

**Universidade Federal do Paraná  
Setor de Ciências Jurídicas**

**TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EMERGÊNCIA**

**ANDRÉ RIGÃO GOMES**

**Curitiba  
2009**

**Universidade Federal do Paraná**  
**Setor de Ciências Jurídicas**

**TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EMERGÊNCIA**

Monografia apresentada pelo aluno André Rigão Gomes (GRR20050360) sob orientação do professor Alcides Alberto Munhoz da Cunha como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2009.

Orientador: Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha

**ANDRÉ RIGÃO GOMES**

**Curitiba**  
**2009**



## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ANDRÉ RIGÃO GOMES

### **TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EMERGÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil – UFPR

Professor Ricardo Alexandre da Silva  
Universidade Tuiuti do Paraná - UTP

Professor Sérgio Cruz Arenhart  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil – UFPR

Curitiba, 11 de Novembro de 2009.

*Este trabalho monográfico é dedicado à minha querida esposa Márcia.*

*Agradeço imensamente as contribuições do Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha, e também do amigo Jonatas Luis Pabis.*

*“Ainda existe muita confusão entre os tipos de tutela, em especial entre as de urgência e as de emergência. O legislador reformista foi genial ao prever diferentes manifestações ou tipos de tutela diferenciada no novo artigo 273 do CPC, onde se contêm três espécies de antecipação de tutela, que têm diferentes pressupostos, atendendo a diferentes finalidades e submetendo-se a diferentes regimes jurídicos”.*

*(Alcides Alberto Munhoz da Cunha)*

## **RESUMO**

As mudanças no Código de Processo Civil, que trouxeram em definitivo para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto da antecipação da tutela, ainda são motivo de muita confusão entre os estudantes do direito. Uma certa falta de definição terminológica resultou, ao longo dos anos, em textos mal escritos e muito embate doutrinário. Esta discussão teórica, apesar de estimulante do pensamento jurídico, tem seus reflexos até mesmo na práxis dos operadores do Direito. Não raros são os pedidos de antecipação de tutela contendo elevado grau de imprecisão acerca do tema, em especial com relação aos pressupostos para a concessão da antecipação da tutela. O mesmo acontece com os magistrados, sendo freqüentes as decisões com fundamentação equivocada, tanto para a concessão quanto para o não provimento de antecipações de tutela.

É necessário um prévio aprofundamento nos temas dos tipos de cognição, e dos tipos de tutela, para que se tenha o embasamento teórico suficiente para se entender como as novas necessidades da sociedade podem ser, em parte atendidas pelo novo instituto objeto deste estudo. De forma breve, porém nunca superficial, abordaremos estes temas como pressuposto lógico para entendimento do posicionamento teórico dos grandes doutrinadores do processo civil brasileiro, em especial os paranaenses.

O trabalho procura comparar as posições destes autores, de forma a encontrar a raiz do estudo da antecipação de tutela, o veio que une as diferentes formas de abordagem doutrinária sobre a antecipação da tutela, com vistas a dar ao estudante do tema um claro cenário sobre os pontos divergentes e os concordantes, na intenção de ser um escrito com efetividade didática para as próximas gerações.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Processo Civil, Antecipação de Tutela, Tutela de Urgência, Tutela de Emergência.

## **ABSTRACT**

The changes in the Code of Civil Procedure, which ultimately brought to the Brazilian legal system the institution of the anticipated judicial protection, are still the subject of much confusion among students of law. A certain lack of definition in terminology resulted, over the years, poorly written text and doctrinal struggle. This theoretical discussion, although stimulant legal thought, has its effects even in the practice of law professionals. Petitions with high levels of uncertainty about the issue, especially with regard to requirements for the granting of the anticipated judicial protection, are not rare. The same applies to the magistrates, and decisions with wrong reasons are frequent for both the grant and for the dismissal of anticipated judicial protection.

It is necessary a previously deep diving in the themes of the types of cognition, and the types of judicial protection. In order to have a sufficient theoretical basis for understanding how the changing needs of society can be partly met by the new institute study object. Briefly, but never superficial, we will discuss these topics as logical assumption for understanding the theoretical positions of the major writers of the Brazilian Civil Procedure, in particular the ones from Paraná.

The monograph aims to compare the positions of these authors, in order to find the root of the anticipated judicial protection, the shaft that connects the different forms of doctrinaire approach on the anticipated judicial protection, in order to give the student a clear theme scenario on the sticking points and consistent points with the intention to be a written with an effective teaching for future generations.

## **KEYWORDS**

Civil Procedure, anticipated judicial protection, Urgent anticipated judicial protection, anticipated judicial protection on emergency.

## LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

UFPR	- Universidade Federal do Paraná
CPC	- Código de Processo Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição Federal
RT	- Revista dos Tribunais
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
ABNT	- Associação Brasileira de Normas Técnicas

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2 A NECESSIDADE DE NOVAS TUTELAS</b> .....	<b>14</b>
<b>3 OS TIPOS DE COGNIÇÃO</b> .....	<b>17</b>
3.1 COGNIÇÃO EXAURIENTE .....	17
3.2 COGNIÇÃO SUMÁRIA.....	18
3.3 COGNIÇÃO PLENA.....	19
3.4 COGNIÇÃO PARCIAL.....	20
<b>4 AS DIFERENTES TUTELAS</b> .....	<b>21</b>
4.1 TUTELA PELO EQUIVALENTE .....	21
4.2 TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO MATERIAL.....	22
<b>4.2.1 Tutela inibitória</b> .....	<b>23</b>
<b>4.2.2 Tutela de remoção do ilícito (Tutela reintegratória)</b> .....	<b>24</b>
<b>4.2.3 Tutela ressarcitória na forma específica</b> .....	<b>26</b>
<b>5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA</b> .....	<b>27</b>
5.1 TUTELA CAUTELAR .....	27
5.2 TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	30
<b>5.2.1 Breve descritivo histórico</b> .....	<b>31</b>
<b>5.2.2 A tutela antecipatória</b> .....	<b>32</b>
<b>5.2.3 O artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC)</b> .....	<b>34</b>
<b>5.2.4 A visão de Alcides Munhoz</b> .....	<b>36</b>
5.2.4.1 No fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	36
5.2.4.2 No abuso do direito de defesa.....	38
5.2.4.3 No manifesto propósito protelatório do réu.....	38
<b>5.2.5 A temporariedade da decisão proferida com base no art. 173, I ou II, do CPC</b> .....	<b>40</b>
<b>5.2.6 A verossimilhança da alegação (art. 273, caput, CPC)</b> .....	<b>40</b>
<b>5.2.7 O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação</b> .....	<b>42</b>
<b>5.2.8 O abuso do direito de defesa (art.273, II - parte inicial, CPC)</b> .....	<b>42</b>
<b>5.2.9 O manifesto propósito protelatório do réu (art.273, II - parte final, CPC)</b> ..	<b>44</b>
<b>5.2.10 O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado</b> .....	<b>44</b>
<b>5.2.11 A tutela antecipada do §6º do art. 273 do CPC</b> .....	<b>47</b>

5.2.12 A fungibilidade do §7º do art. 273 do CPC .....	49
6 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	51
7 CONCLUSÃO .....	54
8 REFERÊNCIAS.....	57

## 1 INTRODUÇÃO

O direito hodierno no mundo ocidental, dos países que adotaram o sistema da civil law, pode ser caracterizado, sem medo de erro, como um direito constitucionalizado e codificado. Esta constitucionalização deve muito ao movimento que criou a Constituição norte-americana.

Já a codificação historicamente guarda grandes raízes no grande movimento codificador surgido após a Revolução Francesa de 1789, na qual a burguesia, classe em ascensão, procurou garantir que o Estado não mais interferisse na esfera jurídica do cidadão antes de um processo por vezes lento no qual o autor e o réu poderiam com calma e paciência demonstrar suas razões ao juiz. Este juiz, “engessado” que foi, podendo apenas ser a “boca da lei”, sem dar-lhe interpretação, somente decretaria uma intervenção patrimonial contra as partes ao final deste processo.

Esta fórmula mágica, da intervenção no mundo real ao final do processo, serviu muito bem por dois séculos, sem os quais o mundo dos usuários do direito não estaria preparado para o que aconteceu ao final do século XX.

O Direito amadureceu, as instituições amadureceram, e o momento da atuação do Estado de forma prática, no mundo real dos fatos, necessitou ser adiantado, face às novas necessidades de tutela que surgiram, por conta da velocidade que o mundo contemporâneo do final do segundo milênio imprimiu à sociedade.

Desta forma, a tutela jurisdicional do direito material, que era prestada a partir do momento da sentença, em casos especiais passou a ser mister durante o processo, muitas vezes, no início do processo, e não mais somente ao fim. Este adiantamento foi possível com o instituto da tutela antecipatória.

Esta monografia pretende facilitar ao leitor o estudo da tutela antecipatória, delimitando-a geograficamente ao Brasil, comparando-a com a tutela de cunho assecuratório (estudando suas semelhanças e diferenças), e procurando utilizar o aparato teórico dos grandes doutrinadores da Universidade Federal do Paraná, tais como Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

Para atingir este objetivo, procurar-se-á trilhar um caminho lógico, iniciando-se pela exposição da necessidade fática, histórica da antecipação de tutela, e em

seguida expondo os quatro tipos de cognição possíveis em um processo de conhecimento.

Depois, através do estudo dos tipos possíveis de tutela, serão evidenciadas as similaridades e diferenças entre elas, para que no capítulo 5 possa-se concentrar no objeto principal deste texto, as tutelas de urgência, com especial atenção à tutela antecipada (com destaque à tutela de emergência).

No capítulo 6, com a exposição sobre tutela cautelar e tutela antecipatória, será demonstrada a importância de comparar os dois institutos, e de fazer a discussão doutrinária sobre o caráter satisfativo ou não, de ambas. E mais do que isso, tentar-se-á mostrar que a prestação efetiva da tutela do direito material está acima das divergências doutrinárias – assunto a ser aprofundado na conclusão.

Esta monografia tem a pretensão de ser uma possível fonte de consulta ao estudante paranaense de Direito do início do século XXI, que tem o privilégio de poder compartilhar o conhecimento de grandes personalidades da doutrina do Direito Processual Civil brasileiro.

