

**REFLEXÕES SOBRE A CORRELAÇÃO ENTRE SUMARIEDADE DA
COGNIÇÃO E PROVISORIEDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS:
EM BUSCA DE UMA CLARIFICAÇÃO CONCEITUAL PARA UMA MELHOR
COMPREENSÃO DAS “TUTELAS PROVISÓRIAS”¹**

***REFLECTIONS ABOUT THE CORRELATION BETWEEN SUMMARITY OF
COGNITION AND PROVISIONALITY OF JURISDICTIONAL PROVISIONS: IN
SEARCH OF A CONCEPTUAL CLARIFICATION FOR A BETTER
UNDERSTANDING OF “PROVISIONAL PROTECTIONS”***

Igor Raatz²

Natascha Anchieta³

RESUMO: O presente ensaio tem o objetivo de analisar os conceitos de provisoriedade, definitividade, temporariedade e sumariedade da cognição utilizados no âmbito da temática das “tutelas provisórias”, confrontando-os com os dispositivos legais pertinentes à matéria, de modo a elucidar qual a relação existente entre os conceitos de provisoriedade, definitividade, temporariedade e o conceito de cognição no direito processual, bem como de que modo esses termos se relacionam às noções de juízo de probabilidade, de evidência e de certeza do direito afirmado em juízo. Para isso, será utilizado, como procedimento de investigação, a revisão bibliográfica, com consulta à doutrina acerca da matéria objeto da pesquisa. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, na medida em que se buscará demonstrar que a hipótese da correlação entre provisoriedade e sumariedade da cognição não é, necessariamente correta, de modo que não dá conta de toda a complexidade do tema apresentada, notadamente à luz do Código de Processo Civil brasileiro. Quanto aos resultados e conclusões da pesquisa, pode-se destacar que o conceito clássico de provisoriedade adotado pela doutrina brasileira é insuficiente para explicar todas as situações legais em que o termo “tutelas provisórias” é utilizado. Em outras palavras, para que as “tutelas provisórias” possam ser caracterizadas pelo conceito de provisoriedade, é necessário compreendê-lo de maneira abrangente, significando uma “menor estabilidade” de certos provimentos jurisdicionais, a qual, dependendo do caso, poderá referir-se aos efeitos práticos do provimento jurisdicional ou à sua revogabilidade pelo órgão julgador. Por fim, esse menor grau de estabilidade não se relaciona, necessariamente, à sumariedade da

¹ Artigo recebido em 20/08/2022 e aprovado em 07/12/2022.

² Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Professor no curso de graduação em Direito da Universidade FEEVALE. Professor em cursos de pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogado. Porto Alegre/RS. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

³ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do IPDP – Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Professora em cursos de pós-graduação e extensão em direito processual civil. Advogada. Porto Alegre/RS. E-mail: natascha@raatzanchieta.com.br.



cognição.

PALAVRAS-CHAVE: Tutelas provisórias; tutelas de urgência; tutela jurisdicional; standards de convencimento; Direito Processual.

ABSTRACT: This essay aims at analyzing the concepts of provisionality, definitiveness, temporality, and summariness of cognition, all used in the scope of the theme of "provisional protections", confronting them with the relevant legal provisions to the matter, in order to elucidate the relationship between the concepts of provisionality, definitiveness, temporality, and the concept of cognition in procedural law, as well as how these terms relate to the notions of judgment of probability, of evidence and certainty of the right affirmed in court. The bibliographical review will thus be used as an investigation procedure. The research method is the hypothetico-deductive one, to the extent that it will seek to demonstrate that the hypothesis of the correlation between provisionality and summariness of cognition is not necessarily correct, as it does not account for all the complexity of the presented theme, especially in the light of the Brazilian Civil Procedure Code. In regard the research's results and conclusions, one can say that the classic concept of provisionality adopted by Brazilian doctrine is insufficient to explain all the legal situations in which the term "provisional protections" is used. Thus, for that the "provisional protections" can be characterized by concept of provisionality is necessary understand it by larger way, that is, meaning "smaller stability" of some judicial decisions. In other word, this "smaller stability" will can refers to judicial decisions' practice effects or to its revocability by judge. Yet, it is very important observe that this "smaller stability" is not necessarily linked to summariness cognition.

KEYWORDS: Provisional protections; provisional urgency protection; judicial protection; standards of persuasion; Law procedure.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ter dedicado todo o Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil brasileiro ao tema das tutelas provisórias, o legislador pátrio não foi suficientemente claro a respeito dos contornos conceituais de tal instituto. Por si só, essa falta de clareza conceitual não é um problema, uma vez que é tarefa da dogmática jurídica estabelecer, a partir do direito positivo, os elementos definidores dos institutos jurídicos e, a partir daí, construir ou refinar os conceitos jurídicos. No caso das tutelas provisórias, essa não parecer ser uma tarefa tão simples, uma vez que os dispositivos legais a seu respeito acabaram aglutinando posições bastante sedimentadas sobre a matéria, mas antagônicas em vários aspectos. É diante desse quadro inicial que se almeja, no presente ensaio, lançar algumas reflexões sobre dois conceitos extremamente importantes para a definição das tutelas provisórias, quais sejam: o conceito de sumariedade e o conceito de provisoriedade.

No art. 296 do CPC, que está inserido no Título I, que corresponde às disposições



gerais do Livro dedicado ao tema das Tutelas Provisórias, verifica-se que o legislador buscou caracterizar as tutelas provisórias pelo elemento da provisoriedade, estabelecendo que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Contrapondo o dispositivo em questão ao art. 494 do CPC e seus incisos, os quais prescrevem que, “publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la” para corrigir “inexatidões materiais ou erros de cálculo” ou “por meio de embargos de declaração”, tem-se que há, entre o provimento jurisdicional que concede a tutela provisória e o provimento jurisdicional que põe fim à fase de conhecimento, uma diferença no tocante ao grau de estabilidade legalmente estabelecido para cada um deles. Desse modo, enquanto o primeiro provimento jurisdicional pode ser modificado ou revogado a qualquer tempo, o segundo provimento jurisdicional somente poderá ser modificado pelo mesmo órgão julgador em situações bastante limitadas e específicas.

Contudo, dessa primeira análise, não é possível depreender que a tutela provisória seja, como o próprio nome diz, “provisória”. A comparação entre os artigos 296 e 494 do CPC somente conduz a uma diferença de grau entre os dois pronunciamentos jurisdicionais no que diz respeito ao elemento da estabilidade. A tutela provisória é menos estável que a tutela jurisdicional prestada na sentença. Além disso, partindo desse primeiro elemento de comparação, tem-se a intuição de que a tutela provisória se diferencia da tutela jurisdicional definitiva por ser essa última prestada na sentença. Outros dispositivos legais parecem corroborar essa conclusão, como é o caso do art. 1.015, I, do CPC, que prevê a possibilidade de interposição do agravo de instrumento para a impugnação de decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias.

Sucedendo que, no tocante ao requisito da sistematicidade, o tratamento que o Código de Processo Civil dá ao tema das tutelas provisórias está muito longe da clareza. Assim como os artigos 296, 494 e 1.015, I, do CPC parecem indicar que as tutelas provisórias se diferenciam da tutela definitiva por serem menos estáveis e por serem tutelas jurisdicionais prestadas mediante pronunciamentos jurisdicionais distintos – a tutela provisória é prestada por decisão interlocutória, enquanto a tutela definitiva é prestada na sentença –, outros dispositivos legais parecem ignorar essa distinção. O artigo 1.012, §1.º, V, do CPC, por exemplo, não deixa nenhuma dúvida que a tutela provisória poderá ser



concedida na sentença. E isso vale para qualquer das três espécies de tutela provisória, e não apenas a tutela cautelar, a qual, como será melhor analisado ao longo deste ensaio é a única espécie de tutela provisória que, em tese, poderia ser prestada na sentença, até mesmo na mesma sentença em que prestada a tutela satisfativa definitiva. Logo, se a tutela provisória poderá ser concedida na sentença, quando isso acontecer ela já não será uma tutela provisória, mas, sim, uma tutela jurisdicional definitiva nos exatos termos do art. 494 do CPC.

Também no que concerne à sumariedade da cognição – elemento que costuma ser crucial para a caracterização das tutelas provisórias – o Código não é um exemplo de clareza. É verdade que a correlação entre provisoriedade e sumariedade costuma fazer bastante sentido: afirma-se que a tutela provisória poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo por ser uma tutela de cognição sumária, razão pela qual, quando o órgão julgador decidir com cognição exauriente, poderá decidir de modo diametralmente oposto sobre a mesma matéria que anteriormente foi por ele decidida. Por outro lado, o *caput* dos artigos 300, 303 e 305 do CPC não deixa nenhuma dúvida de que a probabilidade do direito, que se busca realizar no caso da antecipação da tutela, ou que se busca assegurar, no caso da tutela cautelar, é um dos requisitos estipulados pelo legislador para que elas possam ser concedidas. Contudo, é interessante questionar se, quando o juiz concede a tutela provisória na sentença, estaria ele decidindo com cognição sumária? Ainda, qual é a relação existente entre a estabilidade do provimento e a sumariedade da cognição? Certamente, essas são apenas algumas das questões suscitadas quando realizada uma análise dos dispositivos legais que conformam a matéria das tutelas provisórias.

