

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
Setor de Ciências Jurídicas,
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

ORIVAL CORREA DE SIQUEIRA JUNIOR

NUANCES ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

TOLEDO
2002

ORIVAL CORREA DE SIQUEIRA JUNIOR

ii

NUANCES ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Nuances entre Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Setor de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito Civil e Processual Civil, Universidade Federal do Paraná, Escola Superior de Advocacia, Subseção da OAB/PR – Toledo/PR, Instituto dos Advogados do Paraná.

Prof. Dr. Alcides Munhoz da Cunha.

TOLEDO
2002

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. DA TUTELA CAUTELAR.....	2
2.1. CARACTERÍSTICAS.....	4
2.1.1. AUTONOMIA.....	4
2.1.2. SUMARIEDADE.....	4
2.1.3. PROVISORIEDADE.....	5
2.1.4. FUNGIBILIDADE.....	5
2.1.5. UNITARIEDADE.....	5
2.1.6. REVOGABILIDADE.....	6
2.1.7. ACESSORIEDADE.....	6
2.2. REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR.....	7
2.2.1. PERICULUM IN MORA.....	7
2.2.2. FUMUS BONI IURIS.....	9
2.3. AÇÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE.....	11
2.3.1. PROCEDIMENTOS CAUTELARES NOMINADOS.....	12
2.3.1.1. Arresto.....	12
2.3.1.2. Seqüestro.....	12
2.3.1.3. Caução.....	13
2.3.1.4. Busca e Apreensão.....	13
2.3.1.5. Ação de Exibição.....	14
2.3.1.6. Produção Antecipada de Provas.....	14
2.3.1.7. Alimentos Provisionais.....	15
2.3.1.8. Arrolamento de Bens.....	15
2.3.1.9. Justificação.....	16
2.3.1.10. Protestos, Notificações e Interpelações.....	16
2.3.1.11. Homologação do Penhor Legal.....	17
2.3.1.12. Posse em Nome do Nascituro.....	17
2.3.1.13. Atentado.....	18
2.3.1.14. Protesto e Apreensão de Títulos.....	18

2.3.2. PROCEDIMENTOS CAUTELARES INONIMADOS.....	19
3. TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	20
3.1 PRESSUPOSTOS.....	23
3.1.1 PROVA INEQUÍVOCA DA ALEGAÇÃO.....	23
3.1.2 VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO.....	26
3.1.3 ABUSO O DIREITO DE DEFESA.....	27
3.1.4 DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.....	28
3.2 PROCEDIMENTO.....	29
3.3 MOMENTO.....	29
3.4 EXTENSÃO.....	30
4. DA COMPARAÇÃO ENTRE TUTELAR CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	32
5. JURISPRUDÊNCIAS.....	34
6. CONCLUSÃO.....	40
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

RÉSUMO

Passando por um estudo geral da Tutela Cautelar e da Tutela Antecipada, procura-se demonstrar os pontos mais importantes de cada um desses Institutos Processuais, para após em linhas concisas demonstrar suas semelhanças e suas diferenças.

1- INTRODUÇÃO.

O Direito é um instrumento do homem em busca da paz social, que mediante um processo de atos concatenados ataca as injustiças, no intuito de dirimir sempre as lides existentes.

Acontece que com o passar do tempo se passou a verificar que o processo não atendia de bom grado a todas as lides existentes, vez que afora as injustiças acontecidas, na grande maioria das vezes a lentidão incompreensível do aparelho judiciário tornavam ineficazes as tutelas alcançadas com a decisão final.

Em face da existência de casos em que se fazia necessária a presença de um procedimento que atendesse de pronto ao pedido da parte para que não ocorresse o perecimento de um direito que levado a apreciação do Poder Judiciário em vias normais, sucumbiria pela simples não atendimento de urgência.

Para o atendimento de tais pretensões logo se criou o chamado PROCESSO CAUTELAR, conhecido desde o direito romano, que consiste em uma provocação pelo interessado aos órgãos judiciais a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo afastando qualquer ameaça de perecimento de provas, bens, etc., para que desta forma o processo alcance um resultado útil, capaz de alcançar a sonhada paz social.

Acontece que as chamadas medidas cautelares têm suas peculiaridades, requisitos e características próprias dogmatizadas pela legislação processual, e desta feita atendiam somente aqueles chamados de urgência pelas quais se enquadravam os requisitos exigidos pela lei.

Tal regramento, em tese afastava demais casos que não preenchessem os requisitos exigidos, mesmo que se tratassem de tutelas da urgência.

Esses casos afastados, em tese, da apreciação judicial via tutela cautelar eram na realidade casos em que o que antecipava era a própria tutela pretendida pela parte, e não simples casos de garantia de uma futura decisão judicial, como é exigido para as cautelares.

Nossos Legisladores de 1994, sensíveis aos apelos da sociedade instituíram de uma maneira geral no sistema processual brasileiro, a Antecipação

de Tutela do artigo 273, que veio como uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo, pois como sempre ensinou CARNELUTTI “A justiça tardia não é senão uma justiça pela metade”.

Sabe-se também que em muitos casos a justiça tardia não chega sequer a ser meia justiça, vez de que o que vale ao moribundo uma decisão tardia a respeito de seu atendimento em um hospital.

Nos casos anteriores, se diz em tese, porque mesmo não havendo especificamente regras para a acepção das chamadas tutelas de emergência (não cautelares) no Código de Processo Civil, a nossa doutrina e jurisprudência criaram meios para assegurar esses direitos, dando uma interpretação e aplicabilidade maior do que a lei conferiu, posto que na realidade sempre foram casos para antecipação de tutela, e por assim dizer não eram afastadas de proteção judicial.

Apesar de já haver regramento específico para ambos os casos da Tutela Cautelar e Medidas Antecipatórias, não é pouca a confusão ainda existente tanto na Doutrina pátria, quanto na prática processual para se distinguir e aplicar acertadamente cada uma delas.

