

"EFETIVIDADE DO PROCESSO" E A "TUTELA ANTECIPATÓRIA": UMA VISÃO NOS PLANOS DE COGNIÇÃO DA AÇÃO

Cláudio José Pinheiro*

O tema ora desenvolvido foi escolhido em decorrência das citações reiteradas da expressão efetividade, normalmente ligada à tutela antecipatória, com pouca explicação, quando das leituras de textos e obras, disponíveis no mercado bibliográfico e da necessidade de visualização da tutela antecipada no contexto dos planos cognitivos do processo.

A pesquisa objeto desse trabalho é a bibliográfica. O trabalho está dividido em três partes. A primeira aborda o ser humano no seu estado natural, com base nos ensinamentos de LOCKE, evolui para o estado social e descreve a passagem para o Estado de Direito. Destaca alguns princípios da Constituição brasileira, que sustentam a solução dos litígios e o direito de ação, entre outros.

A segunda parte enfrenta a questão ligada à efetividade do processo, seu significado, implicações, vantagens e demais esclarecimentos instigadores de debate.

A terceira parte detalha o processo na ótica da cognição no plano horizontal (plena e parcial), no plano vertical (exauriente, sumária e superficial). Os tópicos da cognição vertical exauriente e da cognição vertical sumária abordam a tutela antecipatória cabível nesses planos cognitivos.

Ao final, este trabalho não encerra conclusões definitivas, pretende trazer elementos numa outra ótica, para estimular o debate na busca da melhor convivência social.

1. Do estado natural para o Estado de Direito

Admite-se que nos primórdios da humanidade as pessoas viviam no denominado estado natural. Neste, todos estavam em perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular as posses e as pessoas conforme achavam conveniente, nos limites da natureza. Castigava-se o transgressor, por própria deliberação considerando-se as próprias condições físicas, inexistindo jurisdição de um sobre o outro, apenas o governo da razão. Com o passar do tempo, surgiu um estado social (procura natural da co-

munhão e camaradagem com outros indivíduos) antes do estado político (LOCKE, 1978 : 39). Para LOCKE, a necessidade da formação da sociedade política surge baseada num contrato ou pacto entre homens, para conservar a vida, manter a liberdade, a igualdade e os bens. Em consequência, pelo contrato exigia-se a abdicação das execuções individuais em troca do emprego da força coletiva no cumprimento das leis previamente aprovadas pela coletividade (LOCKE, 1978 : 82).

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica - CMCI/UNIVALI

Surge, assim, o Estado de Direito, que no caso brasileiro, está regulado pela Constituição Federal(CF). Entre os direitos e garantias fundamentais, destacam-se: *todos são iguais perante a lei*(art. 5º da CF); *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*(art. 5º, II, da CF); *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*(art. 5º, XXXV, da CF) e *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*(art. 5º, LIV da CF). Vivemos numa época em que o Estado assumiu o monopólio

da jurisdição (= poder que tem o juiz de dizer o direito objetivo), solucionando os litígios através do processo (atividade judicial para obter a proteção jurídica estatal de determinado direito).

Se o Estado proíbe as pessoas de praticarem Justiça pelas próprias mãos(vias de fato), “assume o dever de, pela via judicial, tornar efetiva a inviolabilidade dos direitos”(MESQUITA, 1987: 45). Surge, assim, a necessidade de compreender o sentido da expressão “efetividade do processo”.

2. A efetividade do processo

Vive-se na época da busca da efetividade processual. São constantes os reclamos da sociedade, sobre a morosidade do Poder Judiciário ao cumprir a sua missão de processar e julgar os conflitos sociais de sua competência. Vivemos numa “sociedade de massa, e o processo ao cumprir a sua função deverá dar à pessoa do direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”(MARINONI, 1992 : 10).

O citado artigo 5º, XXXV, da CF, é o berço constitucional da efetividade, porque implícito está o significado da tutela jurisdicional mediante decisões rápidas, tempestivas e eficazes na realização do direito material. A legitimidade de se exigir a efetividade do processo decorre do *due process of law*, como característica própria do Estado de Direito e a mencionada vedação da autotutela privada.

A efetividade significa dar aos litigantes da demanda o respectivo direito reconhecido. “A efetivação da tutela pretendida é o único resultado útil que o autor espera do processo”(MARINONI, 1995 : 54). Um processo sem efetividade traduz-se numa prestação jurisdicional ineficaz, morosa e lenta.