Partindo desse quadro inicial, o presente ensaio tem o objetivo de analisar os conceitos de provisoriedade, definitividade, temporariedade e sumariedade da cognição utilizados no âmbito da temática das “tutelas provisórias”, confrontando-os com os dispositivos legais pertinentes à matéria, de modo a elucidar qual a relação existente entre os conceitos de provisoriedade, definitividade, temporariedade e o conceito de cognição no direito processual, bem como de que modo esses termos se relacionam às noções de juízo de probabilidade, de evidência e de certeza do direito afirmado em juízo. Para isso, será utilizado, como procedimento de investigação, a revisão bibliográfica, com consulta



à doutrina acerca da matéria objeto da pesquisa. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, na medida em que se buscará demonstrar que a hipótese da correlação entre provisoriedade e sumariiedade da cognição não é, necessariamente correta, de modo que não dá conta de toda a complexidade do tema apresentada, notadamente à luz do Código de Processo Civil brasileiro.

2. PROVISORIEDADE, TEMPORARIEDADE E DEFINITIVIDADE

Não há dúvida que, ao classificar a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela da evidência como espécies de tutela provisória, o legislador brasileiro considerou a provisoriedade como o conceito chave para defini-las. Porém, não há uma definição legal do que seja provisoriedade. O máximo que se pode depreender, do ponto de vista legislativo, para definição do termo, é a redação do *caput* do art. 296 do CPC, segundo o qual a tutela provisória poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Por isso a já mencionada contraposição entre a tutela provisória e a tutela jurisdicional definitiva, a qual, diferentemente da tutela provisória, somente poderá ser modificada em situações bastante específicas, nos termos do art. 494 do CPC.

Os termos provisoriedade e definitividade podem ser empregados com referência tanto ao plano normativo quanto ao plano prático. Isso significa que a provisoriedade poderá ser uma característica tanto do provimento jurisdicional quanto dos seus efeitos práticos⁴. Daí a constatação de Ovídio A. Baptista da Silva no sentido de que provisoriedade é um conceito essencialmente ambíguo⁵. Logo, quando simplesmente se diz que a tutela jurisdicional é provisória, é necessário deixar claro se a provisoriedade é uma característica do provimento jurisdicional ou dos seus efeitos.

⁴ Nesse sentido, Ferruccio Tommaseo: “mi sembra opportuno notare che la provvisorieta della tutela può essere valutata sotto due diversi, anche se concorrenti profili. Da un lato, infatti, bisogna riferirsi alla durata nel tempo del provvedimento, durata che dipende dalle regole processuali sui rapporti fra misura urgente e sentenza di merito; dall’altro lato – ed è un tratto particolarmente importante – la provvisorieta può essere determinata da una serie di valutazioni sulla natura degli effetti scaturienti dal provvedimento urgente” (TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983, p. 150).

⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 29.



É comum, para a doutrina processual, a contraposição entre provisoriedade e definitividade. Tal contraposição é um dos alicerces da doutrina de Piero Calamandrei, para quem a provisoriedade dos provimentos cautelares seria um aspecto e uma consequência de uma relação que se passa entre os efeitos do provimento antecedente (cautelar) e aqueles do provimento subsequente (definitivo), com o qual ocorreria a cessação dos efeitos do primeiro⁶. No direito brasileiro, uma das principais referências acerca do conceito de provisoriedade é a obra de Ovídio A. Baptista da Silva, responsável por oferecer um contraponto à generalização feita por Calamandrei em torno do conceito de provisoriedade como sendo um conceito suficiente para explicar todas as espécies de tutelas de urgência. A inspiração de Ovídio para tanto está na lição de Lopes da Costa, responsável por cunhar uma notável distinção entre provisoriedade e temporariedade, a partir da metáfora da barraca e dos andaimes. Para ele, a barraca onde o desbravador do sertão acampa, até melhor habitação ser erigida, é provisória, na medida em que irá perdurar até que seja trocada pela habitação definitiva⁷. O provisório, portanto, tende a perdurar até ser substituído pelo definitivo. Já os andaimes de uma construção são caracterizados pela temporariedade, na medida em que “ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio”. Os andaimes, são, portanto, definitivos, pois nada virá a substituí-los.

Valendo-se do exemplo de Lopes da Costa, Ovídio Baptista da Silva ressalta que também a barraca pode ser temporária quando utilizada somente como habitação de férias. Nesse caso, obviamente ela não será substituída por nada e, portanto, será definitiva⁸. Também no caso dos andaimes, que são utilizados como uma espécie de elevador provisório durante a construção, estes deixariam de ser temporários, na medida em que trocados por um elevador, vale dizer, pelo meio de acesso definitivo aos andares superiores do prédio. Consequentemente, o conceito de provisoriedade estaria centrado

⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 11.

⁷ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3a ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, pp. 15-16

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 53.



numa relação temporal com o conceito de definitividade.

Com efeito, enquanto aquilo que é provisório tende a durar até que seja trocado por algo, de igual natureza, porém definitivo, o temporário tem duração indefinida, uma vez que deverá perdurar enquanto for necessário. Os andaimes têm duração indeterminada quando utilizados para a pintura de um prédio em construção; porém, não são substituídos pelo prédio. Os andaimes esgotam-se em sua finalidade, assim como a barraca quando do término das férias. Isso significa que, em nenhum desses dois casos, a barraca ou os andaimes sejam trocados por algo definitivo da mesma natureza. Na verdade, o evento futuro que eventualmente os torna desnecessários tem outra natureza e serventia.

Sob essa perspectiva, o conceito de provisoriedade não seria adequado para descrever a tutela cautelar, uma vez que o provimento jurisdicional que concede a tutela cautelar não tem sua duração atrelada ao provimento jurisdicional definitivo que decide sobre a existência do direito acautelado. Conforme Ovídio Baptista da Silva, arresto concedido no curso de uma ação condenatória não terá absolutamente nada a ver com a lide satisfativa a que o arresto se “refere”; e nem será o arresto uma tutela jurisdicional que antecipe algum efeito da sentença condenatória. As questões litigiosas porventura controvertidas na ação de arresto não se confundem com as questões da ação condenatória, que a prática judiciária costuma denominar de “ação principal”⁹. Na verdade, entre o provimento cautelar, que versa sobre o direito à cautela (direito à proteção cautelar de uma determinada situação de direito material), e o provimento definitivo que versa sobre o próprio direito acautelado, não há uma identidade qualitativa, pois os seus efeitos não se identificam, razão pela qual não há como considerar que a tutela cautelar seja provisória, sobrevivendo até que seja substituída pela tutela jurisdicional definitiva.

Ainda valendo-se do exemplo do arresto, o qual tem cabimento quando o provável titular de um direito de crédito encontra-se diante do risco objetivo e atual de que o referido direito possa ser insatisfeito em face da insuficiência de patrimônio, do qual o devedor esteja se desfazendo para frustrar a futura execução, algumas situações são

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 55.



bastante esclarecedoras. Imagine-se, por exemplo, que os bens do devedor tenham sido arrestados. Nesse caso, o arresto perdurará enquanto durar a situação de perigo, não vindo a ser substituído por outra medida de igual natureza. Diversas situações poderão tornar o arresto desnecessário sem que exista uma decisão de igual natureza substituindo a decisão que concedeu o arresto: (i) é possível que no curso do processo em que se controverte o direito de crédito objeto do arresto, o devedor seja contemplado com uma herança de valor vultuoso, diante do qual o direito de crédito é praticamente insignificante, fazendo com que a situação de urgência desapareça e, conseqüentemente, a necessidade do arresto; (ii) é possível que ocorra a penhora e o depósito dos bens arrestados, atos jurisdicionais de natureza satisfativa que não substituem o arresto, mas o tornam desnecessário; (iii) é possível que a sentença proferida no processo em que se controverte sobre o direito de crédito seja de improcedência do pedido, declarando, portanto, a inexistência do direito, fato que, igualmente, tornará o arresto desnecessário, não pela inexistência da situação de urgência, mas em razão da inexistência do suposto direito acautelado. Em todos esses exemplos, inexiste a relação de provisoriedade típica das tutelas satisfativas de urgência, que o Código de Processo Civil brasileiro denomina de tutela antecipada.

Para Ovídio A. Batista da Silva, as tutelas cautelares devem ter *duração limitada no tempo*, tanto no plano normativo, de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo e irrevogável, protegido pela coisa julgada, quanto no plano fático, no qual deverão ser temporárias, de modo que seus efeitos fáticos possam ser removidos e não venham a causar para quem os suporta um gravame excessivo que ultrapasse o tempo em que perdurar o estado perigoso¹⁰. Nessa linha, o que importa para assegurar a *temporiedade* da tutela cautelar é que seus efeitos possam ser removidos na medida em que se torne desnecessária a proteção cautelar com o desaparecimento da situação perigosa (ou do próprio direito acautelado), razão pela qual os seus efeitos fáticos devem ser irreversíveis. Caso contrário, como destaca Ovídio, “o ‘fato consumado’ provocado por tais efeitos determinaria um dano irreparável ao adversário, sempre que a sentença

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 59.



proclamassem a inexistência do direito acautelado como mera probabilidade”¹¹.

