

# Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Ricardo de Barros Leonel

## Sumário

1. Introdução. 2. Conceituação da tutela jurisdicional diferenciada. 3. Tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor: hipóteses mais tradicionais. 4. Avanços no Projeto de Novo CPC relativamente ao tema: a estabilização das tutelas provisórias e sistematização da matéria. 5. Retrocesso: a exclusão da tutela monitoria. 6. Conclusões e sugestões.

### 1. Introdução

O momento é de reflexão, estudos e debates. Por iniciativa da Presidência do Senado Federal, no ano de 2009 foi instituída Comissão de Juristas cuja competência e prestígio são nacionalmente reconhecidos, para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

O resultado desse trabalho foi apresentado, em meados de 2010, pelo Presidente do Senado Federal, como Projeto de Lei do Senado 166, de 2010, para um Novo Código de Processo Civil.

Em período de tempo praticamente exíguo (aproximadamente seis meses), no mês de dezembro de 2010 foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal o Substitutivo ao PLS 166, de 2010, de autoria do Senador Valter Pereira, sendo esse texto remetido à Câmara dos Deputados.

O Substitutivo aprovado manteve as principais diretrizes do Projeto de Novo CPC, introduzindo, entretanto, algumas

Ricardo de Barros Leonel é Professor Doutor no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça em São Paulo.

modificações que não chegam a descaracterizá-lo, nem a desviá-lo das linhas reitoras essenciais a que se dedicou a Comissão de Juristas que elaborou o texto do Anteprojeto: a simplificação dos procedimentos e de formalidades desnecessárias; a eliminação de contradições existentes dentro do sistema processual em vigor; a criação e fortalecimento de mecanismos que tornem a Justiça mais ágil; o prestígio aos precedentes como modo de dar maior concretude ao tratamento isonômico de situações análogas, à previsibilidade dos julgamentos e à segurança jurídica; entre outros.

Essas linhas mestras dos trabalhos da aludida Comissão de Juristas, aliás, foram bem destacadas na Exposição de Motivos que acompanhou o texto do Anteprojeto.

Esse contexto deve estimular o debate, para que haja o efetivo aprimoramento da propositura legislativa. É evidente a verdadeira disposição política do Senado Federal no sentido da aprovação de um Novo CPC – especialmente quando se considera que em curtíssimo espaço de tempo (pouco mais de um ano) foi elaborado o Anteprojeto e seu texto, por meio de Substitutivo com modificações secundárias, acabou sendo aprovado pelo Senado.

Nada obstante tenham ocorrido inúmeras audiências públicas tanto na fase de trabalhos da Comissão de Juristas, como durante a tramitação do PLS 166, de 2010, no Senado Federal, bem como tenham sido recebidas e incorporadas ao texto do Anteprojeto e posteriormente do Projeto de Lei muitas sugestões, ainda há espaço – e tempo – para novos aperfeiçoamentos.

É nesse panorama que pretendemos formular algumas considerações a respeito da denominada “Tutela jurisdicional diferenciada”, a fim de verificar, em nossa percepção, o que há de positivo no Projeto de Novo CPC e no Substitutivo aprovado pelo Senado e enviado à Câmara, e o que há de negativo, formulando-se sugestão de adequação da propositura legislativa.

## 2. *Conceituação da tutela jurisdicional diferenciada*

Já se observou, com precisão, que falar de “tutelas diferenciadas” significa, em última análise, pensar na predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel (ARMELIN, 1992, p. 45).

A possibilidade de predisposição de alternativas aos esquemas de procedimento “tipo”, ou “padrão”, volta-se, especialmente, ao alcance de maior celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, diante de peculiaridades da vida contemporânea, e da existência de situações em que a probabilidade de que o autor tenha razão, bem como da virtual não ocorrência de resistência mais consistente por parte do réu, legitima a adoção daquilo que poderíamos chamar de soluções mais “singelas” para os conflitos.

É necessário, entretanto, compreender com precisão o que vem a ser a tutela jurisdicional diferenciada. E para chegar a tanto, torna-se imprescindível pensar, antes de tudo, no que vem a ser a própria tutela jurisdicional.

Tutela, no léxico, significa proteção (HOUAISS, 2001, p. 2790). Mas a busca de uma concepção jurídica para tal expressão deve tomar como ponto de partida nosso ordenamento constitucional, pois é nele que estão inseridos os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

E na Constituição Brasileira de 1988, o fundamento da tutela jurisdicional está no art. 5º, XXXV, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não há dúvida de que nessa disposição constitucional se assenta o denominado “direito constitucional de ação”, ou ainda a “garantia da inafastabilidade da jurisdição”. Mas o alcance substancial, concreto, prático desse preceito fundamental vai além.

