

A sumarização do processo: o antes, o agora e o depois ou o ir e vir dos textos legislativos

Elaine Harzheim Macedo

RESUMO

A sumarização procedimental representa técnica de ajustar o processo às especificidades do direito material, visando à justa composição do conflito. Experiências pretéritas não devem ser negligenciadas, podendo mostrar-se úteis na construção de novos mecanismos hábeis a produzir uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. A secular tendência de encaminhar o processo à ordinariiedade tende, periodicamente, a se fazer presente nos textos legislativos, revestidos do manto de reformas, seduzindo os operadores do direito em nome de uma simplicidade que, na essência, é e sempre será estranha ao processo, ainda que não o seja ao procedimento.

Palavras-chave: Sumarização procedimental. Técnicas de sumarização. Ordinariiedade. Textos legislativos.

Shortening the duration of litigation: Before, now and after; the come and go of legislation

ABSTRACT

The shortening of the duration of litigation procedures represents a technique of adjusting the litigation to the specificities of substantive law with the purpose of getting a fair resolution. Previous experiences should not be ignored and could be found useful when creating mechanisms to enable a more effective and timely adjudication. The trend of filling lawsuits in ordinary courts tends to be periodically seen in legislation, covered by amendments, enticing legal professionals by arousing a simplicity that is essentially not connected to the litigation process even though it is related to the procedures.

Keywords: Shorten duration of litigation. Techniques of shortening. Ordinarieness. Legislation.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A ordinarização que inspira o processo pátrio foi e continua sendo o obstáculo, senão principal, mais arraigado nas práticas forenses a ser vencido na construção de um novo paradigma de processo. De quatro ordens distintas são as alternativas que se revelam hábeis a produzir um processo que cumpra função jurisdicional construtiva, divorciando-se do padrão herdado da velha ordem. A primeira, que nos interessa mais de perto neste trabalho, envolve técnicas procedimentais comprometidas com a sumarização, que tanto pode atuar no plano formal do processo como no da atividade cognitiva. Comporta experiências já

Elaine Harzheim Macedo é Doutora em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito pela PUCRS. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação lato sensu da ULBRA. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Direito e Democracia	Canoas	v.11	n.1	p.95-116	jan./jun. 2010
----------------------	--------	------	-----	----------	----------------

inseridas em nosso ordenamento jurídico, cuja revitalização, aperfeiçoamento e ampliação de incidência podem em muito contribuir para a viragem do processo. Quanto às demais, que aqui apenas comporta referir, ao efeito de respeitar a delimitação do tema proposto, registra-se a adoção do juízo de verossimilhança, como alternativa ao exercício do juízo de cognição e de valoração tradicionalmente identificado com a certeza e que reclama grau máximo de convicção (e, portanto, de conhecimento), que a tradição romano-canônica expurgou da atividade jurisdicional; a consagração da convivência, de forma equilibrada no âmbito procedimental, de duas atividades intrinsecamente distintas e que, em princípio, se excluem: a cognição e a execução; e, por derradeiro, uma radical inversão do atual sistema recursal, priorizando o juízo monocrático e as instâncias locais, e, via de consequência, reduzindo o campo de abrangência dos tribunais superiores bem como dos tribunais estaduais e regionais.

Tais plataformas não se encontram isoladas, estanques, divorciadas uma das outras, disputando, ao contrário, espaços, definições e instrumentos que se cruzam, encontrando pontos em comum, de modo que, na verdade, é a adoção do conjunto dessas medidas que poderá alcançar um resultado eficiente. Algumas, como já registrado, contam com antiga tradição em nosso ordenamento jurídico e com práticas vigentes, embora aplicadas ou em caráter de exceção ou contaminadas pela ordinarização. Outras, ainda que não constituam novidades, estão desbotadas pelo desuso. Importante, contudo, registrar, que a consciência jurídica deste terceiro milênio já dá mostras, através de recentes revisões e reformas do ordenamento jurídico, da necessidade de se reverter o atual sistema. O que preocupa, ainda assim, é a que ponto tais conteúdos estão efetivamente comprometidos com a ética de mudança, sem a qual não basta alterar o texto legal, pois não raro o intérprete lê o novo com os olhos do velho, quando, fatalmente, o novo se tornará velho antes mesmo de ser novo. Ou, o que é mais grave, eventual retrocesso por força de novas leis descompromissadas com o mister de construir uma jurisdição afeita aos valores consagrados na Constituição Federal.

2 SUMARIZAÇÃO DO PROCESSO

O vocábulo *sumarização*, no universo processual, pode traduzir dois aspectos distintos do processo, ambos relativos a questões de técnica processual, se angularizada a questão sob a ótica de dinâmica do processo e de suas características de instrumentalidade. Na primeira acepção, a sumarização refere-se ao procedimento ou forma que o processo adquire, esgotando-se no plano processual, irrelevante a natureza do direito material tutelado. Sua utilidade está voltada, essencialmente, para a pouca expressão econômica ou menor complexidade fática do conflito de interesses. Cuida-se de técnica processual *stricto sensu*, na medida em que sua adoção modifica os atos processuais que compõem o *iter* procedimental e sua tramitação, sem lhes alterar a essência. É conhecida como *sumarização formal*, resolvendo-se pela maior simplicidade e dispensa de requisitos na prática de certos atos processuais; pela observância, em maior grau, da oralidade; pela redução de prazos; pela concentração de atos, apenas para citar algumas previsões legislativas dessa alternativa.

No direito pátrio a técnica de sumarização formal encontra sua principal incidência no procedimento sumário do processo de conhecimento, artigos 275 e seguintes do CPC, e nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis. Além disso, sua utilização também se dá, de forma secundária, em procedimentos que se caracterizam pela segunda acepção do vocábulo, isso é, pela *sumarização material*, cumulando as técnicas de se desenvolver o processo. É o que ocorre, por exemplo, com os procedimentos que servem o processo cautelar, aonde o prazo de contestação vai reduzido para 5 (cinco) dias (art. 802, do CPC), além de agregar, também, uma maior concentração de atos, limitando as postulações à petição inicial e à contestação, ainda que tais simplificações formais decorram diretamente da limitação do debate posto, a saber, o bom direito e o risco ou prejuízo da demora (art. 801, inciso IV, CPC).

2.1 A sumarização formal goza de velha tradição no processo de origem romano-canônica, deitando suas raízes no Alto Medievo, quando o processo, desenvolvido pelos canonistas a partir da redescoberta e releitura do *Corpus Juris Civilis*, havia alcançado um grau de formalismo indesejado, exigindo reformas no sentido de simplificar o seu procedimento, das quais, a mais significativa, a protagonizada pelo Papa Clemente V, a famosa *Saepe contingit*. Fairen Guillén, destacando a importância desta obra, resumiu os princípios informantes desta sumarização de juízo em sete tópicos: a liberação da *litis contestatio* (que considera a medida mais importante, por razões a seguir abordadas); a limitação das apelações contra as decisões interlocutórias; a liberação da ordem legal dos atos (amplos no *solemnis ordo iudicarius*); o encurtamento de prazos; poder ao Juiz de direção do processo para repelir o que fosse supérfluo; poder de julgar, com encerramento da audiência, quando devidamente convencido; supressão de formalidades supérfluas, priorizando a oralidade como meio de interação (1953, p.44-45).