Assim o interesse deste opúsculo é levantar algumas dúvidas sobre o tema invocado, bem como demonstrar o entendimento de diversos autores a respeito das diferenças e da forma como entendem que devem ser aplicadas cada medida, conceituando bem cada uma delas, bem como todos seus elementos para após traçar uma dicotomia, demonstrando as semelhanças e diferenças e maneira como mas parece correta sua aplicação prática.

2. DA TUTELA CAUTELAR.

Alhures se expôs que para uma comparação e distinção entre a Tutelar Cautelar e Tutela Antecipatória, necessária seria a individualização de cada medida, conceituando suas particularidades, como se faz neste momento com a Tutela Cautelar.

A confusão existente entre a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipatória, nada mais é do que uma entre muitas outras no Direito Brasileiro, o próprio assunto, ora tratado traz entendimentos diversos, como será exposto.

Como já expressado na introdução, a cautelar é uma forma de proteção jurisdicional, que me virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar o caso levado a juízo, apreciando a aparência do direito posto.

A primeira divergência dos escoliastas na interpretação da Tutela Cautelar é se a mesma protegeria o Direito levado a Juízo ou o processo judicial em si.

No entendimento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR,¹ o processo Cautelar é aquele que tem função subsidiária, auxiliar, de servir a tutela do processo principal, onde será protegido o direito e eliminado o litígio.

Ou seja, entende o jurista que na realidade o processo cautelar dirige-se a segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

De forma oposta entende OVIDIO BAPTISTA DA SILVA,² que a Tutela Cautelar serve para proteger o direito e não o processo. Entende o notável jurista que para que a Tutela Cautelar se torne legítima é preciso que o pretense titular do interesse ameaçado de dano iminente identifique, concretamente, a natureza desse interesse legalmente protegido, sob a forma de um direito subjetivo, ou de uma pretensão ou de uma ação de direito material, de uma exceção, ou até

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 360.

² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, 5ª. ed. v. 3, São Paulo, Editora RT, 2000.

mesmo sob a forma do interesse que possa ter aquele que, prevendo a possibilidade de vir a ser acionado, com réu, tenha pretensão assegurada de provas ou a alguma outra pretensão à segurança a serem utilizadas na eventual ação satisfativa que possa ocorrer. Por isso a medida cautelar seria um instrumento jurisdicional criado para a proteção de direito.

Apesar de parecer mais lógica as premissas deste último doutrinador o resultado final da discussão mostra que de qualquer forma acudindo ao processo ou ao direito, o resultado prático sempre é sentido pela parte atuando diretamente sobre o direito ameaçado, mas tal fato se complica ao se apresentar os requisitos da Tutela Cautelar.

2.1- Características.

São elas, a autonomia, a sumariedade, a provisoriedade, a fungibilidade, a unitariedade a revogabilidade e a acessoriedade.

Tais características não são exclusivas da Ação Cautelar, estando presentes também em outras espécies de Ação.

2.1.1 – A Autonomia.

A autonomia do processo Cautelar é inegável, visto que o próprio Código de Processo Civil lhe reserva um livro específico, no qual é classificado conjuntamente com as ações de conhecimento e execução.³

No processo cautelar há pedido, procedimento, lide, mérito, sentença, execução, são específicos deste processo, sendo que o julgamento não interfere em nada no processo de conhecimento ou no processo de execução, salvo quanto ao reconhecimento da prescrição e da decadência.

2.1.2 – A Sumariedade.

³ BOMFIM MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 166.

A sumariedade relaciona-se a necessidade de urgência. Como próprio da medida a medida cautelar deve ser sempre urgente.

A técnica da cognição utilizada na tutela cautelar é a do conhecimento sumário da matéria litigiosa, ao qual é suficiente o juízo de aparência, de plausibilidade, de verossimilhança, por isso que aí o julgado não se afigura definitivo, mas sim provisório, desprovido da definitividade inerente à coisa julgada material.⁴

2.1.3 – A Provisoriedade.

A Tutela Cautelar é sempre provisória. Nasce com duração limitada no tempo, até a extinção do processo principal, ou até enquanto se façam presentes os requisitos ensejadores da Cautela.

Ao se extinguir o processo principal, com ou sem julgamento de mérito, cessa a eficácia da medida assecuratória justamente porque ela é provisória;⁵

2.1.4 - A Fungibilidade.

A fungibilidade das medidas cautelares significa a possibilidade de modificação ou substituição de uma por outra, inclusive de ofício.

A fungibilidade é sempre atinente ao pedido, à providência e não ao processo ou ao procedimento. Assim a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido.⁶

2.1.5 – A Unitariedade.

A prática de atos de conhecimento e de execução no mesmo procedimento dá o caráter unitário ao processo cautelar. Assim a medida liminarmente

^{4,5,6} BOMFIM MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 166 a 175.

concedida, é executada imediatamente.⁷

A eficácia preponderante da sentença cautelar, como se sabe, é mandamental, ou seja, todas as medidas liminares deferidas devem, de pronto, serem cumpridas coercitivamente.

2.1.6 – A Revogabilidade.

As medidas Cautelares podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo dentro do processo, por disposição expressa da lei.

A revogação ou modificação da tutela cautelar, pode se dar a pedido de qualquer das partes ou mesmo de ofício pelo próprio Juiz, seja em função de causa superveniente, ou do não cumprimento de ordem judicial.⁸

2.1.7 – A Acessoriedade.

A medida Cautelar é sempre acessória a um procedimento de conhecimento ou de execução.

Sempre necessita de um procedimento principal no qual se discute o direito que ele assegura, podendo estar aquele já instaurado ou não.⁹

LUIZ GUILHERME MARINONI, ainda apresenta como característica das Tutelas Cautelares a inexistência de coisa julgada material.¹⁰

Baseia sua tese na doutrina de Ovídio Batista da Silva¹¹, que entende que a inaptidão da sentença cautelar para alcançar a estabilidade peculiar a coisa julgada material decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se a afirmar a simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular; e a existência de uma situação de fato de perigo.

^{7,8,9} BOMFIM MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 175 a 180.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, 1ª. ed. São Paulo, Editora RT, 1994, pg. 65.