O art. 5º, XXXV, da CR não se limita a assegurar a possibilidade de dedução de

pretensões perante o Poder Judiciário. Se o processo é instrumento de realização do direito material (BEDAQUE, 2009, *passim*), nada obstante figure como ciência autônoma, só se justifica na medida em que sirva efetivamente para dar, na prática, razão a quem a tem.

Indo, portanto, além do panorama meramente formal, é possível afirmar que o art. 5º, XXXV, da CR apresenta mais de uma perspectiva. Ele sinaliza, em primeiro lugar, para a garantia do direito constitucional de ação, independentemente da concepção que desta se tenha, ao permitir o acesso ao Poder Judiciário mediante a demanda formalmente apresentada. Além disso, o preceito constitucional assegura como resultado formal do acesso à Justiça a resposta (pronunciamento do Estado-Juiz), favorável ou não, quanto ao litígio deduzido em juízo. Por último e não menos importante, deve assegurar, igualmente, o resultado prático do processo, com a efetiva preservação do direito material e do bem da vida defendido pelo litigante vencedor.

Em outros termos, é correta a observação prática no sentido de que aqueles que buscam socorro no Poder Judiciário não esperam apenas uma declaração de certeza quanto à existência ou não do direito. Desejam, mais que isso, o próprio resultado concreto do processo, que produza em suas vidas a satisfação pragmática que não se operou espontaneamente, e ensejou a utilização do serviço judicial.

Daí advém a noção, assentada em doutrina, de que “parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor” (YARSHELL, 1999, p. 28).

Em outras palavras, pensar no resultado prático do processo nada mais é que vislumbrar “o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações

com os bens ou com outras pessoas em sociedade” (DINAMARCO, 2000, p. 813).

Se o litigante se sagra vencedor, mas a sentença não se concretiza do ponto de vista prático (com a entrega do bem, o pagamento do valor devido, a abstenção da conduta vedada pela decisão, etc.), o que se tem é tutela jurisdicional incompleta.

Isso não significa, destaque-se, desconsiderar o aspecto jurídico da tutela jurisdicional, pois a proteção do patrimônio jurídico do litigante também integra o conceito em análise (OLIVEIRA, 2008, p. 107 et seq.). Mas essa proteção só será completa se, ao lado da tutela do patrimônio jurídico do titular do direito, também se fizer presente, com igual eficácia, a proteção aos desdobramentos práticos daí decorrentes (resultado concreto do processo para o litigante vencedor).

Uma vez estabelecida a noção de “tutela jurisdicional” (proteção jurídica e prática para o litigante vencedor), torna-se natural indagar qual o sentido da expressão “diferenciada”, que tradicionalmente doutrinadores e julgadores agregam àquela locução.

Muito já se debateu a esse propósito, e já tivemos a oportunidade de examinar, em outro trabalho, as vertentes relacionadas à elaboração desse conceito (LEONEL, 2010, p. 18-27).

Foi por essa razão que Andrea Proto Pisani, ao procurar, pioneiramente, sistematizar esse assunto, afirmou que a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” vinha, até então, sendo tratada de forma equivocada por aqueles que se ocuparam do tema (PISANI, 1982, p. 216).

Dentro desse contexto, parece-nos que a construção que se apresenta como mais adequada é aquela que relaciona o conceito da “tutela jurisdicional diferenciada” com a restrição à atividade cognitiva realizada pelo magistrado para proferir sua decisão.

Em outras palavras, embora a diversidade quanto ao procedimento esteja muitas vezes associada ao tema, o elemento central na definição do objeto de nosso estudo está

na limitação à cognição. É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque, ao descartar pura e simplesmente a especialização procedimental como elemento definidor da tutela diferenciada, anota que ela deve abranger “as modalidades de tutela sumária”, que têm como elemento comum “dispensarem a cognição exauriente, visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional” (BEDAQUE, 2009, p. 26).

Nessa mesma linha de raciocínio aponta a doutrina para a “tutela diferenciada” como opção em relação ao procedimento padrão, de cognição completa, visto que pode ser realizada “mediante cognição sumária”, com aptidão para desde logo “realizar o direito afirmado pelo litigante (...) qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao procedimento comum” (SOARES, 2000, p. 136,141).

