752: “il tema odierno coglie esattamente uno degli snodi essenziali di questa dinamica: la tendenza europea alla semplificazione e all’accelerazione dei procedimenti, espressa come obiettivo in vista di un migliore accesso alla giustizia nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16.10.1999”. Na doutrina brasileira, Bedaque, *Efetividade do processo ...* cit., p. 54, destaca a respeito das formas procedimentais que *quanto mais simples e claras*.

*melhor.*

84 Sobre a unificação procedimento, cf. Theodoro Júnior, *Tutela antecipada...* cit., p. 133.

85 Como destaca Denti, op. cit., p. 132, trata-se de nova tendência nos sistemas processuais modernos: “Nei più recenti interventi legislativi, invero, si assiste ad una progressiva estensione dell’area della giurisdizione senza giudicato: lo speciale procedimento sommario previsto dalla recente riforma del processo societario costituisce uno degli esempi più significativi di questa tendenza verso la configurazione di provvedimenti giurisdizionali decisori idonei a produrre effetti esecutivi, ma non la definitività della decisione”. Também Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 243-244: “Già in precedenza ho ricordato come il legislatore delle recenti riforme abbia sancito inequivocabilmente l’inaccessibilità del nuovo modello provvedimentale alla cosa giudicata (...). Il legislatore ha preso atto delle esigenze dei litiganti postmoderni, ai quali preme essenzialmente una decisione più possibile rapida, efficace ed effettiva, poco loro importando, invece, della perennità delle statuizioni del giudicante”.

86 Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 246-247.

87 Trata-se de Anteprojeto, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, e apresentado ao Governo brasileiro antes da instituição da Comissão para elaboração de um novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), para reestruturação do art. 273 do CPC (LGL\1973\5), no qual se encontra, v.g., o art. 273-B, § 2.º, com o seguinte teor: “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”. E o art. 273-C, parágrafo único: “Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

88 Cf. Ricci, *A tutela anticipatória...* cit., p. 25. Cf. também Querzola, *Tutela cautelare e dintorni...* cit., p. 408: “la ricetta que il legislatore ha approntato, riformando la tutela cautelare nel rito commerciale ed in quello civile in generale, sembra idonea a soddisfare potenzialmente numerosi palati. Ciò che già è buono, tuttavia, potrebbe sempre diventare migliore; e se l’obiettivo è la deflazione del contenzioso civile, la strada da percorrere è quella che porta a risolvere quanto più le liti in via sommaria, facendo a meno del processo di cognizione (...)”.

89 Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 178: “Ciò che dovrebbe più rilevare, infatti, non è l’assioma ‘svolgimento della cognizione piena-definitività’ (o giudicato, che dir si voglia), perché affinché la garanzia della cognizione piena sia rispettata, non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena, essendo invece sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti, specie a quella risultata soccombente nella prima eventuale fase sommaria, la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena”.

90 Idem, p. 39: “A ciò si aggiunga che, in ogni caso, cioè quand’anche il giudizio di merito non seguisse mai la provvidimento urgente concesso, e quindi la provvisorietà permanesse nell’inattività delle parti, sopraggiungerebbero i termini di prescrizione delle posizioni soggettive fatte valere a consolidare, questa volta sì definitivamente, la sfera giuridica delle parti, con la conseguenza che alcun altro provvedimento potrebbe mai sopravvenire a statuire alcunché in senso difforme rispetto a quanto deciso dal giudice nel provvedimento provvisorio. Il quale, fatte queste ultime considerazioni, è divenuto ineluttabilmente definitivo, così il dictum in essi contenuto”.

91 Vale relembrar a anterior citação de Guinchard; Ferrand; Chainais, op. cit., p. 321-322: “Le provisoire de droit peut devenir définitif en fait. Il arrive même qu’une fois la provision accordée en référé, la prescription de l’action au fond contre l’assesseur fasse obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge des référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent constituer un paiement indu”.

92 No direito francês, conferir especialmente Vuitton; Vuitton, p. 177-178: “Il a donc été décidé que l’effet interruptif de prescription d’une action en référé produisait ses effets jusqu’à ce que le litige trouve sa solution (c’est-à-dire après l’exercice de voie de recours éventuelle), ce qui correspond à l’application du droit commun”.

93 Idem, p. 200, apontam, neste sentido, a orientação da Corte de Cassação francesa: “On doit

également noter un arrêt de cassation qui a consacré la portée considérable que peuvent avoir les ordonnances de référé en affirmant que ‘la prescription de l’action au fond contre l’assureur fait obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge de référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent pas constituer un paiement indu’”.

