

A CONDENAÇÃO COM RESERVA DE EXCEÇÕES COMO TÉCNICA DE SUMARIZAÇÃO DA TUTELA COGNITIVA

José Aurélio de Araújo

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Universidade Cândido Mendes (UCAM)

Resumo: O presente artigo analisa a técnica da condenação com reserva de exceções, originária do processo documental do direito intermediário e do *référé provision* francês, aplicado recentemente na Itália, como técnica de prestação jurisdicional sumária apta a produzir a inversão do ônus temporal do processo mediante a concessão imediata, em cognição sumária unicamente de verossimilhança, de eficácia executiva, remetendo, ao mesmo tempo, o réu à fase posterior probatória em respeito ao seu direito ao contraditório, para que prove sua defesa de mérito. Representa alternativa ao processo ordinário ao se constituir em produto do equilíbrio entre o direito ao contraditório e a duração razoável do processo, utilizada em diversos países e inexistente no Brasil.

Palavras-chave: Condenação com reserva de exceções. Direito ao contraditório. Direito à duração razoável do processo.

Riassunto: Il suddetto articolo fa una analisi della tecnica della condanna con riserva di eccezioni, originaria del processo documentale del diritto intermediario e del *référé provision* francese, applicato recentemente in Italia, come tecnica de prestazione giudiziaria sommaria capace di produrre l'inverzione dell'ònera temporale del processo mediante la concessione immediata, in cognizione sommaria di verosimiglianza, di efficacia esecutiva, rimettendo, allo stesso tempo, il convenuto alla fase probatoria rispettando il suo diritto al contraddittorio, avendo così la possibilità di fare la sua difesa di merito. Rappresenta l'alternativa al processo ordinario di accertamento come prodotto di bilancio fra il diritto al contraddittorio e la ragionevole durata del processo, praticata in diversi paesi però assente in Brasile.

Parole-chiavi: Condanna con riserva di eccezioni. Diritto al contraddittorio. Diritto alla ragionevole durata del processo.

Sumário: 1. *Introdução.* – 2. *A condenação com reserva de exceções do processus executivus a alguns tipos existentes no direito comparado moderno.* – 3. *A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro* – 4. *Elementos e requisitos para aplicação da técnica* – 5. *A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório* – 6. *Segue: A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva.* – 7. *Segue: O contraditório*

postecipado. – 8. Segue: O contraditório quanto ao direito à prova. – 9. Segue: O processo justo e a supressão da instrumentalidade. – 10. Segue: A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada. – 11. A adequação da técnica ao sistema processual brasileiro. – 12. Conclusão. – Bibliografia.

1. Introdução

Nestes tempos de reformas processuais e de busca de uma prestação jurisdicional mais célere, muitas alternativas ao processo de cognição de rito ordinário vêm sendo pensadas e implementadas nos sistemas processuais de todo o mundo através de técnicas de sumarização dos procedimentos. A tendência, em muitos sistemas, é a de tornar a utilização do processo declaratório *ordinário* meramente residual¹ e eventual.

ANDREA PROTO PISANI², um dos maiores autores italianos do tema, enumera, dentre estas técnicas, o título executivo extrajudicial, o processo monitório, a condenação com reserva de exceções e a medida cautelar desapossada de instrumentalidade. A este rol, junta-se, agora, o novo procedimento sumário, instituído pela reforma de 18 de junho de 2009, mediante a criação do artigo 702-*bis* do c.p.c. italiano.

O presente trabalho objetiva compreender, preliminarmente, a condenação com reserva de exceções, identificada com o *processus summarius executivus* medieval, com o *référé provision* francês e presente em países como a Alemanha e a Itália, desconhecida, porém, do processo civil brasileiro em vigor, mas aparentemente presente na norma do artigo 285, III, do anteprojeto do código de processo civil.

No ambiente de incertezas e múltiplas expectativas que a proximidade de alteração de toda a nossa legislação processual civil produz, talvez trazer a lume uma nova técnica alienígena aumente mais a insegurança do que auxilie no processo de qualificação do sistema. A segurança jurídica deve inspirar sempre o legislador a promover o incremento do procedimento comum antes de multiplicar a sumariedade.

¹ PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: ed. Giappichelli. 2008. p. 699. MENCHINI, Sérgio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, p. 869: “Il risultato che si intravede, in esito a tale percorso, è il superamento, forse definitivo, nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, del modello tradizionale, che si fonda sulla centralità della tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata.”

² PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, pp. 699-707.

De qualquer forma, nos arriscamos ao debate, na certeza de que os trabalhos doutrinários devem fornecer substância de pesquisa ao legislador e à comunidade jurídica para o aprimoramento do sistema. Senão vejamos.

A condenação com reserva de exceções, também chamada de condenação ressalvada, constitui-se um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido após a resposta do réu, quando o juiz observa que será provável o acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa. Forma-se a partir de uma cognição sumária, sem profundidade probatória total, diante, somente, das alegações das partes e das provas documentais. Em respeito ao contraditório, o processo segue, após o provimento provisório, para dar a oportunidade ao réu de provar as suas defesas, diretas ou indiretas, alegadas em contestação. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial de cognição, autônomo, ou no procedimento ordinário.

Não se está diante de um provimento cautelar, de urgência, do *periculum in mora*, mas sumário não cautelar baseado somente no *fumus boni juris*, na verossimilhança das alegações do autor e na insubsistência da defesa do réu, podendo-se qualificá-lo como tutela de evidência³. A quebra do dogma medieval e iluminista da obrigatória anterioridade da cognição plena para o consequente provimento executivo, já, antes, propiciada pelos provimentos cautelares conservativos e satisfativos, aqui é possível através simplesmente do *fumus*, como forma de respeito ao princípio da efetividade e da duração razoável do processo, sem violar o direito do réu ao contraditório, que resta em parte para momento posterior.

O provimento origina-se não da exigência que o direito ao acesso à justiça impõe nos casos de urgência e de perigo, mas resulta da imposição da celeridade. O que se quer dizer é que o deferimento da medida executiva em cognição sumária não advém da urgência, mas da própria cognição sumária e parcial das alegações do autor e do réu. A cognição, nesta altura, vai contar com as alegações de fato e de direito de ambas as partes e com as provas documentais, o que, em muitos casos, se não é tudo, também não é pouca coisa. O fundamento da decisão será a probabilidade de julgamento de procedência da demanda.

O réu é condenado, sujeitando-se à eficácia executiva, reservando-se a cognição das suas exceções à continuidade do processo.

³ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 317.

2. A condenação com reserva de exceções do *processus executivus* a alguns tipos existentes no direito comparado moderno

A técnica não é nova, sendo possível encontrar a condenação com *reserva de determinadas exceções* no *Principii* de CHIOVENDA quando o autor perquire acerca da origem do processo documental cambiário e monitório no *processus executivus* do direito intermediário⁴.

Processo simplificado colocado à competência de juízes especiais, destinado às ações executivas, através do qual o credor obtinha um *mandatum de solvendo* contra o devedor, expedido após *cognitio summaria* que não permitia a apresentação de todas as exceções pelo demandado em sede de oposição (*quae incontinenti probari possunt*), deixando aquelas de maior complexidade (*quae altiore requirunt indaginem*) para as vias ordinárias em cognição plena (*ad separatum iudicium*). Esta fórmula processual produzia, segundo CHIOVENDA, um “fracionamento de conhecimento”, de forma que as exceções do demandado somente eram examinadas após a sua condenação.

Observa o *maestro*, naquela passagem, que a decisão do juiz da execução, quanto às exceções trazidas pelo réu, não vinculava o juiz do processo ordinário, importando reconhecer que aquele só trata da executividade do documento, abstando-se de qualquer função *declarativa* quanto à existência do crédito (*Probationes factae in iudicio summario non probant in plenario*).

Desta forma processual do direito medieval italiano é que vão surgir o processo de execução de título extrajudicial e a condenação com reserva de exceções.