¹¹ *apud* MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, 1ª. ed. São Paulo, Editora RT, 1994, pg. 65.

Após esta análise das características cumpre analisar quais os requisitos exigidos para Tutela Cautelar.

2.2 – Dos Requisitos da Tutela Cautelar.

Os requisitos para alcançar-se uma providência cautelar são basicamente dois:

I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do “*periculum in mora*”, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o “*fumus boni iuris*”.

Tais requisitos também são chamados por VICTOR BOMFIM MARINS¹², de elementos da tutela Cautelar.

2.2.1 – *Periculum in mora*.

O primeiro deles é o *periculum in mora*, que deve ser demonstrado em fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis a própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal.¹³

O Código de Processo Civil esmerou-se em apontar os elementos que compõem a figura do *periculum in mora* no trato da tutela acautelatória no artigo 798, prevendo que o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar

¹² BOMFIM MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 109.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 372.

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

O Tribunal de Justiça do Paraná situa, a situa a situação perigosa, que configura um dos requisitos à tutela cautelar, distinguindo-a da mora, instituto de direito material: “O *periculum in mora* de natureza eminentemente processual, como um dos requisitos à concessão do acautelamento, viu-se baralhado com o instituto da mora pertencente ao direito material, ou seja, a tardança no adimplemento de uma obrigação.

A demora em tais circunstâncias pelo atraso na resolução contratual e pagamento da obrigação de indenizar decorrente de prejuízos impostos, não caracteriza o referido pressuposto, visto como situação objetiva de perigo para o processo” (2ª. Câm. Civ., ac. 11.385, Ap. Cív. 34226-3, Rel. Dês. Alatair Patitucci, v.u., in DJ de 07/08/95).

Ainda anota OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹⁴: “Não é propriamente, como pensava CHIOVENDA, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo, em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional”.

O professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁵, em seu manual de Processo Civil, informa que a lei diz perigo justificador da atuação do poder geral de cautela, deve ser:

- a) “fundado”
- b) relacionado a um dano “próximo”
- c) que seja “grave” e de “difícil reparação”.

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal,

¹⁴ *apud* BOMFIM MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, Curitiba, Editora Juruá, 1996, p. 113.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 373.

mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito.

Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica é preciso que seja irreparável sua conseqüência, ou pelo menos de difícil reparação.

Essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade pode ser aferida tanto do ponto de vista objetivo, como do subjetivo. No primeiro caso, é de considerar-se irreparável, ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a reparação específica, nem a do respectivo equivalente (indenização).

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la.

Por outro lado, deve-se ter como grave todo dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha a prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal.

2.2.2 -*Fumus boni iuris.*

O Segundo elemento das Tutelas Cautelares é a chamada fumaça do bom direito, que vem do usual latim *fumus boni iuris*, que significa aquela aparência de que exista o direito ao lado da parte que o requer.

Para ação cautelar não é necessário mostrar com prova plena a existência do direito material em risco, mesmo porque tal fato, na maioria de todas as ações judiciais só será alcançado em decisão exauriente. O que requer a Tutela Cautelar

é que exista um risco para o direito da parte para alguns doutrinadores, ou para o processo para outros.

Para OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹⁶, o juízo de verossimilhança desempenha, na verdade, uma função de relevância, mais profunda, relativamente à tutela cautelar e, de um modo geral, com relação a todo o fenômeno jurisdicional. Pode-se dizer que o *juízo de probabilidade* do direito para cuja proteção se invoca a tutela assecurativa (cautelar) é não apenas um pressuposto, mas igualmente exigência desta espécie de atividade jurisdicional. Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples aparência do direito a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível. Quer dizer, a tutela cautelar justifica-se porque o juiz não tem meios de averiguar, na premência de tempo determinada pela urgência, se o direito realmente existe.

Se o direito apresenta-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa. Esta conclusão impõe-se em virtude da própria natureza da função jurisdicional exercida pelo Estado. O monopólio da jurisdição, ao tornar ilegítima a ação privada que o titular do direito poderia desencadear, tanto que agredido em seu interesse ou apenas ameaçado de sofrer lesão, provocou a mediatização da reação da vítima da ofensa, inserindo, entre a ação ofensiva praticada pelo agressor e a resposta que o titular do direito poderia contrapor-lhe, toda a atividade de cognição judicial, cuja função e precisamente capacitar o julgador a determinar a existência do direito de que aquele se diga titular. Ora, segurança, proclamar a existência do direito, a demora em protegê-lo, a partir daí, seria injustificada. A tutela em tal caso deveria ser satisfativa e não apenas cautelar.

Nessa razão, o juízo de plausibilidade ou verossimilhança, segundo a cognição sumária do juiz, resume-se em um cálculo de probabilidade no sentido de se a sentença de mérito, no processo principal, reconhecerá o direito cuja

¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, 5ª. ed. v. 3, São Paulo, Editora RT, 2000, p. 77.

aparência se examina para fins acautelatórios.

Quanto o artigo 798, do Código de Processo Civil, diz "quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação", está se referindo a direito aparente, plausível, não se podendo exigir certeza da existência do direito afirmado antes da cognição exauriente no processo principal.

No entanto a aferição da plausibilidade dos direitos invocados pela parte deve ser feita mediante indícios objetivos constantes nos autos e jamais baseada apenas nas afirmações da parte, por mais fortes e convincentes que pareçam estar demonstradas.

Avançando a idéia de proteger a Tutela Cautelar o direito da parte, ensina HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁷, que somente pode cogitar-se a ausência do *fumus boni iuris* pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Ainda no entende deste nobre jurista¹⁸, só incorre o *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295).

Fora daí, há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar.

2.3 – Ações Cautelares em espécie.

As ações cautelares podem ser nominadas ou inominadas. Aquelas são as que já estão expostas expressamente no Código de Processo Civil. Como as relações humanas são impossíveis de serem previstas em um legislação, toda e qualquer nova situação que necessite de segurança sobre uma perigo de dano irreparável pode ser protegida pela Tutela Cautelar, desde que, a situação fática

^{17,18} THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 373.

se enquadre dentro dos requisitos legais exigidos, e é a estas que se dá o nome de Cautelares Inominadas.