Para que um processo tenha efetividade, além da rapidez na sua tramitação, não poderá dispensar a segurança da função instrumental. As últimas legislações(ex. Lei 8.952/94) demonstram que o

legislador, pressionado pelo ditos reclamos sociais, ao valorizar a efetividade processual, abriu mão da segurança ao permitir decisões baseadas em situações de probabilidade.

A efetividade significa tempestividade da adequação da tutela jurisdicional, comparativamente, com a situação natural do tempo previsto na justiça privada. Portanto, o tempo necessário para a atuação espontânea das normas substantivas deve ser o indicador, para a medição da efetividade do funcionamento do processo, como instrumento de realização do direito material. Se o tempo é dimensão fundamental da vida humana, o processo terá maior efetividade, quanto menor for o tempo entre a deflagração da ação e a sua conclusão com efetiva realização da Justiça.

A sentença condenatória “somente tem efetividade em caso de cumprimento espontâneo, já que, em caso contrário, o direito somente será conferido ao seu titular através do processo de execução”(MARINONI, 1995 : 14). A tendência da ciência processual civil contemporânea é o da efetividade; ou seja, “o processo que verdadeiramente possa realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene” (MARINONI, 1992 : 15).

O princípio constitucional da efetividade tem sido o indicador das últimas reformas do Código de Processo Civil, na busca de maior eficácia

e tempestividade processual.

A efetividade da tutela de um direito ou a satisfação de um direito pretendido não depende da coisa julgada material. Na falta do cumprimento espontâneo de uma obrigação, mesmo com base em cognição sumária, a efetividade será prestada através de ato de execução ou mandamental

(MARINONI, 1995 : 55). Mas para que exista efetividade, é necessário no mínimo a “sumariedade no sentido material”, com cognição no sentido vertical. Diferente é a sumariedade formal, que enseja abreviação de procedimentos. Procedimento deve ser entendido como ordem de sucessão dos atos realizados no processo para a composição do litígio(BAPTISTA, 1996 : 18).

3. A “tutela antecipatória” vista nos planos horizontal e vertical de cognição da ação

O processo é a “atividade exercida perante os tribunais no afã de obter-se a tutela jurisdicional de reconhecimento, realização, ou asseguração”, assim, o “processo representa a soma de atos realizados para a composição do litígio”(BAPTISTA, 1996 : 19). (Sem destaque no original). Conforme a finalidade da tutela do pedido, já destacado acima, têm-se: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

Para cada tipo de processo, além dos regulados em leis especiais, a legislação prescreve uma sequência de prática de atos para tutelar o direito do litígio(= é o procedimento). No processo de conhecimento, existe o procedimento comum(ordinário e sumário) e o especial.

No processo de conhecimento, conforme o conteúdo que a sentença judicial venha apresentar, pode ser classificada em: declaratória, condenatória, constitutiva e mandamental.

O autor, ao propor uma ação, deverá na petição inicial indicar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, com as suas especificações(art. 282 do CPC); e compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor(art. 300 do CPC). A cognição é o conhecimento ou a verificação da afirmação da existência do fato. Os fatos existem e, portanto, não dependem de prova. Assim, “a cognição jamais recai sobre o fato, porém sobre a afirmação do fato” (MARINONI, 1992 : 24). A cognição é uma

relação de amplitude(horizontal) e de intensidade(vertical) entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível(MARINONI, 1992 : 22).

Dependendo do tipo de direito material a ser tutelado, é que o processo definirá se a cognição no plano horizontal será plena ou parcial e se a cognição no plano vertical será exauriente, sumária ou superficial. A aparente superfluidade das palavras “horizontal” e “vertical” contidas nas expressões seguintes é proposital.

A cognição horizontal plena significa que o juiz terá conhecimento de todo o conflito de interesses. Aborda em toda a sua amplitude as oportunidades de pedidos, alegações, produção de provas das partes envolvidas na lide. Apresenta-se como capaz de produzir uma sentença com menor rapidez e maior segurança na prestação jurisdicional. Na cognição plena, “toda a superfície contenciosa é abarcada pelo decisum, e esta é a regra até para atingir-se o escopo da jurisdição, que é o de pacificar de forma a mais ampla possível” (BAPTISTA, 1996 : 32).