Há referência à técnica da condenação ressalvada também quando se analisa o *référé provision* francês, previsto no artigo 806 do código daquele país⁵. Como veremos, o *référé* é uma forma procedimental – caracterizada, fundamentalmente, pela inexistência de provimento definitivo após o provisório –, que pode ou não conter, no seu bojo, a técnica da condenação reservada. PROTO PISANI⁶, quando questiona a

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*, tomo II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794.

⁵ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 39.

⁶ PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, p. 704.

aplicação da técnica francesa no direito italiano, afirma que o *référé* deveria responder, no direito peninsular, ao esquema da condenação ressalvada:

A mio avviso l'introduzione in Italia dell'istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di un processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena), ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori.

O traço característico do *référé provision*, nascido no final do século XIX no código de processo civil napoleônico de 1806, que surpreende a nossa tradição da instrumentalidade, como sucedeu na Itália, é justamente a independência do provimento provisório do definitivo, historicamente consequente.

A característica da instrumentalidade tornou-se a principal dentre todas para o provimento cautelar depois da célebre e fundamental obra de CALAMANDREI sobre tais provimentos⁷. Para o autor⁸, não é a provisoriedade o elemento distintivo da cautelar, mas a sua instrumentalidade, compreendida como a subserviência deste provimento ao definitivo superveniente.

Esta instrumentalidade, no entanto, foi suprimida ou mitigada pelas reformas italianas de 2003 e 2005, no provimento cautelar, em outras medidas antecipatórias não cautelares e em outros procedimentos especiais, como o possessório e o societário.

É o fenômeno da mitigação da instrumentalidade⁹ ou, como em COMOGLIO¹⁰ acerca das reformas italianas, da instrumentalidade atenuada: “*Strumentalità c.d. attenuata senza giudizio di merito per provvedimenti anticipatori o d’urgenza.*”. Para

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol. IX. Napoli: Morano, 1983.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 175.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41.

¹⁰ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione, e vol. II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 278.

CIPRIANI¹¹, o que se viu foi a supressão da instrumentalidade. Em GRECO¹² a expressão utilizada foi instrumentalidade mitigada. Atenuada, mitigada ou suprimida, o que se observa verdadeiramente é a dispensa da histórica superveniência do provimento final.

O procedimento sumário do direito societário, instituído pelo artigo 19 do Decreto-Lei nº 05/2003 – e surpreendentemente já ab-rogado pela reforma de junho de 2009 –, de competência do tribunal de primeiro grau na sua formação monocrática, permitia a rápida formação de um título executivo, mediante cognição sumária, para a solução de conflitos atinentes ao direito societário. Utilizava a tutela da evidência, imediatamente executiva, mediante uma técnica assemelhada à da condenação com reserva de exceções, de onde poderia ou não sobrevir o provimento definitivo em cognição plena. Atestaram os autores peninsulares que se tratava, então, de uma versão do *référé provision all'italiana*, pois inserida em um procedimento especial sem instrumentalidade¹³.

Esta fórmula procedimental que possibilita, após a completude da relação processual com a citação do réu, a rápida formação do título executivo a favor do autor, mediante a presença dos requisitos, observados pelo juiz, dos bons fundamentos autorais e da insubsistência de defesa, é exemplo de tutela de evidência na forma de procedimento com instrumentalidade suprimida.

A *ordinanza*, apesar de imediatamente executiva, por ter sido formada em cognição sumária, notadamente diante de uma instrução *desformalizada*, não tem a aptidão de produzir coisa julgada material, em respeito à regra, ou ao dogma, de que

¹¹ “*Così stando le cose, non sembra sai corretto dire che con le riforme del 2003 e del 2005 la strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori sia stata attenuata o allentata. In realtà, quei provvedimenti, una volta privati di quella caratteristica e resi sostanzialmente o potenzialmente autonomi rispetto al giudizio di merito, ...*” (CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. In: *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93).

¹² GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

¹³ “*CAPO III. DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE. Art. 19 (Ambito di applicazione. Procedimento) 2. Disposta la comparizione delle parti e assegnato il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre 10 giorni prima dell'udienza, il giudice designato, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.*”

somente a decisão formada a partir de cognição plena, exaustiva e antecipada é capaz de se tornar imutável¹⁴. A regra estava expressa no *comma 5* do referido artigo 19 do Decreto-legislativo:

All’ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all’articolo 2909 del codice civile.

Esse caminho podia ser desviado da instrução sumária para a plena, quando o juiz entendesse necessária a cognição plena (artigo 19, *comma 3*) ou quando era proposto o recurso de *appello* contra a *ordinanza* executiva (artigo 20). Nestas duas hipóteses, a cognição tornava-se plena e produzia a coisa julgada material¹⁵.

Este procedimento societário, apesar de seu objetivo de acelerar a prestação jurisdicional com a entrega antecipada do título executivo, foi surpreendentemente abrogado pela recente reforma de 18 de junho de 2009. Na visão de BRUNO SASSANI¹⁶, tal ocorreu em virtude da resistência da Magistratura daquele país, através da má vontade dos juízes em adotar o procedimento, e das decisões da Corte Constitucional que aniquilaram várias disposições da lei, levando o Parlamento, recém saído das eleições de 2008, a ab-rogar *in totum* o procedimento:

Si tratta di una magistratura che ha decretato in partenza (ed ha ottenuto) la condanna capitale del processo societario, che ha snobbato e reso obsolete le ordinanze anticipatorie su cui facevano tanto affidamento i legislatori, che, pur dichiarando ad ogni pie’ sospinto la sua fedeltà alla legge, in realtà resta arbitra della vita o della morte delle singole norme del codice di rito. Se ritiene che il principio della durata ragionevole non tolleri la

¹⁴ MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010: “Se si riflette sulla struttura del procedimento descritto dall’art. 19 e sull’efficacia del provvedimento che esso origina, ci si avvede che i punti che possono presentare una qualche problematicità sono essenzialmente due: in primo luogo, l’ordinanza è meramente esecutiva e non produce gli effetti dell’art. 2909 c.c., manca, cioè, il carattere del giudicato; in secondo luogo, il rito è sommario e, quindi, deformalizzato: i poteri delle parti, i modi e i termini per il loro esercizio non sono predeterminati dalla legge, ma sono rimessi alla discrezionalità del giudice”.

¹⁵ FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 275.

¹⁶ SASSANI, Bruno. A.D. 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, p. 13. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivit%E0%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

produzione di documenti in appello, reinterpreta di conseguenza l'art. 345; se confronta lo stesso principio con l'art. 37, ne cancella la parte che sancisce la rilevabilità dell'eccezione di giurisdizione in ogni stato e grado. Questo giudizio non risente solo delle scelte esplicite degli alti consessi giurisdizionali (che, comunque, hanno avuto un'impennata negli ultimi tempi) poiché essa discende dall'osservazione del comportamento generalizzato dei giudici civili. Comportamento – fatto di comuni scelte, propensioni, abitudini, omissioni di ogni giorno – che diventa subito norma (sia chiaro: nessuna critica agli uomini – e alle donne – in campo. L'anomalia del processo italiano è tale che induce a pensare che, al loro posto, sarebbe difficile per chiunque comportarsi diversamente).

GIAN FRANCO RICCI¹⁷ declara a sua *perplexità* com a ab-rogação deste procedimento sumário especial. Para o autor, em pouco tempo de vigência, tal procedimento já vinha produzindo bons frutos mediante a rápida solução dos conflitos societários, constituindo-se em uma real alternativa ao “*elefântico*” rito ordinário. RICCI¹⁸ aponta que os juízes estavam a marcar a audiência *de discussão da causa* para data muito distante, impondo demora à conclusão do processo, mas que isto, em verdade, era causa de delonga que não podia ser imputada ao procedimento legal em si, mas aos próprios magistrados.

No entanto, outros exemplos de supressão da instrumentalidade sobreviveram a esta resistência e à abrogação.