2.3.1 – Procedimentos Cautelares Nominados¹⁹.

2.3.1.1 – Arresto.

O primeiro dos procedimentos cautelares nominados é o arresto. Este é o meio de garantia de futura execução por quantia certa, e consiste na apreensão judicial de bens indeterminados da esfera patrimonial do devedor, tantos quantos bastem para a satisfação do crédito a ser executado ou exeqüendo.

Esta é uma figura cautelar típica, na qual se espelha com clareza as características da provisoriedade e prevenção, para evitar o dano jurídico que poria em risco a possibilidade de êxito na Ação Principal (Execução por quantia certa).

2.3.1.2 – Seqüestro.

Logo em seguida o Código enumera o seqüestro. Esta medida cautelar é aquela em que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa.

Atua o seqüestro praticamente através de desapossamento, com o objetivo de preservar o estado da coisa, sobre qual paira discussão judicial, para que a mesma não se sujeite a danos.

A principal da diferença deste medida cautelar para o arresto, é que neste qualquer bem do devedor que possa garantir futura execução será acautelado, e naquele deve ser justamente o bem disputado entre as partes, ou seja, aquele que é o próprio objeto da demanda.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 442.

Figura semelhante se apresenta no Direito Italiano, no qual o seqüestro pode ser sobre bens móveis ou imóveis, fazendas ou outras universalidades de bens, quando se controverta sobre a propriedade ou sobre a posse deles e seja oportuno prove a sua custódia ou a sua gestão temporária; ou de livros, registros, documentos, modelos, amostras e qualquer outra coisa da qual se pretenda deduzir elementos de prova, quando se controverta o direito a exibição ou a comunicação, e seja oportuno prover a sua custódia temporária.²⁰

2.3.1.3 – Caução.

A caução como medida cautelar, serve para se por a disposição do credor um bem jurídico capaz de garantir o inadimplemento.

Quanto a prevenção a caução se destina a resguardar diretamente direitos substancias da parte, não se pode falar em função cautelar, no sentido técnico, pois a atividade jurisdicional assume característica de satisfação de pretensão material.

2.3.1.4 – Busca e Apreensão.

Em seguida as ações cautelares específicas aparece a Busca e apreensão, que ocorre sempre que o mandamento do juiz ocorrer no sentido de que se faça mais do que quando sem manda exhibir a coisa para se produzir ou exercer algum direito e se não preceita o devedor, ou possuidor da coisa, a que se apresente.

A medida de busca e apreensão pode apresentar-se como simples meio de execução de outras providências cautelares, como seqüestro, arresto etc. Mas, pode também ser o fim exclusivo de uma ação cautelar, como se dá quando na aplicação do procedimento regulado pelos arts. 839 a 843.

Assim, por exemplo, um objeto pode não ser litigioso, mas representa grande importância para apuração dos fatos controvertidos. Os documentos, de

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil*, v. III, Campinas, Editora Servanda, 1999, p. 240. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista.

maneira geral, não são passíveis de seqüestro.

Nestas situações em que as medidas tradicionais não se revelam adequadas aplica-se a ação de busca e apreensão, quando presentes os requisitos da tutela de prevenção.

2.3.1.5 – Ação de Exibição.

A ação de exibição sempre pretende exibir uma coisa que está em segredo, em mãos do possuidor e este se nega a apresentá-la em juízo.

O direito à exibição tende a constituição ou assecuração de prova, ou às vezes ao exercício de um simples direito de conhecer e fiscalizar o objeto em poder de terceiro.

Não visa a ação de exibição a privar o demandado da posse de bem exibido, mas apenas a propiciar ao promovente o contato físico direto, visual, sobre a coisa.

Feitos o exame, ocorre normalmente a restituição da coisa ao seu possuidor.

Geralmente ocorrem como incidentes na fase probatória dos processos de cognição, ou em medidas cautelares preparatórias.

2.3.1.6 – Produção antecipada de provas.

A produção antecipada de provas também é medida acautelatória. Como é cediço todo processo de cognição exauriente tem sua fase própria para a instrução probatória, mas no entanto existem situações excepcionais, que autorizam a parte a produzir, antes do momento processual adequado, a coleta de elementos para instrução do processo.

As ações cautelares desta natureza têm cabimento em qualquer espécie de demanda, podendo ser contenciosa, ou de jurisdição voluntária.

Exemplo típico desta medida é a inquirição de uma testemunha de vital importância para a lide, mas que está em vias de morrer em face de grave

problema de saúde, mas que ainda está plena de suas faculdades mentais e de seu discernimento.

2.3.1.7 – Alimentos provisionais.

Alimentos provisionais são considerados como medida de cautela. Como o sustento da pessoa natural é necessidade primária inadiável, não pode o seu atendimento ser procrastinado até a solução definitiva da pendência entre devedor e credor de alimentos.

Disto decorre a instituição de uma medida cautelar, com o intuito de acudir ao necessitado de alimentos.

2.3.1.8 – Arrolamento de bens.

O arrolamento de bens volta-se para o objetivo de conservar bens litigiosos em perigo de extravio ou dilapidação. Sua execução, por isso, implica necessariamente a nomeação de um depositário, a quem se atribui à tarefa prática de relacionar os bens sob sua guarda.

Deu-se, outrossim, maior extensão à medida que, em seu novo regime, deixou de ser utilizável só pelos cônjuges nas ações matrimoniais e passou a tutelar qualquer interessado nos bens, inclusive credores, em outras ações patrimoniais.

No Código de Processo Civil atual, proceder-se-á ao arrolamento de bens, sempre que houver receio de extravio ou de dissipação de bens, e pode requerer-lo todo aquele que tem interesse na conservação dos bens. Este interesse pode decorrer de direito próprio sobre o bem já constituído ou que deva ser declarado em ação própria. Desta forma podem ser arrolados bens em poder de terceiros, bens comuns ou bens alheios sobre que incida interesse legítimo do requerente.