O jurista de Valência aponta como principal causa da excessiva ordinariade que passou a dominar o processo, a desencadear, como reação, a reforma por sua sumarização, a transformação que a *litis contestatio*, instituto da maior relevância no processo do direito romano clássico, sofreu ao longo dos tempos. Primeiro, por força da própria obra de Justiniano, permeada pela contradição entre homenagear a história e o passado, fazendo renascer o que já estava extinto, e a exuberante vontade inovadora que sinalizou seu império. Segundo, pela influência do trabalho dos glosadores, cuja insuficiência de sentido histórico levou-os a considerar o *Corpus Juris* como uma unidade jurídica, dando ensejo a que os erros iniciais se sacramentassem, criando-se o mito (GUILLÉN, 1953, p.30-32).

Dessa sorte, o que era um instrumento útil especialmente nas *actiones in personam*, cujo direito material em jogo era o direito obrigacional, obrigando-se as partes à delimitação do objeto litigioso que pela *litis contestatio* se operava (cujo pronunciamento tinha presente as defesas deduzidas, limitando o debate àquelas aceitas e estabelecidas), aceitando a definição da fórmula imposta pelo pretor para gerir a fase subsequente do procedimento, e, como decorrência, sujeitando-se a *res judicata* da declaração emanada na segunda fase, culminou por imprimir ao processo que se praticou ao longo da Idade Média sua forma, despida, porém, de seu conteúdo, de sua aplicação e incidência a

determinadas situações de direito material. Em suma, o que era especial, generalizou-se, tornando-se paradigmático, especialmente por sua adoção nas demandas reais, como explorou à sociedade Baptista da Silva em sua obra **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**.

Não se olvida, contudo, que as causas que levaram ao excessivo formalismo do processo desenvolvido na Idade Média são complexas e de diversas ordens, mas o caráter privado da jurisdição e da própria finalidade do processo, utilizado para conflitos de interesses privados (inexistia a noção de Estado e, portanto, o conceito de *direito público* era precário e pouco desenvolvido), a predominância do elemento lógico no exercício da atividade e a adoção do sistema da prova legal muito contribuíram para a ordinarização do processo e seu apego às formas.

De qualquer sorte, nessa primeira fase de adoção de formas sumárias, em contraposição ao *solemnis ordo iudiciarius*, as quais inúmeros estatutos medievais passaram a referir, utilizou-se o novo procedimento simplificado para compor conflitos que clamavam por soluções distintas, podendo ter como critério de incidência o pequeno valor da causa, a necessidade de tutela urgente, o estado de miserabilidade da pessoa, ou em razão do pequeno prejuízo. Especialmente com a *Saepe contingit*, foi, porém, ganhando maior abrangência o seu campo de incidência, passando a exigir um tratamento diferenciado, conforme o direito tutelado.

2.2 Tal não autoriza, porém, segundo o autor espanhol, a confundir o que ele denomina de *juicios plenarios rápidos*, de procedimento abreviado, e *juicios sumarios*, pois enquanto os primeiros se divorciam do ordinário por sua forma, atendendo demandas que, por sua índole, poderiam ser resolvidas pelo procedimento comum, isto é, o litígio sendo decidido definitivamente, submetendo-se ao debate e ao conhecimento toda a matéria de fundo, mas que, por traduzir pouco valor econômico ou por presumir singeleza na solução do conflito, dispensam tratamento solene e formal, o segundo grupo contém mais do que alterações formais (que até podem estar presentes), implicando limitação em seu conteúdo, onde apenas um ponto, uma fatia, um aspecto da lide material é “recortada”, passando a conduzir o debate, a prova e a decisão. É o que nos ensina Fairen Guillén

Los medios de una simple aceleración formal del procedimiento, por su origen, estructura y fines, son tan diferentes de los aplicados para obtener un proceso sumario (restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa), que el colocar a unos y a otros unidos como iguales enfrente del proceso declarativo ordinario, es científicamente imposible. Las pautas de “sumariedad” – evitaremos de aquí en adelante en lo posible esta equívoca palabra en cuanto referencia a los procedimientos plenarios rápidos – son perfectamente diversas en ambos grupos de tipos; no se trata de dos subgrupos yuxtapuestos bajo la denominación común de “juicios sumarios”; pues esta “sumariedad”, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto que en los sumarios propiamente dichos, tiene carácter material. De otra parte, por su finalidad, como hemos dicho, los

procesos sumarios corresponden a una Parte específica de nuestra disciplina, en tanto que a los procedimientos plenarios rápidos no se les puede separar lógicamente del declarativo ordinario; ya que la aceleración del proceso es un principio que a todos ellos alcanza (1953, p.55-56)

Também Chiovenda distinguia, num primeiro plano, a cognição em plenária ou ordinária e sumária: no primeiro grupo a cognição se dá de forma completa, submetendo-se ao juiz o exame exauriente de todas as razões e defesas das partes; nos processos de cognição sumária este exame não é exaustivo, operando parcialmente. A partir dessa distinção, o mestre italiano classificava o processo de conhecimento, capaz de gerar sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, como processo de cognição plenária, enquanto que a jurisdição com predominante função executiva e os respectivos processos (processos cambiais, procedimento monitório ou injuncional, processos que admitem condenação com execução provisória) eram situados no grupo da cognição sumária, distinguindo-os, contudo, do procedimento sumário, o qual identificava apenas como simplificação dos atos judiciais (1969 (I), p.236-237).

Kazuo Watanabe, aprofundando o tema da cognição, parte de uma sistematização mais ampla, distinguindo os planos *horizontal*, que traduz a extensão, a amplitude da cognição, e *vertical*, que diz com sua profundidade, a gerar combinações que podem ser concebidas em procedimentos diferenciados, conferindo ao processo um melhor desempenho voltado para a realização do direito material a ser tutelado, vinculando a cognição, o procedimento e a cláusula do devido processo legal

O direito à *cognição adequada* à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de “devido processo legal”, assegurado pelo art. 153, § 4º, da Constituição Federal. “Devido processo legal” é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.

É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferentes de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam as exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender as opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”. (1987, p.93-94)

Tais palavras, mesmo escritas sob a ótica da Constituição pretérita, em nada vêm diminuídas frente ao pacto de 1988, ao contrário, ganham maior relevância, considerando a hierarquia que os direitos fundamentais do homem alcançaram, entre os quais o próprio devido processo legal, a desafiar o jurista e o intérprete na adoção, pelo processo, da carga de cognição adequada ao direito material em jogo.

Sem embargo das nuances que a sumariedade pode assumir no processo, passa a ser questão vital a adoção de um ou de outro critério (cognição plenária ou cognição sumária) para gerir o processo.