Na reforma de 2005, seguinte àquela de 2003, através da alteração da norma do artigo 669-*octies, comma 6*¹⁹, do código de processo civil italiano pela Lei nº 80, de 14 de maio de 2005, foram mantidos os efeitos do provimento cautelar *ante causam*²⁰ no caso de extinção do processo principal sem julgamento de mérito. É o momento de

¹⁷ RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009, pp. 116-118.

¹⁸ *Ibid.*, p. 117.

¹⁹ “*L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa*”. BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 1942.

²⁰ BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*. Disponível em <<http://www.judicium.it>> Acesso em 15 de dez. 2008. TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n. 156, pp. 77-103, fev. 2008.

expansão da mitigação da instrumentalidade a todos os provimentos cautelares. Conforme ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA²¹ acerca do referido parágrafo:

Em su nueva redacción, el art. 669-octies, párrafo 6º, libera del nexo de instrumentalidad a las ‘medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para anticipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el código civil y otras en leyes especiales, así como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o daño temido conforme al art. 688.

Apesar de mitigar a instrumentalidade, o referido artigo não utiliza a técnica da condenação com reserva de exceções ou qualquer outra tutela da evidência, pois tem o conteúdo de medida cautelar assecuratória, fundada no *periculum in mora* e no *fumus boni juris* e não somente na verossimilhança como as tutelas da evidência.

Além da supressão da instrumentalidade diretamente na cautelar, a reforma de 2005 instituiu no livro II, sobre o processo de conhecimento, os artigos 186-*bis*²² e 186-*ter*, que regulam a *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* e a *istanza di ingiunzione*, que correspondem a uma tutela imediatamente executiva, no curso do processo²³, podendo potencialmente se tornarem definitivas, afastando a instrumentalidade e a provisoriedade, pois seus efeitos podem sobreviver à extinção do processo. O fundamento destas *ordinanze* reside na não contestação e, portanto, na prevalência do princípio dispositivo e não na condenação reservada. Produzem executividade, mas não a evidência, formação de coisa julgada²⁴.

Outros exemplos, em vigor, de supressão de instrumentalidade no direito italiano são os procedimentos possessórios (arts. 730 e ss. do c.p.c. italiano), a extinção da

²¹ TORRALBA, Alberto José Lafuente. *Op. cit.*, p. 80.

²² “186 bis. *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parte costituite (165, 167, 271). Se l’istanza è proposta fuori dall’udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L’ordinanza (134) costituisce titolo esecutivo (474) e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo (305, 306 ss.)*”. BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 670.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 54.

execução a seguir à sua suspensão, determinada no âmbito de sua oposição (arts. 624 e 185 do c.p.c. italiano), e o incidente de concurso de credores de um mesmo devedor.

Ainda no direito italiano, há a previsão da *condanna con riserva di eccezioni*²⁵, por exemplo, para a exceção de compensação (artigo 35 do c.p.c. italiano) e para o processo de despejo do locatário (*procedimento per convalida di sfratto* do capítulo II do livro IV do c.p.c. italiano)²⁶.

O locador de imóvel urbano, o arrendador de imóvel rústico ou, ainda, na relação de *locazione dell'opera*²⁷ (arts. 657 e ss. do c.p.c. italiano), quem pretender a tutela de restituição de seu bem em decorrência, e só nestas hipóteses, de extinção da relação locatícia ou por falta de pagamento dos alugueres, poderá, ao invés de utilizar o procedimento ordinário, requerer o deferimento de uma decisão (*ordinanza*) provisória em cognição sumária de imediato despejo do imóvel locado.

Diante de uma contestação do réu que proteste por provas outras que não as documentais, o juiz concede, em não subsistindo “grave motivo em contrário”, a *ordinanza di rilascio* imediatamente executiva (arts. 665 e 666 do c.p.c. italiano²⁸), determinando o despejo, mas permitindo a continuidade do processo na sua fase instrutória para impugnação da relação locatícia perante ele mesmo ou outro juiz que seja competente para aquelas defesas.

Referindo-se ao entendimento da Corte de Cassação italiana, CORRADO FERRI afirma que a *ordinanza* tem natureza de provimento sumário não cautelar cuja eficácia executiva se protraí no tempo para além da extinção do processo.

²⁵ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, pp. 138-139. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 49.

²⁶ BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Op. cit.*, p. 1903.

²⁷ Hipótese de uso e gozo do imóvel dado como pagamento ou parte do pagamento de uma prestação de serviço, normalmente em uma relação empregatícia, como na hipótese do porteiro de edifícios, segundo FERRI, Corrado: “... nel quale il godimento di un immobile sai il corrispettivo anche parziale di una prestazione (si pensi al lavoratore subordinato il cui datore di lavoro concede, quale voce della retribuzione o comunque corrispettivo della prestazione, il godimento di un immobile o ancora si pensi al rapporto di portierato).” COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.*, p. 128.

²⁸ “Art. 665 *Opposizione, provvedimenti del giudice. Se l'intimato compara e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistano gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.*” BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Op. cit.*, pp. 1921-1922.

Para EDOARDO GARBAGNATI, este provimento do artigo 665 não tem natureza condenatória, mas constitutiva com reserva de exceções²⁹, talvez pelo efeito de resolver a relação locatícia.

É importante ressaltar que, sendo esta decisão produto de cognição sumária, este provimento, como ensina CORRADO FERRI³⁰, é incapaz de produzir coisa julgada, reafirmando-se o paradigma de que só a cognição exaustiva pode propiciar o pleno exercício do contraditório participativo e, portanto, a coisa julgada material. O que terá a capacidade de adquirir a qualidade de imutável é a sentença que decide sobre as exceções reservadas, como salienta GARBAGNATI³¹.

A doutrina italiana³² indica a presença da técnica também em sede de processo de injunção impugnado por oposição. O artigo 648, *comma* 1º, c.p.c., prevê que o juiz instrutor poderá dar executividade ao decreto injuntivo impugnado por oposição que não possua documento escrito que comprove a inexistência do fato constitutivo ou a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do crédito, ou quando a defesa por si não seja bastante para afastar o crédito. Constituem-se os pressupostos negativos para a executividade provisória do mandado injuntivo.

Há também, no direito alemão, um procedimento especial³³ de natureza documental (*Urkunden – und Wechselprozess*, ZPO 592), referente a documentos negociais ou cheques, muito assemelhado ao originário *processus executivus*, que concentra julgamento de mérito provisório com força executiva e julgamento definitivo após cognição exaustiva instaurada pelo réu.

O demandante credor de quantia certa promove o processo fazendo juntar tão somente os documentos, pois só estas provas são admitidas. Se for observado que estas não são suficientes, o autor pode desistir do processo ou o tribunal (órgão de primeiro grau) deverá extingui-lo, permitindo-se a propositura do processo através do rito ordinário. O demandado vai defender-se também através de provas documentais como suporte para suas exceções.

²⁹ GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1949, nota 15 na p. 34.

³⁰ COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.*, p. 129.

³¹ GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, nota 16 na p. 35.

³² VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 559.

³³ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004, pp. 425-427.

Caso o tribunal considere insuficientes as provas do autor ou do réu, julga imediatamente procedente ou improcedente a demanda. Se, no entanto, o réu traz defesa infundada que exija a produção de outras provas que não a documental, o tribunal proclama um julgamento provisório, concedendo ao autor a execução deste julgado e ao réu a possibilidade de produzir sua prova em procedimento posterior tal e qual um processo sob o rito ordinário, mediante esta técnica da reserva (... *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* ...) ³⁴.

Há um provimento provisório quanto ao mérito que instaura imediata execução contra o réu, reservando a este a cognição plena posterior e provimento definitivo. Caso o réu não logre provar satisfatoriamente o alegado, o provimento provisório convola-se em definitivo. Procedente o julgamento posterior em cognição plenária, sem limitação de provas, o provimento provisório é revogado e o autor fica responsável pelos danos sofridos pelo réu em decorrência da execução.

Para os cheques, o procedimento é ainda mais concentrado, com prazos mais curtos, mas com a mesma estrutura. Interessante exemplo trazido pela doutrina ³⁵ é o do cheque emitido em pagamento de compra de bens que tenham demonstrado defeito. Neste caso, o tribunal dá executividade ao título em provimento provisório, reservando a alegação de defeito nos produtos para seguinte procedimento em cognição exaustiva.