A medida cautelar terá, assim, além da separação judicial e da anulação de casamento, exata aplicação em várias ações com as de dissolução de sociedade,

de prestação de contas do gestor de negócios alheios e nas relativas a sociedades de fato.

2.3.1.9 – Justificação.

Entre os procedimentos cautelares específicos está incluída a justificação, que consiste na colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada no processo futuro, como em outras finalidades não contenciosas.

A justificação prévia não é ação cautelar, pois não visa assegurar prova, mas sim constituí-la. Pode ser para simplesmente apresentação de um documento de caráter contencioso, ou para servir de prova em processo regular.

Não há contenciosidade, vez que é mero ato de jurisdição voluntária, muitas e muitas vezes exercidas sem a participação de parte contrária, e sempre sem possibilidade de contestação ou recurso.

É uma medida para a constituição de uma prova avulsa.

2.3.1.10 – Protestos, Notificações e interpelações.

Tais procedimentos enumerados em nosso Código, tratam-se de meros procedimentos não contenciosos, que somente se prestam a conservar direitos, e que tecnicamente não podem ser considerados como medidas cautelares, mas uma vez externados pelo CPC, serão rapidamente tratados.

O protesto é o ato judicial de comprovação ou documentação de intenção do promovente. Revela-se, por meio dele, o propósito do agente de fazer atuar no mundo jurídico uma pretensão, geralmente, de ordem substancial ou material. Não acrescenta nem diminui direitos ao Autor, apenas conserva direitos pré-existentes.

A notificação, na cientificação que se faz a outrem conclamando-o a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob cominação de pena.

É o que se dá por exemplo, quando o senhorio notifica ao locatário para desocupar o prédio alugado ao fim de um certo prazo, sob pena de ajuizamento da ação de despejo.

A interpelação tem fim específico de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência de cumprimento da obrigação sob pena de ficar constituído em mora.

A natureza jurídica e o procedimento são os mesmos, que ser cuide de protesto, notificação ou interpelação.

2.3.1.11 – Homologação do penhor legal.

O penhor legal é imposto pela lei, de maneira que não resulta de convenção entre as partes. Basta a situação jurídica da hospedagem ou da locação, ou demais hipóteses previstas no texto legal para que o direito do credor a garantia surja.

O penhor não é a medida cautelar, mas sim a sua homologação, que visa apenas reconhecer uma situação preestabelecida atestando-lhe a regularidade.

A justiça se faz pelas próprias mãos do credor, na impossibilidade de recorrer a tempo a autoridade judiciária, mas a sua homologação se dá somente por via judicial.

2.3.1.12 – Posse em nome do nascituro.

O nascituro, como trata a lei, ainda não é pessoa, mas seus interesses são resguardados e tutelados desde a concepção, caso venha a ocorrer seu nascimento com vida.

A representação do nascituro, no eventual relacionamento jurídico com terceiros, é de ser feita através do titular do pátrio poder. Nas sua falta, manda o Código Civil que lhe seja definido um curador.

Visando proteger os interesses do nascituro pode seu curador ou qualquer dos genitores, requerer a comprovação judicial da existência de um ser, que ainda não penetrou no mundo das pessoas, e, que para atuar na tutela de seus interesses, precisa de um representante.

Apesar de estar enquadrado nas ações cautelares, o mesmo não o é, pela falta de um dos requisitos essenciais a tais medidas.

2.3.1.13 –Atentado.

Atentado é a criação de situação nova ou mudança do atual estado das coisas, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito.

O atentado é o fato de uma parte que fere o interesse da parte contrária. Dele nasce a ação de atentado, que é o meio de exercitar a pretensão de restituição ao status quo, para que a situação de fato possa aguardar a solução do processo tal como se achava ao ajuizar-se o feito.

A configuração do atentado pressupõe alteração fática ilícita, que levará a parte contrária a suportar um prejuízo, caso ganhe a causa.

A tutela cautelar que se movimento, posto que o fato danoso já ocorreu, porém também tem caráter preventivo com relação a lide principal, que ainda não sofreu cognição exauriente, e também está revestida de caráter de provisoriedade porque a interdição de inovar só vigora enquanto dura a causa de mérito, nada impedindo a renovação da obra desfeita se o causador do atentado sair vitorioso na solução final da lide.

A ação cautelar na espécie tem objetivo de fazer prevalecer o dever que compete a parte de conservar inalterado o estado de coisas envolvido no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos.

2.3.1.14 – Protesto e apreensão de títulos.

Entre as medidas cautelares, o protesto de título de crédito, está inserto, mas na realidade trata-se meramente de medida administrativa, que nem sequer se dá mediante intervenção do órgão judicial, fato que justifica sua não explicação neste momento.

Demonstradas exaustivamente todas as medidas cautelares nominadas pelo nosso Código de Processo Civil, ainda restam as medidas inominadas, como se faz a seguir.

2.3.2 – Ações Cautelares Inominadas.

Urge a Ação Cautelar Inominada no sistema jurídico brasileiro, pelo fato de ter o Código de Processo Civil atual, adotado o sistema, pelo qual, além daquelas ações cautelares expressas (citadas anteriormente), ainda previu a lei uma forma genérica, que permite ao julgador ao aplicar a lei, tome medidas de cautela, para a proteção de direitos e hipóteses não abrangidas especificamente pela lei.²¹

Ou seja, todos aqueles fatos capazes de gerar, ou melhor dizendo, atingir o direito aparente de uma pessoa podem ser defendidos, mesmo que não expressos em lei, desde que presentes todos os requisitos genéricos das medidas cautelares.

Para finalizar este ponto, cumpre examinar a posição de ERNANI FIDELIS DOS SANTOS, de que, quando a lei prevê medida específica, com pressupostos próprios, não terá lugar a medida inominada.

Os provimentos cautelares específicos, com efeito, têm seus requisitos próprios, que compreendem, invariavelmente, aqueles inerentes a toda e qualquer pretensão acautelatória.

Acontece que faltando um dos requisitos mas presentes todos os genéricos, parece evidente que a providência (específica) não poderá ser concedida. Isto não significa que o juiz não possa conceder uma medida inominada, para acautelamento do direito da parte.