Com razão Fairen Guillén quando afirma que a ideia de ordinariedade, em oposição à sumariedade, está atrelada ao desejo de acabar para sempre com o litígio entre as partes, orientação assimilada pelo nosso ordenamento jurídico, de modo que todas as defesas, todas as exceções, todos os debates (e, conseqüentemente, todas as provas: art. 332, CPC) sejam postos e explorados numa única relação processual, com pronunciamento judicial capaz de produzir o *acertamento* de todas as controvérsias, qualificando-se pela indiscutibilidade (instituto da coisa julgada: art. 474, CPC). Trata-se, contudo, de ideal influenciado pelo pensamento iluminista, tudo se resolvendo através da racionalização do conhecimento e mediante a adoção de métodos rígidos, formais e previamente conhecidos, implacavelmente afeitos a descobrir a verdade, que, em última análise, é o escopo, segundo tal padrão, da jurisdição porque o direito é preconcebido na lei. Tema recorrente, que traduz a predominância da generalização sobre o especial, pelas razões antes apontadas, e do qual tem se revestido à exacerbação o processo comum e sua ordinarização.

Sob o manto da priorização da verdade e da certeza, caiu em ostracismo uma relação indispensável para a efetividade do processo, que Marinoni, seguindo a linha de pensamento de Baptista da Silva, resume com precisão

Para que o processo possa, realmente, tutelar os direitos é necessário que a ação seja pensada na perspectiva de direito material. Se o processo objetiva tornar efetivo o direito material, o resultado da ação processual deve corresponder exatamente àquilo que se verificaria se a ação de direito material (= o agir) pudesse ser realizada. A ação processual, em outras palavras, deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição. (1999, p.206)

Trata-se de orientação que resgata o princípio até então estabelecido pelo art. 85, do Código Civil revogado, o que não significa comprometimento com a teoria civilista da ação, porque o direito afirmado, sob cuja ótica deve ser interpretada a predita disposição, reclama, como sempre reclamará, de um reconhecimento, de um acertamento, implícita esta atividade judicial em qualquer pronunciamento, por maior ou menor extensão que possa ter. Entre o que se afirma e o que se passa a ter como existente há um percurso que os filiados à posição doutrinária aqui defendida não negam, ao contrário, reafirmam.

A substancialidade que se pretende carregar para o processo não tem o condão de transformar a relação processual em relação de direito material ou mesmo em ação material, correspondendo a planos distintos, que se sobrepõem de forma paralela, jamais se interligando, isso é, sem operar entre os mesmos uma simbiose. Dizendo de outro modo, o processo, para que se torne efetivo, deve guardar correspondência ao direito material perseguido pela parte que se sentiu lesada e porque lhe foi retirado o poder de autotutela. E

essa correspondência significa assegurar não só a pretensão à tutela jurisdicional (nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação pelo Poder Judiciário), mas também à adequada tutela jurisdicional (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), cumprindo à legislação processual e aos intérpretes seguirem tais princípios consagrados como direitos fundamentais do homem pela Constituição. E, nas palavras de Marinoni, falar em tutela adequada é traduzir “a necessidade de procedimento, cognição, provimento e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material” (1999, p.215).

É preciso, porém, registrar que a sumariedade no processo vem abordada sob nuances distintas, o que o tema até certo ponto permite. Assim, enquanto Kazuo Watanabe e Marinoni orientam-se pela sumarização procedimental, que ocorre no sentido de melhor instrumentalizar determinadas demandas de direito material, operando como técnica interna ao procedimento, Baptista da Silva vai além, defendendo a sumarização no processo comum, como forma de encurtar, diminuir, enxugar discussões e debates, remetendo parte da lide para eventual e futura oportunidade, a exemplo do que acontece com os procedimentos que transferem o contraditório para iniciativa do demandado e para momento posterior ao da ação promovida pelo autor. Trata-se, portanto, de propostas que não se excluem, mas, ao contrário, somam-se.

2.3 Neste universo, falar em cognição é conviver, também, com as técnicas que levam à sumarização da atividade cognitiva, priorizando, em razão do direito material subjacente, apenas algumas “fatias” do conflito de interesses, em detrimento de outras, cuja apreciação, porque assegurado o livre acesso e a não exclusão de qualquer lesão a direito à apreciação pelo Poder Judiciário, até poderá ser objeto de pronunciamento judicial, mas em outro feito, em outro momento, em outro juízo. Pela ótica do corte de conhecimento avalia-se o conflito de forma angularizada, limitando-se o debate, ao qual ficam adstritas as alegações e defesas, as provas, o provimento judicial. O que escapa desse ângulo, não é acertado, não é declarado, não transita em julgado e poderá ser objeto de nova demanda, de outro acerto, com ou sem reflexo sobre o primeiro pronunciamento.

É assim que acontece – ou deveria acontecer – com a tutela possessória, por exemplo. Ao tutelar-se a posse do possuidor agredido, ainda que o agressor tenha sido o proprietário do bem, não se retira desse a garantia de vir buscar em pleito próprio – demanda petítória – a tutela à sua condição de proprietário. Mas enquanto a posse, como exercício fático sobre a coisa, sofre agressão (esbulho, turbação, ameaça), tutela o sistema aquele que a exerce através dos interditos possessórios, tradicionalmente contemplados no direito positivo, o que perdura até que em ação própria venha a ser declarado que essa posse – fato assim reconhecido naquele feito – qualifica-se pela injustiça, ausente qualquer título que a legitime, face à propriedade de outrem.

Vale dizer, em ação possessória não se discute a justiça ou injustiça da posse, mas tão-somente sua existência fática agredida. Tais princípios – norteadores dos respectivos bens tutelados e contemplados pela legislação pátria – respondem a uma tradição milenar da dicotomia entre a tutela da posse e a tutela da propriedade, que a pós-modernidade não logrou substituir por outros valores. A posse – e, portanto, sua tutela – é ínsita a

qualquer coletividade que pretenda ter um mínimo de convivência pacífica e harmônica. Já a propriedade é um direito que pode ou não ser reconhecido pela coletividade, a refletir-se normativamente no respectivo ordenamento jurídico. Em sendo albergado, merece como qualquer outro direito assegurado, tutela, mas nem por isso restará a tutela da posse enquanto posse exercida diminuída em sua indispensabilidade à convivência do grupo social.

Quando se afirma, como se afirmou antes, que a ordinaryidade avança e se sobrepõe à especialidade ou sumariada, por força de ideias que permeiam o conhecimento e a prática jurídicos, contaminadas pelos princípios e dogmas racionalistas, também na questão da dicotomia posse e propriedade os exemplos se mostram apropriados, especialmente na interpretação que se deu e continua se dando ao art. 923 do código, quando teve sua segunda parte (“Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”) suprimida pela Lei nº 6.820/90. A drástica supressão, restabelecendo a sumariada das ações possessórias, sempre encontrou forte resistência nos operadores do Direito, valendo-se da Súmula nº 487 do Pretório Excelso (“Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”), ainda vigente e inspirando decisões, que não correspondem a meros casos isolados, podendo ser encontrados inúmeros exemplos em qualquer obra de comentários ou de anotação à legislação processual. As seguintes citações de Theotônio Negrão, entre outras, a propósito do art. 923, do CPC, dão conta disso

A consequência prática desta disposição será que o possuidor não proprietário, desde que ajuíze ação possessória, poderá impedir a recuperação da coisa pelo seu legítimo dono; ficará este impedido de recorrer à reivindicação, enquanto a possessória não estiver definitivamente julgada.