No código de processo civil português, foi possível identificar, até a sobrevinda do Decreto legislativo nº 329-A/95, uma espécie de condenação com reserva de exceções nos artigos 473 e 491, chamada, naquele sistema, de condenação provisória ou sentença condicional ³⁶. Quando o réu, citado em ação declaratória de dívida, baseada em documento escrito, reconhece sua assinatura no documento (ou silencia quanto ao reconhecimento), o juiz defere, no despacho saneador, a imediata execução, passando ao posterior julgamento das defesas apresentadas pelo demandado. A execução só não ocorria no caso de o réu prestar caução, na forma do artigo 818-1 do diploma lusitano. Segundo LEBRE DE FREITAS ³⁷, a revogação do artigo deveu-se ao alargamento das

³⁴ No original do ZPO 599(1) “... *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* ...” (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 426.)

³⁵ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 427.

³⁶ FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de Processo Civil anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008, pp. 272, 331 e 688.

³⁷ FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 272.

hipóteses de exequoriedade “a qualquer documento particular assinado pelo devedor, com dispensa, salvo o caso de rogo, do reconhecimento de assinatura (arts. 46-c e 51).”

3. A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro

Nosso sistema processual aparentemente não nos contempla com esta técnica. Historicamente, é possível encontrar nas notas firmadas por LIEBMAN³⁸, quando da tradução para o português das “Instituições” de CHIOVENDA, especificamente no que diz respeito ao código de 1939, a chamada ação de assinação de dez dias como herdeira do *processus summarius executivus*. CRUZ E TUCCI³⁹ nomeia a ação de assinação de dez dias como a origem lusitana da ação monitoria.

Na legislação brasileira atual, o instituto mais aproximado é a antecipação de tutela decorrente do abuso do direito de defesa prevista no inciso II do artigo 273 do c.p.c. (“II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”) pois prescinde do requisito do perigo da demora.

Somente uma interpretação elástica é que poderia transformar uma coisa em outra: abuso de direito de defesa em razoabilidade dos fundamentos do autor e insubsistência da defesa do réu, exigidos para a condenação ressalvada.

O deferimento de antecipação pelo reconhecimento do abuso de direito de defesa aproxima-se em muito da tipificação de atos violadores da boa-fé processual⁴⁰, citando a lei inclusive o ato protelatório, enquanto a condenação com ressalva representa um julgamento tangencial do mérito, em cognição parcial e sumária em vista das limitações de defesa e probatória impostas pelo momento processual.

Buscando-se na doutrina, é possível localizar em MARINONI uma interpretação que aproxima os institutos. Apesar de não fazer referência à experiência estrangeira, o professor da Universidade do Paraná⁴¹ constrói, a partir da antecipação de tutela com

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 345.

³⁹ Apesar do silêncio em períodos anteriores, esteve presente na história do direito luso-brasileiro, a partir das Ordenações Manoelinas e até os códigos estaduais de São Paulo e Bahia, passando pelas Ordenações Filipinas e pelo Regulamento 737, como exemplo de técnica de sumarização processual, a chamada ação de assinação de dez dias ou ação *decendiária*. CRUZ e TUCCI reproduz os termos do título 16 do livro 3 das Ordenações Manoelinas: “devem com muita razão mais brevemente ser acabadas, e para que os credores possam sem delonga cobrar o que lhe for devido, e seu pagamento não delongue com as maliciosas exceções, que os devedores muitas vezes põem ao que por escrituras públicas estão obrigados.” (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, pp. 31-34).

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 331.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

base no abuso do direito de defesa, duas técnicas que reproduzem a estrutura da condenação com reserva de exceções.

Caso o réu traga defesa infundada, quer direta de mérito (técnica monitória), quer indireta de mérito (técnica da reserva de cognição da exceção substancial infundada), o juiz deverá, com fundamento no artigo 273, II, do c.p.c., conceder o provimento executivo antecipatório remetendo o processo à fase instrutória, atendendo ao pleno exercício do direito do réu ao contraditório.

Já o anteprojeto do novo Código de Processo Civil parece pretender instituir no artigo 285, III⁴², uma espécie de condenação com reserva de exceções. Se o objetivo realmente foi este, a redação escolhida não parece ter sido a adequada: disse menos do que devia. O tipo normativo exige a concorrência de dois elementos: a apresentação de prova *irrefutável* das alegações do autor e a insubsistência da defesa do réu. Esta configuração deve redundar em julgamento definitivo de mérito sem fase probatória (o atual julgamento antecipado da lide do artigo 330) e não em tutela provisória de evidência. A tutela de evidência, na forma da condenação com reserva de exceções – caso tenha sido esta, realmente, a intenção do legislador ao instituir o artigo 285, III –, é aquela na qual o provimento provisório é executivo, em razão do bem fundamentado direito do autor, mal impugnado pelo réu, que, no entanto, deve ter seu direito à prova resguardado, mediante o deferimento daquelas requeridas na sua defesa. O que caracteriza a técnica é a bifurcação do procedimento: executivo para um lado e cognitivo probatório para o outro, em direção ao provimento final. Na forma como está, parece haver confusão com o *julgamento antecipado da lide*.

4. Elementos e requisitos para aplicação da técnica

⁴² **Art. 285.** Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:
I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatário do requerido;
II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.
Parágrafo único. Independará igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

De *lege ferenda* a técnica poderia ser inserida no código de processo civil mediante a alteração do restrito inciso II do artigo 273, ou a criação de uma nova espécie de antecipação de tutela, como realmente está no artigo 285 do anteprojeto.

Teria, de uma forma ou de outra, a natureza de decisão interlocutória agravável. A afirmativa baseia-se no conceito de sentença fixado com base no critério topológico e não somente de conteúdo de acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴³ e NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY⁴⁴.

Não parece possível adequar a hipótese à chamada sentença parcial, aparentemente inadmissível no Brasil⁴⁵, pois o conteúdo declaratório da decisão com reserva de exceções poderá ser totalmente alterado após a cognição plena quanto aos pontos já anteriormente decididos, o que a faz distinguir-se da decisão que julga um pedido deixando outro para ser apreciado depois das provas, como um julgamento parcial e antecipado de mérito. A decisão tem natureza de interlocutória provisória de mérito em cognição sumária e parcial.

Para EDOARDO GABARGNATI⁴⁶, a decisão é reconhecida no direito italiano como um provimento jurisdicional declarativo da existência do direito da parte (ou vontade da lei como quer o *chiovendiano*) sujeito à condição resolutiva da eventual e sucessiva resolução meritória quanto às exceções reservadas.

Os elementos necessários para o deferimento da medida são a insubsistência das alegações do réu e os fundados argumentos da pretensão autoral, o que corresponde ao *fumus boni iuris* ou à verossimilhança, para se utilizar uma expressão do nosso legislador (art. 273, c.p.c.). O juiz analisa os fatos e o direito alegados pelo autor e pelo

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A nova definição de sentença” in Temas de Direito Processual – Nona Série. Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

⁴⁵ Conforme LEONARDO GRECO: “É importante observar que a sentença parcial não encontra campo fértil no processo civil brasileiro pelas características dos nossos procedimentos, nos quais as questões de fato são todas apuradas simultaneamente numa única fase instrutória. Nunca se poderia pensar em sentença parcial sobre a paternidade numa ação de alimentos proposta pelo filho natural, deixando o juiz para instruir e decidir o pedido alimentício somente depois de resolvida a questão prejudicial, porque as provas da paternidade e do direito aos alimentos, por imposição procedimental, devem ser produzidas simultaneamente. Não pode o juiz marcar uma primeira audiência para colher as provas sobre a paternidade, decidi-la em uma sentença parcial e, em caso positivo, marcar depois disso uma nova audiência para instruir e, ao final, decidir o pedido de alimentos. Assim, com instrução única, a sentença parcial somente parece possível quando a preliminar ou prejudicial de mérito dispensar instrução probatória, como no caso de pedido incontroverso ou de questão puramente de direito, como a da prescrição.” (GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. Rio de Janeiro: 2006, inédito).