## 2 A NECESSIDADE DE NOVAS TUTELAS

O Código de Processo Civil brasileiro, e o seu processo de conhecimento, datam de 1973. Nesta década, os anos 70 do século XX, o mundo ocidental (e assim, também o Brasil) já passava por transformações sociais que tornavam o processo de conhecimento que se pretendia adotar, ultrapassado, incapaz de fazer face às novas demandas. A crescente conscientização das pessoas sobre a sua titularidade de direitos, e principalmente, sua titularidade sobre novos direitos que surgiam, tornava necessária a adoção de novos métodos capazes de aumentar a efetividade da justiça. Também colaboravam neste sentido alguns fenômenos cada vez mais notados, como a sociedade de massa, e a globalização.

José Joaquim Calmon de Passos já alertava<sup>1</sup> que cometemos um grave erro contra o próprio homem “quando nos detemos na compreensão normativa do fato social e chamamos a esse esforço intelectual de direito, quando ele está em verdade no resultado final e fático da operação”.

Como bem disse Luiz Guilherme Marinoni, conforme segue, chegou-se em um ponto em que:

“o processualista acordou e percebeu que a justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão”.<sup>2</sup>

Talvez o conceito que mais represente os anseios dos processualistas, e da sociedade brasileira como um todo nesta época fosse o da efetividade. Era isso que, afinal, notava-se que o processo carecia. Mais do que isso, era de efetividade que o Direito carecia. Desta maneira, uma das faces que poderia possibilitar um aumento da efetividade seria uma reforma no processo civil. Era preciso trabalhar com um método mais teleológico, finalístico, sem abandonar a axiologia. Como bem lembra Alcides Alberto Munhoz da Cunha<sup>3</sup>, citando Cândido Rangel Dinamarco, havia a

---

<sup>1</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984. v.10, t. I, p. 16-17.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 19.

<sup>3</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11, p. 151.

necessidade de se escolher um método no qual os resultados valham mais do que os conceitos e as estruturas internas do sistema, no qual a hermenêutica fosse utilizada para interpretar a norma substancial com uma orientação finalística e axiológica.

Esta efetividade tinha que ser entendida como fazer valer mais a ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas do que a satisfação formal do direito de ação. Era o momento de se trocar as lentes, trocar os óculos, e enxergar o processo a partir do ponto de vista do consumidor dos serviços jurisdicionais, e não mais a partir da ótica dos produtores do processo. Também era importante que esta nova forma de encara o processo estivesse aberta a um maior número de pessoas, para que atingisse uma maior parcela da população. Seria assim, uma abertura qualitativa e também quantitativa do processo.

Alcides Munhoz enxerga aqui uma terceira fase evolutiva do processo, a fase da instrumentalidade, que é a fase que estamos hoje. Esta fase da instrumentalidade sucede as duas anteriores, quais sejam a fase do sincretismo, e a fase da autonomia.

Como parte deste processo de repensar o direito processual pelo viés da efetividade, vieram as ondas renovatórias do direito processual positivo.

A primeira onda renovatória assinalou uma preocupação com uma melhoria quantitativa, ou seja, possibilitar que uma maior parcela da população tivesse acesso à justiça. Foram então criados os juizados de pequenas causas, os juizados especiais, e os procedimentos de conciliação, mediação ou arbitragem.

A segunda onda preocupou-se com a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Houve o desenvolvimento das ações coletivas, ações civis públicas, e a criação do Código de Defesa do Consumidor, aceitando e positivando a hipossuficiência de um dos pólos, e desta maneira, fazendo com que o direito tratasse melhor esta situação de desigualdade processual que por tantas vezes houvera feito prevalecer o direito do mais forte.

A terceira onda, desencadeada na década de noventa do século passado, é a da renovação, reformulação dos Códigos de Processo. É nesta fase em especial que concentramos os estudos neste momento.

Alcides Munhoz identifica<sup>4</sup> também aquela que é a fase mais dolorosa para os defensores do corporativismo jurídico: a reforma da organização judiciária.

A terceira onda renovatória, dentro da qual se encontra o assunto foco desta monografia, teve seus trabalhos coordenados pelos então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira (da Escola Nacional de Magistratura) e Athos Gusmão Carneiro. Vários anteprojetos de lei foram encaminhados ao Congresso, sempre com a premissa de se reformar o Código atual (vigente à época), aproveitando a estrutura de artigos já existente, sem que assim houvesse a necessidade de criação de um novo código de processo civil. Foram convertidos em lei vários anteprojetos que versaram sobre: perícias judiciais, citações e intimações, liquidação, recursos, ações de consignação em pagamento, usucapião, tutela antecipatória, títulos executivos extrajudiciais, ação monitória, agravo, procedimento sumário, entre outras.

Dentre estas modificações, chama a atenção e será objeto deste estudo em especial o novo artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, introduzido pela lei 8.952, em 1994. A respeito dele, disse Alcides Munhoz:

“O legislador reformista foi genial ao prever diferentes manifestações ou tipos de tutela diferenciada no novo artigo 273 do CPC, onde se contêm três espécies de antecipação de tutela, que têm diferentes pressupostos, atendendo a diferentes finalidades e submetendo-se a diferentes regimes jurídicos”.<sup>5</sup>

A tutela antecipatória contra o dano (art. 273, I) já fazia parte de alguns procedimentos especiais. A tutela antecipatória em caso de abuso de defesa (art. 273, II) não estava expressa na lei processual, porém alguns procedimentos especiais já tutelavam contra defesa de mérito indireta infundada. Já a tutela da parte incontroversa do pedido (art. 273, §6º) não existia em nosso sistema processual civil antes de 1994.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11, p. 152.

<sup>5</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 255.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: RT, 2009. p. 40.

### 3 OS TIPOS DE COGNIÇÃO

Antes de adentrarmos nas diferenciações entre os tipos de tutela, faz-se mister a diferenciação entre os tipos de cognições possíveis.

Por cognição, pode-se entender, nas palavras de Kazuo Watanabe:

“a atividade desenvolvida pelo magistrado na busca das razões fáticas e jurídicas do direito analisado para a posterior indicação das medidas adequadas à materialização deste direito. Essa busca, dependendo da técnica cognitiva utilizada, pode ser profunda ou superficial; parcial ou total; e pode produzir resultados definitivos ou provisórios”.<sup>7</sup>

Torna-se importante discorrer sobre os tipos de cognição possíveis em um processo, pois somente com o uso das técnicas corretas de cognição é que se pode pensar em técnicas mais adequadas à efetividade da tutela jurisdicional.

A cognição pode ser estudada dividindo-a em dois planos, o vertical e o horizontal. No plano vertical, altera-se a profundidade da atividade cognitiva. O grau mais profundo será o da cognição exauriente, enquanto o grau menos profundo será o da cognição sumária. Já no plano horizontal, altera-se a amplitude da matéria conhecida na atividade cognitiva. O grau mais amplo será o da cognição plena, e por outro lado, o grau menos amplo será o da cognição parcial.

#### 3.1 COGNIÇÃO EXAURIENTE

A cognição exauriente é aquela na qual é possibilitada a ampla defesa mediante o contraditório de maneira plena. A fase instrutória dá-se por completo, tendo a defesa a oportunidade de se materializar de todas as formas possíveis e admissíveis no direito. Não há aqui a subversão do contraditório. Esta é a cognição padrão, do processo de conhecimento do Código de Processo Civil brasileiro.

Na cognição exauriente, a busca é pela certeza jurídica, certeza de que a afirmação de que o direito existe é verdadeira. Atento aos detalhes, como sempre, Marinoni esclarece que na cognição exauriente “não se prova que o direito existe,

---

<sup>7</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 36.

mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito”.<sup>8</sup>

Somente os provimentos feitos em sede de cognição exauriente é que podem receber a eficácia da declaração de certeza jurídica e da coisa julgada material. Desta forma, estes provimentos têm grau máximo de estabilidade, o da definitividade.

### 3.2 COGNIÇÃO SUMÁRIA

A cognição sumária, por não ser a cognição padrão, será utilizada de forma excepcional. Conforme o prof Alcides Munhoz escreve, “as técnicas de cognição sumária somente se justificavam quando o processo padrão, de cognição exauriente, fosse complicado e moroso”.<sup>9</sup>

A cognição sumária não é uma cognição completa como a cognição exauriente (ou ordinária). A cognição sumária é uma cognição superficial, incompleta em comparação ao padrão da cognição exauriente. A cognição sumária trabalha com os direitos presumidos, aqui não se fala em certeza jurídica. Se houvesse a certeza jurídica, estaríamos em situação de cognição exauriente. Pode-se citar como exemplo de presunção de certeza, na visão de Alcides Munhoz, o manifesto propósito protelatório do réu.

Mas onde se situa a incompletude, a superficialidade da cognição sumária? Diz-se incompleta pois o provimento formado com ela é feito sem que se tenha deixado ocorrer o contraditório, ou se já instalado o contraditório, sem que se tenha dado o tempo necessário para que este seja executado, utilizado em sua plenitude, ou, nas palavras do professor Doutor da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Alcides Munhoz, “ainda antes de se cumprir a dilação probatória para a

---

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 33.

<sup>9</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 244.

demonstração de fatos que tecnicamente não podem ser tidos como incontroversos”.<sup>10</sup>

Como não se trata do modelo padrão de cognição, que seria a exauriente, a cognição sumária só pode ser utilizada nas hipóteses previstas em lei, ou seja, a cognição sumária somente será possível quando a lei assim o disser. Resulta dizer que a cognição sumária pressupõe tipicidade da situação.<sup>11</sup>

Se o provimento baseado em cognição sumária não teve em seu íntimo a oportunidade de se obter o contraditório de forma plena, se a dilação probatória não foi ampla, será impossível se esperar que este provimento seja abarcado com o recebimento da sobreficácia da coisa julgada. Só são passíveis de receberem a coisa julgada os provimentos em que houve a certeza jurídica, os provimentos baseados em situações nas quais houve o contraditório com toda dilação probatória necessária e adequada.

Se o provimento baseado em cognição sumária não é passível de receber a sobreficácia da coisa julgada material, também não será passível de receber a imutabilidade, por óbvio, já que implica obrigatoriamente em se aguardar o provimento em cognição exauriente, que lhe seja posterior. O professor Alcides Munhoz considera estável o provimento em sede de cognição sumária, “enquanto não houver pronunciamento em contrário em cognição exauriente”.<sup>12</sup>

### 3.3 COGNIÇÃO PLENA

A cognição plena está presente quando não se restringe a matéria à qual o magistrado terá acesso para análise. É a cognição de grau mais amplo, e é a cognição característica, por exemplo, do procedimento ordinário do CPC. O magistrado, neste caso, pode abranger todos os aspectos do caso em questão, sem exceção.