94 Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 216.

95 Idem, p. 237-238.

96 Proto Pisani, *Verso la residualità...* cit., p. 58: “Il secondo concerne l’onere della prova. Il sistema introdotto, nella sostanza, sposta dall’attore al convenuto l’interesse ad iniziare il processo a cognizione piena. In tale processo, ove iniziato dal destinatario passivo del provvedimento cautelare anticipatorio, l’onere della prova graverà su questi, che sarà tenuto quindi al gravissimo onere di provare l’insussistenza del diritto già accertato esistente a livello di fumus, o invece – come sarebbe più ragionevole ma può essere difficile ritenere in assenza di una norma espressa – sul convenuto formale che ha richiesto e ottenuto il provvedimento cautelare anticipatorio?”

97 Aliás, com apontam Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 161-162, a jurisprudência da Corte de Cassação Francesa já assentou que o juiz do *référé* pode ordenar medidas instrutórias antes de deferir ou não a medida: “le juge des référés, auquel il incombe de vérifier que l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, a le pouvoir d’ordonner, à cet effet, toute mesure d’instruction qu’il estime utile, et, notamment, la comparution personnelle des parties. E concluem, a seguir, os citados autores: Cette décision est intéressante à deux principaux titres. Elle pose nettement en principe le droit du juge des référés à proceder à toute mesure d’instruction qu’il estimerait nécessaire pour l’éclairer et notamment la comparution personnelle des parties. Il dispose donc à cet égard des mêmes pouvoirs d’instruction que les autres juges. À la lecture de cet arrêt, il se déduit que ce pouvoir s’exerce conformément aux règles de l’art. 144 du Nouveau Code de Procédure Civile, ainsi qu’aux principes dégagés à propos des juridictions du fond et que le juge des référés, comme les juges du fond, bénéficie d’un pouvoir souverain, voire même discrétionnaire, quant à l’opportunité d’ordonner d’office une mesure d’instruction”.

98 Ricci, *A tutela anticipatória...* cit., p. 5: “Assiste-se assim a uma inafastável tendência à sumarização da justiça civil, a ensejar que as garantias íntimas ao processo de conhecimento ordinário sejam reputadas inúteis; e no mesmo momento em que se continua a estudar o processo civil ordinário como principal instrumento para a tutela dos direitos, a prática limita-se a uma tutela totalmente diversa e menor”.

99 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 22-24, apontam a possibilidade de concessão do *référé* no caso de ausência de contestação séria do direito alegado pelo requerente da medida e assim delimitam o conceito de contestação séria: “Une contestation sérieuse ne survient donc que lorsque l’un des moyens de défense opposés aux prétentions du demandeur n’apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond que pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond. La contestation doit être sérieuse et donc paraître susceptible de prospérer au fond. Si un doute subsiste sur le sens d’une éventuelle décision au fond, une contestation sérieuse existe”.

100 Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 261.

101 Idem, p. 263.

102 O sistema italiano admite, v.g., no procedimento possessório, a possibilidade de estabilização autônoma do provimento antecipatório deferido dentro do procedimento de cognição plena: uma vez proferido o provimento sumário, este é hábil a encerrar o processo como um todo. A fase de cognição plena só se segue se alguma das partes a requerer expressamente. Se não houver tal pleito expresso, o provimento sumário é hábil a encerrar todo o processo, com a solução da crise do direito material, sem, entretanto, fazer coisa julgada. Relembre-se citação na nota 29, Menchini, op. cit., p. 882-883: “La domanda dichiarativa è proposta, il giudizio volto ad ottenere il giudicato è instaurato, ma la vicenda processuale può essere definita mediante un provvedimento sommario, che mantiene efficacia ove il processo si estingua a causa del mancato compimento della fase di merito.

(...) Il possesso può essere oggetto di un giudizio di merito e, di conseguenza, di un accertamento con forza di giudicato; la fase di merito è funzionalmente distinta rispetto a quella sommaria, che dà luogo ad un provvedimento (anticipatorio) di condanna esecutivo. Tuttavia, la trattazione ordinaria non segue, in modo automatico, quella effettuata con i modi del rito cautelare e il suo svolgimento non è necessario per la conservazione degli effetti dell'interdetto; il merito possessorio, in quanto rimesso all'iniziativa di una delle parti, è soltanto eventuale e il mancato passaggio alle forme a cognizione piena non determina la perdita di efficacia delle misure urgenti disposte dal giudice".