⁴⁶ GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, pp. 34-35.

réu, as provas documentais produzidas na inicial e na contestação e ainda o que pode extrair do contato pessoal com as partes quando da conciliação através do princípio da *imediatez*. As alegações que venham a exigir dilação probatória delongada são reservadas para a sequência do processo.

A ressalva, portanto, é que caracterizará a cognição como sumária e parcial: o juiz analisa todas ou parte das exceções, deferindo a medida executória sem a dilação probatória plena. No ensinamento de CHIOVENDA⁴⁷, esta cognição, em verdade, é *parcial* e não só sumária ao fracionar o conhecimento das alegações do réu: umas serão analisadas agora, antes da condenação, e as outras que estão a exigir maior delonga probatória, somente depois da condenação. Aplicando-se a qualificação de KAZUO WATANABE⁴⁸, há, na hipótese, limitação de conhecimento de questões, cognição parcial não plena, e probatória, cognição sumária não exaustiva, pois as provas estão limitadas às documentais.

Fazendo-se um paralelo entre algumas formas de sumarização de procedimentos, é possível dizer que, enquanto a *cognitio summaria*, no processo de execução, trabalha inicialmente com a avaliação processual das condições da ação executiva, no processo injuncional documental analisa a presença dos requisitos da prova escrita *inaudita altera pars*, e na condenação com reserva de exceções examinará as alegações das partes e as provas documentais, fazendo um julgamento de *mérito provisório* sem profundidade probatória, mas já com a presença do réu. São diferentes graus de cognição, porque diferentes os graus de contraditório, que vão da superficialidade das condições da ação executiva à profundidade do mérito, sem a plenitude da instrução, da condenação ressalvada. Como o legislador pode optar por dar força executiva a títulos extrajudiciais ou à verossimilhança somada ao perigo da demora, pode fazê-lo para esta espécie de cognição.

A regra tradicional de origem medieval é a precedência da cognição plena para a execução, podendo o legislador, como nos ensina LEONARDO GRECO⁴⁹, por razões

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 336-337 ou pp. 341-360.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Ed. Central de Publicações Jurídicas, 1999, pp. 111-121.

⁴⁹ GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

de urgência, de celeridade, de especialidade do direito material ou da especial qualidade da pessoa demandante, determinar provimentos executivos em cognição sumária. O que não é possível suprimir do demandado é a cognição plena posterior, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

CHIOVENDA⁵⁰ identifica nesta técnica a quebra do dogma da precedência da cognição plena à execução ou fracionamento da cognição:

Com este instituto derroga-se o princípio de que o juiz deve, juntamente com a ação, conhecer de *todas* as exceções do réu, antes de emanar qualquer medida a seu cargo, e admite-se a cisão de uma ou mais exceções da ação: decide-se definitivamente sobre as exceções não reservadas e dá-se lugar à condenação do réu, ressalvando-se o direito de demonstrar fundada a exceção ou as exceções reservadas no prosseguimento do processo, e eventualmente de repetir o pagamento (*solve et repete*).

Talvez a própria inspiração *iluminista* do final do século XIX, transportada para o *autonomismo* do código de 1973, na sua ansiedade científica, nos tenha afastado, no Brasil, da condenação ressalvada, ao buscar a purificação das atividades cognitivas e executivas. Este fato será reconhecido por LIEBMAN⁵¹ quando das notas, na tradução para o português, da obra de CHIOVENDA, as Instituições:

O *processus executivus* desapareceu em quase toda a parte alguns séculos mais tarde, sob a influência da prática e da legislação francesas, as quais acentuaram a separação entre a execução e a cognição e apresentaram, em consequência, terreno pouco favorável a um processo em que estas duas atividades se encontravam confusas e misturadas. Os casos que ensejavam o *processus executivus* se dividiram em dois grupos: alguns deram origem ao processo documental e cambiário, processo de cognição, seja embora incompleta (no texto número 74); outros converteram-se em títulos executórios equiparados a sentença de condenação (instrumentos

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 341.

⁵¹ *Ibid.*, p. 345.

públicos, na Itália, inclusive a cambial; no texto, adiante parágrafo 12).

Enfim, na condenação ressalvada, se o juiz vê probabilidade de atendimento à pretensão autoral e se as exceções do réu exigem demorada dilação probatória (oitiva de testemunhas ou prova pericial), prolata-se a *sentença* condenatória, com a bifurcação do procedimento: execução para a satisfação do autor e instrução plena para atendimento ao direito do réu ao contraditório⁵².

Outro requisito para o deferimento é a obrigatória precedência da participação do réu ante a necessidade de avaliação da subsistência das suas alegações. Não é possível, portanto, a concessão *inaudita altera pars*, como se dá no processo monitorio. É a mesma exigência que havia para o ab-rogado procedimento societário italiano, conforme a doutrina, por exemplo, de SERGIO MENCHINI⁵³:

è un rito a contraddittorio anticipato, poichè il giudice non concede alcun provvedimento inaudita altera parte, ma ogni decisione è assunta all'udienza, soltanto dopo che sia stata disposta la comparizione delle parti e sia stato assegnato al convenuto il termine per la costituzione (art. 19, comma secondo);

É importante destacar esta diferença de estrutura procedimental entre o processo injuncional documental e a condenação ressalvada. Apesar da origem e do fundamento comuns no processo documental, a eficácia executiva do mandado de pagamento precede e prescinde do contraditório, na esperança da formação rápida do título executivo pela contumácia do demandado. Já na condenação ressalvada, o mínimo de contraditório é exigido através da necessária participação do demandado, inclusive para análise do pedido de produção de prova demorada. Pode ocorrer, por outro lado, como se dá no artigo 748, 1º *comma*, do c.p.c. italiano, a inserção da técnica da condenação no processo injuncional, em momento posterior à apresentação da defesa pelo demandado.

⁵² CHIOVENDA transcreve o artigo 65 da lei cambial de 14 de dezembro de 1933, nº 1669, que reproduz a ideia exposta, *verbis*: “Se as exceções forem de demorada indagação, o juiz, a pedido do credor, deve proferir sentença provisória de condenação, com ou sem caução”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 348-349).

⁵³ MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

A técnica pode assumir duas formas procedimentais: estar inserida em um processo de conhecimento de rito ordinário, como no caso da nossa antecipação de tutela, passando imediatamente à cognição do que foi ressaltado, ou estar inserida em um procedimento especial com mitigação da instrumentalidade, como no *référé*, facultando às partes o início da instrução do que foi reservado.

Sugestão que pode responder ao caráter pedagógico da lei sobre a cultura forense consiste em tornar obrigatória ao juiz a análise do cabimento ou não da condenação com reserva de exceções no final da audiência de procedimento sumário (artigo 277, c.p.c.) ou na decisão de saneamento do procedimento ordinário (331, par. 2º, c.p.c.), caso não seja possível a sentença antecipada de mérito.

Seria, ainda, necessário garantir a bilateralidade do direito de pleitear a medida, permitindo-se a sua concessão ao demandado, quer para seu pedido contraposto ou reconvenção, quer mesmo para a improcedência, considerando as limitações patrimoniais que uma demanda, mesmo que temerária, produz ao réu.

5. A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório

Em respeito ao constitucionalismo e aos direitos humanos, é necessário analisar se a técnica se adequa às garantias fundamentais do devido processo legal ou do justo processo. Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, identificar alguns dogmas e premissas que envolvem a aplicação da técnica, para submetê-la, então, ao balanceamento entre os princípios da duração razoável do processo e do contraditório, sempre confrontados quando se avalia a constitucionalidade de provimentos sumários.