Em síntese, a sumariedade da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para fins de prolação de sua decisão é a principal nota característica da denominada tutela jurisdicional diferenciada, seja com relação aos provimentos provisórios, seja ainda quanto aos provimentos judiciais definitivos ou finais (MARCATO, 1998, p. 27; CRUZ E TUCCI, 1997, p. 15).

Vale lembrar que pressuposto lógico e prático da decisão é a cognição, pois o juiz conhece dos fatos, do direito e das provas, para só então decidir. Daí por que, quando se fala em sumariedade (em sentido amplo) ou em restrição à atividade cognitiva, o que se pretende é afirmar que haverá exame de alguma forma restrito, quanto aos elementos que devem ser examinados pelo magistrado para formar sua convicção e então decidir.

As possibilidades com relação a essas restrições são explicadas de forma didática por Kazuo Watanabe (1999, passim), que segmenta as limitações à atividade cognitiva do juiz no plano horizontal (extensão da cognição: cognição limitada [parcial] ou plena) e no plano vertical (profundi-

dade da cognição: cognição superficial ou exauriente).

Em outras palavras, a expressão tutela diferenciada serve como referência tanto para os casos de tutela provisória (as liminares, no jargão forense), como ainda para a categoria por vezes referida pela doutrina como “ações sumárias”, em que se obtém provimento definitivo sem que haja cognição completa por parte do juiz (CHIOVENDA, 1965, p. 234 et seq.; SILVA, 2000, p. 212,219,222).

É a partir desses elementos que pedimos vênua para reproduzir, a seguir, o conceito de tutela jurisdicional diferenciada a que chegamos ao examinar esse tema em outro trabalho, adotando como critério principal (embora não único) a restrição à atividade cognitiva do juiz, tanto no sentido da extensão (plano horizontal) como da profundidade (plano vertical) dos pontos ou questões de fato ou de direito passíveis de apreciação: deve ser compreendida como “proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição” (LEONEL, 2010, p. 25).

Vale lembrar que, no plano das opções de política legislativa, como anota Proto Pisani (1982, p. 315-316), podem ser apontadas três razões para a adoção de procedimentos com cognição reduzida: (a) para evitar o *custo do processo* de cognição completa quanto isso não se justifique, tendo em vista a inexistência de resistência firme por parte do demandado; (b) para evitar o *abuso do direito de defesa* por parte do réu que, manifestamente, não tenha razão; (c) para assegurar a *efetividade da tutela jurisdicional* em determinados casos (especialmente quando os direitos em debate não tenham conteúdo econômico direto) em que o prolongamento do estado de insatisfação possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Em suma, em nossa percepção, a preocupação de quem estuda a tutela jurisdicional diferenciada abrange as hipóteses em que o ordenamento, em prol de algum aspecto digno de atenção especial, determina a restrição da atividade cognitiva do juiz, objetivando a produção de resultados, no processo, que sejam aptos a alcançar soluções mais efetivas, tanto por meio de decisões provisórias como de decisões definitivas (finais).

Assim, estão situados no âmbito desse tema (a) os provimentos de natureza “cautelares” (medidas conservativas [seqüestro, arresto, indisponibilidade de bens, etc.] e medidas de satisfação antecipada); (b) os provimentos sumários não cautelares (provimentos finais em que, por disposição legal, haja limitação à cognição).

### 3. Tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor: hipóteses mais tradicionais

Estabelecidas as noções básicas e gerais relativamente ao tema, é oportuno identificar as hipóteses mais tradicionais de tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor.

E não temos dúvida em apontar para dois exemplos fundamentais.

O primeiro exemplo diz respeito aos provimentos judiciais provisórios.

As medidas de urgência, tanto as conservativas como as antecipatórias (conforme a terminologia esposada por Dinamarco (2003, p. 58)), figuram como exemplo característico da tutela jurisdicional diferenciada.

Nelas o juiz, com base em cognição restrita (juízo de probabilidade), concede proteção não ao direito certo, mas sim ao direito provável. E o faz diante de situações de risco, bem como da razoabilidade, credibilidade, ou mesmo grande potencialidade de razão quanto ao direito deduzido pelo autor.

Lembrando a terminologia trazida inicialmente por Calamandrei (1936, p. 55-58), se a situação lamentada pelo demandante

apresenta o *pericolo da infruttuosità* (risco de que, quando da decisão definitiva, o demandado perdedor tenha dissipado seus bens), a medida de urgência terá finalidade conservativa, garantindo o êxito prático da futura execução ou da produção dos efeitos programados da sentença. É o que ocorre no arresto, no seqüestro, na indisponibilidade e no arrolamento de bens, etc.