A cognição horizontal parcial significa que o juiz terá conhecimento de uma parte do conflito de interesses. Neste caso, “o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda” (MARINONI, 1995 : 21). Acontece de dois modos, “fixando o objeto litigioso(emargos do executado) ou estabelecendo os lindes da defesa(quando podemos lembrar a

busca e apreensão do Decreto-lei 911/69". É do plano do direito material, investigando o conteúdo ideológico dos procedimentos, que deve partir a visão para a identificação da cognição parcial. O procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade. Pois, permite "o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa" (MARINONI, 1995 : 21).

Na **cognição vertical exauriente** é um processo que permite ao juiz esgotar na sentença, em toda a sua intensidade, sem limitações, as provas da relação entre o sujeito e o objeto da lide. Objetiva uma decisão definitiva, e impossibilita a reapreciação do objeto da lide em outro processo, após o trânsito em julgado. Trata-se de juízo de certeza. Pode haver cognição exauriente mesmo em procedimento com prática de atos processuais acelerado, desde que solucione definitivamente a lide (MARINONI, 1992 : 22). É o caso, quando o direito afirmado for evidente, mediante procedimento acelerado[sumariza o procedimento(sumariedade formal) e não a cognição(sumariedade material)], como ocorre no mandado de segurança e no julgamento antecipado da lide(MARINONI, 1992 : 55). A cognição exauriente somente se estabelece após a audiência do réu(MARINONI, 1992 : 87). Fica dessa forma garantida a plena realização do princípio do contraditório, e a busca da verdade e da certeza, capaz de produzir coisa julgada material. Poderá acontecer a cognição exauriente, mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado de uma decisão; será, no entanto, cognição exauriente definitiva, após o trânsito em julgado da decisão(MARINONI, 1995 : 73). Uma das principais características da cognição vertical exauriente é a apresentação de um elevado nível de carga declaratória da sentença.

Atendendo ao propósito do tema, o estudo que segue dará realce à tutela antecipatória e ao julgamento antecipado da lide.

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, introduziu a tutela antecipatória no Código de Processo Civil(CPC), que possibilita o deferimento do pedi-

do de antecipação dos efeitos da tutela pretendida na inicial. Possibilitou, ainda, o deferimento de liminar com efeito antecipatório do direito(não é acautelatório), no próprio processo da ação principal.

Vale o destaque, que a decisão deferidora da tutela antecipatória não antecipa o julgamento do mérito; antecipa, apenas, os efeitos do pretendido mérito. A sentença de mérito põe fim ao conflito, declara o direito pretendido, elimina definitivamente a incerteza entre as partes, julga o mérito da ação preservando seus efeitos. Nas ações declaratórias e condenatórias, existe uma carga elevada de juízo declaratório, que juridicamente não podem ser antecipados sem o julgamento de procedência ou improcedência da respectiva ação. A ação constitutiva, por sua vez, não admite provisoriedade ao anular ou decretar determinadas situações jurídicas.

Portanto, no caso das medidas liminares antecipatórias do art. 273 do CPC, só poderão ser antecipados os efeitos práticos executivos e mandamentais(SILVA, 1997 : 132). Admite-se um pequeno(irrelevante) grau de declaração, no deferimento da liminar que antecipa total ou parcialmente os efeitos da futura sentença de procedência ou improcedência da demanda. A liminar antecipatória do efeito(não da declaração) do mérito compõe-se de uma eficácia de pequena carga declaratória e de outra eficácia de efeito executivo ou mandamental.

Precedentes elegendo e valorizando a "efetividade", no campo da antecipação de tutela, já existiam no CPC e em legislação especial, antes da referida reforma, como exemplos: a) liminar de manutenção e reintegração de posse(art. 928 do CPC); b) liminar em mandado de segurança(art. 7º da Lei nº 1.533 de 31/12/1951).

O art. 292 do CPC prescreve a possibilidade de cumulação de pedidos em um único processo. Essa cumulação de pedidos pode ser simples(ex. cobrança de duas dívidas dos mesmo autor e réu); pode ser cumulação de pedidos sucessivos(= art. 289 do CPC); e a cumulação de pedidos alternativos(= art.

288 do CPC). “Para que seja possível a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados, é necessário que um ou mais dos pedidos esteja em condições de ser imediatamente julgado e um outro (ou outros) exija instrução dilatatória” (MARINONI, 1997 : 151). A introdução da tutela antecipatória no CPC, tornou possível a separação do julgamento dos pedidos cumulados ou o julgamento antecipado de parte do pedido, por ser matéria de direito ou por não precisar de instrução dilatatória (ex. o reconhecimento na contestação de parte do pedido). A tutela é fundada em cognição exauriente, capaz de produzir coisa julgada material, resolvida pelo julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC).