Como esta conclusão parece absurda, embora fundada na letra clara da lei, a doutrina e a jurisprudência têm reagido contra ela.

Assim, em RT 507/194, por maioria, ficou decidido que o réu na possessória pode ajuizar reivindicatória contra o autor desta (no mesmo sentido: TFR-2ª Turma, AC 59.378-RJ, rel. min. Gueiros Leite, j. 17.12.82, deram provimento, v.u. (DJU 7.4.83, p.3.996)

O próprio Supremo, afastando a pecha de inconstitucionalidade do art. 923, em sua primeira parte, âmbito a que se limitou o debate, deixou antever, principalmente no voto do Min. Cordeiro Guerra, que o art. 923 “tem que ser interpretado de modo a não privar o proprietário do seu direito à reivindicação”, orientando-se na linha do entendimento do SIMP, cuja conclusão LXXIII está assim ementada: “O art. 923, 1ª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio”.

Da reunião da possessória e reivindicatória para igual tratamento à usucapião, a distância é mínima

Não há incompatibilidade entre a reintegração de posse e a ação de usucapião, podendo as duas ser movidas simultaneamente, se nesta o autor alega posse velha, suficiente para a aquisição por prescrição extintiva, e naquela declara que perdeu a posse depois de decorrido tempo suficiente para ter adquirido por usucapião (RJTJESP 124/297) (NEGRÃO, 1999, p.809)

Tais posições jurisprudenciais estão no alinhamento daqueles que veem a jurisdição como função declarativa (= dizer a vontade da lei), priorizando a certeza na busca da verdade (= como se tal fosse possível por obra humana), cujo espaço processual ideal se realiza pelo procedimento ordinário, onde se agrega à *plenariedade formal* a *plenariedade substancial*, possibilitando-se, no seu curso, a produção de todas e quaisquer defesas, sob pena até de se ter por deduzidas e conhecidas aquelas que poderiam, mas que não foram deduzidas (art. 474), bem como todos os meios de prova admitidos em direito, ainda que não expressamente previstos ou regulados pela lei processual (art. 332). Trata-se de posição que parte do pressuposto que a sentença, enquanto declaração, está revestida de plenitude, de exaurimento das questões submetidas a juízo, infensa ao erro, olvidando-se o intérprete que foram necessários mais de duzentos anos para que se concluísse que a lei não é plena, que a lei encontra limites, lacunas, contradições, imperfeições, que a lei pode ser injusta.

Repete-se, pois, em nome do apego ao pensamento filosófico racionalista, o mesmo equívoco, agora pretendendo que a sentença venha revestida daquelas características que fizeram, até um passado ainda recente, afirmar-se que *o juiz é a boca da lei*. Que tempo será necessário para concluir-se que também os pronunciamentos judiciais se revestem de limitações e contingências, caracterizando-se como produto humano emergente de um processo produzido pelos seus partícipes, sujeitos tanto o instrumento como o resultado ao erro, à falha, à limitação, à injustiça?

Mas o sistema está repleto de armadilhas que levam o operador a se comportar negando essa realidade, como se o processo pudesse reunir um conjunto de forças aptas, por si só, a resolver todos os conflitos e todas as questões de forma imaculada e perfeita para todo o sempre. E é sob essa ótica que se corre o risco de avaliar a garantia constitucional da plenitude de defesa, ínsita ao processo criminal, mas não necessariamente ao processo civil, atrelando-a como indispensável ao princípio do contraditório, o que deve ser fortemente rechaçado. É nesse diapasão a denúncia de Baptista da Silva

Ou seja, não nos limitamos a inserir em nosso ordenamento jurídico o instituto peculiar ao direito norte-americano conhecido como “devido processo legal”, senão que lhe adicionamos um ingrediente bem brasileiro: o *due process of law*, ao contrário do que ocorre na América do Norte, aqui exigirá “plenitude de

defesa”, a impor a supressão dos *juízos de verossimilhança*; a cortar as liminares e a consagrar, portanto, a ordinariiedade formal e a *plenariedade* da lide. Enquanto no direito americano, o princípio de “devido processo legal” nem de longe interfere com os juízos *prima facie*, permitindo e, mais do que isso, até estimulando a concessão de liminares, nosso “devido processo legal”, tal como está inscrito no texto constitucional, ao contrário, sugere que sua observância haverá de assegurar plenitude de defesa ao demandado.

[E prossegue:]

Devemos concluir que o legislador constituinte, ao transportar para o processo civil e administrativo o princípio que o direito brasileiro, até então, limitara exclusivamente ao processo penal, manteve-se fiel ao mesmo pressuposto ideológico que já havia, no Código de 1973, ceifado os procedimentos especiais e *plenarizado* todas as demandas.

Temos, assim, pelo que já ficou dito, uma conjunção de fatores harmoniosamente orientados para o valor *segurança* ou, talvez, pudéssemos dizer, para o valor justiça-segurança, a ser obtida através de um processo – não importa qual o tempo que ele haverá de durar – orientado no sentido de uma composição plena, absoluta e definitiva da lide. (2001, p.98)

A frustração é dobrada: nem se logra celeridade, nem se alcança a pretendida perfeição. Toda a empreitada cai por terra, desencadeando um sentimento generalizado de fracasso. O preço pago é a não realização dos direitos fundamentais individuais e sociais do homem, criando-se um círculo vicioso cujo rompimento se mostra distante e inatingível. Daí porque afirmarmos que a construção de um novo paradigma começa pela adoção da sumarização, a ser firmada e reafirmada no processo vigente, resgatando-se o disposto no art. 75, do Código Civil de 1916, regra de natureza principiológica, desimportando, portanto, não ter sido expressamente contemplada pelo novel estatuto das relações civis, hoje em vigor.

Mas sumarizar a atividade cognitiva implica necessariamente reduzir as defesas e, via de consequência, rejeitar a incidência do princípio da ampla defesa. Não estaria essa afirmativa contrariando o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal? E, dessa forma, contrariando tudo que se tem afirmado, isto é, que a jurisdição, por força do pacto social, está e deve estar comprometida com os direitos fundamentais do homem? A resposta a essas perguntas passa por uma afirmação do sentido histórico das expressões “ampla defesa” e “meios e recursos a ela inerentes”, bem como pela avaliação da compreensão dos direitos fundamentais dentro de um amplo espectro tal como ocorre com o art. 5º da Carta de 1988, cuja colisão não é descartada. Em outras palavras, há que se admitir que inexistam direitos, nem mesmo os fundamentais, absolutos.