---

<sup>10</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipações e Antecipações, in Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 245.

<sup>11</sup> Ibid, p. 246.

<sup>12</sup> Ibid, p. 247.

Contrapõe-se à cognição parcial, a qual tem exceções com relação à matéria que poderá ser alegada pelas partes.

Cabe ressaltar que a adoção de uma cognição no plano horizontal (cognição plena ou cognição parcial) independe da adoção de uma cognição no plano vertical (cognição exauriente ou cognição sumária).

### 3.4 COGNIÇÃO PARCIAL

Diz-se cognição parcial quando há exceções à matéria que poderá ser alegada pelas partes, e analisada pelo magistrado. Essas exceções se dão em virtude de lei, como, por exemplo, no caso do art. 20 do Decreto-lei 3.365/41, que restringe a matéria de defesa na ação de desapropriação.

Segundo o entendimento de Ovídio Baptista da Silva, o procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade ao permitir o surgimento de uma sentença definitiva (com força de coisa julgada material) “em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa -, mas deixa de lado o valor justiça material”.<sup>13</sup>

Mas Luiz Guilherme Marinoni bem explica que “a restrição da cognição no sentido parcial não pode impedir o réu de levar ao Judiciário, através de outra ação, a questão excluída”.<sup>14</sup> Caso contrário, o constitucional direito de ação estaria sendo violado, e somado a isso, haveria também uma violação ao direito de defesa.

A intenção de se utilizar um procedimento com tal cognição é a de dar efetividade à tutela do direito material, em situações especiais, todas sempre com expressa previsão legal.

---

<sup>13</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos Especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 31.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 379.

## 4 AS DIFERENTES TUTELAS

Para que se possa melhor entender o que se quer dizer com a expressão “tutela antecipada”, ou “tutela antecipatória”, faz-se necessário distinguir os diferentes tipos de tutela, de acordo com o modo com o qual são prestadas, antes de iniciar-se o tema das tutelas de urgência, que melhor irá estudar a antecipação da tutela.

### 4.1 TUTELA PELO EQUIVALENTE

A tutela pelo equivalente ao valor do dano ou ao valor da obrigação inadimplida é aquela que deve ocorrer sempre que for impossível o cumprimento da obrigação na forma específica, ou quando o cumprimento na forma específica não for do interesse do credor. Outro caso em que se aplica a tutela pelo equivalente é aquele no qual houve violação de obrigação instantânea, não sendo mais possível a outorga da prestação.

Sua aplicação dar-se-á, ou seja, a tutela pelo equivalente pode ser prestada quando o dano ou a obrigação contratual inadimplida não podem ser objeto da tutela específica.<sup>15</sup>

A tutela pelo equivalente, historicamente, era a tutela padrão do Estado Liberal clássico, que não tinha interesse em tratar de maneira diferente as diferentes classes sociais e as diferentes situações de direito substancial. Como havia nesse tempo a igualdade formal, não fazia sentido a jurisdição tratar de forma diferente os sujeitos formalmente iguais, embora com visíveis distinções no mundo real, no concreto.<sup>16</sup> A tutela pelo equivalente mantinha intacta a liberdade do homem ao não admitir a coercibilidade das obrigações.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 451.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 156.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 44.

## 4.2 TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO MATERIAL

Historicamente, a tutela específica é a tutela do Estado Constitucional, ou seja, o modelo de Estado que se demonstra hodiernamente no mundo ocidental, pois este Estado tem a incumbência de editar políticas públicas de proteção aos hipossuficientes, e o dever de proteger os direitos básicos do cidadão. O Estado Constitucional tem o dever de evitar a degradação do direito em pecúnia, e assim o dever de proteger os direitos na forma específica. O mecanismo para isso é a tutela específica do direito material.

Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni classificam a tutela específica do direito material como aquela que “se contrapõe à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou ao valor da prestação”. Ao contrário do que ocorre na tutela pelo equivalente, a tutela específica é aquela que não se conforma com a transformação do direito em pecúnia.<sup>18</sup>

A tutela específica não é uma técnica processual. Ela está no plano do direito material, e assim, deve ser propiciada pelas técnicas processuais. A tutela específica inibe a ocorrência do ilícito, remove os efeitos que surgiram em decorrência do ilícito, além de reparar o dano na forma específica (ou garantir o cumprimento da prestação inadimplida).

A tutela específica pode importar num fazer (aspecto positivo) ou em um não-fazer (aspecto negativo), e suas formas comuns são: tutela inibitória, tutela reintegratória, tutela ressarcitória na forma específica, tutela do adimplemento na forma específica, tutela do cumprimento do dever legal.<sup>19</sup> Este estudo irá discorrer sobre algumas delas, em especial as que têm mais próxima relação com a tutela antecipada e a tutela cautelar, cuja distinção é o objeto principal desta monografia.

---

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 75-76.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 147.

#### 4.2.1 Tutela inibitória

Como bem apontam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, “A tutela inibitória se destina a impedir a violação de um direito. Mais precisamente, ela pode se voltar a impedir a prática de ato contrário ao direito, ou mesmo a sua repetição ou continuação”.<sup>20</sup>

Mas durante muito tempo, a doutrina associava a idéia de ilícito à idéia de dano, e desta forma, só seria possível a tutela que respondesse ao dano surgido, ou seja, a tutela ressarcitória do dano causado pelo ato ilícito. Tal tutela, dado que o dano pode ser mensurado, precificado, dava-se pelo valor equivalente ao dano causado, ou seja, tratava-se da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano.

Assim, ficava sem atenção do Estado o ato contrário ao direito, que ainda não causou dano, dado que somente o direito violado pelo dano era abarcado pelo ressarcimento. Ora, a ameaça a direitos também deve ser tutelada pelo Estado. Isto se deve ao caráter potencial de causar dano que tem esta situação fática, já comprovada sua ilicitude mesmo sem o causamento do dano.

O dano é conseqüência eventual, e não necessária do ato ilícito. E não há nenhuma orientação no sentido de que o processo civil deva tratar apenas dos casos com danos, esquecendo-se das ilicitudes não danosas.

Entendido que o ato contrário ao direito deve ser tratado pelo Direito mesmo na ausência de dano, com a prestação da tutela inibitória, depreende-se que o pressuposto único desta tutela seja a ameaça da prática de ato contrário ao direito.

Assim sendo, a tutela inibitória desliga-se da comprovação de culpa, já que esta se encontra intimamente ligada com a tutela ressarcitória do dano.

Se a tutela inibitória afasta-se do dano e da culpa, não cabe no processo que visa a tutela inibitória, já que esta é baseada somente na ameaça de violação de direito, instrução e argumentação voltadas à discussão sobre dano ou culpa. Isso não afasta a possibilidade de o autor invocar a probabilidade de dano naqueles casos em que a ilicitude acontece ao mesmo tempo do dano, fato em que este será

---

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 70.

utilizado para a prova daquela. Isso também não afasta a necessidade de se demonstrar a probabilidade do ato ilícito acontecer, é claro.

A tutela inibitória (genuinamente preventiva) é inerente à existência do Direito, num ordenamento jurídico que além de proclamar os direitos, protege-os. Se a Constituição Federal afirma em seu art. 5º, XXXV, que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, essa mesma norma garante a existência de uma tutela inibitória, pois é uma das formas tutela jurisdicional efetiva possíveis. Explicando melhor, se o ordenamento jurídico elenca direitos, e estes não podem ser violados, sobra ao legislador a obrigação de prever uma tutela jurisdicional que previna, impeça a violação destes direitos. A técnica ressarcitória não atua preventivamente, assim, cabe à tutela inibitória esta preventividade.

A tutela inibitória configura-se assim como a mais importante espécie de tutela específica. Ela deve ser pedida em ação autônoma, não exigindo ação principal posterior, dado seu caráter satisfativo e não instrumental, e deve ser construída com base nas técnicas processuais existentes no art 461 do CPC, em se tratando de direitos individuais. Não é correto, assim, o pedido de tutela inibitória através de ação cautelar.

Em se tratando de direitos do consumidor e de direitos transindividuais, deve-se construir a ação adequada baseando-se no art. 84 do CDC – Código de Defesa do Consumidor.

#### **4.2.2 Tutela de remoção do ilícito (Tutela reintegratória)**

A tutela de remoção do ilícito é aquela que serve a estabelecer a situação anterior à da violação do direito ou a situação que existiria caso a norma houvesse sido observada.<sup>21</sup>

É uma tutela cujo tempo de cabimento é posterior ao tempo do ato ilícito. Uma vez ocorrido o ilícito, ou seja, uma vez violada uma norma, pede-se a remoção deste

---

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 76.

ilícito. Assim sendo, como o que ocorre com a tutela inibitória, a tutela de remoção do ilícito também independe de dano, e de investigação de culpa.

Aqui não interessa o ressarcimento pelo dano, pois nem mesmo interessa o dano.

Esta tutela tem por objetivo remover ou eliminar os efeitos concretos do ilícito.

Temos como exemplo clássico a exposição à venda de produto com determinada composição proibida. A simples exposição não é dano, não gera dano. Porém, se não houver a remoção deste ilícito, está aberta a possibilidade do dano. Para se requerer a tutela de remoção do ilícito, então, basta afirmar e mostrar a existência de um ato contrário ao direito, cujos efeitos concretos permanecem no tempo, uma fonte aberta à produção de danos, sem que para isso, seja necessário mostrar a probabilidade do dano.

Ao afastar-se do dano, afasta-se também da culpa, e assim, não caberá no processo alusão à existência ou não do dano, nem tampouco discussão sobre culpabilidade do agente.

São necessários os cumprimentos de dois requisitos para a concessão da tutela de remoção do ilícito, sendo condição *sine qua non* a existência simultânea de ambos, sendo: primeiro, a existência de uma ação contrária ao direito; segundo, a existência de efeitos ilícitos, derivados da ação praticada, que estejam em ato no momento da propositura da ação judicial.<sup>22</sup>

A idéia de remoção do ilícito é inerente à existência do Direito, num ordenamento jurídico que além de proclamar os direitos, protege-os. Não faria nenhum sentido sancionar a prática de um ilícito, e não permitir a remoção do ilícito. A ação que intenta a obtenção da tutela de remoção do ilícito deve ser construída com base nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC – Código de Defesa do Consumidor – de acordo com o direito que se almeja ser tutelado (individual no caso do CPC, e transindividual ou do consumidor no caso do CDC).<sup>23</sup>

A tutela de remoção do ilícito configura-se assim como uma espécie de tutela específica. A tutela que remove o ilícito é satisfativa, e não instrumental, e assim,

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 154.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 155.

independe de ação principal posterior. Assim, não é correto o pedido de tutela de remoção do ilícito através de ação cautelar.