103 Guinchard; ferrand; chainais, op. cit., p. 771: "Le référé intervient souvent pour régler un incident isolé; mais le recours au référé, pour des raisons de rapidité, est également pratiqué au cours d'une instance pendante devant le tribunal de grande instance ou devant un tribunal d'exception. La pratique du référé au cours d'instance était largement admise par les tribunaux (...)".

104 Cf. Ricci, *A tutela antecipatória...* cit., p. 25-26: "No direito italiano, alguma coisa bastante similar se verifica quando, após a pronúncia do provimento antecipatório, o processo sofre a chamada 'extinção'. É esse último o instituto previsto pelos arts. 306 e 307 do CPC (LGL\1973\5), em virtude dos quais o processo termina com um provimento de conteúdo processual aproximado a uma declaração de improcedibilidade; e pode-se dizer, de modo resumido, que tal evento não pode verificar-se, sem que, de alguma forma, não concorra também a vontade da parte, contra a qual a tutela antecipatória foi concedida. O sistema então propicia que, no caso de extinção, o provimento antecipatório conserve intacta a sua força executiva".

105 Querzola, *Tutela cautelare e dintorni...* cit., p. 388: "Per la dottrina maggioritaria, la riforma riguarderebbe i provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito; non si estenderebbe dunque automaticamente a tutti i provvedimenti ex art. 700 CPC (LGL\1973\5) (quest'ultima norma si applicherebbe onde 'assicurare' gli effetti della decisione di merito, il che è concetto diverso da 'anticipare'). La formula adottata dal legislatore, quindi, sarebbe criticabile già da un punto di vista letterale in quanto, da un lato, renderebbe la disciplina applicabile a certi provvedimenti considerandone la natura (i provvedimenti anticipatori), dall'altro a certi provvedimenti considerandone la tipologia (i provvedimenti d'urgenza) e prescindendo della loro natura. Ragioni di ordine sistematico, tuttavia, inducono a ritenere che possano giovare della liberazione dal giudizio di merito solo i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC (LGL\1973\5) che abbiano contenuto anticipatorio e non i provvedimenti urgenti tout court". Cf., ainda, Proto Pisani, *Verso la residualità...* cit., p. 58.

106 Querzola, *Tutela cautelare e dintorni...* cit., p. 382: "Il punctum dolens subito evidenziato dalla dottrina si concentrava nell'avere il legislatore ancorato l'indipendenza della tutela cautelare dal giudizio di merito al (forse debole) appiglio rappresentando dall'individuazione della nozione di 'misura cautelare anticipatoria'. (...) Lcessere balzata, si potrebbe dire d'un tratto, dal tranquillo scafale delle biblioteche alle più vivaci (anche se non meno polverose) vicende che si svolgono nelle aule giudiziarie, ha reso ineluttabile la soluzione del problema: fatti salve i casi in cui quest'ultima possa essere lampante, ad oggi occorre qualificare con margini, questa volta elevati, di certezza la natura conservativa ovvero anticipatoria delle singole misure cautelari, onde farne discendere la sussumibilità, o meno, all'applicazione della nuova disciplina. È appena il caso di notare che dal 1.º marzo scorso il problema, fino ad allora riservato al rito processuale societario, investe il processo civile in generale, essendo entrata in vigore la riforma che ne ha investito le norme sulla cautela".

107 Cf. Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 18: "Difficoltà che è di non poco momento e che è stata sottolineata da chi avrebbe ritenuto preferibile evitare al ricorrente onere di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, perché nell'incertezza, che come vedremo appartiene anche alla dottrina, egli propenderà per l'instaurazione del merito, vanificando così l'obiettivo di economia dei giudizi perseguito dal legislatore". Destaca, ainda, a mesma, na p. 129-130: "Se senza dubbio, sono ravvisabili in modo pressoché certo alcune ipotesi nelle quali un dato tipo di provvedimento è o anticipatorio o conservativo tout court (...), vi sono tuttavia una serie di ipotesi nelle quali la natura anticipatoria e quella conservativa della misura si fondono, non rendendo semplice (e forse neppure necessaria) la distinzione tra i due momenti". Também Vullo, op. cit., p. 9, registra que em alguns casos a distinção é tranquila, em outros, nem tanto: "Così, per esempio, è difficile negare la finalità essenzialmente conservativa dei sequestri o, di contro, la natura anticipatoria del provvedimento con il quale si ordina il pagamento di un assegno provvisorio nelle controversie sul modo e la misura degli alimenti ex art. 446 del CC. Tuttavia non sempre è possibile affermare che un provvedimento

cautelare appartenga ad una soltanto delle tipologie delle quali si sta discorrendo”.