No tocante à colisão de direitos, revela-se importante a lição que se extrai de Alexy sobre a colisão de princípios, expressão por ele contestada por entender que mais correto é reconhecer um “campo de tensão”, e que deve ser superado não pela simples sobreposição hierárquica de um sobre outro nem pela eliminação de um deles, mas sim pela limitação

da possibilidade jurídica que um impõe ao outro, o que apenas as circunstâncias fáticas poderão indicar

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

[E continua:]

Esta ley, que será llamada “ley de colisión”, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores. (1993, p.92-95)

É ainda de Alexy o ensinamento que as disposições de direito fundamental podem ser consideradas não apenas como positivadoras de princípios, mas também como expressão de uma intenção de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos, de sorte que aquelas (as disposições) adquirem um caráter duplo, traduzido em princípios e regras, sendo essas últimas, em geral, incompletas, nada impedindo, porém, a constituição de uma norma fundamental que goze das duas características, isto é, quando o enunciado inclua tanto o princípio, que é geral, como a cláusula restritiva,¹ concluindo o professor de Gotinga que

No basta concebir las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble (1993, p.138)

Não se exaure aí o trabalho a ser desenvolvido para a concretização dos direitos fundamentais, pois também ganha relevância o reconhecimento de que princípios e valores estão relacionados entre si, podendo se falar, a exemplo da colisão dos princípios e indispensável ponderação dos mesmos, em colisão de valores e necessidade de serem os mesmos ponderados, o que demonstra a importância do trabalho do intérprete e sua influência sobre o resultado obtido, porque inegáveis o caráter deontológico dos princípios

¹ Exemplo dessa situação o inciso LXVII do art. 5º da CF: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

e o axiológico dos valores, ponto, aliás, que os distingue, segundo o autor referido, de modo que se pode admitir argumentação jurídica a partir de um ou de outro, embora a adoção dos princípios esteja mais afeita ao mundo do Direito, porque expressam claramente o caráter do dever ser e, também, porque restringem a produção de falsas interpretações (ALEXY, 1993, p.147).

Presentes essas objeções e limitações que subjazem no trabalho do intérprete, que interessa, no particular, quanto à ponderação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal como inspiradores do processo, na medida em que admitida a técnica de sumarização como critério do devido processo legal ao efeito de produzir jurisdição adequada às especificidades das relações de direito material conflituosas, impõe-se concluir que sumarização e ampla defesa não coabitam. Ao acolher-se uma, rejeita-se a outra. O embate, portanto, mesmo que se apresentando como confronto entre sumarização e ampla defesa, reflete na verdade o confronto entre os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Ponto fundamental para a superação dessa discussão está em estabelecer qual sumarização deve ser adotada para o caso concreto ou, em outras palavras, qual o devido processo legal. Uma vez superada a forma de sumarização, a defesa passará a ser praticada amplamente, mas nos termos previamente limitados pela sumarização. Assim, por exemplo, quando nas ações possessórias, irrelevante se ação de força nova ou força velha, limita-se o debate às questões possessórias, de seu âmbito excluído tudo o que refere ao reconhecimento de domínio (arts. 923 e 924, CPC). Quanto à posse, porém, serão admitidas alegações e provas por todos os meios admitidos em direito, tais como documentais, periciais, depoimentos, testemunhas, etc., como também assegurados prazos e atos processuais comuns (art. 931, CPC). Em sendo possessória de força nova (art. 924, primeira parte, CPC), a antecipação de tutela cabível não é a do art. 273 do estatuto de formas, que requer para seu reconhecimento a prova inequívoca dos fatos alegados, a ensejar alto grau de verossimilhança, agregada à alegação e prova pelo autor do perigo da demora, mas sim a antecipação de tutela específica do art. 928, que pede tão-somente prévia instrução compatível com os fatos alegados (o texto fala “devidamente instruída”), que tanto pode ser através de documentos, a autorizar a liminar já com o recebimento da petição inicial, como mediante prova testemunhal, a ser produzida em sede de audiência de justificação, excluindo a discussão sobre o perigo da demora, irrelevante para a concessão do interdito.

O estabelecimento da sumarização por vezes vem contemplado, conforme exemplos referidos, expressamente no ordenamento jurídico vigente, correspondendo a tradicionais práticas processuais e até resistindo, não sem tropeços, à onda de ordinarização que o racionalismo jurídico impôs ao processo moderno, encontrando, mais precisamente no direito pátrio, sua principal incidência nos procedimentos especiais do Livro IV do CPC e também na legislação extravagante, cujo exemplo maior é o mandado de segurança.

3 TÉCNICAS DE SUMARIZAÇÃO MATERIAL

Revela-se pertinente destacar quais as técnicas ou formas de sumarização mais correntes em nosso direito, adotada uma abordagem conceitual e limitada à sumarização material, identificada pelos doutrinadores como caracterizadora das *ações sumárias* ou *ações sincréticas*, sem embargo do reconhecimento de outras técnicas, como ocorre na sumarização formal. Exatamente por estar se angularizando a problemática da cognição sob o enfoque procedimental, que Kazuo Watanabe destacou com tanta precisão (1987, p.13-14), se agrupará essas formas pelos procedimentos que as identificam:

3.1 Procedimentos interditaís

Os procedimentos interditaís deitam suas raízes no direito romano clássico se confundindo, de um modo geral, no direito hodierno, com as tutelas de urgência ou pelo menos com um grupo delas. Seu principal traço estava em produzir um comando, positivo ou negativo, de cunho mandamental, a partir de determinados pressupostos de fato a serem oportunamente acertados, marcado por isso mesmo por características publicistas e pela maior intensidade de exercício de poder discricionário da autoridade pretoriana.

O direito brasileiro reconhece com características interditaís os procedimentos que correspondem às seguintes ações: ações possessórias (reintegração, manutenção e interdito proibitório), ação de busca e apreensão do Decreto-lei nº 911/69, ação de desapropriação, para ficar com as mais tradicionais. Tais procedimentos têm em comum a previsão de liminar a ser concedida mediante o exercício de uma cognição sumária, limitada, que se apoia exclusivamente nos fatos alegados pelo autor e na prova que este produz, onde o contraditório ou não se faz presente ou se realiza de forma franciscana, como na hipótese do art. 928, do CPC, quando designada audiência de justificação para que o autor, sedizente possuidor agredido em sua posse, possa provar os fatos alegados através de prova testemunhal, para cujo ato o réu será citado, mas tão-somente ao efeito de comparecer e acompanhar a produção da prova oral requerida por seu adversário, não podendo ele, réu, deduzir defesas ou produzir provas em favor de suas teses.

Não é diferente com a liminar de imissão de posse na ação de desapropriação, que condiciona sua concessão à alegação de urgência, por parte da autoridade expropriante, não submetida ao crivo judicial (arts. 9º e 20, do Decreto-lei nº 3.365/41), e ao depósito do preço arbitrado pelo juiz, arbitramento este que tem por fundamento basicamente as alegações fáticas da parte autora, pois é emitido antes da instauração do contraditório, ou seja, juízo formado em cognição sumária e com forte grau de discricionariedade.

Por derradeiro a liminar da ação de busca e apreensão do Decreto-lei nº 911/69, cujo art. 3º, *caput*, é draconiano: “O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor”.

As características dos procedimentos interditais não se esgotam na ordem liminar, que goza de império, força, comando, sujeito o seu cumprimento ao uso da força policial se necessário, também qualificando a sentença final, prolatada após a abertura do contraditório e da defesa do demandado, cujo conteúdo maior deixa de ser o provimento declarativo tão típico da jurisdição tradicional para se amoldar à igual feição da liminar, isso é, qualificar-se pela força executiva (*executiva lato sensu*, no dizer de Pontes de Miranda) ou mandamental, conforme a natureza do direito material tutelado exigir ou não a participação do réu em sua satisfação. Isso significa dizer que os procedimentos interditais têm como função jurisdicional *ordenar* ou *executar*, divorciando-se da função declarativa ínsita ao procedimento plenário, compondo o conflito de direito material de forma a disponibilizar desde logo o bem da vida perseguido pelo autor.