#### **4.2.3 Tutela ressarcitória na forma específica**

O objetivo da tutela ressarcitória na forma específica é reestabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.<sup>24</sup>

Assim, há tutela ressarcitória na forma específica quando é possível reparar o dano independentemente de se outorgar, àquele que foi lesado, o equivalente ao valor do dano causado, em pecúnia.

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 76.

## 5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA

A expressão “tutela de urgência”, tão mal utilizada no dia-a-dia dos operadores do direito, na verdade faz referência a um gênero de tutelas, do qual fazem parte duas diferentes espécies:

- a tutela cautelar;
- a tutela antecipatória.

Ambas as tutelas são bem distintas, como veremos adiante, porém há um caso em que poderá haver equívoco, confusão entre as duas. É exatamente o caso de decisão em cognição sumária, em ação declaratória ou constitutiva. Poderá haver dúvida se a natureza de tal decisão é de ordem antecipatória ou cautelar. Por isso, o legislador admite a fungibilidade do pedido de tutela antecipatória que na verdade esteja pedindo tutela cautelar.

Cabe ressaltar que admitir a fungibilidade não significa admitir a identidade entre as tutelas antecipatória e cautelar. São tutelas distintas, com objetivos distintos, como veremos.

### 5.1 TUTELA CAUTELAR

Segundo a doutrina do professor Alcides Munhoz, o termo “cautelar” pode ser utilizado tanto para a tutela que antecipa o direito postulado pelo autor, como para aquela que se destina à segurança processual. Nas palavras do autor:

“Essa função cautelar pode até mesmo proteger um interesse processual, mas esse não é o seu único escopo. Com efeito, esta função de urgência não visa garantir a eficácia das tutelas jurisdicionais primárias, mas, muito mais do que isto, visa garantir a completude das tutelas jurisdicionais, [...] diante de um estado de necessidade processual. O escopo é pois o de garantir a inteireza de toda a sorte de interesses relevantes (*fumus*), sejam esses interesses correlativos a pretensões de direito material ou processual, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses (*fumus*), encontram-se sob ameaça de um dano

irreparável. As resistências em classificar como cautelar a tutela de urgência, não se justificam [...]”.<sup>25</sup>

Já a doutrina de Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, ensina que a tutela cautelar destina-se a “assegurar a efetividade da tutela repressiva”. A tutela repressiva, por sua vez, seria aquela que surge em virtude da prática de um dano, do descumprimento de um dever ou do inadimplemento de uma prestação.<sup>26</sup>

A tutela cautelar é requerida após a prática do dano (ou da violação do direito). A tutela cautelar também pode ser requerida para a hipótese da prática de dano (ou de violação de direito).

Na cautelar, a idéia não é impedir a violação de um direito ou a prática de dano, e sim assegurar a efetividade da tutela contra a violação de direito ou contra o dano. A tutela cautelar, aqui se diferencia da tutela inibitória por tratar de dar segurança a um direito que já foi violado, ou assegurar um direito para a hipótese de ele ser violado. Nestes dois casos, a tutela cautelar visa garantir o direito na suposição de que ele, após ter sido violado, poderá não ser efetivamente tutelado.

Na tutela cautelar, o interesse não é dar tutela ao próprio direito material pretendido. Assim, ela não é satisfativa, sendo marcada pela característica da instrumentalidade.

Sua necessidade surge quando um perigo de dano irreparável coloca sob risco a tutela satisfativa do direito, cuja efetividade está assim ameaçada caso não sejam tomadas medidas cautelares.

A tutela cautelar é medida de segurança do processo. Como disse o ilustre Pontes de Miranda, citado por Marinoni e Arenhart, a tutela cautelar é segurança-para-execução.<sup>27</sup> Aqui está presente o caráter instrumental da tutela cautelar, que por si só, não é satisfativa, e assim, demanda a existência de ação principal posterior.

A tutela cautelar, assim como a tutela antecipatória, é uma tutela interinal, uma vez que não aspira realizar a tutela satisfativa definitiva do direito, e sim aspira gerar segurança.

---

<sup>25</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 251.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 79.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 82.

Analisando duas modalidades de tutela cautelar, o arresto a caução de dano infecto, observamos como ambos instrumentos não tem caráter preventivo, pois ambos são vislumbrados em face de possível não realização da tutela ressarcitória. Aqui encontramos, então, mais um argumento na diferenciação de tutela inibitória de tutela cautelar, associando àquela um caráter preventivo, o que não é possível com relação a esta. O arresto, bem como o seqüestro, tem caráter de tutela de segurança da tutela repressiva, e não de tutela preventiva.

Outro argumento no sentido de que a tutela cautelar não configura meio impeditivo de violação de direito ou dano, e sim meio assecuratório da efetividade da tutela, está na própria análise da gênese da tutela cautelar. A tutela cautelar nasceu numa época em que o dano era elemento necessário da ilicitude, e em que era impossível se pensar em inibição do ilícito.

Para o alcance de uma tutela cautelar, será necessária a demonstração do perigo do dano, e também do *fumus boni iuris*.

O perigo do dano, na tutela cautelar, não deve ser relacionado como sinônimo do *periculum in mora*, pois na tutela cautelar, o perigo do dano é que faz surgir o perigo na demora do processo. Assim, não bastará alegar *periculum in mora* para se pedir tutela cautelar, e sim será necessário demonstrar a existência do perigo de dano, fundamentado em elementos objetivos capazes de serem expostos de forma lógica, racional. Neste sentido, Alcides Munhoz, afirma que há necessidade de demonstração do perigo do dano, (que ele chama de *periculum in mora* qualificado) sempre que se desejar uma tutela cautelar (que Alcides Munhoz identifica também como tutela cautelar de urgência).<sup>28</sup>

O juiz deverá ser convencido de que provavelmente a tutela satisfativa será concedida àquele que pede a tutela cautelar. Isso é conhecido pelo brocardo *fumus boni iuris*, ou seja, a existência, no processo, da fumaça do bom direito. Como não há tempo suficiente para uma cognição exauriente, em cognição sumária (que é uma cognição menos aprofundada no sentido vertical) será admitido, neste caso, um juízo de verossimilhança capaz de justificar uma intromissão na esfera jurídica do demandado de forma a assegurar a efetividade da tutela definitiva, em caso de procedência do pedido.

---

<sup>28</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipações e Antecipações, in Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 247.

Ao contrário da tutela inibitória, a tutela cautelar está ligada à existência de uma ação principal posterior, a ser ajuizada em até 30 dias após a efetivação da medida cautelar. A tutela inibitória é pedida em ação autônoma, que não exige ação principal posterior.

Porém certas situações permitem a existência de uma ação que vise tutela cautelar sem a necessidade de uma outra ação principal, ou seja, permitem uma ação cautelar autônoma. Isto acontece quando esta tutela cautelar está ligada a uma tutela jurisdicional ainda não exigível. Assim, a referibilidade a uma outra tutela (a uma situação substancial acautelada) é uma característica da tutela cautelar, porém não decorre daí a necessidade absoluta de nova ação, ação principal à qual a ação cautelar seja dependente. Marinoni e Arenhart explanam sobre o assunto, e sugere como exemplo de ação cautelar que não necessita, ou melhor, dispensa o ajuizamento de nova ação posterior, a ação cautelar de caução de dano infecto.<sup>29</sup>

A tutela cautelar deve durar enquanto durar o perigo de dano, e desta forma, ela poderá estender-se para além da sentença, quanto cessar antes da prolação desta. Haverá situações nas quais o perigo de dano cessará antes da prolação da sentença, o que justifica a retirada da medida cautelar que até então protegia o direito a ser tutelado, dando-lhe segurança. De outro modo, haverá situações nas quais o perigo de dano continuará mesmo com a prolação da sentença, e desta forma, poderá e deverá ser mantida a medida cautelar enquanto perdurar o perigo do dano, até que haja o trânsito em julgado da decisão.

A tutela cautelar também poderá ser revogada caso a probabilidade do direito a tutela seja profundamente modificada no decorrer do processo. Isso pois se a tutela cautelar lastreia-se pela verossimilhança, se esta deixa de existir, deixa de existir também a necessidade de se manter a medida cautelar antes autorizada.

## 5.2 TUTELA ANTECIPATÓRIA

---

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 36-42.

É importante neste momento um olhar para o passado, a fim de identificar se o instituto ora estudado guarda um histórico na história do Direito, e de que forma este passado moldou o instituto como ele é hoje.

### 5.2.1 Breve descritivo histórico

Desde o direito romano, segundo vários autores, alguma forma de se tutelar de forma antecipada o direito material pretendido pelo autor com grande probabilidade de ter razão (*fumus*) já era prevista. Fala-se aqui do instituto *interdicta*. Nas palavras de José Carlos Moreira Alves:

“É muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa oferecer a quem tem razão. Os *interdicta* do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiavam no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já eram meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempo e sem as complicações de um procedimento regular”.<sup>30</sup>

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1939 previu em seu artigo 675, aquilo que a maioria da doutrina identifica como o poder geral de cautela do magistrado:

“Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

Já o CPC de 1973 traz, em seu artigo 798, o poder geral de cautela:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado

---

<sup>30</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Apud* FRIEDE, Reis. *Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 172.

receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Porém, toda a doutrina que defendia a idéia de que sob a denominação “cautelar” não cabem provimentos que satisfaçam o direito material pretendido, não via no poder geral de cautela uma autorização legal para a antecipação satisfativa de tutelas. A jurisprudência, por sua vez passou a aceitar os provimentos cautelares satisfativos, sob a denominação de “ação cautelar satisfativa”.

Foi em 1994, com a lei 8.952/94, que definitivamente e de forma expressa se estabeleceu o instituto da antecipação de tutela no Brasil, através do art. 273.

Segundo Alcides Munhoz, em texto publicado no ano de 2005, o termo “tutela antecipada”, dez anos após a reforma do art 273 do CPC que trouxe em definitivo este instituto ao direito brasileiro, popularizou-se, e sua generalidade de aplicações não traduz as diferentes formas de antecipação de tutela possíveis.<sup>31</sup>

### 5.2.2 A tutela antecipatória

A doutrina de Alcides Munhoz explica assim a tutela antecipatória:

“Tutela antecipada ou antecipação de tutela quer designar, antes de tudo, a técnica de acelerar tanto a formação do provimento, como a produção de seus efeitos, em comparação ao tempo e às condições para formar provimento e produzir efeitos no procedimento padrão da cognição exauriente, que corresponde ao Processo de Conhecimento do Livro I, do CPC”.<sup>32</sup>

De forma sucinta, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni definem a tutela antecipatória como “a própria tutela do direito obtida antecipadamente, seja na sua integralidade, seja em parte”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 233.