Um dos dogmas ou paradigmas de nosso direito romano-germânico, herdado do direito medieval e iluminista⁵⁴, é o da precedência da atividade cognitiva à atividade executiva. Chamada e atacada por OVÍDIO⁵⁵ como sendo o paradigma da

⁵⁴ LIEBMAN ensina que é BARTOLO SASSOFERRATO que vai exigir o princípio da precedência da cognição a qualquer execução, como um *ritorno indietro*, tudo sob o comando judicial para verificação da legitimidade da execução: *non est incoandum ab executione* (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 11). Sobre a *ordinariedade* do processo, cf. SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁵⁵ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ordinariedade, professamos a regra de admitir a execução somente após o contraditório pleno e antecipado consagrado em um título judicial: *nulla executio sine titulo*. A norma responde à lógica⁵⁶ – execução somente após a confirmação da existência do direito – e ao princípio da democracia – admissão da intervenção do Estado sobre o corpo ou o patrimônio do réu só depois de facultar-lhe toda forma de influência na decisão estatal.

No direito intermediário, esta executividade foi transferida a títulos executivos extrajudiciais: documentos que conduziam diretamente à execução sem a necessidade de sentença anterior ou, como em CHIOVENDA⁵⁷, documentos equiparados para a execução às sentenças, ou segundo LIEBMAN, com “eficácia executiva igual à da sentença”⁵⁸. São os *instrumenta guarentigiata*, documentos nos quais se entendia estar inserida a confissão do devedor, o que redundava na desnecessidade de sua oitiva antes dos atos executivos⁵⁹. Assemelhavam-se a uma confissão de dívida com cláusula de aceitação da execução⁶⁰.

Assim foi transferida a força das sentenças aos documentos executáveis em processo de cognição sumária, sincrético, onde se acumulam execução e cognição: o *processus sumarius executivus*, como dito acima, ancestral da nossa execução e da técnica da condenação com reserva de exceções.

O legislador, então, por vezes e por razões diversas, na maioria delas para a cobrança de créditos, resolve dar força executiva a determinados documentos particulares, enumerados em lei como tais. Esta tipologia legal, segundo DINAMARCO⁶¹, é a justificativa política do título executivo, como forma de proteção à esfera jurídica dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, respondendo ao princípio do devido processo legal: *nullus titulus sine lege*.

⁵⁶ “Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar. Assim é a linha geral dos processos de conhecimento (que devem terminar com uma sentença de mérito), com óbvias razões para que o conhecimento seja o natural apoio do julgamento.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164)

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana do prof. JOSÉ CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794.

⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 12.

⁵⁹ GRECO, Leonardo. O processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 458-459.

A cognição anterior aos atos executivos, neste caso, vai se limitar, como dito alhures, à simples identificação da presença do título executivo e de seus requisitos, observando a existência da condição interesse processual da ação executiva.

Fora destas hipóteses, o legislador só passou a admitir a execução sem cognição plena anterior, excepcionalmente, nos provimentos cautelares fundados na urgência⁶², em cumprimento ao princípio do acesso à justiça no que toca a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição). É a execução do provimento cautelar⁶³, quer conservativo ou propriamente cautelar, quer satisfativo, como na ação de alimentos ou na antecipação de tutela.

Esta solução, no entanto, como preceitua LEONARDO GRECO⁶⁴, deve ser excepcional, sob pena de violação do devido processo legal:

Por isso, a tutela antecipada do artigo 273 ou a tutela específica do artigo 461 com eficácia executiva imediata, sem prévio contraditório, somente se justificam em caráter cautelar, extremados os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob pena de vulneração do princípio do *devido processo legal* constitucionalmente assegurado.

O que se quer evitar é a violação desmedida e antidemocrática do patrimônio e do corpo do réu sem que ele tenha tido a oportunidade plena de participar do ato estatal que sobre ele vai recair. Nas palavras de BEDAQUE⁶⁵:

Sustenta-se, por exemplo, com grande propriedade, a existência de um poder geral, conferido ao juiz, de conceder tutelas antecipadas, a exemplo do poder geral de cautela. Isso porque todos têm direito à tutela jurisdicional adequada. E, se o direito exige tutela urgente e satisfativa, não pode o sistema processual deixar de prestá-la, pena de violação à garantia constitucional da ação.

⁶² “Na mesma medida, encontra amparo em sede constitucional a tutela urgente não cautelar, visto que ambas são inspiradas no *princípio da tutela jurisdicional*. A garantia da ação abrange todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 86.

⁶³ Sobre a cognição e a execução dos provimentos cautelares, ler CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol IX. Napoli: Morano, 1983.

⁶⁴ GRECO, Leonardo. “A crise do processo de execução” *In* Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 32.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 82.

Essa conclusão, todavia, não atenta para o fato de que a concessão de tutela satisfativa mediante cognição superficial, não exauriente, pode lesar definitivamente o direito da parte contrária, que sequer teve oportunidade de impedir a invasão de sua esfera jurídica.”

Nesta perspectiva, então, o provimento executivo em cognição sumária somente poderá derivar da exigência e presença do *periculum in mora*.

Deve-se notar, no entanto, que fora desta hipótese do provimento cautelar, satisfativo ou conservativo, o legislador prevê, principalmente a partir do movimento reformista contra o processo ordinário, provimentos sumários, provisórios e executivos com base somente no *fumus boni iuris*, sem exigir a urgência como requisito para o seu deferimento: são técnicas de sumarização da tutela cognitiva. Como exemplo disto, temos entre nós a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa e da parte incontroversa (artigo 273, II e par. 6º, do c.p.c.), os processos sumários, o mandado de segurança, os processos documentais como o monitório e a execução de título extrajudicial⁶⁶.

Este avanço sobre o dogma da precedência da execução sobre a cognição plena e exaustiva, não recebe, como os casos das cautelares fundados na urgência, o mesmo tratamento uníssono da doutrina⁶⁷. A aferição de sua constitucionalidade e respeito ao devido processo legal ou ao processo justo nem sempre resulta como positiva.

6. Segue: A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva

ANDREA PROTO PISANI⁶⁸ ensina que, historicamente, são criadas tutelas sumárias como forma de satisfazer algumas exigências que podem ser resumidas nas seguintes: 1) exigência de economia de juízo, evitando o custoso processo de cognição

⁶⁶ “... àquelas prestações deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo no *mandamus* ou o direito documentado do exequente.” FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

⁶⁷ SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Curso de processo civil*. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 17-21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164. GRECO, Leonardo. *A função da tutela cautelar*. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Tereza Alvim (Org.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 204.

⁶⁸ PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

plena, 2) exigência de evitar o abuso de direito de defesa por parte do demandado, 3) exigência de efetividade da tutela toda vez que esta fique comprometida pela duração do processo de cognição plena.

LEONARDO GRECO⁶⁹ identifica, no nosso ordenamento, atividade executiva autorizada pelo legislador com base, simplesmente, na celeridade sem urgência:

A urgência também pode ser determinada por circunstâncias objetivas vinculadas à espécie de direito cuja tutela é pretendida que, pela sua relevância, merece proteção mais ágil do ordenamento jurídico. Nestes casos, o próprio ordenamento predispõe procedimentos específicos mais rápidos e utiliza a técnica das liminares antecipatórias, como ocorre com a tutela dos direitos individuais lesados ou ameaçados por autoridades públicas através do mandado de segurança, ou a tutela do direito à sobrevivência condigna através da ação de alimentos, ou da posse através das ações possessórias. Todavia, o legislador predispõe procedimentos igualmente rápidos para a tutela de outros direitos não necessariamente tão relevantes, como, por exemplo, nos chamados *juizados especiais*, mas apenas em consideração à simplicidade da sua cognição ou à sua pequena expressão econômica e aqui não é mais a urgência que dita esse tratamento especial, mas a celeridade, que com a urgência não se confunde, mas significa apenas o direito à tutela mais rápida possível, para assegurar ao direito material a maior eficácia, condicionada apenas ao respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa e às imposições de uma cognição judicial adequada.

A condenação com reserva de exceções, como provimento sumário não cautelar, é expressão do princípio da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), ao agilizar a prestação jurisdicional de conhecimento como alternativa à completude do processo de cognição.