Não trata de liminar o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados. E, neste caso, por ser sentença de mérito, podem ser tutelados antecipadamente os pedidos declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos e mandamental. Tratando-se de julgamento antecipado da lide, o processo prossegue em relação aos demais pedidos.

Luiz Guilherme Marinoni dá a entender que é possível a aplicação do art. 273 do CPC, no caso de tutela de direito evidente (fundada em cognição exauriente), quando afirma: “Assim, por exemplo, se o Código de Processo Civil diz que é possível a tutela antecipatória fundada em probabilidade, não se pode deixar de admitir, com base no art. 273, II, a tutela antecipada (fundada em cognição exauriente) mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, ou mesmo a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado parcial do pedido” (MARINONI, 1997 : 21). Nesta situação, o posicionamento de Ovídio A. Baptista da Silva apresenta-se com maior coerência doutrinária, ao sustentar que: “O direito contra o qual o juiz não vislumbra a existência de qualquer contestação séria que lhe possa ser oposta é *direito líquido e certo*, a exigir tutela definitiva e imediata. A hipótese poderia, com alguma liberdade exegética, ser enquadrada no art. 330, II, do Código de Processo Civil, ... De qualquer modo, estaríamos fora do alcance do art. 273, que se limita a prover sobre a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo

autor, havendo verossimilhança do direito por este alegado na ação, não tratando de ‘direitos líquidos e certos’” (BAPTISTA, 1997 : 140).

Na decisão de cognição vertical sumária, o juiz não esgota toda a situação da lide. Decorre de circunstância de perigo e de urgência, que exige tutela imediata e cognição sumária. A decisão de cognição sumária pode ser cautelar ou antecipatória. Trata das aparências, fica no campo da probabilidade cognitiva do objeto litigioso. Não soluciona definitivamente a lide. Não é juízo de certeza e sim de probabilidade. Dependê de provas produzidas pelas partes, mas são insuficientes para a solução definitiva da lide. Gera prestação jurisdicional pronta e eficaz, mas não pode gerar a imutabilidade própria à coisa julgada material. A cognição sumária não permite carga declaratória suficiente para a produção de coisa julgada material” (MARINONI, 1992 : 31). A solução definitiva da lide, se for de tutela cautelar, dependerá de um processo dito principal. Afirma-se que existe a aparência do bom direito, ou inexistência da sua aparência. Tratando-se de mandado de segurança, restrito ao pedido de liminar, verifica-se que é apreciado com cognição sumária (a afirmação tem probabilidade, diante da prova pré-constituída). A cognição vertical sumária apresenta um mediano nível de carga declaratória na decisão.

Atendendo o propósito do tema, o estudo que segue dará ênfase à liminar da tutela sumária antecipatória, como espécie das “tutelas urgentes”.

No dizer de Luiz Guilherme Marinoni, a tutela sumária antecipatória, é aquela “que realiza a pretensão no plano fático mediante cognição sumária da lide” (MARINONI, 1992 : 58). É também denominada de tutela sumária satisfativa, porque satisfaz por antecipação (MARINONI, 1992 : 99). Sua finalidade é a realização antecipada da pretensão, restando a tramitação do processo como instrumento do exercício do direito de cognição da lide, que passará ao plano da “cognição vertical exauriente”. Se as provas trazidas aos autos dispensa a produção de outras, no decorrer do processo, não é caso de aparência e sim de evidência (exauriente). A tutela sumária antecipatória é caracterizada como

provisória(serve até que venha a decisão definitiva; além do transcurso do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue; é um temporário que há de ser substituído pelo definitivo), porque “aguarda a tutela exauriente tão somente em razão da cognição que lhe é peculiar” (MARINONI, 1992 : 65). Na tutela antecipatória, não existe outro processo, o processo que lhe segue é o próprio instrumento destinado a preservar o direito à adequada cognição da lide(MARINONI, 1992 : 74).