<sup>32</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 255.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 86.

Quando se utiliza a expressão “antecipatória”, aduz que se está falando de uma tutela que surge antes do momento tido como normal, ideal, padrão. E qual seria este momento padrão? Seria o momento que existia antes da introdução em nosso sistema jurídico, do instituto da antecipação da tutela, ou seja, o momento constante do Processo de Conhecimento ordinarizado do CPC de 1973, aquele que nasce vocacionado “a certificar direitos no caso concreto, mediante o procedimento comum que prevê fase postulatória e fase instrutória, em contraditório, para só a partir daí permitir a formação do provimento sentencial de mérito”.<sup>34</sup> A tutela do procedimento ordinarizado de conhecimento é a tutela paradigma, obtida em cognição exauriente, sem permitir liminares, e sem permitir a atividade de execução, atividade de imperium, antes do momento padrão, o momento da sentença.

A tutela antecipatória é uma tutela interinal, como a tutela cautelar, na medida que não assume a posição de tutela satisfativa definitiva. A tutela antecipatória satisfaz a pretensão de tutela do direito, porém não de forma definitiva, e sim de forma temporária.

Historicamente, a tutela antecipatória começou a ser utilizada no Brasil sob a forma de cautelar, pois esta foi tendo seu uso distorcido, na medida que foi sendo utilizada para pedir a tutela do direito que somente ao final do processo, a parte teria direito. Foi uma clara desvirtuação do propósito da medida cautelar, que era de segurança do processo, para uma medida de antecipação da própria tutela satisfativa mesmo que em caráter temporário. Desta forma, o legislador inseriu novas regras nos artigos 273 e 461 do CPC, para poder lidar com o fato de que nem a doutrina, nem os tribunais admitiam o uso da tutela cautelar como forma de se obter a prestação da tutela satisfativa através da ação cautelar.

Alcides Munhoz não enxerga este fato como exatamente uma distorção do termo “cautelar”, e parece classificá-lo mais como uma variação possível do sentido termo, e mais que isso, como uma das funções historicamente identificadas com as da função cautelar. Nas palavras do autor:

“[...]”, historicamente, sob a denominação cautelar, sempre foram compreendidas tanto as medidas que conservavam como as medidas que antecipavam utilidades em face de interesses reputados relevantes (*fumus*), em situação emergencial (perigo de dano irreparável). Para garantir o maior proveito às técnicas de tutela

---

<sup>34</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipações e Antecipações, in Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 238.

antecipada do artigo 273, o legislador reformista viu-se compelido, diante dos posicionamentos radicais que distanciavam o cautelar do antecipatório, a incluir o parágrafo 7º, precisamente para enfatizar que a providência antecipada podia ser também de natureza antecipatória. Apesar desse exposto esclarecimento, há processualistas que ainda negam a fungibilidade entre medidas conservativas e antecipatórias no âmbito da tutela de urgência, o que serve apenas para comprometer a efetividade da jurisdição”.<sup>35</sup>

Sobre a necessidade imprescindível de uma tutela que de forma antecipada possa trazer mais efetividade ao processo, Alcides Munhoz assim se pronuncia:

“imprescindibilidade da tutela residual cautelar nos ordenamentos dos estados democráticos, para atuar autonomamente o direito material de cautela (pretensão cautelar), para evitar a exasperação de conflitos de interesses e imprimir regulação temporária ao *fumus boni iuris*, como condição ineliminável de pacificação e de prevenção pan-processual a interesses juridicamente relevantes e periclitantes, em situação extrema de risco de dano iminente, diante da insuficiência da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias para essa atuação supletiva e integrativa do ordenamento a nível jurisdicional”.<sup>36</sup>

Desta forma o ilustrado professor da UFPR caracteriza a importância de tal possibilidade de se antecipar a tutela, no processo brasileiro, taxando-a com a expressão “condição ineliminável”, como visto (embora o faça tratando da tutela cautelar, pois para Alcides, ela pode trazer satisfatividade).

### 5.2.3 O artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC)

Segue o artigo 273 do CPC, com sua redação vigente em 1º de Janeiro de 2009:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)  
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>35</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipações e Antecipações, in Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 250.

<sup>36</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11. p. 65-66.

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”.  
 37

O artigo 273 do CPC, em sua nova redação, de 1994, trazida pela lei 8952, traz uma autorização para, segundo Humberto Theodoro Júnior:

“nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio”.<sup>37</sup>

Cândido Rangel Dinamarco também se pronuncia, sendo citado por Reis Friede, sobre o art 273 do CPC, como se segue:

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela situação que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da

---

<sup>37</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II. p. 606.

demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade”.<sup>38</sup>

A tutela antecipada que está consagrada no art 273 do CPC permite ao juiz concedê-la nos casos em que haja verossimilhança da alegação (*o fumus boni iuris*), e também haja:

- fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação OU;
- abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu OU;
- parcela incontroversa do pedido.

#### 5.2.4 A visão de Alcides Munhoz

Em sua obra “*Antecipações e Antecipações*”, Alcides Munhoz diferencia os 3 tipos de tutela<sup>39</sup> que podem advir dos 3 primeiros casos citados no art. 273 do CPC, sendo:

##### 5.2.4.1 No fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

No fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, surge a tutela de urgência, ou historicamente chamada tutela sumária cautelar. Alcides chama-a também de “tutela emergencial na qualidade de *fumus*”.<sup>40</sup> Nesta situação, dado seu caráter extremo, surge a tutela residual, ou subsidiária, ou de emergência, historicamente identificada como juízo de cognição sumária cautelar. Os provimentos emitidos nesta situação não estariam, na visão de Alcides Munhoz,

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Apud* FRIEDE, Reis. *Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 174.

<sup>39</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 235.

<sup>40</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 252.

limitados pelo parágrafo 2º do art. 273 do CPC, ou seja, não seriam atingidos pela proibição de se conceder antecipação de tutela em caso de irreversibilidade do provimento que antecipa a tutela. Por outro lado, Alcides Munhoz ensina que a possibilidade de revogação prevista no parágrafo 4º do mesmo art. 273 do CPC aplica-se neste caso, de provimento que antecipa a tutela com base em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Alcides Munhoz sustenta, mais que isso, que é somente neste caso que o parágrafo 4º se aplica. Vejamos como ele desenvolve seu raciocínio:

“Desaparecendo a situação de perigo ou desvanecendo-se a situação de *fumus*, o provimento cautelar [aqui lembramos que o mestre Alcides por vezes em sua obra se dirige a este tipo de tutela com a denominação ‘cautelar’, visto que a classifica como uma das variantes da função cautelar”] deve desaparecer, devendo então ser revogados, antes mesmo de eventual decisão cognitiva em lide cognitiva incidente sobre os mesmos interesses, com outra causa de pedir e outro pedido. Todavia, enquanto perdurar a situação de *fumus* conjugada com a situação de *periculum damnum* a tutela cautelar permanece atuando, podendo alterar o conteúdo e efeitos dos provimentos, quando não, substituir uma medida pela outra, tudo dependendo do variar das circunstâncias quanto ao *fumus* e ao *periculum*, notadamente quando paralelamente à tutela cautelar existe uma tutela cognitiva envolvendo os mesmos interesses, em diferentes dimensões”.<sup>41</sup>

O mestre paranaense também nos explica o que seria o *periculum in mora* qualificado, necessário para que um caso seja enxergado como pertencente às hipóteses previstas nesse art 273, I do CPC:

“os pressupostos genéricos de ‘*fumus boni iuris*’ e de ‘*periculum in mora*’ qualificado pelo ‘*periculum damnum irreparabile*’ constituem a marca registrada da tutela cautelar, residual, que atua em situações de extrema urgência, quando as tutelas primárias e normatizadas, inclusive nas modalidades sumárias que têm pressupostos típicos apenas, não têm condições para atuar o *fumus* como direito subjetivo certo ou presumido como certo para salvar do perigo de dano irreparável e iminente os interesses relevantes correlativos ao *fumus* ou dependentes da atuação do próprio *fumus* para a sua salvação. O *periculum in mora*, enquanto traduz o risco normal ou eventual de danos marginais em face da demora ineliminável da tutela ordinariada, pode legitimar as situações típicas de antecipação sumária, mas é o *periculum in mora* qualificado pelo *periculum damnum irreparabile* que legitima a atuação atípica, residual da tutela cautelar”.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11. p. 68.

<sup>42</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11. p. 66.

Ou seja, o perigo do dano irreparável é classificado pelo mestre como uma espécie de perigo na demora, o “*periculum in mora* qualificado”. Outra marcante característica desta tutela do perigo de dano irreparável é a atipicidade: como o juiz tem o poder geral de cautela, ele deve utiliza-lo para apontar e reconhecer a existência do *fumus* em situação de perigo de dano nas hipóteses mais variadas, infinitas e inesperadas possíveis. Mas apesar desta inafastável atipicidade, a experiência pode levar o ordenamento “a tipificar algumas providências em situações específicas de urgência (*periculum damnum*) para atuação do *fumus* enquanto *fumus*”.<sup>43</sup>

#### 5.2.4.2 No abuso do direito de defesa

No abuso do direito de defesa, surge a tutela declarativa, de cognição exauriente. Aqui, o provimento que antecipa a tutela é, para Alcides, declaratório de direitos, uma vez que é produzido sob cognição exauriente (embora parcial, já que analisa um dos pedidos, ou parte dele), e assim receberá a eficácia da certeza jurídica. O Abuso do direito de defesa se dá, para Alcides, quando em certo momento no curso de um procedimento, o processo atingiu e suplantou a linha da garantia constitucional da ampla defesa sobre o objeto litigioso. Isso configura uma situação na qual já houve contraditório mais do que suficiente para que as partes pudessem influir no convencimento do juiz. Assim, não haveria mais razão para prolongar este contraditório, ou seja, o ciclo da cognição exauriente estaria completo, e o provimento emitido nesta situação recebe a sobreficácia da coisa julgada material;

#### 5.2.4.3 No manifesto propósito protelatório do réu

---

<sup>43</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11. p. 67.