A irreversibilidade dos efeitos da tutela cautelar significa, no pensamento de Ovídio, uma menor estabilidade dos efeitos do provimento jurisdicional e, igualmente, do próprio provimento, uma vez que, mesmo não sendo dependente da espera pelo provimento jurisdicional definitivo, o provimento cautelar não poderia ser caracterizado pela imutabilidade inerente à coisa julgada. A lógica que anima o pensamento de Ovídio acerca da inexistência da coisa julgada na tutela cautelar é bastante clara: como o direito acautelado não é analisado com cognição exauriente, bastando, portanto, para a sua concessão, um juízo de probabilidade acerca do direito que se objetiva assegurar, não haveria declaratoriedade relevante na sentença e, conseqüentemente, não haveria espaço para estabelecer-se a coisa julgada material¹². Contudo, a tutela cautelar versa sobre a existência de um direito à cautela ou, como também costuma-se denominar, sobre uma pretensão à segurança. O mérito da tutela cautelar, conforme reconhecido por Ovídio, reside numa situação cautelanda provável e ameaçada pelo perigo da infrutuosidade¹³. São esses dois elementos que constituem o suporte fático do direito à cautela, no qual há somente uma referência à situação cautelanda¹⁴, a qual é aquilatada, para fins de concessão da tutela cautelar, pelo menos com juízo de probabilidade¹⁵. Por isso, há quem afirme que a tutela cautelar é autônoma na medida em que existente mesmo sem saber se o direito acautelado existe, sendo, portanto, dele independente¹⁶. Então, o mérito da tutela cautelar, consubstanciado pela probabilidade da situação cautelanda e o perigo da

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 60.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 175.

¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 171.

¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 437.

¹⁵ Logo, no mérito cautelar não há referência a um “processo principal” ou a um “pedido principal”, mas, sim, a uma situação cautelanda provável. A expressão “principal” remete à falsa ideia de que a cautelar é sempre acessória e dependente da existência do próprio direito a acautelar-se. Afirma-se que a situação cautelanda é aquilatada pelo menos com juízo de probabilidade uma vez que, nada impede, que ela seja concedida a partir de um juízo prévio de certeza acerca da sua existência. É o caso, por exemplo, da tutela cautelar concedida para assegurar direito de crédito já certificado na sentença. Nesse caso, não há juízo sumário sobre o direito acautelado. Portanto, o direito acautelado deverá ser *pelo menos* provável.

¹⁶ DINI, Mario. DINI, Enrico A. *I provvedimenti d’urgenza: nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro* (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.) 5 ed. Tomo I. Milano: Giuffrè editore, 1950, p. 71.



infrutuosidade, é, no juízo cautelar, analisado com cognição exauriente¹⁷, de modo que haverá autoridade da coisa julgada no juízo cautelar relativamente à própria pretensão à segurança, e não ao direito que se busca assegurar.

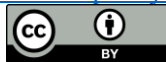
O que diferencia, do ponto de vista temporal, a tutela cautelar da tutela satisfativa de urgência é o fato de que os seus efeitos poderão ser obstados por um pronunciamento judicial ulterior que, sem versar sobre a existência do direito à cautela, venha a reconhecer, por exemplo, a inexistência do direito acautelado. Voltando ao exemplo do arresto cautelar, pode-se imaginar a situação em que, após a sua concessão, no juízo satisfativo declara-se a inexistência do direito de crédito acautelado. Nesse caso, uma explicação bastante plausível é a de que o juízo definitivo e de cognição exauriente acerca da inexistência do direito acautelado – o juízo de improcedência do pedido formulado na “lide satisfativa” – “não apaga o elemento declarativo cautelar [=reconhecimento da existência da pretensão ao acautelamento], mas apenas o elemento mandamental cautelar [=ordem para que o acautelamento seja concretizado]”, o que implicaria o reconhecimento de uma “eficácia anexa contramandamental” por parte da sentença de improcedência da lide satisfativa¹⁸. Também parece aceitável a tese de que o provimento cautelar definitivo é um provimento sob condição resolutiva, na medida em que os efeitos mandamentais da decisão concessiva da tutela cautelar poderiam ser desfeitos por futuro provimento que, no juízo satisfativo, viesse a proclamar a inexistência do direito acautelado com base em cognição exauriente¹⁹.

O mesmo raciocínio vale para o contraponto entre o provimento jurisdicional que

¹⁷ Estamos de acordo com Eduardo José da Fonseca Costa, para quem “quando o juiz julga o pedido cautelar, tem a *certeza* de que o ‘direito substancial a cautela’ existe [cognição exauriente]” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 436).

¹⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 445.

¹⁹ Nesse caso, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, é natural que a medida perca a eficácia, pois o direito que ela pretendia proteger foi declarado (com base em cognição exauriente) inexistente (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 198). Portanto, não ocorrerá apenas a cessação da eficácia da tutela cautelar; a própria pretensão de segurança será repelida (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605). Para Teori Zavascki, “aprissonar a sentença ao regime da imutabilidade extrema importaria [...] contrariar a própria finalidade da tutela acautelatória” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207).



indeferir o pedido de concessão da tutela satisfativa de urgência e o provimento jurisdicional que julga improcedente o pedido de concessão da tutela cautelar. No primeiro caso, por versar exatamente sobre o mesmo objeto, a futura sentença que julgar o mérito da causa poderá reconhecer a existência do direito que, em juízo de cognição sumária, foi considerado inexistente. Contudo, quando o pedido de tutela cautelar é julgado improcedente, não é dado ao autor renová-lo, salvo se vier a fazê-lo com base em novo fundamento (art. 309, CPC). Nesse caso, porém, estaremos diante de “de outra ação, de outra demanda cautelar, diversa da anterior pelo fator causal”²⁰. Por isso, a coisa julgada acerca da inexistência do direito à cautela não impede a formulação de novo pedido de tutela cautelar somente quando ocorrer mudança da causa de pedir, ou seja, quando ocorrer alteração na situação que lhe serviu de fundamento, seja no tocante à (in)existência do perigo da infrutuosidade, seja no tocante à plausibilidade da situação cautelanda. Desse modo, estando a imutabilidade sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, “se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alteração nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior” poderiam legitimar a postulação de nova cautelar²¹. Note-se que esse entendimento não destoaria daquilo que há muito já apregoava Lopes da Costa, para quem as medidas preventivas seriam “concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação”, de modo que, em tais casos o juiz resolveria *sic rebus stantibus*²².

Com tudo isso, já se pode antever que a provisoriedade não é uma nota característica da tutela cautelar. A tutela cautelar pode ser caracterizada como uma tutela jurisdicional definitiva, sujeita ao regime da coisa julgada material, cujos efeitos são temporários. A ausência de uniformidade teórica sobre a explicação acerca da temporariedade dos efeitos (a eficácia contramandamental da eventual sentença de improcedência que julga o pedido

²⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v.8, t.1 (arts. 796 a 812). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 295.

²¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. v. X, t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 235.

²² LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2 ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares editora, 1958, p. 50.



formulado na “lide” satisfativa” ou a caracterização do provimento cautelar como um provimento sob condição resolutiva) não desnatura, em nada, a tese de que a tutela cautelar tem como elemento a temporariedade, e não a provisoriedade.

Poderão surgir, contudo, situações nas quais a tutela cautelar seja concedida mediante tutela jurisdicional provisória. A tutela cautelar pode ser concedida em caráter antecedente, seguindo-se o procedimento previsto no Capítulo III do Título II do Livro dedicado às tutelas provisórias. Nesse caso, o legislador prevê uma série de atos como a citação da parte ré, o oferecimento de contestação no prazo de 5 dias e a realização de instrução probatória, para que seja proferida a decisão sobre a tutela cautelar requerida pelo autor. No entanto, quando a ciência do réu acerca do pedido de concessão da tutela cautelar possa permitir que ele venha a frustrar a efetivação da medida, é comum que a tutela cautelar seja concedida liminarmente, conforme autoriza o §2.º do art. 300 do CPC. Nessa hipótese, a decisão liminar que concede a tutela cautelar é uma antecipação da tutela cautelar prevista para o final do procedimento. Trata-se, portanto, de uma tutela cautelar concedida mediante pronunciamento jurisdicional provisório, o qual nasce a espera do provimento jurisdicional definitivo, que poderá confirmar, revogar ou modificar a tutela cautelar²³. Esse mesmo exemplo pode ser aplicado para a tutela cautelar requerida em caráter incidental, seja quando o pedido de tutela cautelar é cumulado sincronicamente com o pedido de tutela satisfativa, seja quando a cumulação ocorre de modo superveniente²⁴. Afinal, nada impede que o autor formule o pedido de tutela

²³ Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a constatação de que a liminar concedida no processo cautelar era uma antecipação de tutela do provimento cautelar, pode ser encontrada em CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 146. Sobre a necessidade de distinguir a antecipação que se realiza na tutela cautelar daquela que se atua no âmbito dos chamados accertamentos com prevalente função executiva, ver TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983, p. 36.

²⁴ Essa possibilidade de cumulação pedidos em momentos distintos é denominada por Eduardo José da Fonseca Costa de *cumulação heterocrônica* (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 444). Didaticamente, Araken de Assis menciona que “a cumulação da pretensão à segurança a qualquer outra pode ser originária ou superveniente. Dependerá a opção por este ou aquele cúmulo do momento em que surgir o perigo de dano iminente e irreparável. Nada obsta que, preexistente tal perigo, o autor se abstenha de cumular a pretensão à segurança, desde logo, por motivos táticos, aguardando que a causa supere o juízo de admissibilidade ou oportunidade mais conveniente para persuadir o juiz a decretar medida de urgência” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 613).



cautelar em caráter incidental e, premido pela urgência, requeira a sua concessão antes da oitiva do réu. Também nesse caso, a concessão da tutela cautelar antes do contraditório consistirá numa tutela cautelar concedida mediante provimento provisório.

Portanto, o que caracteriza a tutela cautelar é a temporariedade dos seus efeitos. Ela pode ser prestada mediante provimento jurisdicional provisório ou definitivo. Logo, há um equívoco na opção legislativa de generalizar o conceito de provisoriedade para abarcar tanto a tutela satisfativa (fundada na urgência ou na evidência) quanto a tutela cautelar.