3.2 Procedimentos documentais

Cuida-se de forma de sumarização que atua diretamente sobre os meios de prova, limitando o debate aos fatos documentalmente demonstrados. Sua incidência reduz o *iter* procedimental à fase postulatória, tornando inócua e dispensável qualquer dilação probatória, o que já traduz por si só o ganho temporal que tais procedimentos autorizam, pois, cedo, no campo probatório assenta-se a fase mais morosa e também custosa do processo, dando margem a inúmeros incidentes, recursos, discussões periféricas. Sua origem remonta à Idade Média, época em que se desenvolveu o procedimento documental de maior significado para o direito processual, qual seja, o processo cambiário, destinado a tutelar créditos privilegiados e cuja evolução desencadeou o atual processo de execução por créditos.

Merece, aliás, atenção a progressão do processo cambiário, inicialmente caracterizado pela cognição sumária, mas que culminou não só alcançando autonomia em relação ao processo de conhecimento, como também se fazendo definir por uma cognição rarefeita ou eventual, como reconhece Kazuo Watanabe (1987, p.83), ao contrário de Pontes de Miranda, que chegou a negar a presença de cognição em seu âmbito, remetendo-a integralmente às ações declaratória, de condenação, constitutiva ou de mandamento (1995 (I), p.112). A lição a ser extraída é que, ao efeito de tutelar adequadamente créditos – direito subjetivo da maior relevância numa sociedade inspirada pelos princípios do Estado liberal, onde imperam os interesses do capital – renunciou-se ao dogma de que a jurisdição é declarativa e que ao juiz é dado (apenas) o poder de declarar a lei, poder esse a ser exercido predominantemente em processo destinado a expurgar definitivamente o conflito do seio social, atribuindo-lhe, pelo menos nos sistemas onde a execução é jurisdicional, o poder de expropriar o patrimônio do devedor, através de atos executórios, vedada a prática de alegações, defesas, dilatações probatórias e consagrando o exercício de uma cognição tão restrita que os doutrinadores oscilam em qualificá-la como inexistente ou como ténue, rarefeita, eventual. Em suma, a técnica da sumarização levada ao extremo para tutelar créditos obrigacionais. A previsão de embargos não infere o que foi dito, ao contrário, confirma-o, pois se trata de ação, a ser provocada pelo executado.

Mas o ordenamento jurídico brasileiro não se ressentir de previsão de procedimentos documentais, destacando-se, por sua importância no conjunto de tutelas dos direitos individuais e sociais, o mandado de segurança. É o próprio texto constitucional que impõe, como requisito de seu cabimento, a liquidez e certeza do direito alegado e, em tese, afetado por ato de ilegalidade ou abuso de poder de autoridade. Liquidez e certeza traduz-se por fato desde logo provado, demonstrado, fato inquestionável, ou seja, fato documentalmente provado.²

Essa sumariedade no campo probatório, reduzindo o debate àqueles fatos documentalmente demonstrados, autoriza procedimento que se exaure entre a postulação do impetrante, as informações do impetrado, o parecer do Ministério Público e a prolação imediata da sentença, atendendo a exigência de celeridade da tutela judicial contra ofensa praticada por autoridade a direitos subjetivos evidentes, pena de desequilíbrio no Estado de Direito. Por isso mesmo o mandado de segurança é considerado instrumento de freios e contrapesos no exercício dos poderes instituídos, conforme já tivemos oportunidade de afirmar

O mandado de segurança não é apenas mais uma ação a enfileirar as diversas ações jurisdicionais reguladas pela legislação ordinária. Cuida-se de instituto constitucional, configurando forma material de controle do poder político, não devendo os juristas que o enfocarem perder de vista essa natureza constitucional, sob pena de enfraquecimento do remédio histórico. Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 avançou no tempo, ao criar a figura do mandado de segurança coletivo, que nada mais é que o velho mandado de segurança com legitimação substitutiva, na medida em que as instituições arroladas no inc. LXX do art. 5º da CF poderão propor o writ em nome próprio, mas em defesa de direito alheio, qual seja de seus associados, membros ou filiados. Trata-se, sem dúvida, de forte progresso, na medida em que neste final de século vimos, cada vez com mais frequência, a transmutação de direitos fundamentais da esfera exclusivamente individual para a esfera coletiva, estando à evidência, os organismos representativos mais aparelhados para enfrentarem demandas processuais de porte significativo.

² Sobre o sentido da expressão constitucional *direito líquido e certo*, importante lição vem de Costa Manso, em voto magistral proferido em 1936, *venia concessa* daqueles que defendem que a expressão *liquidez e certeza* está qualificando o direito positivo em abstrato, conforme cita Celso Agrícola Barbi, em sua obra monográfica *Do mandado de segurança* (1980: 88-81): “O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado defende o ‘seu direito’, isto é, o direito subjetivo reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º, da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança. O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver ‘de plano’ um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.

Entretanto, são ainda as características processuais de sumariedade procedimental que revestem esse instituto de natureza de direito constitucional-processual em forte instrumento de freios e contrapesos. (MACEDO, 1993, p.289-290)

O mandado de segurança não esgota sua especialidade procedimental na redução da prova, servindo-se também de provimento judicial de conteúdo mandamental, seja em sede de antecipação de tutela (art. 7º, inc. II, Lei nº 1.533/51), seja em sede de sentença final, o que hoje é um consenso na doutrina pátria, mas que sempre foi defendido por Baptista da Silva

A ação de mandado de segurança, como vimos pelo que acaba de ser dito, é uma ação mandamental, criada pelo direito brasileiro, sem similar em outros sistemas jurídicos, por meio do qual todo aquele que se vê ofendido, ou ameaçado de sê-lo, em seus direitos, por ato arbitrário de uma autoridade pública, seja porque esse comportamento do agente configure uma *ilegalidade*, seja por caracterizar um *abuso de poder*, obterá uma sentença *ordenando* a imediata cessação do ato impugnado através da ação e, sujeitando o responsável, em caso de desobediência, a processo e condenação criminal, ou a outras consequências punitivas. (1990 (II), p.269)

A natureza mandamental constitui importante característica, que tanto encontra inspiração nos antigos interditos romanos como na figura do *habeas corpus*, de tradição anglo-americana, ao qual se assemelha como ação jurisdicional, mas que não decorre da redução probatória responsável pelo enquadramento do mandado na classe dos procedimentos documentais, razão pela qual será mais bem explorada em seção distinta, quando do enfrentamento das eficácias sentençiais na instrumentalidade da função jurisdicional.