No manifesto propósito protelatório do réu, surge a tutela sumária não-cautelar. Neste caso, o juízo de verossimilhança equivalerá a uma presunção de certeza, que embora em cognição sumária, é capaz de permitir a antecipação da tutela do direito material desejado. É o que Alcides chama “cognição sumária não-cautelar”. Um exemplo utilizado pela doutrina com freqüência é a situação de falta de seriedade da defesa, no todo ou em parte. A possibilidade de se antecipar a tutela neste caso, está associada à possibilidade de se estabelecer uma presunção de certeza, e não à necessidade de se afastar uma situação de perigo. Ou melhor, a satisfatividade ou antecipação fática dos efeitos do provimento que presume a existência do direito se dá “na medida em que é possível estabelecer a presunção e não na medida da suficiência ou da necessidade para afastar uma situação de perigo, pois isso é próprio da medida de urgência”.<sup>44</sup>

O provimento emitido com base nesta cognição sumária não-cautelar seria marcado pela estabilidade (mas não pela definitividade), e somente perderia esta estabilidade em face de decisão posterior calcada em cognição exauriente.<sup>45</sup> Assim, não se aplicaria aqui a revogação prevista no parágrafo 4º do art. 273 do CPC, pois somente a situação de nova decisão, contrária à primeira (mas desta vez em cognição exauriente) é que poderia alterar a situação ensejada com o provimento que antecipou a tutela. Nas palavras do mestre Alcides Munhoz:

“o que justifica o sistema de presunção de direito subjetivo é o interesse do ordenamento em tornar estável o provimento, que nasce então com essa aptidão, na expectativa de manter a estabilidade do provimento até que essa presunção seja confirmada ou elidida por um provimento de cognição exauriente, não se aplicando aos provimentos de cognição sumária o regime da variabilidade previsto no § 4.º do artigo 273 e no § 3.º do artigo 461”.<sup>46</sup>

Por outro lado, Alcides Munhoz ensina que esta cognição sumária não-cautelar esteja sujeita à proibição citada no parágrafo 2º do art. 273 do CPC, ou

---

<sup>44</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 248.

<sup>45</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 256.

<sup>46</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11. p. 74.

seja, não seria possível a antecipação de tutela com base em cognição sumária não-cautelar, no caso de irreversibilidade do provimento antecipado.

### **5.2.5 A temporariedade da decisão proferida com base no art. 273, I ou II, do CPC**

A temporariedade da decisão que versa sobre a tutela antecipada dá-se devido ao fato de ser tomada em cognição sumária, sem o aprofundamento necessário para a decisão sobre a tutela satisfativa definitiva. Razão pela qual não terá o recebimento da sobreficácia de coisa julgada. O parágrafo 4º do art 273 do CPC explica que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que em decisão fundamentada. Intui-se então que desaparecendo ao menos um dos requisitos utilizados para a concessão da antecipação da tutela, como por exemplo, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação da tutela deva ser revogada.

Em sua obra intitulada “*Processo Cautelar*”, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni fazem uma distinção, estabelecendo que o caráter provisório é da decisão de proferiu a tutela antecipada, e não da tutela antecipatória em si. Ou seja, a tutela antecipatória não é provisória, pois não será substituída pela tutela definitiva. Provisória é a decisão que concedeu a antecipação da tutela, pois esta sim, é que será substituída pela decisão final.<sup>47</sup>

### **5.2.6 A verossimilhança da alegação (art. 273, caput, CPC)**

A discussão acerca das situações que legitimam a antecipação da tutela muitas vezes ofusca aquele que é o pressuposto comum a todas elas, ou seja, a verossimilhança da alegação, o *fumus boni iuris*, a fumaça do bom direito.

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 62-63.

Deve-se lembrar que este é pressuposto de ouro, sine qua non, para toda e qualquer situação para a qual se entenda, ou melhor, se acredite ser possível a antecipação da tutela.

Desta maneira, deverá ser a primeira preocupação do operador do direito que intenta a antecipação da tutela, a demonstração com “prova inequívoca”, como versa o caput do art. 273 do CPC. Assim, deverá também ser a primeira averiguação do juiz de direito a existência do *fumus*. Não havendo, não fará sentido algum a argumentação à respeito das situações legitimantes constantes dos incisos ou dos parágrafos do art. 273 do CPC.

Segundo Alcides Munhoz, o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação constitui-se em requisito comum a todas as formas de antecipação, “significando prova suficiente para uma decisão de mérito, cuja suficiência, entretanto, condiciona-se a diferentes critérios técnicos, consoante o tipo de tutela que se há de antecipar no caso concreto”<sup>48</sup>. Ou ainda melhor, nas palavras do autor, na mesma obra:

“A expressão *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* corresponde a um conceito meramente processual (à semelhança do que se dá com o conceito de *direito líquido certo*), sendo indicativo de que deverá haver prova suficiente, seja documental ou oral, até mesmo prova técnica, para propiciar um dos possíveis juízos de verossimilhança sobre os interesses em jogo”.<sup>49</sup>

A obra de Alcides identifica três possíveis juízos de verossimilhança, quais sejam: o mero *fumus*, a presunção de direitos, e a certeza jurídica.

Obviamente, a interpretação da expressão “prova inequívoca” no caput do art. 273 do CPC não poderá ser no sentido de que se exige prova inequívoca da titularidade do direito material que se procura efetivar com a ação, pois neste caso, estaríamos diante de uma das situações legitimantes do julgamento antecipado da lide, descrito no art. 330 do CPC, inciso I. A interpretação deve e só pode ser no sentido de que seja prova suficientemente capaz de fazer o juiz verificar a existência do *fumus*, sem o qual tornar-se-á impossível pleitear a antecipação da tutela.

---

<sup>48</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 255.

<sup>49</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 236.

### 5.2.7 O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é o primeiro requisito específico para a antecipação da tutela, citado no inciso I do art. 273 do CPC. Mas como poder-se-ia caracterizar a irreparabilidade do dano?

A irreparabilidade do dano deve ser analisada pelo seu aspecto objetivo. Como ensina Calmon de Passos:

“sem se considerar o comportamento do réu, sua culpa, seu dolo, sua contribuição para que os danos venham a existir. Analisa-se a situação do autor e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, se concluir pela necessidade ou não da antecipação, e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que os danos ocorrerão”.<sup>50</sup>

O aspecto objetivo também é ressaltado por Carreira Alvim, quando discorre sobre o receio de dano:

“o receio, aludido na lei, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser fundado, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta de tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação”.<sup>51</sup>

### 5.2.8 O abuso do direito de defesa (art.273, II - parte inicial, CPC)

Segundo Alcides Munhoz, a situação elencada na primeira parte do inciso II do art 273 do CPC trata-se de um caso bem especial de antecipação de tutela, conhecido mais comumente como julgamento antecipado da lide, porém atípico, por não se enquadrar exatamente nos casos dispostos no art 330 do CPC.

---

<sup>50</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela*. In *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 198.

<sup>51</sup> ALVIM, Carreira. *A antecipação de tutela na reforma processual*. In *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 70.

Esta situação de abuso de defesa é característica de um momento no qual a defesa foi para além daquilo que se define como ampla defesa, cruzando seus limites. Neste momento, houve contraditório mais que suficiente para a formação da convicção do juiz. Assim, esta decisão será proferida baseando-se em cognição exauriente, tendo já havido todo o contraditório necessário e garantido pela Constituição brasileira.

Este provimento teria então, o caráter de ser declaratório de direitos a partir de certeza jurídica, e não teria características de provimento sumário. Desta forma, o provimento seria merecedor de receber os efeitos (ou sobreficácia) de coisa julgada material, com estabilidade com grau de definitividade.

Mas para Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, “[...] o réu abusa do seu direito de defesa quando, protelando o processo para a verificação de uma defesa infundada, retarda a satisfação de um direito evidente”.<sup>52</sup> Desta forma, entende-se que não se tratam de dois casos separadamente (abuso do direito de defesa, e manifesto propósito protelatório do réu), na visão do mestre, e sim, de uma só situação. Marinoni defende que as técnicas aqui permitidas vêm de encontro à necessidade de uma melhor distribuição do tempo do processo. Isso pois o processo na forma sem antecipação de tutela, joga nas costas do autor todo o ônus do tempo, ou seja, o autor ficava sem o direito material efetivo que persegue, mesmo com verossimilhança da sua alegação, mesmo tendo provado de forma incontroversa o fato que é seu ônus, segundo o art. 330 do CPC - o fato constitutivo – e mesmo quando o réu abusava de seu direito de defesa e/ou quando agia no processo com intuito protelatório.

As técnicas permitidas pelo artigo 273, II do CPC visam permitir a antecipação da tutela nestes casos descritos, e desta forma, com a intrusão na esfera jurídica do réu antes da sentença, joga-se o ônus do tempo nas costas do réu, distribuindo de maneira mais equânime o ônus do tempo no processo, cabendo ao autor o ônus do tempo necessário para produção de prova do fato constitutivo, e cabendo ao réu o ônus do tempo necessário para a produção probatória dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. É claro, cabe lembrar que não se cogita isso se não houver a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, ou seja, o *fumus boni iuris*.

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 229.

Já na visão de Ovídio Baptista, o abuso de direito de defesa configura-se quando, havendo prova suficiente da verossimilhança do direito do autor, “o réu se comporta de modo temerário para com a causa”.<sup>53</sup>

Parece que aqui há um viés de sanção, de punição ao réu que falta com a boa-fé no processo. É assim também o entendimento de Athos Gusmão Carneiro, para quem “A antecipação da tutela ostenta, portanto aqui, também um caráter ético, muito mais eficiente que as medidas punitivas referidas nos arts. 16 a 18 do CPC”.<sup>54</sup>

### **5.2.9 O manifesto propósito protelatório do réu (art.273, II - parte final, CPC)**

Ovídio Baptista da Silva, em sua obra “*A antecipação da tutela na recente reforma processual*”, caracteriza a situação referenciada na parte final do art. 273, II do CPC – o manifesto propósito protelatório do réu – como aquela que ocorre quando, por exemplo, o réu insiste em evitar a consumação de intimações, ou retem em seu poder os autos por tempo excessivamente prolongado.<sup>55</sup>

### **5.2.10 O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado**

O parágrafo 2º do art. 273 do CPC versa que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Humberto Theodoro Júnior explica esta proibição face o princípio da segurança jurídica, ao explanar que:

---

<sup>53</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In: *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

<sup>54</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 34.

<sup>55</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In: *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

“A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide”.<sup>56</sup>

Mas esta proibição não é absoluta.