De outro lado, se a situação lamentada pelo demandante caracteriza o *pericolo da tardivittà* (risco de que a decisão definitiva seja inócua porque tardia, vindo à luz quando já consumada de forma irreparável a lesão ao direito), a medida de urgência terá finalidade antecipatória, permitindo a fruição imediata da utilidade que só poderia, *a priori*, ser fruída após a prolação da decisão definitiva, não fosse a obtenção da medida urgente.

As medidas de urgência são deferidas com base em cognição incompleta.

É nesse sentido que tradicionalmente se fala no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*, visto que o juiz, ao decidir pela concessão ou não de medidas conservativas ou antecipatórias, escora-se em juízo de probabilidade, e não de certeza.

Daí as seguintes expressões legais: “verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, *caput*, I, do CPC); “relevante fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, § 3º, do CPC); “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798 do CPC).

Em todos esses casos, insista-se, a lei autoriza o juiz a, com amparo em cognição restrita, conceder provimentos provisórios que têm escopo conservativo (assegurar ulterior resultado prático do processo em função do provimento definitivo) ou antecipatório (permitir desde logo a fruição da utilidade que decorreria do reconhecimento definitivo do direito alegado pelo autor).



O segundo exemplo de tutela jurisdicional diferenciada refere-se à obtenção de *provimentos judiciais definitivos com base em cognição restrita*. E, nessa seara, a hipótese mais característica é a da ação monitoria, disciplinada no CPC do art. 1.102-A ao art. 1.102-C.

Lembremos que o procedimento monitorio permite a imediata formação do título executivo judicial sem a necessidade, em princípio, de cognição completa e exauriente, de forma rápida, e sem contraditório prévio, cuja realização, de forma diferida, dependerá da iniciativa do demandado (Cf. CALAMANDREI, 1953, p. 26; GARBAGNATI, 1970, p. 57. No direito brasileiro: CRUZ E TUCCI, 1997, *passim*; TALAMINI, 2001, *passim*; MARCATO, 1998, *passim*).

Na ação monitoria, à luz dos fundamentos (causa de pedir) trazidos pelo autor, bem como diante da prova escrita sem eficácia de título executivo, o juiz, em cognição superficial, formulando juízo de verossimilhança (não de certeza), logo na primeira oportunidade em que tem contato com o feito, decide, determinando, se for o caso, a expedição do mandado monitorio ou injuntivo (art. 1.102-A e 1.102-B do CPC).

Só será instaurado o contraditório pleno se o demandado ajuizar a ação incidental de embargos ao mandado monitorio, na qual poderá ocorrer discussão ampla e cognição irrestrita por parte do juiz para, ao final: (a) rejeitar os embargos ao mandado monitorio, constituindo-se definitivamente o título executivo judicial; ou (b) acolher os embargos ao mandado monitorio.

Ademais, se não houver resistência do demandado (não oferecimento dos embargos), constituir-se-á de pleno direito e independentemente de nova decisão o título executivo judicial, com automática conversão, *ex lege*, do mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se para a fase de cumprimento da determinação judicial (art. 1.102-C do CPC).

Em síntese, a ação monitoria configura a hipótese de tutela jurisdicional diferenciada

por excelência, na medida em que, se não houver resistência à ordem de pagamento ou entrega expedida com base na prova escrita apresentada pelo autor, formar-se-á, sem qualquer outra decisão ou exame – além daquele realizado em cognição inicial e superficial pelo juiz –, o título executivo judicial definitivo, equivalente à própria sentença condenatória.

Cumpridos, a seguir, verificar qual o tratamento dado às hipóteses de tutela diferenciada acima indicadas no Projeto de Novo CPC e no Substitutivo aprovado no Senado Federal (já remetido à Câmara dos Deputados), pois ainda é viável, na tramitação legislativa a cumprir, aperfeiçoar-se o texto da futura codificação.

#### 4. Avanços no Projeto de Novo CPC relativamente ao tema: a estabilização das tutelas provisórias e sistematização da matéria

Parece-nos que o PLS 166, de 2010, contemplou efetivamente alguns avanços no que diz respeito aos provimentos sumários.

O primeiro desses aspectos diz respeito à sistematização.

A doutrina processual já vem, há algum tempo, sinalizando no sentido de que medidas “cautelares” em sentido estrito (conservativas) e as antecipatórias (satisfativas) são espécies do mesmo gênero, qual seja o das tutelas sumárias e urgentes (BEDAQUE, 2009, *passim*; DINAMARCO, 2003, p. 49 et seq.).