Por outro lado, é necessário avançar no conceito de provisoriedade, considerando a sua ambiguidade, ou seja, a possibilidade de referir-se tanto ao plano normativo (a estabilidade do provimento jurisdicional) quanto ao plano fático (a estabilidade dos efeitos do provimento jurisdicional). No ponto, a lição de Cécile Chainais, para quem o fato de a decisão ser provisória não faz com que os seus efeitos não tenham aptidão para se tornarem definitivos, assim como a aptidão de os efeitos de uma decisão tornarem-se definitivos não retira o caráter provisório da decisão que os produziu²⁵, é extremamente importante. Por isso, é crucial ter em mente que nem todo provimento jurisdicional provisório é dotado de efeitos provisórios, embora seja possível, em alguns casos, que ocorra uma dupla provisoriedade.

Ovídio A. Baptista da Silva, ao tratar das tutelas satisfativas de urgência, cunhou uma relevante distinção entre duas situações às quais ele denominou de *tutela satisfativa provisional* e *tutela satisfativa autônoma*. Na primeira, tem-se os casos em que as tutelas satisfativas de urgência são provisórias “enquanto decisões modificáveis pela sentença final e são igualmente provisórias *em seus efeitos*”²⁶. Na segunda, tem-se os casos em que as tutelas satisfativas de urgência são caracterizadas pela definitividade dos seus efeitos, como ocorre na tutela provisória na ação de alimentos: o que é provisório, nos

²⁵ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 223. Há, no ponto, uma nítida cisão entre eficácia e efeitos do provimento jurisdicional, o que, no direito brasileiro, foi bem apreendido por Barbosa Moreira quando do estudo da coisa julgada. A respeito, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 100-101.

²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 86.



alimentos comumente chamados de provisionais, não são os alimentos concedidos e pagos a cada prestação pelo devedor, mas o provimento jurisdicional que os concede; os alimentos, no plano fático, uma vez percebidos pelo suposto credor, serão definitivos, embora a decisão que os concede esteja sujeita à revogação²⁷.

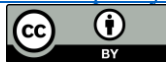
A “tutela urgente satisfativa autônoma” é assim denominada por consistir numa forma de *tutela jurisdicional provisória, porém definitiva no plano prático*, tendo em vista que não é provisória em seus efeitos. Essas formas de tutela “determinam consequências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma subsequente de reposição (indenização) monetária”. Isso quer dizer que “seus efeitos são definitivos por serem *irreversíveis*”²⁸. É o caso, por exemplo, da ação proposta pelo hospital (para) obter uma decisão judicial que autoriza a realização da transfusão de sangue para um menor, quando, por motivos religiosos, os pais se opõe a tal procedimento; da ação em que se busca a satisfação do direito à saúde com a determinação da realização de um procedimento a ser custeado pelo Estado; e, da já mencionada, ação de alimentos²⁹.

Além disso, mesmo uma decisão definitiva poderá ensejar efeitos provisórios, os quais, conseqüentemente, poderão ser desfeitos por uma decisão judicial posterior sem que isso, em nada, afete a coisa julgada produzida na primeira ação. É o que ocorre no exemplo da reintegração de posse, que poderá ser concedida de modo definitivo, com base em cognição exauriente e parcial, e, posteriormente, ser modificada em novo processo, de natureza petitória, no qual seja analisada a parcela da lide que ficou de fora da ação possessória. Nesse exemplo, uma decisão definitiva com efeitos fáticos provisórios; no exemplo dos alimentos e do procedimento médico, decisões provisórias, mas com efeitos fáticos definitivos.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 59.

²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 60-61.

²⁹ Outros exemplos podem ser encontrados na obra de Ovídio: o caso do locador que postula a possibilidade de realizar reparos urgentes no imóvel locado quando há resistência pelo inquilino; a liberação dos cruzados retidos pelo Governo Federal em razão de planos econômicos; a prorrogação do contrato de seguro para determinar que a seguradora pagasse ao segurado as despesas de hospitalização previstas na apólice (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 70-71).



Portanto, a provisoriedade é o elemento central para caracterizar a tutela antecipada e a tutela da evidência, uma vez que em ambas o provimento jurisdicional de natureza satisfativa produz, no todo ou em parte, efeitos coincidentes com aquele do provimento jurisdicional definitivo, sem a necessidade de obter a autoridade judicial da coisa julgada, típica dos provimentos de cognição exauriente³⁰. É essa relação qualitativa entre a tutela provisória e a decisão de mérito que fez com que, na doutrina italiana, Salvatore Satta e Carmine Punzi caracterizassem os provimentos de urgência por uma espécie de antecipação dos efeitos da decisão de mérito³¹. É justamente essa antecipação que não existe nos provimentos cautelares, pois não há uma relação de identidade entre a tutela cautelar e a tutela definitiva (de natureza satisfativa) do direito acautelado. Somente é possível caracterizar o provimento que concede a tutela cautelar como provisório quando se trata de uma antecipação do provimento cautelar definitivo. Mas isso é um dado accidental que não torna a tutela cautelar uma tutela jurisdicional provisória e nem faz com que os seus efeitos deixem de ser caracterizados pela temporariedade.

Embora o conceito de provisoriedade seja o elemento que melhor caracteriza a tutela antecipada e a tutela da evidência, distinguindo-as da tutela cautelar, ele não dá conta, diante do regime do Código de Processo Civil brasileiro, de todas as situações possíveis. Aqui, duas questões merecem destaque. A primeira, é a do instituto da estabilização da tutela antecipada, na qual o conceito de provisoriedade (como relação temporal qualitativa entre o provisório e o definitivo) não funciona de modo pleno. A segunda, é a hipótese de concessão da tutela antecipada e da tutela da evidência na sentença, uma vez que nesses casos não há, tecnicamente falando, uma tutela jurisdicional provisória, mas uma tutela definitiva cujo recurso contra ela cabível em regra não terá efeito suspensivo. Por isso, a tutela antecipada e a tutela da evidência, por serem caracterizadas pela antecipação de algum dos elementos eficaciais da tutela jurisdicional definitiva, quando concedidas na sentença, não passam de um mecanismo para retirar o efeito suspensivo do

³⁰ CORREA, Ulisse. Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXI. N. 4. Ottobre-Dicembre 2006. Padova: CEDAM, 2006, p. 1265.

³¹ SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13 ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 821-822.



recurso de apelação.

Voltando ao exemplo da estabilização da tutela antecipada, tem-se que, nesses casos, a tutela antecipada concedida tornar-se-á estável diante da não interposição de recurso pela parte ré³². Estabilização, aqui, significa que, diante da ausência de recurso pela parte ré, haverá a extinção do processo, conservando-se os efeitos da tutela antecipada concedida, que, nos termos do *caput* do art. 304 do CPC, tornou-se estável. Nesse caso, o pronunciamento judicial não será, necessariamente, substituído por um provimento definitivo de igual natureza. Extinto o processo, com a estabilização da tutela antecipada, a parte prejudicada pelo provimento antecipatório poderá, no prazo de 2 anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, propor uma nova ação para rever, reformar ou invalidar o pronunciamento judicial que concedeu a tutela antecipada. Contudo, findo o prazo de dois anos, não haverá mais a possibilidade de afastar, com uma nova decisão judicial sobre o mesmo conteúdo da decisão que concedeu a tutela antecipada, a estabilidade dos respectivos efeitos (art. 304, §6.º, CPC). Nitidamente, o que se tem aqui, é uma situação em que os efeitos da decisão que concede a tutela antecipada adquirem, em razão da omissão do réu, diferentes graus de estabilidade. Primeiramente, diante da ausência do recurso contra a decisão que deferiu a tutela antecipada; depois, diante da ausência de propositura da ação para reformar ou invalidar a decisão que deferiu a tutela antecipada no prazo de dois anos. Nesse caso, o provimento que concede a tutela antecipada não será provisório – pelo menos, não será no sentido usual do termo, segundo o qual o provisório nasce e perdura até que seja substituído pelo definitivo.

Por tudo isso, para que se possa admitir que a tutela antecipada, a tutela da evidência e a tutela cautelar são “tutelas provisórias”, é necessário adotar um conceito mais flexível

³² A literalidade do *caput* do art. 304 do CPC não deixa nenhuma dúvida para que outros cânones interpretativos possam ser utilizados no sentido de que a palavra “recurso” tenha sido empregada com outro sentido que não o sentido de se tratar de um recurso o meio para impedir a estabilização da tutela antecipada. Acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento inicial acerca da matéria, considerando que a contestação não é meio hábil para impedir a estabilização. Afinal, “a ausência de contestação já caracteriza a revelia e, em regra, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora, tornando inócuo o inovador instituto” (REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).



de provisoriedade, diferente, portanto, daquele que classicamente foi utilizado pela doutrina processual. Deve-se, portanto, entender que a tutela provisória é assim denominada em razão do seu menor grau de estabilidade em relação à tutela jurisdicional de conhecimento padrão. Não há dúvida de que a tutela antecipada e a tutela da evidência serão, em regras, tutelas provisórias no sentido de que o provimento jurisdicional (e não necessariamente os seus efeitos) terão a sua duração adstrita ao surgimento do provimento definitivo. Contudo, no caso da tutela antecipada antecedente, quando ocorrer a estabilização, ela poderá ser a tutela jurisdicional definitiva, pois não será substituída por outro pronunciamento judicial de igual natureza. A tutela cautelar, por sua vez, somente poderá ser denominada de provisória considerando-se que seus efeitos são menos estáveis, no sentido de que poderão ser desfeitos diante de uma análise mais profunda acerca do direito acautelado (mais precisamente, da sua inexistência) ou do desaparecimento da situação de perigo. É certo, no entanto, que o conceito de temporariedade continua sendo um conceito mais preciso para explicar o fenômeno da cautelaridade, razão pela qual o emprego do termo “provisório” de maneira mais flexível é apenas uma tentativa de manter mais coerentemente possível a opção terminológica adotada pelo legislador brasileiro.