Afinal o processo existe para ser prático e efetivo e seria lamentável se o apego ao regramento jurídico e ao formalismo, tornasse ineficaz o conclave da parte.

Após estas breves ilações sobre as características e requisitos da Tutela

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio, *A Ação Cautelar Inominada No Direito Brasileiro*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 131.

Cautelar, espera-se ter mostradò a finalidade e objeto da tutela cautelar para que em tópicos seguintes, após a explanação sobre a antecipação de Tutela, possa-se comparando-as alcançar o resultado proposto por este Trabalho.

3. TUTELA ANTECIPATÓRIA.

Dentre as modificações que a lei n. 8.952 de 13 de dezembro do ano de 1994, introduziu no nosso Código de Processo Civil, nenhuma se reveste de maior relevância que a disciplinada com a nova redação que se deu ao artigo 273. Por ele ficou prevista a possibilidade da antecipação da tutela em qualquer procedimento.²²

O art. 273, ora tratado afirma que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que , existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Reveste-se a Tutela Antecipada de semelhantes características da Tutela Cautelar, mas não o é.

A Tutela Antecipada é uma medida provisória, mas que não se confunde com as medidas cautelares do Livro III, vez que esta tem como objetivo a antecipação do próprio pedido final, total ou imparcial, ou de efeitos, enquanto que a medida cautelar tem por escopo garantir a eficácia de um outro processo, seja esse de conhecimento ou de execução.

Assim, podemos rapidamente, de maneira singela, traçar um paralelo inicial, vez que tal discussão será aprofundada mais adiante, de que a cautelar é uma garantia, e a antecipação da tutela é a satisfação da própria pretensão levada a juízo.

O fundamento constitucional é de harmonizar os direitos fundamentais em litígio, não decorrendo de nenhum dispositivo mas sim de todo o sistema que pretende alcançar a paz social.

O que se busca com a Antecipação de Tutela é a efetividade do direito, sendo marcada pelo princípio da efetividade, da proporcionalidade entre outros.

Apesar de ter sido dito que a antecipação de Tutela é a antecipação do próprio pedido, ela nunca é propriamente a antecipação do provimento judicial em si, no sentido de definir a relação jurídica, mas de efeitos que lhe são próprios, sejam eles principais ou secundários, sem prejudicar o direito em sua essência.

²² PASSOS, Calmon JJ, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 5.

A Antecipação pode ser requerida em qualquer procedimento, e seus efeitos podem ser de natureza diversa: *declaratória* – por exemplo, quando o juiz afirma inexistentes o débito, caso em que, pelo menos provisoriamente, há de ser observado pelas partes o preceito, ficando vedados o protesto, a cobrança ou a execução. Apesar de vários juristas trazerem em suas obras que esta última poderá ser vedada, quanto a esta última nos parece ser impossível a sua proibição em face do Direito Constitucional de Ação, restando como garantia da parte beneficiada pela antecipação o pedido de mera suspensão da execução ou de conexão com os autos ordinários, para que a pretensão executiva não prossiga. Veja-se que o que seria possível é a suspensão que nada se confunde com vedação ao direito de ação.²³

A antecipação de tutela tratada em nosso Código de Processo Civil, nada mais é do que uma medida pela qual se empresta provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito.

Como dito no parágrafo anterior a Antecipação de Tutela tem caráter de provisoriedade, e não deve ser deferida se não comportar essa reversibilidade. A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior. Como, por exemplo, reconhecer-se antecipadamente a inexistência de servidão, proibindo-se-lhe o uso, se tal importar em destruição de obra que inviabilizará por completo o direito, na hipótese de decisão posterior diversa.

A lei ainda trata do perigo de irreversibilidade, que deve observado, juntamente com a reversibilidade, sob o aspecto material da situação, posto que em certos casos, não é simples a constatação da reversibilidade, como, por exemplo, o do paciente que em vias de uma operação, cuja vida corre perigo, discute judicialmente com o plano de saúde a cobertura ou não daquela espécie de cirurgia. Mesmo se comprovado pela Seguradora (de saúde) que o Autor da ação não teria condições de arcar com o pagamento, em virtude de sua capacidade econômica, e em face disto seria irreversível o caráter da antecipação,

²³ SANTOS, Emrane Fidélis, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1ª. ed., Editora Del Rey, 1996.

deve o julgador analisar com o princípio da proporcionalidade tal caso, para se verificar para quem seria menor o prejuízo em caso de procedência da ação, com a irreversibilidade da antecipação.

Neste mesmo sentido OVIDIO BAPTISTA DA SILVA²⁴, se manifesta nesta mesma intenção. Para ele a lei exagera na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipação de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando "houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Muitos são os casos em que o estado perigosos imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja está irreversibilidade decorrente do "estado perigoso" contra o qual se busca a tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode correr que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verosímil.

Assim se mostra o exagero do § 2º, do artigo 267, ao tratar da irreversibilidade do provimento a ser antecipado, e por isto nos parece equivocado o pensamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁵, que dita que exclui-se a possibilidade da antecipação quando houver perigo de mostrar-se irreversível a situação resultante da decisão antecipatória.

3.1. Pressupostos.

3.1.1. Prova inequívoca da alegação.

Exige a lei que, para deferimento da antecipação, haja prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação.

²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, 5ª. ed. v. 1, São Paulo, Editora RT, 2000, p. 143.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 18ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996, p. 102.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, reclama a prova inequívoca da alegação esboçada na Petição.

Por interpretação literal do texto legal, deveria a parte ao requerer a Antecipação de Tutela, demonstrar inequivocadamente a prova que demonstra claro o direito pretendido. Se todo julgador fosse realizar uma interpretação literal do artigo, dificilmente seria concedido tal instituo jurídico, posto que, prova inequívoca é aquela que não admite contraditório, e dificilmente ela estará presente no processo na fase instrutória da ação.