Tanto assim que o próprio legislador acrescentou um parágrafo 7º ao art. 273 do CPC (Lei 10.444, de 2002), conferindo fungibilidade aos provimentos de urgência conservativos e antecipatórios, ao prever que, “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Em outras palavras, permitiu o legislador que o juiz defira medida de natureza tipicamente cautelar em sentido estrito (ou seja, conservativa), requerida incidentalmente na própria demanda de conhecimento.

A situação inversa – concessão de antecipação de tutela em caráter preparatório, por meio e ação “cautelar” autônoma – também deve ser compreendida, sistematicamente, como perfeitamente possível, na medida em que a fungibilidade é uma via de duas mãos. Aliás, bem vista a questão, e deixando de lado o apego à terminologia que nem sempre esclarece (e às vezes confunde), isso não representa sequer novidade digna de perplexidade.

Basta lembrar que, a pretexto da proposição de ações cautelares “inominadas”, sempre se admitiu medidas de antecipação deduzidas de forma autônoma. Exemplo típico dessa situação é a denominada ação “cautelar” de sustação de protesto e de seus efeitos, em caráter preparatório da ação de anulação ou declaração de nulidade do protesto. Naquela (cautelar de sustação), o resultado que se obtém é justamente a antecipação de efeitos que só decorreriam, a rigor, do acolhimento da ação de conhecimento de anulação ou declaração da nulidade do protesto.

Pois bem.

O Projeto de Novo CPC (PLS 166, de 2010) procurou conferir melhor sistematização ao tema, tratando de modo homogêneo da “tutela de urgência e da tutela da evidência” no Título X do Livro I, que cuida da “Parte Geral” do Novo CPC (art. 277 ao art. 296 do PLS 166, de 2010).

É possível aduzir que, a título de “tutela da evidência”, o Projeto cuidou da antecipação da tutela, com base em cognição restrita e sem a presença da urgência, quando a probabilidade de que o autor tenha razão é extremamente grande, quase incontestável.

Como assenta a doutrina, falar-se em tutela da evidência é tratar de “situações em que se opera mais que o *fumus boni juris*,

mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carregará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada” (FUX, 1996, p. 305-306).

No CPC em vigor, essa ideia de tutela da evidência está presente tanto no caso da antecipação fundada na caracterização do “abuso do direito de defesa ou (d) o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II), como no caso em que “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (art. 273, § 6º). Nesses casos, não se exige o pressuposto da urgência (*periculum in mora*), e a antecipação é concedida porque o direito do autor é altamente provável.

Os fundamentos para a concessão da tutela antecipada fundada na evidência do direito do autor, no Projeto de Novo CPC, estão, em nosso sentir, assentados de modo mais claro e com maior abrangência, pois o art. 285 do PLS 166, de 2010, indica que será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação se: (a) configurar-se “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido”; (b) “um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”; (c) a inicial vier instruída com “prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”; (d) tratar-se de matéria “exclusivamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”; (e) se tratar de “entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”.

A maior clareza está na dicção adotada no texto do Projeto de Novo CPC. A maior abrangência assenta-se na previsão de hipóteses não contempladas no CPC em vigor, ou seja, aquelas indicadas nos incisos III e

IV do art. 285 do PLS 166, de 2010 (letras “c” e “d” *supra*). A última hipótese, do art. 285, parágrafo único (letra “e” *supra*), já está contemplada pontualmente no sistema atual nos casos em que se move a ação, com obtenção de liminar sem demonstração de situação de perigo, em virtude da existência de depósito legal ou convencional (caso, por exemplo, da ação de busca e apreensão em decorrência de alienação fiduciária em garantia, nos termos do Decreto-Lei 911/69).

De outro lado, ainda quanto à adequada sistematização no Projeto de Novo CPC, é necessário notar que: (a) as medidas de urgência são tratadas, em conformidade com a doutrina contemporânea, como gênero, do qual são espécies as cautelares (conservativas) e as antecipatórias (satisfativas); (b) o procedimento e os requisitos para a sua concessão são estabelecidos de modo uniforme; (c) há expressa previsão quanto à possibilidade de concessão das medidas de urgência, cautelares ou satisfativas, tanto em caráter antecedente (preparatório) como em caráter incidental no processo de conhecimento ajuizado.