Didaticamente, tem-se, sobre o ponto, as seguintes conclusões:

a) a tutela antecipada e a tutela da evidência serão, em regra, provisórias, no sentido de que o pronunciamento judicial com o qual elas são concedidas deverá perdurar até que seja substituído pelo provimento jurisdicional que, de modo definitivo, julga o mérito da causa, ou extingue o processo sem resolução de mérito;

b) a provisoriedade do provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada ou a tutela da evidência não se relaciona necessariamente com os seus efeitos, de modo que, mesmo sendo provisório o pronunciamento jurisdicional concessivo da tutela antecipada ou da tutela da evidência, seus efeitos poderão ser definitivos tal como ocorre nas denominadas tutelas satisfativas autônomas;

c) a tutela cautelar é, por essência, uma tutela jurisdicional temporária, no sentido de que os seus efeitos poderão ser desfeitos diante de uma análise mais profunda acerca do direito acautelado ou do desaparecimento da situação de perigo neutralizada pela tutela



cautelar; o emprego do termo provisório para explicar o fenômeno da cautelaridade somente é admissível se, com ele, se pretende dizer que os efeitos da tutela cautelar são menos estáveis, no sentido de que podem ser futuramente desfeitos.

d) o provimento jurisdicional que concede a tutela cautelar poderá ser um provimento jurisdicional definitivo, hipótese em que haverá coisa julgada acerca da existência ou inexistência do direito à cautela (pretensão à segurança), ou provisório, hipótese em que haverá uma espécie de antecipação da tutela cautelar, de modo que o provimento deverá perdurar até que sobrevenha outro, de igualda natureza (que verse, portanto, sobre o mérito cautelar) definitivo;

e) no caso da estabilização da tutela antecipada (tutela antecipada requerida em caráter antecedente contra a qual o réu não tenha interposto o respectivo recurso), o provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada poderá ter os seus efeitos desfeitos ou mantidos por um novo pronunciamento judicial definitivo de igual natureza, ou seja, que verse sobre o mesmo conteúdo do provimento concessivo da tutela antecipada, proferido em um novo processo, quando proposta, no prazo de 2 anos, a ação para reformar ou invalidar a tutela antecipada; nos casos em que ocorrer a estabilização da tutela antecipada e não for proposta a ação prevista no art. 304, §5.º, CPC, dentro do prazo legal, o provimento jurisdicional que concedeu a tutela provisória será definitivo.

f) as hipóteses de concessão da tutela antecipada e da tutela da evidência na sentença não são, tecnicamente, casos de tutela provisória, mas simplesmente de um mecanismo legal que permite, diante da urgência ou das hipóteses legais de evidência, a retirada do efeito suspensivo do eventual recurso de apelação.

g) o caso da concessão da tutela cautelar na sentença ou, até mesmo, na fase de cumprimento da sentença não apresenta nenhuma contradição com o conceito de temporariedade (dos efeitos mandamentais da tutela cautelar, e não do julgamento do mérito cautelar), uma vez que permanecerá a possibilidade de desfazimento dos seus feitos quando findar a situação de perigo que autorizou a concessão da tutela cautelar.

3. SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO E SUA RELAÇÃO COM OS CONCEITOS DE PROVISORIEDADE, TEMPORARIEDADE E DEFINITIVIDADE



Em regra, os conceitos de sumariedade da cognição e de provisoriedade guardam uma relação de correspondência, assim como os conceitos de exaurimento da cognição e definitividade. Afirma-se, assim, que a tutela jurisdicional é provisória (podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo) por estar fundada em cognição sumária, ou seja, por pressupor um grau de convencimento do órgão julgador menor que aquele necessário para a tutela jurisdicional definitiva. Por outro lado, a tutela jurisdicional definitiva estaria fundada em cognição exauriente por ser a tutela jurisdicional na qual o órgão julgador exaure o conhecimento da matéria a ele submetida, declarando a existência ou inexistência do direito material afirmado com força de coisa julgada.

Para melhor verificar se, de fato, há uma relação necessária entre estabilidade do provimento jurisdicional (provisoriamente ou definitivamente) e cognição judicial sobre a matéria decidida (cognição sumária e exauriente) é imprescindível avançar na temática da cognição no direito processual, realizando algumas distinções cruciais a respeito do emprego do termo cognição e do termo sumariedade pela processualística. Pretende-se, com isso, evitar confusões conceituais e esclarecer alguns termos.

Desde a obra de Hans Briegleb, "*Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse*", é possível visualizar um esforço por parte da doutrina processual em distinguir a sumariedade da cognição da sumariedade do procedimento. Para o autor alemão, era relevante diferenciar os chamados “processos sumários”, caracterizados pela “*summatim cognoscere*” derivados das fontes oriundas do direito romano e do direito local produzido na idade média pelos Glosadores e seus sucessores imediatos fundados nas suas respectivas lições sobre a característica da *decisão baseada em cognição incompleta na causa através da exclusão da pesada cognição ordinária*, das *acelerações dos procedimentos*, nas quais se evidenciava um procedimento curto, acelerado e simplificado nas formas, mas não uma incompletude material da cognição³³. Daí a ausência de paralelismo entre *cognição sumária* e *procedimento sumário*, o qual diz respeito ao fenômeno da aceleração procedimental, não tendo relação direta e obrigatória com a

³³ BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse*. Leipzig: Tauchnitz, 1859, p. 13-14.



sumariedade da cognição. Do ponto de vista formal, o procedimento sumário diferencia-se do ordinário por ser mais simples e concentrado. Ele é uma espécie de “processo plenário rápido ou acelerado” de que fala Fairen Guillén, na medida em que não representa nenhuma limitação material (de conteúdos que podem ser discutidos) no seu bojo, mas, somente, uma aceleração formal do procedimento, com simplificação e concentração dos atos processuais³⁴.

A aceleração procedimental é apenas uma das possíveis alternativas das quais o legislador pode lançar mão para lidar com o problema do tempo do processo, figurando como uma alternativa ao modelo de procedimento comum, que é caracterizado por aquilo que Ovídio A. Baptista denominou de *ordinariedade*, notadamente pela noção de *ordinariedade* em sentido formal. Quando se fala em *ordinariedade* em sentido formal, tem-se a caracterização de um procedimento ideal, rígido e inflexível³⁵, comum a todas as causas, no qual seja possível a certificação da existência do direito material mediante uma cronologia de atos processuais divididos em fases estanques, quais sejam, a fase postulatória, a fase saneadora, a fase instrutória e a fase decisória, sendo que o critério definidor de cada uma delas é o da preponderância das atividades exercidas, já que as suas fronteiras nem sempre são muito nítidas³⁶. O procedimento sumário³⁷, por sua vez, diferencia-se do ordinário pelo aspecto da concentração e simplificação dos atos processuais, de modo que nele se esfumam as linhas divisórias entre as fases do procedimento, sendo menos nítida a preponderância dos atos praticados em cada uma das etapas procedimentais³⁸. Por isso a aceleração procedimental ou, dito de outro modo, a

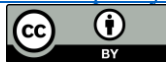
³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953, especialmente os capítulos III e IV da primeira parte.

³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191.

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

³⁷ O termo procedimento sumário é aqui empregado em sentido amplo para referir-se a qualquer procedimento caracterizado pela noção de sumariedade formal, independentemente de receber ou não a denominação “procedimento sumário”, como acontecia, por exemplo, no procedimento previsto nos arts. 275 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 5-6.



sumarização do procedimento (sumariedade formal), consiste numa adaptação legislativa do procedimento comum, mediante determinadas características, como as seguintes: (i) concentração dos atos processuais, de modo que atos típicos da fase instrutória são previstos para a fase postulatória, como é o caso da previsão segundo a qual as testemunhas devem ser arroladas na petição inicial na ação de embargos de terceiro (art. 677, CPC); (ii) simplificação dos atos processuais, com a redução das formalidades³⁹ exigidas para sua prática, como ocorre, em geral, no procedimento dos juizados especiais cíveis (art. 2.º, Lei 9.099/95), nos quais o rigor formal típico da petição inicial é substituído pela apresentação de um pedido, escrito ou oral, à secretaria do juizado (art. 14, Lei 9.099/95); e (iii) oralidade, sendo novamente os juizados especiais cíveis um excelente exemplo, na medida em que admitida a formulação do pedido e da contestação de forma oral (art. 30, Lei 9.099/95). Por sinal, tais características, presentes no procedimento dos juizados especiais, são uma exigência do art. 98, I, da Constituição Federal, que prevê a sua criação para o julgamento de causas de menor complexidade mediante “procedimentos oral e sumaríssimo”.

Historicamente, a ordinariedade em sentido formal é acompanhada da ordinariedade em sentido material, uma vez que as duas noções de ordinariedade estão atreladas a um mesmo ideal de certeza a ser perseguido no processo judicial⁴⁰. Assim, conforme Víctor Fairén Guillén, o “juízo ordinário”, expressão utilizada pelo autor para abarcar a

³⁹ A forma, em seu sentido estrito, corresponde ao “revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites exteriores que o individualizam”. É, nesse sentido, “o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993, p. 32). No mesmo sentido, Bruno Brunetti entende que a forma do ato consiste no “complexo dos requisitos relativos ao modo de expressão, ao lugar, ao tempo no qual a atividade do sujeito deve explicar-se no processo e à comunicação da mesma ao destinatário” (BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 7). Também, KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 130.