Ademais, quando o réu requerer a produção de provas, não será o autor que irá suportar a demora do processo para o respeito ao contraditório. O autor vai atravessar a

⁶⁹ GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

dilação probatória já com o bem da vida, absorvendo o demandado tanto o bônus como o ônus de sua opção probatória. Essa redistribuição do custo do tempo processual que a técnica propicia é instrumento real de aplicação e efetividade do princípio da duração razoável do processo ou de uma de suas faces, a celeridade.

MARINONI⁷⁰, ao tratar das técnicas da *reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada* e da *monitória* (artigo 273, II, c.p.c.), já referidas acima como prováveis expressões da condenação com reserva de exceções, observa precisamente este efeito salutar da *redistribuição temporal do processo*:

O presente item objetiva estudar técnicas que, visando distribuir de forma adequada o tempo do processo entre os litigantes, viabilizam a tutela antecipatória independentemente da alegação de perigo de dano. *Melhor explicando: as espécies de tutela antecipatória que agora interessam têm por único fim permitir a correta distribuição do tempo do processo entre as partes.* Como tal distribuição é feita a partir da premissa de que o réu não pode beneficiar-se com a demora do processo, a tutela antecipatória, nesses casos, funda-se em técnicas que consideram a evidência do direito do autor, mas têm o cuidado, evidentemente, de não comprimir o direito de defesa.

(...)

Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para a elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento.

Se é possível adequar, com facilidade, a técnica da condenação com reserva de exceções ao princípio da duração razoável do processo, o mesmo não se pode dizer do contraditório.

7. Segue: O contraditório postecipado

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, pp. 234-238.

As questões relativas ao confronto entre contraditório e celeridade a serem enfrentadas quanto ao tema são as mesmas que desafiam a doutrina nacional e estrangeira já há muito: o processo que permite atividade executiva, com intromissão no patrimônio do réu, mediante cognição sumária, em razão da celeridade sem urgência, respeita as garantias do contraditório e da ampla defesa? O contraditório postecipado, quanto às exceções ressalvadas, pode classificar um processo como sendo justo ou devido? A condenação ressalvada respeita a garantia à cognição adequada?

MICHELE TARUFFO⁷¹ critica a sumarização gravemente, porque, dentre outras “derrogações e exceções” às garantias constitucionais do processo justo, produz limitação de contraditório pleno. Para TARUFFO, quando os procedimentos sumarizados produzem restrição ao contraditório pleno e antecipado, afastam o processo da busca da verdade dos fatos, o que constitui elemento fundamental para o alcance de uma decisão qualitativamente justa. No contraditório *postecipado*, segundo o autor⁷², o devedor é condenado antes mesmo de ter conhecimento da existência de um processo contra ele.

Esta crítica não poderá ser imputada totalmente à condenação com reserva de exceções, porquanto o provimento executivo somente pode ocorrer após a integração da relação processual, a partir da participação do réu. A técnica permite que o réu intervenha nos autos antes do deferimento do provimento executivo e após, contra este provimento, através do recurso cabível.

O contraditório não é pleno ou antecipado, mas terá maior abrangência e substância do que qualquer medida cautelar ou provimento injuncional deferidos *inaudita altera pars* e, principalmente, de qualquer título executivo extrajudicial. Se compararmos o conteúdo declarativo de um título de crédito abstrato, como de um cheque ou de um contrato (declaração de vontade das partes na origem do negócio), com o conteúdo de uma decisão prolatada após a oitiva das partes e o conhecimento de suas provas documentais (manifestação das partes perante o juiz após o desenrolar do negócio), não parece razoável, no sentido constitucional do termo, inadmitir como justa a executividade da condenação ressalvada. Em outros termos: se é legítimo ao

⁷¹ “Aunque no se comparta una posición tan extrema, es necesario de todas maneras reconocer que la tutela sumaria implica derogaciones y excepciones al modelo constitucional del proceso justo.” TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 279.

⁷² TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 280.

legislador dar executividade aos títulos extrajudiciais, da mesma forma, é legítima a execução destas decisões que possuem maior carga cognitiva por parte do magistrado. Na condenação com ressalva concorre o tipo abstrato, admitido pelo legislador como hábil a produzir execução, com parte da realidade factual, observada pelo juiz naquele caso concreto.

Por outro lado, cabe refletir, em outro sítio mais aprofundado que este, se, em respeito ao princípio da legalidade, a técnica deveria ser utilizada só em hipóteses restritas, para pretensões específicas, como cobrança de crédito, por exemplo, ou se poderia ser inserida no nosso sistema numa fórmula genérica, como pretende o artigo 285 do anteprojeto do Código de Processo Civil.

8. *Segue: O contraditório quanto ao direito à prova*

De qualquer forma, é forçoso reconhecer que a técnica mantém inviolável o direito do réu, mediante o contraditório pleno posterior, de comprovar suas alegações, que, apesar de sumariamente rejeitadas, poderão ser acolhidas no provimento final definitivo após sua satisfatória influência.

Principalmente se partirmos da compreensão garantística de que os destinatários da prova são não só o juiz, mas também, ou principalmente, as partes⁷³. O juiz, ao deparar-se com a insubsistência da defesa do réu, poderia assumir o risco do cerceamento de defesa ao indeferir as provas e seguir diretamente para o julgamento antecipado de mérito. A condenação ressalvada resguarda o magistrado deste equívoco: ele respeitará o direito da parte à prova, permitindo a digressão probatória devida ao réu, mas inverterá o ônus temporal do processo, com a entrega do bem da vida ao autor. A técnica é, nesse sentido, precipuamente isonômica.

LEONARDO GRECO⁷⁴, após estruturar o pensamento sobre os destinatários da prova, conclui exatamente que essa conjugação, antecipação do provimento executivo e deferimento de prova, responde à celeridade:

Nem se diga que esse novo paradigma poderá vir a prejudicar a celeridade do processo, transformando o juiz num fantoche nas mãos das partes, porque essa compreensão humanitária e

⁷³ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 108-111.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 111.

tolerante da relação juiz-partes se completa com as modernas técnicas de antecipação de tutela que permitem ao julgador, já convencido do direito do autor, antecipar em seu favor os efeitos da sentença de mérito, sem prejuízo da continuidade do processo em benefício da mais ampla possibilidade conferida ao réu de demonstrar que tem razão.

O mesmo pensamento é reproduzido mais adiante na mesma obra⁷⁵:

Na verdade, a antecipação do inciso II deveria ser um instrumento de tutela da evidência, como instituída na Itália através do art. 186 *quarter* do Código daquele país, introduzida pela Lei n. 534/1995. Se o juiz tiver se convencido da procedência do pedido, mas o réu tiver requerido prova que, ainda que remotamente, tenha alguma possibilidade de modificar o seu entendimento, ele antecipará a tutela em favor do autor, mas não cerceará o direito de defesa do réu, determinando a continuidade do processo para a produção das referidas provas.

Talvez seja esta a verdadeira razão de aplicação da técnica aqui exposta: a efetividade do direito à defesa mediante o respeito absoluto ao direito à prova. O juiz formou seu convencimento diante das provas documentais e está pronto para o julgamento meritório, compreende na sua perspectiva a completude da cognição, mas, em respeito ao direito probatório do réu, defere a sua prova, não sem antes dar ao autor o objeto de seu pedido.

Se instituída, então, na forma de antecipação de tutela decidida na audiência preliminar do procedimento ordinário ou na audiência do artigo 277 do c.p.c., responderá, também, à oralidade, ante a participação direta e oral do réu na audiência de conciliação.

9. Segue: O processo justo e a supressão da instrumentalidade

Aqui, também, não será possível conciliar todos os entendimentos.