Com o devido respeito àqueles que professam entendimento diverso, parece-nos correta essa solução, na medida em que o tratamento uniforme ou homogêneo para as medidas conservativas e satisfativas decorre do reconhecimento de que elas são espécies de um mesmo gênero, apresentando-se, em perspectiva funcional, com o mesmo papel: afastar a situação de perigo seja tratando-se de *pericolo da infruttuosità* (no caso das conservativas) ou de *pericolo de tardivittà* (no caso das antecipatórias ou satisfativas), nos termos da lição de Calamandrei, já citada.

Em outras palavras, se cautelares e antecipações servem à mesma função, consistente em evitar que a demora do processo torne a dano de quem tem razão, seu tratamento deve ser homogêneo.

A concepção tradicional, pela qual a ação cautelar deveria ser sempre uma demanda autônoma (preparatória ou inci-

dental), inconfundível com a antecipação (que só poderia ocorrer no curso do processo de conhecimento); bem como de que são fundadas em pressupostos distintos (como, por exemplo, maior intensidade para o *fumus boni iuris* na antecipação de tutela), com a devida vênia, cede diante da realidade. O aspecto funcional, bem como a instrumentalidade de ambas com relação à efetiva satisfação do direito, demonstra que estão a merecer, cautelares e antecipações, tratamento efetivamente homogêneo, nos termos preconizados pelo PLS 166, de 2010.

Mas o ponto alto do Projeto nesse tema vai além.

Trata-se da previsão no sentido da possibilidade de estabilização das tutelas de urgência concedidas em caráter antecedente ou preparatório, que decorre dos seguintes dispositivos do PLS 166, de 2010: art. 287, § 1º; art. 288, § 2º; art. 290, § 2º; art. 293.

Ilustrativo a esse respeito é o art. 293 do PLS 166, de 2010, por força do qual “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Os demais dispositivos, acima indicados, apontam no sentido de que, uma vez deferida a medida conservativa ou antecipatória em caráter antecedente ou preparatório, caso não haja impugnação (defesa) por parte do demandado, a medida continuará a produzir seus efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor, mesmo que seja extinto o processo no qual a providência foi determinada.

A lógica, nesse passo, é de certa forma similar àquela que inspira a adoção do processo monitorio.

A técnica da estabilização da tutela de urgência trabalha com probabilidades e riscos. A probabilidade na qual o legislador investe é de que em muitos casos não haverá resistência por parte do demandado, que se conformará e cumprirá a medida



deferida liminarmente. Dessa forma, a utilidade prática pretendida pelo autor já terá sido alcançada, tornando-se desnecessária a propositura de ação “principal”, de conhecimento, e o exame do seu mérito, nada obstante não se forme coisa julgada com relação ao provimento judicial que concedeu a medida urgente.

Técnica semelhante se encontra no Direito Francês, no qual o PLS 166, de 2010, parece ter buscado inspiração. Nesse sistema, tem-se o *référé provision*, a *injonction de payer* e a *injonction de faire*, medidas que se tornam definitivas, embora sem a formação de coisa julgada, se não houver resistência por parte do demandado.

O *Code de Procédure Civile* francês trata da *injonction de payer* nos art. 1.405 a 1.425 e da *injonction de faire* do art. 1.425-1 a 1.425-9. E o instituto do *référé* está inserido em vários dispositivos relativos aos poderes do presidente do órgão colegiado responsável pelo julgamento.

Ao tratar do procedimento monitorio francês, Roger Perrot (1986, p. 719) lembra que sua aplicação se restringe, justificadamente, aos casos em que o litígio é simples, na medida em que não seria adequado esse procedimento singelo para equacionar conflitos complexos, que naturalmente exigiriam provas em maior amplitude e exame aprofundado por parte do órgão judicial, com perda de rapidez e simplicidade, que são as grandes vantagens desse procedimento.

A utilidade da manutenção da eficácia dessas medidas, no Direito Francês, já fora há muito reconhecida, afirmando a doutrina que frequentemente acabam se tornando definitivas, pois a parte contra a qual são deferidas acaba se conformando, deixando de “contestá-las” em juízo. Isso acaba servindo para aliviar a carga de trabalho dos tribunais, com relação a um grande número de litígios de menor importância que acabam sendo praticamente solucionados com a *ordonnance* expedida pelo presidente da Corte (JAPIOT, 1935, p. 597).

E a lógica contida na opção do legislador em permitir a estabilização da tutela de urgência não contestada se mostra, em nossa percepção, correta: se é do autor o interesse em recorrer à Justiça para obter resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação, uma vez obtido esse resultado diante do preenchimento de certos requisitos estabelecidos na lei, passa a ser do demandado o interesse, e conseqüentemente o ônus, de afastar a determinação judicial expedida em caráter provisório.