⁴⁰ Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “o chamado ‘processo de conhecimento’, na verdade processo somente ‘declaratório, vocacionado para demandas *plenárias*, é o instrumento dessa ideologia [de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade da lei’]. É através do ‘processo de conhecimento’, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a ‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27).

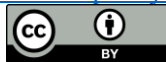


ordinariedade nos dois sentidos mencionados, se baseia no desejo de acabar para sempre com o litígio entre as partes de maneira judicial, de tal modo que não seja possível um novo processo sobre o ponto resolvido. Por isso, é desejável a maior extensão e desenvolvimento das pretensões, de modo que todas as relações litigiosas sejam resolvidas. Daí a necessidade de permitir-se às partes completar do melhor modo possível seus sistemas de defesas, valendo-se de amplos meios de impugnação e de uma elevada gama de meios de prova. O conjunto de tudo isso justificaria uma copiosa série de formalismos, preclusões e providências jurisdicionais⁴¹.

Porém, nada impede que seja estabelecido um procedimento sumário, no qual prevaleça a ordinariedade em sentido material, com conhecimento pleno e exauriente da relação de direito material deduzida em juízo. Um bom exemplo disso é o procedimento dos juizados especiais cíveis, os quais, apesar de formalmente sumários, são desenhados para que, ao final, seja obtida uma decisão de mérito em que declarada, com juízo de “certeza”, a existência ou inexistência do direito afirmado. Em sentido contrário, o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil brasileiro admite, de modo amplo, a concessão de tutelas jurisdicionais de cognição sumária.

O tema da cognição no direito processual – no qual está abarcada a questão da sumariedade da cognição – pode ser compreendido em pelo menos duas grandes perspectivas. Pode-se empregar o termo cognição para tratar do estudo das diferentes espécies de questões que são decididas pelo órgão julgador e a relação lógico-cronológica entre elas, como é o caso do famoso esquema de círculos concêntricos, nos quais estariam inseridos os pressupostos processuais, as denominadas condições da ação e o mérito da causa, variando o esquema de acordo com a aceitação ou não das condições da ação como integrantes do mérito. Além disso, o termo cognição pode ser utilizado, no direito processual, para fazer referência às limitações estabelecidas ao conhecimento das questões a serem decididas pelo juiz. É essa a perspectiva que mais interessa para o estudo das tutelas provisórias.

⁴¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 53.



Nesse sentido, pode-se dividir o conhecimento da causa pelo órgão julgador em dois planos. Fala-se em *plano horizontal* da cognição para tratar das matérias que podem ser conhecidas pelo juiz no processo. No que concerne ao plano horizontal da cognição, o procedimento comum é, em regra, caracterizado por uma *cognição plena*, ou seja, cognição sem limitação acerca dos fundamentos do pedido e das defesas pertinentes à situação de direito material discutida. Aqui se está, pois, diante da *extensão da cognição*. Por outro lado, a cognição pode ser surpreendida também no *plano vertical*, referindo-se, então, à *profundidade* com que o juiz pode conhecer as matérias referentes ao processo, hipótese na qual o procedimento comum vale-se da *cognição exauriente*⁴².

A definição conceitual do tema cobra precisão técnica, tarefa que, na doutrina brasileira, foi cumprida com maestria por Ovídio A. Baptista da Silva⁴³, que, partindo das lições de Chiovenda, aprofundou o estudo da matéria. Nessa linha, é possível contrapor a *cognição plena* à “*cognição incompleta porque parcial*” e a *cognição exauriente* à “*cognição incompleta porque superficial*”⁴⁴. A cognição no plano horizontal pode sofrer um corte vertical (sumarização vertical), vedando-se ao juiz “*conhecer de toda uma parcela de questões litigiosas que, não fosse uma determinação do direito material, poderiam ser suscitadas pelo demandado*”⁴⁵. Trata-se de uma *sumariedade material*, o que significa dizer que a limitação da cognição abarca o plano do direito material, não se tratando de uma mera sumariedade procedimental. É o exemplo corriqueiro das ações possessórias, nas quais o conhecimento do juiz fica limitado à posse, sendo-lhe vedada a

⁴² A distinção da cognição em dois planos (horizontal e vertical) deve sua sistematização à obra de Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000).

⁴³ A obra de Ovídio é vasta no que diz respeito ao tema. A respeito, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 46. SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI. n. 80. Porto Alegre: Ajuris, 2000. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Azioni sommarie: la sentenza di condanna con riserva. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. v 2. Roma: Foro Italiano, 1930-1931, p. 122.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI. n. 80. Porto Alegre: Ajuris, 2000, p. 213. Conforme o doutrinador gaúcho, “nestes casos, haverá o que a doutrina passou a denominar ‘cognição exauriente’, porém aqui, essa exaustão cognitiva sobre as questões litigiosas, cujo exame lhe fora permitido, pode ser limitadíssima, como ocorre, por exemplo, na ação de anulação de títulos ao portador” (Idem. *Ibidem*). Interessante notar que Ovídio A. Baptista da Silva diverge sensivelmente de Kazuo Watanabe, na medida em que, para o autor gaúcho, haverá *sumarização* da demanda tanto no plano da horizontalidade, quanto da verticalidade.



análise de questões relativas à propriedade⁴⁶, e das ações que se prestam à concessão da tutela inibitória, nas quais, por expressa imposição do parágrafo único do art. 497 do CPC, “é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Por outro lado, fala-se em *cognição incompleta porque superficial* em todas as situações nas quais é dado ao juiz decidir com base em juízo de *probabilidade*, sem exaurir todas as possibilidades de conhecimento da matéria em apreço. Aqui, há um corte horizontal (sumarização horizontal) no plano vertical da cognição, tal como nos interditos pretorianos do direito romano e nas liminares do direito contemporâneo.

A “sumarização da demanda” pode ser detalhada a partir de mais duas situações⁴⁷. Por um lado, sumariza-se a demanda impedindo a utilização de certas espécies de prova. É o que ocorre nos chamados *processos documentais*, cujo exemplo mais comum é o mandado de segurança. Por outro lado, *é possível que a sumarização ocorra a partir da reserva de exceções*, de modo que certas matérias de defesa ficam reservadas para uma fase posterior – ou até mesmo para um processo subsequente – à análise de parcela do mérito⁴⁸, como ocorre na ação de desapropriação (na qual, a única defesa material possível é a impugnação do valor da indenização, devendo outras questões serem decididas por ação direta, nos termos do art. 20 do decreto-lei 3.365/41), na ação de consignação em pagamento (em que as matérias de defesa estão restritas às hipóteses do art. 544 do CPC), nas ações possessórias (nas quais o réu não poderá alegar a propriedade ou outro direito sobre a coisa como matéria de defesa, nos termos do art. 557, parágrafo

⁴⁶ Essa sumariedade da cognição no tocante ao plano horizontal, com exclusão de certas matérias da mesma causa, costuma estar presente em alguns procedimentos especiais, o que levou a doutrina a utilizar a terminologia tutelas jurisdicionais diferenciadas, cuja nota distintiva estaria justamente na sumariedade da cognição. Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

⁴⁷ Ao longo de sua obra, Ovídio desenvolveu e reestruturou essas diferentes técnicas de sumarização aqui mencionadas, sem que isso representasse uma mudança na essência do seu pensamento. Em seu curso de processo civil, em edição lançada cerca de 15 anos após a 2ª edição do seu livro de procedimentos especiais, o professor gaúcho trata dos “processos interditais” como aqueles casos em que há um corte vertical no plano horizontal da cognição, da “antecipação da tutela” como espécie em que é autorizada a análise do mérito com base em cognição sumária a partir de um corte horizontal no plano vertical da cognição, dos “processos sumários documentais” e dos “processos monitorios e injuncionais” para fazer referência aos casos de inversão do contraditório e, conseqüentemente, de reserva de exceções (SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, volume 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 112-120).

⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 47.



único, do CPC) e na ação monitória, em que as matérias de defesa ficam reservadas para os embargos à monitória. O caso da ação monitória apresenta, ainda, uma peculiaridade, pois a cognição sumária sobre o direito alegado na petição inicial poderá se bastar caso não sejam opostos os embargos à monitória. Trata-se de um caso de cognição plena e exauriente eventual⁴⁹.

Em síntese, fala-se em plano horizontal da cognição para tratar das matérias que podem ser conhecidas pelo juiz no processo. Será *plena* a cognição quando não houver limitação a respeito de *quais matérias* podem ser conhecidas pelo juiz, seja do ponto de vista das possíveis alegações do autor, seja do ponto de vista das possíveis defesas do réu. Aqui se está, pois, diante da extensão da cognição. Por outro lado, a cognição pode ser visualizada também no plano vertical, referindo-se, então, à *profundidade* com que o juiz pode conhecer as matérias referentes à causa, hipótese na qual o procedimento comum vale-se, como regra, da *cognição exauriente*.