Alcides Munhoz sustenta que esta proibição do uso da antecipação da tutela não se aplica nos casos em que a antecipação está sendo pedida face ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como segue: “A natureza residual da tutela de urgência não se compadece com proibições, nem mesmo quanto à irreversibilidade, pois há que se realizar sempre um juízo de proporcionalidade entre os interesses em jogo”.<sup>57</sup> Desta maneira, esta não aplicação da proibição da antecipação de tutela nos casos que ela é pedida face o fundado receio de dano, caso a antecipação traga conseqüências irreversíveis, é devida ao caráter residual que tem a tutela antecipatória neste caso. O mestre classifica esta tutela como sendo residual, pois, atribui-lhe a seguinte função: “[...] uma tutela residual, que se propõe a responder emergencialmente às insuficiências das tutelas jurisdicionais primárias”.<sup>58</sup> Alcides Munhoz discorre mais sobre o assunto, explicando melhor o porquê de o §6º do art 273 não se aplicar ao inciso I do mesmo art 273:

“a irreversibilidade dos efeitos fáticos pode significar um limite absoluto para as antecipações sumárias do inciso II do artigo 273, que dependem de integração com base em critério de suficiência de cognição e que admitem antecipação interinal na perspectiva de repressão e abuso de defesa ou de intuito protelatório do réu, mas não significa um limite absoluto para a concessão de medidas cautelares [aqui lembramos novamente que o mestre Alcides por vezes em sua obra se dirige a este tipo de tutela com a denominação ‘cautelar’, visto que a classifica como uma das variantes da função cautelar], em face da natureza subsidiária do direito de cautela e da natureza residual da função, que, em casos de extrema urgência e para resgatar a idealidade periclitante, legitima um juízo de proporcionalidade sobre os interesses em lide, levando em conta o dado de que a irreversibilidade fática tanto pode incidir sobre os interesses do autor se não decretar a medida, como a

---

<sup>56</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II, p. 615

<sup>57</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 254-255.

<sup>58</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 253.

irreversibilidade fática pode incidir sobre os interesses do réu se decretar a providência ou deferir a cautela, observando que na perspectiva do movimento instrumentalista há que se interpretar o direito e assim também o *fumus* em condições eticamente aceitáveis, o que exige a máxima prudência para se evitar sacrifício de possíveis direitos absolutos, não patrimoniais”.<sup>59</sup>

E no mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni:

“se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito provável, [...], não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável”.<sup>60</sup>

Não é racional pensar que a possibilidade de prejuízo irreversível ao réu seja situação suficiente para se proibir a técnica antecipatória da tutela, não há lógica nisso. Se esta possibilidade de prejuízo fosse situação suficiente para se proibir a antecipação da tutela, em muitas situações poder-se-ia tomar vantagem desta proibição. É o caso, por exemplo, da situação em que as duas alternativas são irreversíveis, tanto a de deixar a situação como está, quanto a de se conceder a antecipação da tutela, num caso em que o dano (ou não) à imagem de um sujeito se dará via uma publicação, que circulará alguns dias antes de uma eleição, ou situação semelhante. Se não concede a antecipação da tutela, e a notícia circula livremente, o dano já ocorreu e é irreversível. Se se concede a antecipação da tutela inibitória, e não se permite a veiculação da notícia, e posteriormente no curso do processo verifica-se que a circulação deve ser permitida, a eleição ou situação semelhante já ocorreu, e de nada adiantará a veiculação da notícia, de acordo com o propósito que intentava o jornalista ou autor. Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni citam o Ministro Eduardo Ribeiro, que disse:

“Uma situação angustiosa em que o juiz pode encontrar-se é exatamente quando isso se lhe depara: as duas soluções são irreversíveis. É o que sucede em apreensões de jornais. Ou se concede liminar, e o direito está plenamente satisfeito, não havendo como se recolher a edição, ou não se concede, e o direito terá sido

---

<sup>59</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v.11, p. 69-70.

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 225.

irreparavelmente sacrificado, pois de nada adianta o jornal circular daí a muitos dias”.<sup>61</sup>

Ovídio Baptista da Silva discorre sobre o tema quando fala da oposição que ocorre entre o magistrado fazer conceder o direito, ou se não o concede, fazê-lo perecer. Assim escreve:

“Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência –, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática”.<sup>62</sup>

A jurisprudência também tem se pronunciado pela relativização da proibição de se antecipar a tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, como pode ser observado num pronunciamento do STJ – Superior Tribunal de Justiça - em face de um recurso especial, em que se lê: “a exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina”.<sup>63</sup>

### **5.2.11 A tutela antecipada do §6º do art. 273 do CPC**

O novo parágrafo sexto do art. 273 do CPC, introduzido pela lei 10.444/2002, trouxe uma nova modalidade de tutela antecipada, a tutela antecipada da parcela incontroversa do pedido.

---

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 226.

<sup>62</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In: *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

<sup>63</sup> STJ, Resp 144.656-ES, 2ªT., v.u., rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 27.10.1997, p.54.778.

Existem duas situações<sup>64</sup> (com duas técnicas diferentes) em que se pode aplicar a antecipação da tutela citada neste parágrafo sexto do art. 273 do CPC:

- Pela técnica do reconhecimento jurídico parcial ou técnica da não-contestação:

Primeiro, a situação de reconhecimento parcial do pedido. É o que acontece quando, por exemplo, o autor pede que lhe sejam entregues 10 veículos, e o réu nega dever 10 veículos, alegando que a dívida é de 7 veículos apenas. Desta maneira, sobre a dívida total, 70% esta incontroversa, e apenas sobre os 30% restantes é que o processo deverá continuar tratando. Desta forma, já caberia, desde o momento em que o réu assumiu a dívida de 70%, a antecipação da tutela ao autor, dos 70% da dívida sobre os quais não resta disputa. Aqui se trata da técnica do reconhecimento jurídico parcial.

Segundo, a situação na qual não se consegue extrair da defesa a contestação de um fato não-impugnado de maneira específica. No caso em que o autor, em razão de um ato ilícito, pede indenização por dano emergente e também por lucros cessantes, e o réu (que não nega o ilícito) contesta apenas os lucros cessantes, ele não controverteu os danos emergentes. Aqui não há como exatamente entender que houve um reconhecimento jurídico parcial, mas pode-se identificar, pela não contestação dos danos emergentes, que esta parcela do pedido está incontroversa. Aqui também caberia a tutela antecipatória ao autor, utilizando-se a técnica da não-contestação.

- Pela técnica do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados:

No mesmo caso anteriormente citado, o réu não negou o ilícito, mas contestou os lucros cessantes e o dano emergente, sendo que este já foi comprovado por prova documental, o juiz está autorizado a antecipar a tutela de um dos pedidos cumulados – o dano emergente, embora o processo prossiga com relação aos lucros cessantes.

Nas duas técnicas citadas, nota-se que houve o contraditório, e a decisão do magistrado se dá em cognição exauriente. Desta forma, configura-se a antecipação da tutela na verdade como uma decisão satisfativa final, não tendo o caráter da provisoriedade da antecipação de tutela legítima, como é o caso da antecipação de

---

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 228-229.

tutela do art 273, I do CPC – aquela baseada no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Alcides Munhoz se pronuncia identificando a tutela antecipada do parágrafo 6º do art 273 do CPC como uma salutar antecipação de tutela propiciada pelo legislador, como segue:

“Trata-se mesmo de novidade salutar, pois o CPC, na sua versão original, não admitia a possibilidade de cisão do julgamento em cognição exauriente, pois todos os pedidos cumulados deveriam ser julgados, formalmente, na mesma sentença, ainda que um dos pedidos ou parte de um pedido já se apresentasse maduro para julgamento antecipado. Por isso, justifica-se a inclusão destas situações no âmbito das técnicas da tutela antecipada, pois afinal, finca-se a possibilidade de se formar um provimento de cognição exauriente, sobre toda a lide ou parte da lide, antes do momento inicialmente projetado no caso concreto”.<sup>65</sup>

### **5.2.12 A fungibilidade do §7º do art. 273 do CPC**

Em 2002, pela lei 10.444, foi inserido também o parágrafo §7º no art. 273 do CPC. Isto se deve ao fato que desde que a antecipação da tutela foi inserida, em 1994, no CPC, e melhor, desde que se instaurou a divisão entre os processualistas que discutiam a relação entre os termos tutela cautelar e tutela antecipatória, havia certa confusão entre os operadores do direito, que muitas vezes não se encontram tão aprofundados em certas discussões teóricas.

Para dirimir de vez as dúvidas, o legislador sabiamente inseriu o princípio da fungibilidade entre as tutelas, ao prescrever: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Parte da doutrina procura utilizar a própria inserção do parágrafo sétimo como base para sua argumentação de que se tratam de institutos distintos. Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni dizem que este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, “frisa a diferença

---

<sup>65</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipações e Antecipações, in Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 243.

entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas”.<sup>66</sup>

Outra parte da doutrina, bem representada aqui pelas palavras do professor Alcides Munhoz, enxerga o advento do parágrafo sétimo como mais um argumento em defesa de sua visão da antecipação de tutela como uma vertente do poder geral de cautela, da função cautelar como função de urgência. O mestre comenta:

“Para garantir o maior proveito às técnicas de tutela antecipada do artigo 273, o legislador reformista viu-se compelido, diante dos posicionamentos radicais que distanciavam o cautelar do antecipatório, a incluir o § 7º, precisamente para enfatizar que a providência antecipada podia ser também de natureza antecipatória. A despeito desse exposto esclarecimento, há processualistas que ainda negam a fungibilidade entre medidas conservativas e antecipatórias no âmbito da tutela de urgência, o que serve apenas para comprometer a efetividade da jurisdição”.<sup>67</sup>

O mestre Cândido Rangel Dinamarco ressalta que a fungibilidade prevista no parágrafo sétimo do art. 273 deve ser entendida nos dois sentidos, ou seja, não somente poder-se-á receber um pedido de medida cautelar sob a forma de pedido de antecipação de tutela, como também está autorizado o magistrado a receber o pedido da antecipação de tutela que seja feito sob a forma de pedido de medida cautelar. Vejamos como Dinamarco se expressa, citado por Oswaldo Pereira de Lima Júnior:

“O novo texto legal não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um”.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 224.

<sup>67</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 250.

<sup>68</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Apud* LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de. *Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5403>>. Acesso em: 04 out. 2008.