Em outras palavras, se o demandado, mesmo diante da medida de urgência concedida em caráter preparatório, mantém-se inerte, isso significa que se conformou à imposição de cumprimento da determinação judicial. Daí a manutenção da eficácia da medida urgente.

E mais: a não formação de coisa julgada, pela qual optou expressamente o PLS 166, de 2010 (art. 293), serve como garantia contra a perenização de soluções inadequadas por indevida inércia do demandado, que, por exemplo, tenha por qualquer razão perdido o prazo para impugnar a medida: a manutenção da eficácia da medida de urgência concedida em caráter preparatório ou antecedente não impedirá a discussão do direito, em cognição ampla e exauriente, em ação autônoma.

É oportuno lembrar que essa técnica – estabilização da tutela de urgência não impugnada – vem sendo preconizada, no direito brasileiro, há algum tempo. Poucos anos atrás, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) criou Comissão composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, voltada ao estudo do tema. Essa Comissão elaborou Anteprojeto de Lei cuja finalidade era, precisamente, alterar dispositivos do CPC em vigor, possibilitando a estabilização das tutelas de urgência (para mais detalhes sobre esse Anteprojeto: Cf. BEDAQUE, 2005, p. 660-681).

Na exposição de motivos desse Anteprojeto, a referida Comissão do IBDP assinalou que “a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória (...). O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico –, é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração, do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (...) tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes (...)” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, Elaborado por Comissão do IBDP composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanane, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em 31 jan. 2011).

Essa solução – estabilização dos efeitos da tutela concedida antecipadamente – também foi sustentada em densa elaboração de Edoardo Ricci (1997, p. 791 et seq.), como recorda a Exposição de Motivos do Anteprojeto do IBDP acima referida.

Positiva, portanto, essa inovação.

Anotese, entretanto, que no texto do Substitutivo do Senador Valter Pereira, aprovado no Senado Federal, não foi reproduzido o art. 293 do PLS 166, de 2010, que explicitava, de forma absolutamente categórica, a possibilidade de estabilização do provimento judicial que conceder medidas de urgência.

Contudo, pondere-se que: (a) o art. 280, § 1º, do Substitutivo aprovado no Senado, reproduz o art. 287, § 1º, do PLS 166, de

2010; (b) o art. 281, § 2º, do Substitutivo aprovado no Senado reproduz o art. 288, § 2º, do PLS 166, de 2010; (c) o art. 283, § 2º, do Substitutivo aprovado no Senado reproduz o art. 290, § 2º, do PLS 166, de 2010. Desses dispositivos é possível extrair, em sua plenitude, a viabilidade da estabilização dos efeitos da medida urgente não impugnada pelo demandado.

### *5. Retrocesso: a exclusão da tutela monitoria*

Houve, com a devida vênia, um retrocesso no Projeto de Novo CPC. Trata-se da exclusão da tutela monitoria do seu texto.

Não se desconhece a existência da crítica segundo a qual a tutela monitoria, em nosso sistema processual, não teria recebido por parte dos operadores do direito o mesmo prestígio que recebeu em outros sistemas jurídicos.

Nesse sentido, há quem afirme, utilizando expressão do dia a dia do foro, que a ação monitoria “não pegou” no direito brasileiro. Seu desprestígio decorreria de problema de natureza cultural, associado ao excessivo espírito litigioso que anima nosso povo, constatado, de forma empírica, pelo sempre crescente número de processos que chegam ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, bem como pelo hábito de recorrer “sempre e até o fim”, que estaria presente no cidadão que litiga em juízo, mesmo quando ele sabe que não tem razão.

Honestamente, e com o devido respeito, acreditamos que não seja possível concordar com tais afirmações, ou, ao contrário, rechaçá-las veementemente, por uma simples razão: salvo engano de nossa parte, elas não partem de nenhum levantamento específico, de ordem estatística, capaz de demonstrar que a ação monitoria tenha de fato recebido no Brasil maior ou menor prestígio do que recebeu em outros países.

Não se passa aqui, ao que tudo indica, do terreno das impressões pessoais (e, portanto, absolutamente subjetivas), que

apresentam conformidade ao maior ou menor apreço do comentador ou crítico pelo instituto.

De nossa parte, acreditamos que mais adequada teria sido a manutenção da ação monitoria no texto do Projeto de Novo CPC por mais de uma razão.