Interessa aqui, principalmente, o âmbito vertical da cognição, ou seja, a questão envolvendo a profundidade com que o juiz analisa os elementos necessários para proferir uma decisão sobre o mérito da causa. A cognição, quando não for exauriente, será sumária. Normalmente, considera-se que é sumária a cognição fundada em juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor. É o caso da tutela antecipada e da tutela cautelar, nas quais se exige, respectivamente, a *probabilidade do direito que se busca realizar* e a *probabilidade do direito que se objetiva assegurar*. Sob essa mesma perspectiva, também a tutela da evidência seria fundada em cognição sumária, na medida em que, nas hipóteses legais nas quais é prevista a *evidência do direito que se busca*

⁴⁹ Entendendo pela eventualidade da cognição exauriente no procedimento monitório, Elaine Macedo afirma que nele só haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, daí por que sua eventualidade. Instaurado o contraditório, poderá, de acordo com o caso, a atividade cognitiva ser plena ou limitada, conforme haja ou não redução no objeto litigioso, com exame, porém exaustivo da questão posta no seu sentido vertical (MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999, p. 32). No mesmo sentido, Kazuo Watanabe, que também considera como hipótese de cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente, a ação de prestação de contas – nominada pelo Código de Processo Civil de 2015 de ação de exigir contas – na qual a cognição somente será plena na primeira fase do procedimento se o réu negar o dever de prestar contas (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 120).



*realizar, a cognição sobre o mérito da causa não é exauriente*⁵⁰.

No entanto, é necessário saber se a sumariedade da cognição se relaciona, necessariamente, ao grau de convencimento exigido para que o órgão julgador possa fundamentar a sua decisão (*probabilidade do direito que se busca realizar, probabilidade do direito que se objetiva assegurar e evidência do direito*) ou à simples possibilidade de que o pronunciamento jurisdicional de cognição sumária seja revisto posteriormente a partir de outro padrão de convencimento. Ovídio A. Baptista da Silva sempre criticou que a processualística brasileira compreendia a cognição sumária simplesmente como “aquela legitimação de um juízo sumário, à espera de confirmação, *no curso da ação*, cuja cognição final a completará”⁵¹. Por essa perspectiva, a sumariedade da cognição significaria cognição provisória, ao passo que a cognição exauriente significaria cognição definitiva. A crítica de Ovídio, no entanto, estava endereçada ao fato de que a tutela jurisdicional fundada em cognição sumária sempre seria uma tutela jurisdicional em alguma medida dependente de uma futura tutela jurisdicional de cognição exauriente, o que, no Código de Processo Civil de 2015, não acontece no caso específico da estabilização da tutela antecipada.

Nessa linha, chega-se à constatação de que não há uma relação necessária entre cognição sumária e juízo de probabilidade, assim como não há uma relação necessária entre cognição exauriente e juízo de certeza. Logo, nada impede que uma decisão fundada em cognição sumária seja baseada em um grau de convencimento superior ao da probabilidade do direito; assim como não há nenhuma garantia de que a decisão fundada em cognição exauriente - ou seja, uma decisão proferida após ter sido oportunizado às partes valer-se de todos os meios para alegar fundamentos jurídicos e fatos, bem como prová-los – estará baseada em um juízo de certeza. Quando se estabelece que a tutela

⁵⁰ Em sentido contrário, entendendo que a tutela da evidência é fundada em cognição exauriente, ver FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 310. No entanto, o mesmo autor entende que a tutela da evidência versa sobre “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 carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada” (Idem. Ibidem, pp. 305-306).

⁵¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da AJURIS*. Ano XXV. Nº. 80, dezembro de 2000. Porto Alegre: AJURIS, 2000, p. 214.



antecipada é fundada em probabilidade e que a tutela da evidência é fundada na evidência do direito (evidência que é aquilatada pelo preenchimento das situações legais em que o legislador descreve a evidência nos termos dos incisos do art. 311 do CPC), o que se tem é um meio para controlar racionalmente o convencimento do órgão julgador, notadamente por se tratarem de hipóteses nas quais há uma autorização legal para que o mérito seja decidido (provisoriamente) sem que tenha sido oportunizado às partes exercer todas as possibilidades para interferir no seu convencimento.

Não há, portanto, uma relação necessária entre cognição sumária e juízo de probabilidade ou de evidência do direito, muito embora seja bastante comum que essas duas características estejam presentes na tutela antecipada e na tutela da evidência. No caso da tutela cautelar, por exemplo, a cognição acerca do direito à cautela será sumária quando a tutela cautelar for concedida liminarmente, ou seja, como uma tutela genuinamente provisória. Porém, quando concedida como tutela jurisdicional definitiva, a cognição sobre o direito à cautela será exauriente, e a cognição sobre o direito acautelado poderá estar fundada em juízo de probabilidade (é o caso em que se considera provável o direito de crédito acautelado mediante arresto) ou em juízo de “certeza” (quando certificado por sentença transitada em julgado o direito de crédito acautelado mediante arresto). Na primeira hipótese, a sumariedade da cognição acompanha o juízo de probabilidade sobre o direito acautelado, uma vez que, em momento posterior, o mesmo juízo poderá decidir novamente sobre a sua existência ou inexistência.

Em regra, pode-se dizer que a tutela jurisdicional de cognição sumária é uma tutela jurisdicional provisória (no caso da tutela antecipada e da tutela cautelar) ou uma tutela jurisdicional definitiva (no caso da tutela cautelar, especificamente quando fundada em juízo de probabilidade sobre o direito acautelado). Porém, uma outra situação reforça a tese de que eventualmente a tutela jurisdicional definitiva poderá estar fundada em cognição sumária: é o caso do mandado de segurança, no qual a cognição é exauriente de acordo com a prova produzida (*secundum eventum probationis*). Por se tratar de um “processo documental”, no qual a comprovação do direito material afirmado pelo autor deve estar baseada em prova documental pré-constituída, o julgamento de improcedência no mandado de segurança pode redundar numa declaração de inexistência do direito



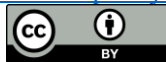
material afirmado com cognição exauriente ou com cognição sumária, a depender dos elementos probatórios necessários para tanto⁵². Assim, quando o juiz considera que exclusivamente com a prova documental não é possível afirmar a existência do direito material afirmado, denegando a segurança, reconhece-se que não há, no caso, direito “líquido e certo”, mas não há reconhecimento da inexistência do direito material afirmado – caso existente o direito material, ele não se qualificada como líquido e certo para fins eminentemente processuais. Sendo esse o caso, não há coisa julgada contra o impetrante, que poderá postular a satisfação do seu direito por outro meio que não seja o mandado de segurança⁵³.

Como se vê, também a tutela jurisdicional definitiva poderá estar baseada em cognição sumária (no plano vertical), ou seja, cognição incompleta uma vez que superficial sobre uma parte ou sobre a integralidade do mérito da causa. Igualmente, o juízo de probabilidade, de evidência ou outro *standard* de convencimento utilizado pelo órgão julgador para fundamentar a decisão judicial poderão estar presentes nos provimentos jurisdicionais de cognição sumária. É importante perceber, portanto, que *sumariedade da cognição significa simplesmente cognição incompleta, na medida em que será possível no mesmo ou em outro processo que a mesma matéria seja novamente analisada de modo definitivo*. Conclui-se, então, que a sumariedade da cognição não está necessariamente relacionada à provisoriedade do provimento jurisdicional, e que o *standard* de convencimento utilizado pelo órgão julgador é independente da cognição empregada na decisão judicial ser uma cognição sumária ou definitiva.

Por isso, os requisitos para a concessão das tutelas provisórias devem ser dogmaticamente colocados no âmbito dos diferentes graus de convencimento que devem alicerçar a fundamentação de uma decisão judicial. É interessante, a propósito, observar que, na experiência norte-americana, diante da diferença existente entre os direitos que estão em jogo nas causas cíveis e penais, gradualmente foi sendo estabelecida uma diferença quanto ao grau de persuasão exigido para cada uma dessas causas. Nesse

⁵² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ªed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 118-119

⁵³ Nesse sentido, o enunciado da súmula 304 do STF estabelece: “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.



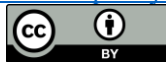
sentido, os *standards* de convencimento acabam servindo como espécies de regras de decisão tendentes a instruir o júri (e, conforme o caso, os juízes) em casos de incerteza.⁵⁴ Essas regras, no entanto, pressupõem um controle racional e intersubjetivo do convencimento que se dá a partir de uma interpretação das narrativas fáticas e jurídicas da causa. Não se trata, pois, de uma busca obsessiva pela “verdade” como ocorre normalmente nos sistemas de *civil law*, na medida em que, uma vez preenchido o *standard* previsto para determinada decisão, tem-se uma autorização para decidir em determinado sentido.

Nessa perspectiva, costuma-se adotar para as causas cíveis o *standard* da *preponderância de provas*, ao passo que, para as causas de natureza penal, o *standard* da *prova além da dúvida razoável*. O *standard* da preponderância de provas, que também pode ser traduzido como “mais provável que não” (*more likely than not*) atua para minimizar o custo esperado de erro, na medida em que um erro contra o autor é tão caro quanto um erro contra o réu. Enquanto isso, o *standard* da prova além da dúvida razoável significa um alto grau de probabilidade e serve para minimizar a expectativa do custo de erro uma vez que o custo de condenar um inocente é especialmente caro.⁵⁵ Gradualmente, foram sendo desenvolvidos, para determinadas causas, outros *standards* de convencimento, como o da “prova clara e convincente” (*clear and convincing proof*), cuja aplicação teria vez em processos que poderão ocasionar privações especialmente pesadas ou com um aspecto punitivo quase criminal.⁵⁶ Trata-se de uma espécie de *standard* intermediário, que ficaria entre a prova além da dúvida razoável e a preponderância de provas, para o qual órgão julgador deve acreditar que é altamente provável que os fatos

⁵⁴ ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. *Arizona law review*, Tucson, v. 55, p. 557-602, set-nov. 2013, p. 559.