108 Cf. Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 20-21 e 128-129.

109 Idem, p.26-27.

110 Idem, p. 18.

111 Theodoro Júnior, *Tutela antecipada...* cit., p. 146: “O terreno, como se vê, está apenas em estágio de desbravamento. Não há obra acabada, nem aqui nem alhures. A verdade de que não se pode fugir é a da necessidade de lutar contra os males do tempo sobre o processo, pelas vias da tutela diferenciada, que tanto pode se dar por meio da instituição de procedimento especial dotado de maior celeridade, à parte do procedimento comum, como por inversão cronológica do iter procedimental comum, por meio de expedientes representados por liminares de outros remédios antecipatórios”.

112 Nesse sentido, sugere-se, v.g., a seguinte redação para o art. 282, § 3.º, do Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5):

“Art. 282 (...)

§ 3.º *A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar ou, se impugnada, entender o juiz que a impugnação não se reveste de seriedade suficiente para impedir a estabilização da liminar”.*

113 Assim, sugere-se o acréscimo de um novo parágrafo no art. 286 do Projeto do Código de Processo Civil (LGL\1973\5):

“Art. 286

(...)

§ 1.º *Aplicam-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.*

§ 2.º *As medidas concedidas incidentalmente se sujeitam à possibilidade de estabilização prevista no art. 282, § 3.º.”*

114 Sugere-se, v.g., acréscimo de novo parágrafo ao art. 282 do Projeto, a fim de abarcar a perspectiva indicada no texto:

§ 5.º *No caso de a impugnação a medida liminar ser considerada protelatória, por não veicular impugnação séria ao direito da outra parte, poderá ser o requerido condenado por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 82 a 84.*

115 Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 19-20: “Les parties à un contrat peuvent s’accorder a priori pour soumettre un éventuel litige au juge des référés. (...) La Cour de cassation paraît aujourd’hui autoriser les clauses qui préconstituent l’urgence en prévoyant indépendamment de son existence réelle au moment où l’ordonnance sera rendue, le recours au juge des référés. Ceci dispense le juge d’avoir à relever l’urgence avant de statuer lorsque cette condition est nécessaire. La Haute Juridiction ne semble plus imposer de celui qui l’invoque en application d’une clause contractuelle la preuve de l’urgence”. Todavia, como destacam Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 20-21, a jurisprudência da Corte de Cassação não aceita o contrário, ou seja, que as partes disponham contratualmente a proibição de usar o procedimento do *référé*: “Cependant, si la Cour de cassation respecte le jeu de la volonté contractuelle, c’est uniquement lorsque celle-ci étend le champ d’intervention et les pouvoirs du juge des référés. En revanche, elle protège ce champ d’intervention des stipulations contractuelles qui auraient pour effet ou objet de le restreindre en privant de pouvoirs le juge des référés dans des circonstances où la loi lui confère normalement. (...) Une telle solution permet d’éviter les abus nés, par exemple, de l’inégale puissance ou compétence des contractants, qui permettrait à la partie de la plus forte de profiter de la faiblesse de son cocontractant en cas d’urgence pour en tirer un avantage indu, sans qu’une juge puisse intervenir avec rapidité e efficacité”.

116 A respeito do mecanismo denominado, no direito francês, *passerelle* confirmam-se as lições de Vuitton; Vuitton, op. cit., p. 174: “On doit cependant évoquer, même si ce n’est pas à proprement parler une atteinte à l’autonomie du référé, la pratique dite ‘de la passerelle’. Cette pratique permet dans l’intérêt des parties, qu’elles le demandent ou que l’urgence le justifie, au juge des référés de renvoyer directement l’affaire devant le juge du fond à la date qu’il fixe. Par application de l’art. 811 du Nouveau Code de Procédure Civile, issu du Décret du 28.12.1998, l’ordonnance du juge des référés emporte saisine de la juridiction du fond, sans qu’une nouvelle assignation ne soit nécessaire, contrairement au régime antérieur. Ce procédé applicable initialement devant le tribunal de grande instance, a été instauré devant le tribunal d’instance par le Décret du 20/2004, instituant l’art. 849-1 du Nouveau Code de Procédure Civile. Et le Décret du 28.12.2005 a étendue cette simplification procédurale au tribunal de commerce par le nouvel art. 873-1 du Nouveau Code de Procédure Civile et au tribunal paritaire des baux ruraux par l’édiction de l’art. 8967 du même Code”.

117 Sugere-se, assim, o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 279 do Projeto:

“Art. 279

(...)