Primeiro, porque se trata de instituto arraigado, com grande utilidade e proveito prático em sistemas que tradicionalmente têm fornecido bons subsídios para o brasileiro, como o francês, o italiano, o alemão.

Segundo, por se tratar de instituto tradicionalmente adotado no direito luso-brasileiro, desde as Ordenações do Reino, passando pelo Regulamento 737, no antecedente remoto da “ação de assinatura de prazo de dez dias ou decendiária”. Essa modalidade de demanda esteve presente, para maior precisão, nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 16), nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 25), no Regulamento 737, de 1850 (art. 246 a 267).

Lembra ainda José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 39) que, na época da “dualidade legislativa” em matéria processual, a “ação decendiária” sobreviveu em alguns códigos de processo estaduais, como no Código do Estado de São Paulo e no Código de Processo da Bahia, embora não tenha sido prevista, entretanto, no Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939).

Por último e não menos importante, há uma razão de ordem lógica a justificar a manutenção da ação monitoria.

É um contrassenso o Projeto de Novo CPC e o Substitutivo aprovado no Senado preverem a possibilidade de estabilização dos efeitos das medidas de urgência e extirparem do seu texto a ação monitoria. E essa afirmação parte de uma constatação singela, e que não exige maior esforço.

É que, embora a estabilização dos efeitos das medidas de urgência não se confunda com a ação monitoria, essas técnicas são análogas, e partem da mesma premissa prática: possibilidade de não oferecimento

de resistência por parte do demandado que sabe que não tem razão. Além disso, exercem a mesma função operacional: obtenção da utilidade prática do processo, ou seja, a proteção do bem da vida, sem a necessidade de utilização do processo de tipo ordinário, em cognição plena e exauriente, e necessidade de julgamento do mérito.

Aliás, não foi por outra razão que Ovídio A. Baptista da Silva (1996, p. 135) chegou a considerar as tutelas antecipadas uma “modalidade de processo monitorio genérico, virtualmente para todas as ações do processo de conhecimento”.

A intenção do Projeto de Novo CPC, como se sabe, foi simplificar, eliminando formalidades e dualidades prejudiciais à interpretação e à aplicação da lei processual. Mas manter a ação monitoria não traria prejuízo algum, fornecendo mais uma alternativa de tutela diferenciada ao demandante que possua prova documental, preservando, ademais, a hipótese mais típica e característica dessa técnica de tutela, consistente na solução de litígios mediante procedimentos ágeis e de cognição restrita.

## 6. Conclusões e sugestões

A tutela jurisdicional diferenciada ocupa espaço fundamental no processo civil moderno, e seu emprego revela a busca do aperfeiçoamento da técnica processual em prol da realização do direito material.

O Projeto de Novo CPC, bem como o seu Substitutivo aprovado no Senado Federal, investe nessa premissa ao conferir melhor sistematização às tutelas sumárias urgentes (medidas conservativas e antecipatórias) e à denominada tutela da evidência, permitindo a estabilização dos seus efeitos nos casos de não oferecimento de resistência por parte do demandado.

Seria importante, entretanto, que não fosse excluída do sistema processual a ação monitoria. Ela incorpora, por excelência, todos os elementos que integram a concepção da tutela diferenciada, e não há nenhum le-

vantamento concreto e seguro a demonstrar que sua inserção no CPC em vigor tenha sido uma má escolha do legislador.

Ademais, se o Projeto de Novo CPC procura incrementar a tutela diferenciada, prevendo a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela da evidência e das tutelas de urgência, por coerência deveria também ser mantida no sistema a ação monitoria, que é caminho alternativo para alcançar o mesmo fim.

### Referências

- ANTEPROJETO de Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, p. 45-55, 1992.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.
- \_\_\_\_\_. *El procedimiento monitorio*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1
- CRUZ E TUCCL, José Rogério. *Ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 2.
- \_\_\_\_\_. Regime jurídico das medidas urgentes. In: \_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1970.
- JAPIOT, René. *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*. 3. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1935.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PERROT, Roger. Il procedimento per ingiunzione. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 41, n. 2, p. 715-739, 1986.
- PISANI, Andrea Proto. Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982.
- \_\_\_\_\_. Tutela sommaria. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982.
- RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Revista de Direito Processual – Gênese*, Curitiba, v. 4, set./dez. 1997. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 80, p. 212-243, dez. 2000.
- \_\_\_\_\_. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada (tutelas de urgência e medidas liminares em geral)*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.