Não foram poucas as críticas a esta locução empregada no artigo 273, entendendo-se por toda nossa jurisprudência e doutrina, que tal prova deva ser aquela clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a ser respeito são se possa levantar dúvida razoável.²⁶ (revista p. 139).

É inequívoca entre outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse será a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de axauridos todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

Para CALMON DE PASSOS, a prova inequívoca, é aquela convincente, que não permita equívoco, engano, quando a fundamentação que nessa assenta é dessa natureza.²⁷

Em sentido parecido é a opinião de ERNANI FIDÉLIS. Para este Autor a prova inequívoca não é prova pré-constituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. E ainda cita como exemplos a

²⁶ *REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, n. 14, Porto Alegre, Editora Síntese, nov/dez 2001.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 18ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996, p. 102.

qualidade de funcionário público do Autor, a prova contratual de negócio, a transcrição provando a propriedade, o acidente informado por exame pericial, a lesão por auto de corpo de delito, etc.²⁸

Cabe ainda demonstrar o entendimento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR. Lapidariamente assevera que por prova inequívoca deve ser entendida aquela que por sua clareza e precisão, autorizar, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não da elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerece-la. No momento, porém a concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.²⁹

Conforme esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI³⁰, a tutela fundada em cognição sumária é uma tutela baseada em prova não suficiente para o juiz declarar a existência do direito. Se, por exemplo, uma vez ouvido o réu, a prova é suficiente para o juiz declarar a existência do direito, o caso é de julgamento antecipado do mérito. A não ser que haja receio de dano, hipótese em que a tutela antecipatória poderá ser prestada com base em cognição exauriente.

Portanto, a denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como não suficiente para não declaração da existência ou inexistência do direito.

O autor, ao requerer, na petição inicial a tutela antecipatória, pode se valer de prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada e de laudos ou pareceres de especialistas, que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. (A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 1995, p. 67/68)

²⁸ SANTOS, Emame Fidélis, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1ª. ed., Editora Del Rey, 1996. p. 31

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 19ª. ed. v. I, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 372.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Editora Malheiros, 1995, pg. 67/68.

Como não pode ser declarado de pronto para o juiz o direito do autor por ter acesso única e exclusivamente às suas alegações, o direito ao qual se admite a tutela antecipatória é o "direito provável" - justamente o demonstrado pelo requerente -, ou melhor dizendo, a probabilidade da existência do direito material mostrado pela parte.

Essa probabilidade é o que legitima o que os doutrinadores chamam de sacrifício do direito menos provável em prol da antecipação do exercício de outro que pareça provável.

Seguindo esse raciocínio, é relevante afirmar que seria mais grave permitir que um ato jurídico viciado na sua origem produzisse efeitos causando prejuízo patrimonial ao detentor da "probabilidade da existência do direito material" do que suspender por certo tempo - até que se julgue a existência ou não do direito afirmado - a eficácia de um ato talvez válido.

LUIZ GUILHERME MARINONI ainda acrescenta: " quando estamos no plano do processo, em particular, no juízo sumário, está em jogo a probabilidade da existência do direito afirmado e, portanto, a do "direito provável", que é uma categoria, assim como a do "direito líquido e certo", pertencente ao processo. Em outras palavras, quando nos referimos ao "direito provável", estamos nos valendo de uma categoria de direito processual. A razão que impediria alguém de falar em sacrifício de direito improvável também estaria banindo, para sempre, a já consagrada locução *fumus boni iuris* . Melhor explicando: se é impossível sustentar que um direito improvável pode ser prejudicado porque o direito pode existir, é também impossível falar em tutela de um direito, com base em *fumus boni iuris* , porque o direito pode inexistir." ³¹

3.1.2. Verossimilhança da Alegação.

Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a se feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Editora Malheiros, 1995, pg. 78/79.

pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principal ente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação e praticados pelo réu.

Exige-se, em outros, termos, que os fundamentos da pretensão a tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto.

Apenas por probabilidade são apreciáveis fatos dessa espécie. Mas a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do artigo 273, do CPC, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante.³²

Pode-se dizer que a tutela antecipada exige convencimento de verossimilhança, nada mais do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida. Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos de crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o *fumus boni iuris*, informador apenas da tutelar cautelar.

Para CANDIDO RANGEL DINAMARCO³³, verossimilhança está relacionada a probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados, e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual a na mente do observados os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e , se o espírito não se anima afirmar, também não ousa negar.

³² *REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, n. 14, Porto Alegre, Editora Síntese, nov/dez 2001. p. 140.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1995, p. 143.

3.1.3. Abuso de Direito de Defesa.

O abuso de Direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meio ilícito ou escuso para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondências entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela. Especialmente me torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do manifesto propósito protelatório do réu.

Diferente deste pensamento é a idéia de ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, que entende que na antecipação fundada em abuso do direito de defesa no intuito protelatório, a medida só se concede após a apresentação da defesa ou das medidas reconhecidamente protelatórias.³⁴

3.1.4. Dano de difícil reparação.

O texto legal traz a frase “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Receio fundado é o que não provem de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de pro a suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.³⁵

Para LUIZ GUILHERME MARINONI “ admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível, ao direito do autor é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o

³⁴ SANTOS, Ernane Fidélis, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1ª. ed., Editora Del Rey, 1996. p. 33

³⁵ *REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, n. 14, Porto Alegre, Editora Síntese, nov/dez 2001. p. 140.

juiz a acorrer o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais favorável. A tutela sumária funde-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exige a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado”.³⁶

3.2. Procedimento.

A concessão da medida pressupõe pedido da parte interessada, a ser formulada com a petição inicial ou no curso do processo, mesmo em fase recursal, tão pronto se fizerem os pressupostos ensejadores da medida. Sobre o pedido, deverá ser ouvido o demandado, em prazo a ser fixado pelo juiz, atendendo às circunstâncias do caso concreto.

3.3. Momento.

O texto legal não fixou o momento adequado para ser realizado o pedido e deferimento da antecipação de tutela no processo. Assim, nada impede que a mesma seja requerida pela inicial, dependendo da circunstância aplicada ao caso concreto.