Parágrafo único. Se o juiz vislumbrar, desde logo, que não é caso de medida de urgência a ser requerida em caráter antecedente, poderá determinar, desde logo, a conversão do procedimento preparatório no processo principal.”

118 Parte da doutrina italiana aponta que a chamada tutela sumária não seria terapia ou remédio aceitável para melhorar o desempenho da Justiça. Cf. Consolo, op. cit., p. 62: “Non è con la creazione di riti sommari né con il crescente ricorso alla tutela cautelare anticipatoria che quel rischio può essere di per sé debellato, come la storia anche italiana ha mostrato: si tratta di espedienti, non di rado, nocivi, non certo di terapie accettabili”.

119 Querzola, Tutela cautelare e dintorni... cit., p. 408, aponta o importante papel da doutrina para conferir eficácia aos novos instrumentos de tutela sumária: “Ora, è tutta da verificare la bontà della riuscita, nella prassi applicativa, della pur pregevole ricetta dettata dal legislatore che è intervenuto sulle norme in tema de cautela. Se i risultati concreti della riforma dovessero rivelarsi di gran lunga inferiori alle aspettative, occorrerà che gli operatori (e con ciò intendo legislatore, giudici e dottrina) si mettano di buon grado a cercare di individuare quali ne siano le cause e a studiare i relativi rimedi, perché è nella sede della sommarietà e dell’anticipazione che si giocano le carte della giustizia del futuro”.

120 Cf. Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 3.

121 Proto Pisani, *Verso la residualità...* cit., p. 58-59.

122 Querzola, *La tutela anticipatoria...* cit., p. 182: “Considerando l’argomento di queste righe e tentando un pronostico per il futuro, mi pare si debba riconoscere che, se nella concezione del modello di processo ideale che ispirò il legislatore del 1940 la cognizione piena faceva la parte del leone a fronte di una cognizione sommaria che rappresentava l’eccezionalità dell’ipotesi, la giustizia del futuro (sulla scorta dell’esperienza del nostro passato prossimo) vede un ribaltamento delle posizioni, probabilmente sintomo di un certo svilimento contemporaneo della tensione ideale verso nobili obiettivi, ma non solo. Le esigenze che, storicamente, sono alla base dell’introduzione di tecniche di tutela, e quindi di cognizione, sommaria (individuate, prevalentemente, nell’esigenza di economia dei giudizi, di evitare l’abuso del diritto di difesa da parte del convenuto in mala fede e che abbia torto, di assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale), oggi non solo sono ancora presenti ma, se possibile, straordinariamente accentuate; e la dottrina più autorevole ha affermato come la tutela (e quindi la cognizione) sommaria sia una componente essenziale ed ineliminabile di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente ed effettivo”.

123 Idem, p. 139: “Mi pare, infatti, assolutamente condivisibile il rilievo dell’autorevole dottrina che, verificata l’evoluzione del sistema delle misure provvisorie verso la definitività e quindi la loro alternatività rispetto alla giurisdizione ordinaria, suggerisce un atteggiamento di prudenza che, lungi dal negare aprioristicamente ed in via di principio qualunque legittimità al fenomeno, ritenga invece



---

opportuno lavorare nel senso di assicurare che questa giurisdizione alternativa rispetti il diritto di difesa e non violi garanzie fondamentali della giustizia civile”.

124 O alerta é de Consolo, op. cit., p. 62: “Il contenimento della durata del processo è più che altro un fatto di organizzazione di mezzi e soprattutto di uomini, e solo molto secondariamente di ‘riti’ e di nuove norme. Sul piano delle regole, riforme processuali sono talora utili, ma non lo sono meno norme più semplice relative ad adempimenti collaterali (modalità delle notificazioni, fasi di ‘registrazione’ delle sentenze presso gli uffici fiscali) o più attente previsioni sull’accesso alle professioni forensi e sulla produttività degli uffici giudiziari e di tutti i loro componenti. Si tratta di un problema politico, che esige costi e presuppone programmi amministrativi, si avvantaggia di provvedimenti meno demagogici, astratti e confusi di quelli che hanno punteggiato l’ultimo quarto del secolo scorso e il primo scorcio del presente, e al contempo dello svecchiamento di tante abitudini che rendono curiosa la macchina giudiziaria italiana”.

125 No direito brasileiro, Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 70: “É preciso, todavia, que tais iniciativas de reformulação não se limitem ao aspecto legislativo do direito processual. Mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do direito, que devem se conscientizar dos verdadeiros objetivos de sua ciência. Parece equivocada a ideia de que todos os males do processo se encontram na legislação”.