“A antecipação prevista no art. 273, inciso I do CPC, pode ser concedida antes de produzidas todas as provas tendentes à demonstração dos fatos constitutivos do direito. “A antecipação é fundada na probabilidade de que o direito afirmado, mas ainda não provado, será demonstrado e declarado” (MARINONI, 1995 : 24). Para a atribuição da qualidade jurídica aos efeitos produzidos pela tutela antecipatória supõe a existência de um direito que pode ser negado na sentença de cognição exauriente. Sabe-se que não é possível, lógica e tecnicamente, antecipar o efeito da tutela de cognição exauriente. A realização de um direito através da tutela antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente” (MARINONI, 1995 : 31-32). O provimento da tutela antecipada “não tem natureza condenatória nem constitui título executivo. Impossível se pensar, portanto, que a atuação da tutela antecipatória é disciplinada pelas regras do processo de execução. Alias, é intuitivo que o uso do livro do processo de execução para a atuação da tutela antecipatória seria inefetivo. Quando o caso é de antecipação de pagamento de soma em dinheiro, aplica-se o livro do processo de execução como ‘parâmetro operativo’” (MARINONI, 1995 : 40). Para o cumprimento efetivo do provimento, o juiz poderá se valer de meios que não dependem da vontade do réu(imissão, busca e apreensão, remoção, desfazimento, impedimento, etc.) ou atuando diretamente na vontade do réu(multa diária com função coercitiva).

A generalização da possibilidade de antecipação

dos efeitos executivo e mandamental tornou-se possível com as prescrições do artigo 273 do CPC (MARINONI, 1995 : 53). A medida antecipatória satisfativa do art. 273 do CPC concede “o exercício do próprio direito afirmado pelo autor” (MARINONI, 1995 : 45). Portanto, a tutela é provisória, porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe, face à vedação do poder de declarar, com base em cognição sumária.

Na **cognição vertical superficial** existe apenas a afirmação de que o fato afirmado como existente, será provado durante a instrução sumária. Trata-se de juízo de verossimilhança, que precede a apresentação de provas pelas partes. Neste caso, é atendido o pedido de liminar cautelar(decisão interlocutória), com a simples afirmação do fato. Apresenta um baixíssimo nível de carga de declaratoriedade da sentença.

Face ao exposto, verifica-se que a preocupação na busca da efetividade do processo coloca em rediscussão os próprios excessos sobre a segurança das decisões judiciais. Esta figura jurídica, já deteve maior poder na disciplina processualística. Nota-se que na maioria dos escritos do mundo contemporâneo, a expressão “efetividade do processo” se faz presente, sempre ligada às reclamações sociais pela morosidade da tutela jurisdicional. Este estudo teve a preocupação primeira de contribuir para o esclarecimento da tutela efetiva, e quem sabe para um debate sobre o tema que ficou evidente com a presença da tutela antecipatória genérica, agora prevista no art. 273 do Código de Processo Civil.

Com a presença das tutelas antecipatórias, as cautelares ficaram com contorno próprio melhor definido, quando passam a desempenhar as atribuições da própria natureza: função assecurativa.

A análise das tutelas antecipatórias vista pela estrutura da cognição no plano horizontal e no plano vertical; ou seja, dependendo do tipo de direito material, foi um desafio estimulado pelo crescimento do debate dessa nova realidade processual, que valoriza o social e principalmente a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ARMELIN**, Donald. Acesso à justiça. *in*: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, jun. 1989, v. 31, p. 172.
2. **BAPTISTA**, Weber Martins e **FUX**, Luiz. Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 485 p.
3. **GRECO FILHO**, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. 202 p.
4. **GRINOVER**, Ada Pellegrini et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.485-670.
5. **FIGUEIRA JR.**, Joel Dias. Da competência nos Juizados Especiais Cíveis: doutrina e jurisprudência. *in*: Coleção Estudos de Direito de Processo. São Paulo: RT, 1996. v. 36, 109 p.
6. **LOCKE**, John. Carta acerca da tolerância: Segundo tratado sobre o governo: Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344 p.
7. **MARINONI**, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 153 p.
8. _____. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995. 124 p.
9. _____. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 272 p.
10. **MESQUITA**, José Ignácio Botelho de. Limites ao poder do Juiz nas cautelares antecipatórias. *in*: Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, v. 56, p. 43 - 52, out./dez. 1987.
11. **PASSOS**, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela. *in*: Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187 - 213.
12. **SANTOS**, Luiz Gonzaga. Lei dos Juizados Especiais Cíveis. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996. 111 p.
13. **SILVA**, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1987. v. 1, p. 93 - 115.
14. _____. A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual. *in*: Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 127 - 142.
15. **ZAVASCKI**, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Processo. São Paulo: RT: 32 - 49, 1995.