## 6 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

A doutrina clássica pretendia afastar-se da idéia de que direito de ação e direito material estavam próximos. Desta maneira, concebeu a doutrina clássica a idéia de que a jurisdição devia atuar a vontade da lei<sup>69</sup>, e que a tutela cautelar devia garantir a efetividade da jurisdição.<sup>70</sup> Nesta visão, a tutela cautelar teria uma dupla instrumentalidade, pois seria instrumento do processo (e o processo, por sua vez, já seria instrumento do direito material). Assim, a tutela cautelar voltava-se a assegurar a efetividade do processo, e seria marcada pela provisoriedade, pois duraria até a prolação de sentença.

Esta visão estava de acordo com os interesses do direito liberal clássico, do Estado Liberal, que visava diminuir, senão impedir, a intromissão do Estado na esfera jurídica do particular, somente permitindo-a com o trânsito em julgado da sentença. Havia um motivo: o liberalismo opunha-se ao absolutismo. O que se esperava do direito, nesta época, era a proteção da classe social burguesa contra os arbítrios do Estado. O Estado, então, deveria tratar todos de forma igual (igualdade formal), para assim poder garantir, proteger a liberdade, ou seja, as liberdades da classe burguesa. Uma intromissão do Estado na esfera jurídica do particular perante cognição sumária, como o que acontece numa antecipação de tutela, ou numa tutela inibitória, por exemplo, era totalmente impensável pelo raciocínio utilizado à época. A tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano (ou ao valor da prestação inadimplida) era suficiente e estava de acordo com o que se pensava sobre o direito à época.

Porém dentro deste cenário da teoria clássica, novas situações de direito material foram surgindo, e as tutelas pré-concebidas não davam conta das situações de urgência que agora se concretizavam. Desta maneira, sob a forma da via processual da tutela cautelar, a jurisdição foi gradualmente permitindo a tutela que se voltava a preservar um direito de uma violação. Foi neste momento que a cautelaridade ganhou ares de preventividade, e não somente de segurança. A via

---

<sup>69</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 19.

<sup>70</sup> CALAMANDREI, Piero. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 19.

processual da ação cautelar foi encarada como a via possível pois ela não se submetia à exigência de tipicidade dos meios executivos, e permitia a concessão de liminares. Desta maneira, via ação cautelar, intentava-se tutela inibitória, de remoção de ilícito, e antecipatória.

Em contraposição à teoria clássica, uma nova teoria (mais adequada à realidade do Estado Constitucional, e à realidade da busca da efetiva tutela, anseios do sujeito de direito moderno) surgiu com uma nova definição da função cautelar, a de assegurar direitos. Esta nova visão está mais alinhada com a idéia que a função da jurisdição deva ser alcançar a efetiva tutela do direito material. Assim, nesta visão a tutela cautelar não advém do direito de ação, nem advém do processo, estando no mesmo plano do direito material, pois quem tem direito à tutela, também tem direito a assegurar esta tutela.<sup>71</sup> Ovídio Baptista da Silva atribui a esta nova tutela cautelar, a característica da temporariedade<sup>72</sup>, ligando-a à permanência da situação de perigo, e desta forma, indo além da sentença (caso condenatória, mandamental ou executiva, que são as que necessitam de execução para alcançar a efetiva tutela do direito material), até o momento da efetiva tutela do direito material, alcançado com a execução. (Lembrando aqui que as sentenças declaratória e constitutiva são autosatisfativas, não dependem de execução para alcançar a tutela desejada). A função preventiva fica restrita à tutela inibitória, nesta nova teoria, e não mais à tutela cautelar.

A razão de se identificar com a designação “temporariedade” uma das características da tutela cautelar, na nova teoria, em oposição à antiga provisoriedade, é que em vários casos, a tutela do direito material continua ameaçada mesmo após a sentença. Seja a sentença de procedência, bem como a sentença de improcedência. Ovídio Baptista da Silva identifica este perigo e recomenda que o magistrado disponha em sua sentença que a liminar (que concedeu a tutela cautelar) conserve-se eficaz até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no juízo do recurso. Desta forma, explica-se porque a tutela cautelar, na nova teoria, pode ter sua duração diminuída (caso o perigo de dano cesse antes

---

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 23.

<sup>72</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. p. 24-25.

da prolação da sentença), ou pode ter sua duração aumentada, sendo estendida para até o trânsito em julgado da sentença, conforme exposto.<sup>73</sup>

Nesta nova teoria, a distinção entre uma tutela cautelar e uma tutela antecipatória baseia-se na satisfatividade, ou seja, se a tutela tem função de segurança (embora com *fumus* e perigo de dano), e não de satisfação do direito material almejado, será considerada cautelar. Se a tutela tiver a função de satisfatividade (com *fumus* e perigo de dano), será considerada antecipatória. Desta forma, torna-se requisito da tutela cautelar a não-satisfatividade, e assim sua instrumentalidade. As tutelas de remoção do ilícito, e inibitória, por serem satisfativas, não devem ser almejadas sob a denominação “cautelar”, dentro desta nova sistemática, dentro da nova teoria.

A redefinição da função cautelar na nova teoria do processo civil não tira a importância que a tutela cautelar, sob forma de ação cautelar inominada, teve no processo civil na fase de adequação aos novos direitos que surgiram com a adoção do modelo de Estado constitucional como modelo padrão das sociedades ocidentais.

---

<sup>73</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p. 124.

## 7 CONCLUSÃO

O mundo contemporâneo ocidental precisa de respostas mais rápidas dos Estados aos particulares, no tange à heterotutela a estes prometida.

Com a exposição sobre os tipos de cognição possíveis, observa-se que a cognição em sua variação vertical exauriente, e em sua variação horizontal plena seriam as ideais, em termos de oportunização tradicional visando a possibilidade de se influir no convencimento do juiz. Porém a celeridade imposta à sociedade pela própria sociedade não é alcançada, em todos os casos, com a utilização destas cognições. Por isso, as variantes cognição sumária e cognição parcial se fazem necessárias.

Pelo estudo das tutelas, foi possível notar que a também tradicional fórmula do ressarcimento do dano pelo pagamento em pecúnia do equivalente, também não mais satisfaz o usuário do direito, pois muitas vezes, este usuário almeja a proteção antecipada do seu direito (tutela inibitória), ou a remoção imediata do ilícito (tutela reintegratória, sem a necessidade de comprovação do dano, pois a simples presença do ilícito, com efeitos que perduram no tempo, por si só é mais que suficiente para embasar o pedido de remoção deste ilícito), entre outras novas necessidades.

Analisando as possibilidades de tutelas de urgência (em suas variantes cautelar e antecipatória), fica fácil concluir que há situações nas quais o sujeito de direitos, com grande probabilidade de ter seu direito material reconhecido com o processo, poderá ter este mesmo direito material ameaçado – o que fará com que este sujeito tenha o direito a assegurar este seu direito, e assim, utilizar-se de medidas com cunho de tutela cautelar. Haverá também situações nas quais o sujeito, com grande probabilidade de ter seu direito reconhecido na cognição exauriente, não poderá aguardar o tempo normal, padrão do processo, e necessitará de uma resposta mais rápida do Estado (face o perigo de dano que, em não adiantando a satisfatividade, está exposto esta sujeito), candidatando-se assim a ser beneficiado com uma medida que adiante no tempo a satisfatividade do próprio direito material em julgamento.

A grande produção doutrinária paranaense sobre o direito processual civil é algo a se elogiar, não só pela quantidade, quanto pela qualidade do arcabouço

teórico ofertado ao operador do Direito neste Estado, em especial ao aluno das Ciências Jurídicas do início do século XXI.

É absolutamente inegável a importância da tutela cautelar como protetora do processo, e também como protetora do próprio direito material almejado, dentro do ambiente jurídico brasileiro que antecedeu à instauração oficial e expressa da possibilidade de antecipação de tutela no processo civil. É também inegável o valor de justiça que a tutela cautelar agregou à sociedade brasileira ao longo de tantas décadas de utilização deste instituto, como instrumento (duplo ou não) de segurança jurídica a favor daquele que tem seu direito ameaçado, e também, desta forma a favor do próprio processo como instrumento do sujeito, e do direito.

Porém, a necessidade de maior efetividade do Direito para com o cidadão, de forma a sair da gaiola do Direito Teórico, e alçar vôo no mundo do Direito à Tutela Efetiva, é muito maior do que a discussão doutrinária (a importante e salutar discussão doutrinária, frise-se) a respeito da delimitação das fronteiras entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Parece-nos mais razoável (do ponto de vista do acadêmico de Direito, próximo da colação de grau, porém ainda sem vivência prática no ambiente jurídico do mundo real, dos juízos, dos tribunais, das procuradorias e demais casas jurídicas) a nova teoria proposta no sentido de que ao termo “antecipatório” sejam legadas as matérias que dizem respeito a uma tutela que traz consigo a efetiva satisfação à parte (com a “entrega” do direito material pedido e almejado), e ao termo “cautelar” sejam destinadas as matérias de cunho assecuratório (seja do processo, seja do direito material), não satisfativos, e assim, que não representam o próprio conteúdo do pedido inicial do autor.

É extremamente necessária e útil a discussão teórica, doutrinária sobre as diferenças e similaridades entre as tutelas cautelar e antecipada. Porém, dado o fato que o mundo novo que surge a nossa frente demanda pragmatismo, aplicabilidade imediata no mundo real das construções teóricas, torna-se mais importante optar por uma divisão que traga maior facilidade de entendimento, e assim, de aplicação real por parte dos operadores do Direito, em seu dia-a-dia. Desta forma, a segmentação da tutela de urgência, conforme exposto anteriormente, em tutela cautelar (não-satisfativa) e tutela antecipada (satisfativa) parece-nos mais adequada ao momento que vivemos.

Ressalte-se mais uma vez, e aqui a repetição é escusável pela relevância, que com este posicionamento, de forma alguma se diminui a importância histórica da cautelaridade amplo senso, que tanto bem fez ao Direito, e que tanto colaborou na incansável busca pela inalcançável Justiça.

## 8 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005

ALVIM, Carreira. *A antecipação de tutela na reforma processual*. In *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 144.656-ES, 2ªT., v.u., rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 27.10.1997, p.54.778.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984. v.10, t. I.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela*. In *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipações e Antecipações*, in *Estudos de Processo Civil - Homenagem ao Prof. Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v. 11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Apud FRIEDE, Reis. Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Apud LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5403>>. Acesso em: 04 out. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Apud FRIEDE, Reis. Comentários à reforma do direito processual civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In: *Reforma do Código de Processo Civil* (org. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 3.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos Especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Teses, Dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Citações e Notas de Rodapé*. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 3).

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.