⁵⁵ CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont law review*, Royalton, v. 33, p. 469-487, 2009, p. 469.

⁵⁶ LLEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida law review*, Gainesville, v. 67, p. 1569-1619, issue 5, mar. 2016, p. 1618. Também podem ser mencionados, no que diz respeito à prova do nexo causal em casos de negligência profissional, os *standards* “*but for*”, “*lost opportunity*” e “*lost substantial possibility of recovery*”. A respeito, ver JENSEN, Erik M. Standard of proof of causation in legal malpractice cases. *Cornell law review*, Ithaca, v. 63, p. 666-681, 1978.



ocorreram.⁵⁷

A teorização acerca do tema, no direito norte-americano, está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade. Essa distinção foi muito bem notada por Kevin Clermont, o qual refere que, na *civil law*, costuma-se adotar nas causas cíveis o *standard* da íntima convicção, que corresponderia a uma espécie de prova além da sombra de dúvida (*proof beyond a shadow of a doubt*), sacrificando-se qualquer tipo de erro em prol de uma suposta legitimação das decisões assentada no mito de que as cortes de *civil law* atuam apenas diante de fatos realmente verdadeiros, e não diante de meras probabilidades.⁵⁸ Essa é uma constatação fulcral. Embora o texto de Kevin Clermont tenha sido alvo de duras críticas por parte de Michele Taruffo,⁵⁹ não há como negar que ele identifica de forma muito precisa essa característica tão marcante na processualística moderna no âmbito da *civil law*, bem como o fato de que essa mística redução de erros decorrente de um forte *standard* probatório acaba conferindo ao juiz uma rocha para se esconder (*high standard gives the judge a rock to hide behind*).⁶⁰

A lógica que anima o estudo das tutelas provisórias é a da superação da noção de que a tutela jurisdicional perseguida pela parte é sempre aquela vocacionada à obtenção de certeza jurídica⁶¹ por uma compreensão da atividade jurisdicional sem o acerto

⁵⁷ MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. *California law review*, Berkeley, v. 32, p. 242-268, mar. 1944, p. 262-263.

⁵⁸ CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont law review*, Royalton, v. 33, 2009, p. 473.

⁵⁹ Conforme Taruffo, Clermont teria reduzido toda a sua análise ao direito francês, numa espécie de “France-is-all or France-or-nothing”. TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, Vol. 51, n. 3, p. 659-677, 2003, p. 662.

⁶⁰ CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont law review*, Royalton, v. 33, 2009, p. 473. Tal aspecto está fortemente vinculado com o paradigma racionalista, possível de se verificar na medida em que os juízos baseados em verossimilhança são tidos previamente como equivocados: “O núcleo de resistência oferecida pelo sistema à ideia de que o Direito seja uma ciência da *compreensão*, apoia-se no mesmo *paradigma* racionalista, em sua luta contra os juízos de *verossimilhança* que, como dissera Descartes, haverão de ter-se liminarmente como falsos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 97).

⁶¹ Para Zavascki, a tutela jurisdicional prometida na Constituição é a tutela de cognição exauriente, definitiva e que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica, visão que é comumente compartilhada por autores que entendem ser a razão de ser da função jurisdicional a manutenção da paz social



definitivo da situação subjetiva substancial, o que Sérgio Menchini denominou de *jurisdição sem proeminente finalidade cognitiva*. Por isso, quando se afirma que as tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais de cognição sumária, deve-se ter presente que, de fato, na tutela antecipada e na tutela cautelar, o *standard* de convencimento exigido para que o órgão julgador possa fundamentar a sua decisão (probabilidade do direito que se busca realizar e probabilidade do direito que se objetiva acautelar, respectivamente) é um *standard* menos pesado que aquele exigido para decidir, de modo definitivo, sobre a situação de direito material objeto de um juízo de probabilidade. Nesses casos, é a urgência que, somada ao juízo de probabilidade, autoriza que a atividade jurisdicional possa, de imediato, gerar efeitos concretos (satisfazendo ou acautelando o direito material afirmado em juízo).

Diferentemente, na tutela da evidência exige-se um grau de convencimento superior ao da probabilidade do direito. Fala-se, comumente, de uma espécie de *fumus boni juris extremado*, o que permitiria concluir que a *evidência é um standard de convencimento que gravita entre o juízo de probabilidade e o juízo de certeza*. Contudo, para que isso seja correto, seria necessário pressupor que a tutela jurisdicional satisfativa, definitiva e de cognição exauriente quase sempre pressupõe um *juízo de certeza*. Esse é um ponto em branco a ser resolvido pela dogmática processual, diante do qual há pelo menos duas possibilidades, que a seguir serão desenvolvidas.

Admitindo que a tutela jurisdicional satisfativa, definitiva e fundada em cognição exauriente não pressupõe juízo de certeza, mas o *standard* da “preponderância de provas” ou “mais provável que não” (*more likely than not*), a primeira possibilidade consiste em considerar que a evidência, à luz das situações assim qualificadas pelo legislador, seria um *standard* de convencimento mais pesado que aquele exigido para a tutela jurisdicional definitiva e de cognição exauriente. Essa é uma opção bastante coerente, na medida em que, na tutela da evidência, é dispensada a urgência para a satisfação do direito afirmado pelo autor com base em um juízo de cognição sumária. Além disso, a “*prova além da dúvida razoável*”, prevista para concessão da tutela da evidência no caso do art. 311, IV,

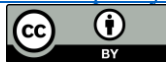
mediante decisões justas (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25).



do CPC, a existência “*de tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante*”, prevista no art. 311, II, do CPC, são exigências superiores, do ponto de vista do grau de convencimento do órgão julgador, àquelas comumente aceitas para o julgamento de procedência do pedido formulado pelo autor. Logo, *ainda que aquilatada mediante cognição sumária, a evidência deveria ser considerada um standard de convencimento superior àquele exigido para o julgamento de procedência do pedido com base em cognição exauriente*. Sendo assim, também seria possível admitir, na sentença, como tutela definitiva, a concessão da tutela da evidência e que, com isso, o recurso de apelação não teria efeito suspensivo. A segunda possibilidade seria insistir na ficção de que a tutela jurisdicional definitiva está sempre fundada em um *juízo de certeza*. Sendo assim, a *evidência do direito seria menos que certeza e mais que probabilidade*. Por mais que essa opção seja coerente com a ideia de que, na sentença, o juiz decide com base em certeza, ela é contraintuitiva, na medida em que, pelo menos duas das situações legais em que descrita a *evidência do direito* (art. 311, II e IV) exigem do julgador um padrão de convencimento muito superior àquele normalmente presente nos casos de procedência do pedido formulado pela parte autora.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por maior que tenha sido o empenho do legislador brasileiro ao unificar a tutela satisfativa de urgência, a tutela cautelar e a tutela da evidência como espécies do gênero “tutela provisória”, tal opção não parece abarcar toda a complexidade teórica que perpassa o tema. O que se procurou, aqui, foi mostrar que nem todas as “tutelas provisórias” são, no tocante aos seus efeitos práticos, necessariamente provisórias, tal como parece estabelecer o *caput* art. 296 do CPC. Além disso, não há um vínculo necessário entre provisoriedade do provimento jurisdicional e sumariedade da cognição, uma vez que, por cognição sumária, deve-se entender cognição incompleta sobre uma parcela ou sobre a integralidade da relação jurídica de direito material, o que também pode ocorrer em provimentos jurisdicionais definitivos. Por fim, a tutela da evidência, por exigir um padrão de convencimento superior àquele comumente presente na tutela jurisdicional



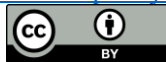
satisfativa, definitiva e de cognição exauriente, prestada na sentença, poderia ser concedida ou como tutela provisória, pressupondo-se, para tanto, cognição sumária, ou como tutela jurisdicional definitiva, pressupondo-se, para tanto, cognição exauriente acerca da evidência do direito. Diante de tantos pontos nebulosos na legislação brasileira, essa clarificação dos elementos que perpassam os aspectos conceituais das tutelas provisórias é crucial para que a dogmática processual possa oferecer respostas voltadas a auxiliar a utilização prática das tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. *Arizona law review*, Tucson, v. 55, p. 557-602, set-nov. 2013.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der Summarischen Processe*. Leipzig: Tauchnitz, 1859.
- BRUNETTI, Bruno. *La nullità dela citazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. v. X, t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Azioni sommarie: la sentenze di condanna con riserva. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. v 2.



- Roma: Foro Italiano, 1930-1931.
- CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont law review*, Royalton, v. 33, p. 469-487, 2009.
- CORREA, Ulisse. Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXI. N. 4. Ottobre-Dicembre 2006. Padova: CEDAM, 2006.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DINI, Mario. DINI, Enrico A. *I provvedimenti d'urgenza: nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro* (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.) 5 ed. Tomo I. Milano: Giuffrè editore, 1950.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.
- JENSEN, Erik M. Standard of proof of causation in legal malpractice cases. *Cornell law review*, Ithaca, v. 63, p. 666-681, 1978.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v.8, t.1 (arts. 796 a 812). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.
- LLEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida law review*, Gainesville, v. 67, p. 1569-1619, issue 5, mar. 2016, p. 1618.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3a ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.



-
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitorio*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.
- MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. *California law review*, Berkeley, v. 32, p. 242-268, mar. 1944.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil* – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.
- SATTA, Salvatore. PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13 ed. Padova: CEDAM, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI. n. 80. Porto Alegre: Ajuris, 2000.
- _____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Procedimentos especiais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, Vol. 51, n. 3, p. 659-677, 2003.
- TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.