A Constituição de 1988 nos oferece outro instituto processual de defesa dos direitos individuais, o *habeas data*, que guarda ou deve guardar semelhanças procedimentais com o mandado de segurança, isso é, alimentar-se dos mesmos traços e características que se opõem à ordinaryidade (procedimento documental e de eficácia mandamental). Isso porque representa instrumento hábil a equilibrar o poder daqueles que detêm a informação sobre o particular, dela podendo fazer uso, e o particular, a quem é assegurado o direito de obter a informação ou de retificá-la, quando não corresponder à realidade dos fatos, na preservação de seu direito à privacidade e a tutela de seu nome na sociedade. Tal imposição (de sumariedade) vem do próprio texto constitucional, na medida em que se ressalva ao particular buscar o seu direito pelas vias ordinárias, se essa for sua opção, conforme dispõe o art. 5º, inciso LXXII, em sua alínea “b”, parte final: “para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. Em outras palavras, o *habeas data* deve ser especial, sem prejuízo da parte buscar a tutela pelas vias ordinárias, que, rigorosamente, sempre estiveram a seu alcance, mesmo antes da previsão constitucional específica.

Nesse diapasão, a Lei nº 9.507/97 estabeleceu procedimento administrativo prévio, bastante singelo e célere, como forma de documentar a recusa de fornecer a informação devida ou de retificar registros equivocados, conforme arts. 2º a 4º, legitimando o interessado a se valer do procedimento sumário, documental e mandamental do *habeas data*, conforme art. 8º e parágrafo único do predito estatuto legal, isto é, fazendo-se a petição inicial acompanhar dos documentos comprobatórios ou da recusa ao acesso das informações, ou da recusa em fazer-se a retificação ou anotação pretendida pelo requerente.

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminhava neste mesmo sentido, tanto é assim que foi editada a Súmula nº 2, com a seguinte redação: “Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. A exigência de prévia recusa tem o efeito maior exatamente de afastar a dilação probatória, que seria inevitável na hipótese de tornar-se fato controvertido.

3.3 Procedimentos monitorios ou injuncionais

Trata-se de procedimentos desenvolvidos para tutelar direitos creditícios. Sua principal tônica está em valorizar o juízo de verossimilhança do crédito alegado, o que se dá por três mecanismos distintos: o primeiro, emanação de ordem de pagamento, isto é, comando judicial impositivo; o segundo, inversão do contraditório, que passará a ser de iniciativa do réu, cabendo ao demandado o ônus de provocá-lo; e o terceiro, previsão de execução provisória, satisfazendo-se desde logo o crédito ou, na pior das hipóteses, antecipando parcialmente sua execução futura. Nesse sentido, a verossimilhança dos fatos alegados pelo autor tem o efeito de inverter as posições, colocando no pólo ativo a presunção da verdade, enquanto no procedimento comum essa presunção só é adquirida após o silêncio ou omissão do réu, ao deixar de contestar a ação que lhe é proposta (art. 319, CPC).

Se a natureza do ato judicial de ordem e a própria execução provisória constituem técnicas utilizadas em outros procedimentos sumários, não configurando propriamente uma novidade, a inversão do contraditório, especialmente se aliada a outros cortes de conhecimento, como a limitação do debate, excluindo-se da defesa determinadas questões, transforma-se em importante mecanismo em resgatar formas alternativas à atividade jurisdicional, divorciando-se do procedimento comum e de sua ordinariedade.

A bem da verdade, necessário registrar que o procedimento monitorio que o direito pátrio passou a contemplar a partir da Lei nº 9.079/95, com a introdução dos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c no estatuto processual, também se maculou desse tratamento “ordinarizante”, em especial pela absoluta ausência de previsão de formas específicas de execução provisória, negando a própria história e tradição do procedimento no direito europeu continental, onde, curiosamente, inspirou-se o modelo.³

3 O tema foi por nós explorado mais detalhadamente na obra *Do procedimento monitorio* (1998).

3.4 Procedimentos cautelares

Talvez seja os procedimentos cautelares um verdadeiro ícone da sumarização procedimental e, de todos os anteriores, os mais respeitados como tais pelos operadores do Direito, embora isso não signifique dizer que estejam infensos a sofrer as influências da ordinarização. A função de garantir um bom direito posto sob ameaça de grave prejuízo sempre exigiu da jurisdição a devida adequação processual, que se faz tanto no plano material como no formal. Neste último, traduzindo-se por um *iter* célere e simplificado, com concentração de atos e prazos curtos. No plano material, a sumarização se dá quer no sentido vertical, ao prever liminar em favor do autor, como no horizontal, reduzindo o objeto cognoscível ao extremo, na medida em que remete para o processo principal, já instaurado ou a ser promovido, a discussão da demanda de direito material.

Também para Kazuo Watanabe as ações cautelares e seus respectivos procedimentos constituem modelo de cognição sumária, classificando-as na categoria de cognição superficial, tendo em vista o corte de conhecimento cujo fundamento é a urgência e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tanto no sentido da extensão ou amplitude como da profundidade do conflito (1987, p.100-103).

3.5 Outras tutelas sumárias

A exigência de se efetivar satisfatoriamente a prestação jurisdicional tem convivido com a cultura da ordinarização do processo, de modo que as reações nunca deixaram de se fazer presentes, ora revitalizando antigas técnicas, ora reinventando-as, mediante a combinação de determinados mecanismos típicos de uma ou de outra ação sumária, produzindo modelos híbridos e aperfeiçoando os já existentes. Exemplos dessas tutelas sumárias, como denuncia Baptista da Silva, são as *autotutelas judicializadas*, representadas pela ação de busca e apreensão de bens objeto de alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei nº 911/69) e a execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66, que radicaliza afastando a atividade jurisdicional de seu âmbito. Na primeira hipótese, a sumariedade se faz presente na previsão da liminar, na redução do campo da contestação, na eficácia executiva *lato sensu* da sentença, traços já conhecidos da dogmática processual e que não chegam a inovar, mas aos quais se agrega a definitividade material da antecipação de tutela com a venda, pelo credor, independentemente de qualquer intervenção judicial, do bem alienado fiduciariamente e retomado em sede de liminar. Na segunda, a execução se dá à revelia da intervenção do Judiciário, mediante leilão público do bem imóvel objeto de financiamento pelo sistema habitacional, em caso de mora do mutuário devedor, equiparando-se, portanto, à execução privada, o qual só poderá se valer dos meios processuais ordinários na defesa de seus direitos, incidindo a velha regra, isto é, *solvat et repete* (1987 (I), p.113-114).

4 O IR E VIR DOS TEXTOS LEGISLATIVOS

O direito processual pátrio tem sido nas últimas décadas objeto de inúmeras reformas legislativas, muitas delas, graças à combatente doutrina desenvolvida na comunidade jurídica, vindo ao encontro de um processo adequado ao nosso tempo e às nossas necessidades. Apenas para destacar alguns desses avanços, merece registro especial a reforma de 1994, através da Lei nº 8.952, que introduziu a antecipação de tutela (art. 273, CPC) e as ações/sentenças mandamentais nas obrigações de fazer, servidas também com especial tutela de urgência (art. 461, CPC); a Lei nº 10.444/02, que não só reformulou o sistema dos provimentos antecipatórios como introduziu as ações/sentenças executivas lato sensu para as obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, CPC); e a Lei nº 11.232/05, que revogou a dicotomia cognição-execução nas obrigações de pagar quantia em dinheiro.

Trata-se de um conjunto de conquistas que respondem por mais de três décadas de intenso debate jurídico sobre a efetividade da prestação jurisdicional, que não pode ser negligenciado pela produção de novas leis, pena de um retrocesso na construção de um paradigma de processo voltado à jurisdição efetiva e tempestiva.