Quando se pensa a técnica na forma de *référé*, de extirpação da instrumentalidade ou da eventualidade do provimento definitivo, a fórmula da

⁷⁵ *Ibid.*, p. 405.

condenação com reserva de exceções responde ao processo justo, segundo o entendimento do advogado italiano e professor da Universidade de Pisa, CLAUDIO CECHELLA, quando trata especificamente do *référé* francês, em trabalho acerca do ab-rogado artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2005: “*L’indipendenza del regime della giurisdizione per référé rispetto quello della giurisdizione di merito, come ulteriore annotazione degna di menzione, non coincide affatto con una abdicazione ai principi che oggi, nell’ordinamento italiano, diremo ‘giusto processo’ (art. 111 Cost.)*.”⁷⁶ Argumenta CECHELLA que, ao oportunizar e não impedir o contraditório pleno posterior, o *référé* cumpre as exigências do devido processo legal.

TARUFFO⁷⁷ também dirige sua crítica a estes provimentos sumários imediatamente executivos do artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2003, sem a necessária produção probatória plena e antecipada, único meio de alcançar a verdade dos fatos e a justiça da decisão. A crítica neste caso se adequa ao modelo da condenação ressalvada, pois também é deferida sob o fundamento da verossimilhança:

Por la misma razón, el problema no se supera asumiendo que el pronunciamiento pueda dictarse sobre la base de una sempierna probatio, o de una valoración de mera ‘probabilidad’ de los hechos (como hace un proyecto ministerial de reforma que se discute actualmente em Italia). Además del error consistente en considerar la probabilidad como algo inferior y más genérico con respecto a la prueba plena de los hechos, confundiéndola por tanto con la mera verosimilitud, resulta que cualquier tipo de determinación que no esté en capacidad de conferir una adecuada base probatoria a un juicio pronunciamiento de mérito que incide sobre derechos y obligaciones de las partes (com o sin efectos de cosa juzgada).

Se superarmos positivamente a constitucionalidade do contraditório postecipado, a fórmula do *référé* não se mostra nociva, pois deixa ao alvitre das partes a instauração

⁷⁶ Tradução livre do autor: “A independência do regime da jurisdição por *référé* em relação àquele da jurisdição de mérito, como característica digna de nota, não coincide de fato com uma abdicção aos princípios do que hoje, no ordenamento italiano, chamamos de ‘justo processo’ (art. 111 Const.)” CECHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009, p. 108.

⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 281.

posterior do contraditório, excluindo-se, evidentemente, a sua inserção no âmbito de pretensões relativas a direitos indisponíveis.

10. *Segue: A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada*

O que não será possível admitir é que se dê a esta decisão sem cognição plena posterior o *status* de coisa julgada material. O Estado só pode imutabilizar uma regra jurídica aplicável a um conflito de interesses se permitiu o exercício do contraditório participativo a todas as partes envolvidas, aí compreendido o direito à prova e aos recursos, inclusive os excepcionais. A coisa julgada só pode resultar de processo no qual a cognição tenha sido plena e exaustiva⁷⁸, ou seja, sem limitação de questões de fato e de direito, de provas ou de recursos.

Especificadamente, ANDREA PROTO PISANI caracteriza a cognição plena como aquela na qual há: a) a predeterminação legal da forma e dos prazos processuais, como também dos poderes, deveres e faculdades das partes e do juiz; b) a realização plena do contraditório de forma *antecipada*, quando o provimento judicial é emanado somente após ser dada toda a oportunidade às partes de fazerem valer todas as formas de defesa (probatórias, exceções, demandas reconventionais etc.); c) a aptidão de produzir coisa julgada material⁷⁹.

Quando o legislador entende que a medida deve ser concedida por imposição da celeridade ou da urgência, e que esta concessão ocorrerá mediante cognição sumária, está sabendo, da mesma forma, que este provimento não poderá adquirir a qualidade de imutável sob pena de violar as garantias constitucionais do contraditório e da coisa julgada. A não estabilização da decisão, então, é o “preço”, na expressão de TALAMINI⁸⁰, a ser pago em troca da celeridade em cognição sumária.

11. A adequação da técnica ao sistema processual brasileiro

⁷⁸ Na conceituação de WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

⁷⁹ PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 179.

⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

Possuindo o nosso direito processual apenas um distante e histórico exemplar e encontrada atualmente apenas no direito comparado, a técnica da condenação com reserva de exceções, para ser eventualmente aplicada, deve ser submetida às advertências do mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁸¹ quanto ao que chama do mito da “supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha).”

Adverte BARBOSA MOREIRA que, apesar de nossa legislação possuir vários institutos originários de modelos alienígenas, a importação de modelos do direito comparado deve atender a dois pressupostos.

O primeiro consiste em verificar “a fundo o modo como na prática⁸² funciona o instituto de que se cogita no país de origem”, dirigindo-se em especial diretamente às fontes reclamadas, evitando-se leituras de “segunda ou terceira mão”. A extensão do presente trabalho não possui a pretensão de exaurir todos os meandros da matéria enfrentada, mas sempre buscou se abeberar diretamente das fontes doutrinárias da origem, em suas críticas e elogios ao resultado da aplicação prática dos institutos.

O segundo pressuposto – se “a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la” – parece atendido, na medida em que estes provimentos provisórios, executivos, que não redundam em definitivos ou em coisa julgada, seriam assimiláveis ao nosso sistema processual, notadamente diante da exigência da celeridade e principalmente na forma de antecipação de tutela.

11. Conclusão

Há na técnica um forte caráter garantístico, podendo-se afirmar que ela é produto do feliz balanceamento de duas das garantias processuais que compõem o processo “justo” ou “devido”: o contraditório e a duração razoável do processo. Inova ao desvincular o provimento executivo do *periculum in mora*, dando força ao

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos” in Temas de direito processual – Oitava Série. Ed. Saraiva, 2004, pp. 7-9.

⁸² Quanto à aplicação prática dos institutos, foi possível localizar alguma evidência no processo documental alemão, o *Mahnverfahren*, em MURRAY e STÜRNER (*op. cit.*, p. 425). Os dados não são recentes, mas os autores informam que em 1989 aproximadamente 5% dos casos civis das cortes locais (*local courts*) e 2% dos casos das *cortes distritais (state district courts)* são solucionados por esta espécie de processo.

conhecimento do conflito que o juiz obteve das alegações, das provas documentais e da impressão pessoal das partes.

O bem da vida é entregue ao autor após a fase introdutiva de alegação das partes, permitindo-se ao réu passar à fase seguinte para comprovar as suas alegações, mas, agora, *sufrendo* ele as agruras da delonga processual. Divide-se, portanto, entre autor e réu o ônus temporal do processo quando os fatos constitutivos do direito do autor mostrem-se plausíveis, e o réu não os tiver seriamente contestado. Imagina-se o demandado impulsionando rapidamente a instrução processual para poder reverter a decisão promovida em cognição sumária ou, até mesmo, convencendo-se de realizar um acordo ou de desistir dos custos da instrução, ao perder a vantagem do passar do tempo.

Valorizar a duração razoável do processo, sem desrespeitar o contraditório, é o que se deve sempre ter em mente nestes tempos de exacerbada valorização do princípio da celeridade⁸³ através da criação de múltiplas formas de sumarização.

Bibliografia

BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*. Disponível em <<http://www.judicium.it>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol. IX. Napoli: Morano, 1983.

⁸³ Aqui cabe outra advertência de BARBOSA MOREIRA: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 5.)

_____. *El procedimiento monitorio*, tradução MELENDO, Santiago Sentis. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1946.

CECHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I e II, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1943.

_____. *Principios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. In *Il processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinario di cognizione*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de processo civil anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed Giuffrè, 1949.

GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. *In* Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

_____. O Processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. “A crise do processo de execução” *In* Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Instituições de processo civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Instituições de processo civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, pp. 869-902.

_____. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos” *In* Temas de direito processual – Oitava Série, Ed. Saraiva, 2004.

_____. “A nova definição de sentença” *in* Temas de direito processual – Nona Série, Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.

MURRAY, Peter L.; STUNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

_____. *Verso la residualità del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: Ed. Giappichelli, 2008, pp. 699-707.

_____. *I diritti e le tutele*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivit%E0%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Curso de processo civil*. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n. 156, pp. 77-103, fev. 2008.

VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