A proposta de um novo Código de Processo Civil, que hoje se encontra em tramitação junto ao Congresso Nacional,⁴ nos leva a avaliar até que ponto essas conquistas não só estão devidamente preservadas, como reforçadas e até ampliadas, ainda que o texto produzido não represente o resultado legislativo final, porquanto se encontre sob debate nacional.

A Comissão responsável pela produção do anteprojeto afirmou que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (2010: Exposição de Motivos do Anteprojeto). Essa é, sem dúvida, a grande expectativa do povo brasileiro, até porque a proposta alcançou a grande mídia, não se duvidando, por certo, que tenha sido a principal inspiração do trabalho desenvolvido, mas nem por isso liberada está a cidadania não só de participar, mas principalmente de contribuir criticamente para o produto final.

À sumariação do processo no novo texto, então, em breves linhas.

Relativamente ao sistema dos provimentos antecipatórios, a proposta legislativa cuida das tutelas de urgência, assim entendidas as satisfativas e as cautelares, e da tutela de evidência, em capítulo à parte.⁵ Sem embargo do tratamento efetivamente mais simplificado, introduzindo adequadamente o tema na parte geral do processo e pondo uma pá de cal na discussão estéril sobre as diferenças entre as tutelas satisfativas e as cautelares, o fato é que a previsão dessas tutelas, tão comprometidas com a sumariação procedimental, insiste na figura do *dano* (a exemplo, lesão grave, caução no art. 278;

⁴ Através do Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, foi constituída comissão de juristas destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, cujo texto foi entregue ao Senado Federal em data de 8 de junho de 2010.

⁵ Arts. 277/285 do Anteprojeto.

dano irreparável, no art. 283) para sua concessão, negligenciando o *ilícito* como forma de sustentação do provimento antecipatório, conforme atualmente previsto no art. 461, § 3º, do CPC, o que representa *patrimonialização* do processo, limitação de incidência do juízo de verossimilhança e empobrecimento da prestação jurisdicional de urgência.

No mesmo fio, em detrimento da *sumarização processual*, a supressão de procedimentos especiais, nitidamente sumários materiais, na sua grande maioria, conforme o restritivo rol dos arts. 505 a 652 do Anteprojeto, abortando da especialização de tratamento as ações de depósito, a nunciação de obra nova, a ação monitoria, entre outros, o que significa jogá-los na ordinariade. Agrega-se a isso, a revogação do procedimento sumário, hoje tratado no art. 275, do CPC, abolindo-se a sumarização formal.

Em relação ao corte de conhecimento no âmbito do processo ordinário, conforme implicitamente autorizado pela atual redação do § 6º do art. 273, do CPC, permitindo que o juiz não só antecipe, mas julgue – com força de sentença – desde logo os pedidos incontroversos, cindindo o processo e remetendo as questões de fato e controvertidas para uma fase seguinte,⁶ o Anteprojeto é omissivo. Contudo, em sentido contrário, são várias as disposições sobre a ampliação da ordinarização, como a *cumulação de ações*, conforme art. 312,⁷ que em seu caput dispensa a presença de conexão entre as ações a serem reunidas, espraiando, portanto, sua incidência, e no § 2º, quando admite expressamente a renúncia ao procedimento especial (leia-se, materialmente sumário) em favor da ordinariade. No mesmo diapasão, o *contrapedido*, conforme art. 337 da proposta,⁸ cuja simplificação formal merece aplausos, mas também críticas por não construir o Anteprojeto medidas que representem antídoto à generalização do procedimento ordinário, sempre guardadas as especificidades que qualificam a relação de direito material conflituosa.

Entre as perguntas que se impõem, até que ponto este consequente e sistemático fortalecimento do procedimento ordinário, que passa a recepcionar pretensões de direito material não mais merecedoras de tratamento diferenciado, também não se repercutirá sobre os procedimentos especiais que ainda permanecem assim tutelados pelo novo texto, representando um retrocesso nas conquistas antes defendidas?

E mais. Embora remanesça como válvula de escape o art. 107, inciso V, do Anteprojeto, que dispõe estar no poder do juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”, até que ponto essa regra genérica tem força suficiente para sustentar a sumarização do processo?

⁶ Para aprofundamento do tema, remete-se o leitor a MACEDO, Elaine Harzheim. Penhora on line: uma proposta de concretização da jurisdição executiva. Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Coord. Ernane Fidélis dos Santos...[et all]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 465-475.

⁷ Anteprojeto, art. 312: “É lícita a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.” ...”§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação, se o autor empregar o procedimento comum e for este adequado à pretensão”.

⁸ Anteprojeto, art. 337: “É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias”.

De outra banda, em nome da simplificação do tratamento legislativo, senão única, principal razão arguida como motivação da supressão levada a efeito, representa ganhos reais revogar práticas que sustentam a efetividade da prestação jurisdicional?

Tais questionamentos, levantados a título de reflexão, não esgotam a problemática da sumarização no novo texto, mas visualizam o horizonte processual que está por vir, a exigir da comunidade jurídica muita atenção, pena de se abrir mão de conquistas legítimas de um passado recente.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO

A sumarização do processo representa milenar discussão envolvendo a efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional, desdobrando-se em inúmeras facetas distintas, tanto no âmbito formal como no material.

Percorrer o passado não é perda de tempo. É conscientizar e valorar conquistas e avanços, é construir o futuro sem repetir erros pretéritos.

Seu debate, portanto, se deu no antes, mas persiste se dando no agora e certamente se dará no depois. Experiências levadas a exaustivas práticas no cotidiano forense e consagradas em textos legislativos não podem ser simplesmente ignoradas, como se vazias de conteúdo ou de pragmatismo.

É relativamente fácil formatar textos legislativos, principalmente tratando-se de regras processuais, e lançá-los aos leões como um prato novo, apetitoso e diferente. Não se pode dizer o mesmo da construção de institutos que se eternizam, não apenas por estarem contemplados na lei, mas porque chegando às práticas forenses, já afirmaram sua utilidade e sua funcionalidade na prestação jurisdicional.

Que a sumarização do processo não seja velada sob o manto de uma ilusionista simplificação procedimental que, no seu gênese, está alimentada pela ordinariedade, tão nefasta à prestação jurisdicional concreta.

Não se pode olvidar que a simplicidade pode e deve alimentar as formas procedimentais, mas o processo, como espaço de construção do direito do caso concreto, não é e jamais será simples.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1987,1990, v. I-II.

_____. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- _____. Da sentença liminar à nulidade da sentença. São Paulo: Forense, 2001.
- BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 3. ed., 3. tir., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v.1.
- GULLÉN, Victor Fairen. El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Barcelona: Bosch, 1953.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Do procedimento monitorio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. O mandado de segurança como instrumento de freios e contrapesos. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.58, p.279-290, 1993.
- _____. Penhora on line: uma proposta de concretização da jurisdição executiva. Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Coord. Ernane Fidélis dos Santos...[et all]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 465-475.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NEGRÃO, Theotonio (org.). Código de processo civil e legislação processual em vigor. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários ao código de processo civil. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I.
- WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.