Para CALMON DE PASSOS como a antecipação de tutela, exige a chamada e já explicada “prova inequívoca”, somente seria deferível após o encerramento da fase de postulação, ou seja, após a apresentação da resposta do réu. Mas sabe-se que a doutrina dominante, bem como a própria prática jurídica de tal instituto já demonstrou a inviabilidade do argumento defendido por CALMON.³⁷

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Editora Malheiros, 1995, pg. 79/80.

³⁷ PASSOS, Calmon JJ, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 12/13.

O regime da antecipação, apesar do regramento legal, deve ser interpretado da maneira mais flexível, não devendo-se entender que haja um prazo, ou momento específico para seu requerimento e deferimento, podendo ocorrer no despacho da inicial, mas também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento do processo, e a superveniência de novas situações fáticas que justifiquem o deferimento da tutela antecipatória.

Quanto ao momento do deferimento da antecipação urge discordância entre os juristas se seria possível após o término da fase de instrução. ARAKEN DE ASSIS entende que seria impossível o deferimento antecipatório, posto que, em tal momento não se estaria antecipando, mas que qualquer juízo de mérito neste momento, seria a própria sentença da lide. Em posição contrária levanta LUIZ GUILHERME MARINONI, que sustenta que “no mesmo instrumento em que é proferida a sentença, o juiz poderá, antes da sentença, e através de decisão interlocutória, conceder a tutela antecipatória. Já NELSON NERY JUNIOR esboça sua decisão de forma que seria impossível a antecipação.³⁸

Parece que o entendimento de LUIZ GUILHERME MARINONI, encontra-se mais abalizado, vez que mesmo após a sentença, e na pendência de recurso, será cabível a antecipação de tutela, caso em que a petição será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

3.4. Extensão.

Permite a lei a antecipação total ou parcial. Ou seja, a medida a ser antecipada pode ser a satisfação total do pedido ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito.

Se estiverem cumulados vários pedidos e apenas o atendimento de um deles se encontrar sob risco de dano, não se poderá, por liberalidade estender a antecipação de tutelar a todos eles. O poder antecipatório terá de ser exercitado apenas em relação ao pedido que suporta os requisitos exigidos pela lei.

³⁸ *apud REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, n. 14, Porto Alegre, Editora Síntese, nov/dez 2001. p. 142/143.

Realizadas tais considerações genéricas, buscar-se-á, no próximo tópico comparar ambas as medidas, na tentativa de solucionar, em face de tantos pontos semelhantes, quais são as diferenças existentes, bem como quais os momentos ideais para aplicação de uma ou de outra.

4. DA COMPARAÇÃO ENTRE TUTELAR CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.

Institutos com quase as mesmas características, cumpre demonstrar aonde residem suas diferenças, bem como quais os objetivos de cada um deles.

Apesar de ambos os procedimentos exigirem como um dos requisitos o fundado receio de dano irreparável, não se pode ver identidade entre as duas situações.

Na tutela Cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável, enquanto que na Antecipação de Tutela o juiz analisa a necessidade de ser executada, de logo, provisoriamente, a decisão de mérito, que proferiu ou que irá proferir. Para CALMON DE PASSOS a cautelar requer exista ato da parte e dele derive o risco de dano, ao passo que na antecipação isso é de todo irrelevante, devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de antecipação da eficácia do julgado porque, se não deferida, haverá risco de ocorrerem, para a parte requerente, danos que serão eliminados, se antecipação houver. Risco objetivo, sem se considerar o comportamento da outra parte, sua culpa, seu dolo, sua contribuição para que os danos venham a ocorrer. Analisa-se a situação do Requerente somente para ele, para que em fatores objetivos, se conclua pela necessidade ou não da antecipação e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que os danos ocorrerão.³⁹

Após cuidadoso estudo OVIDIO BAPTISTA DA SILVA⁴⁰ assim declara a Antecipação de Tutela: “Feitas estas considerações, podemos resumir nosso ponto de vista relativamente às “antecipações” de tutela do artigo 273, dizendo que elas são formas *lato sensu*, de *execução urgente*, provimento através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência. Trata-se daquela fundamental distinção entre “segurança da execução” que se traduz

³⁹ PASSOS, Calmon JJ, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 18.

⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio, *Curso de Processo Civil*, 5ª. ed. v. 1, São Paulo, Editora RT, 2000.

em cautelaridade, e “execução para segurança”, que haverá de ser tida como execução urgente, execução verdadeira, qualificada pela urgência, tomada sob o signo da provisoriedade, que todavia, nem por isso perde a natureza de provimento *lato sensu* executivo.”

Assim compreende-se que a Tutela Cautelar sempre irá resguardar uma pretensão, garantindo o resultado prático do processo judicial, sendo que apesar de também apresentar cognição sumária, a Antecipação de Tutela, de forma diferente, irá realizar de imediato, total ou parcialmente a própria pretensão levada a juízo.

Porquanto, havendo a satisfação do Direito, total ou parcialmente, estamos diante de Tutela Antecipada, sendo que nos casos e que a urgência se dá para se assegurar uma decisão a Tutela será cautelar.

Para finalizar tal ponto cumpre expor conclusão de LUIZ GUILHERME MARINONI: “Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso satisfatividade, nunca cautelaridade.”⁴¹

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, 1ª. ed. São Paulo, Editora RT, 1994, pg. 65.

5 – JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O TEMA.

Número do Processo: 48920002069

Data da leitura: 17/11/1998

Desembargador: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR

APELAÇÃO CÍVEL

Comarca de Origem: COMARCA DA CAPITAL - JUÍZO DA SERRA

Autor: CST CIA SIDERURGICA DE TUBARÃO CHEIM TRANSPORTES LTDA

Parte Interessada Autor: CST CIA SIDERURGICA DE TUBARÃO CHEIM TRANSPORTES LTDA

Réu: JAATEL TRANSPORTES E EQUIPAMENTOS LTDA

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. I.- A MEDIDA CAUTELAR, AÇÃO DESTINADA A OBTER A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICCIONAL ASSECURATORIA COM VISTAS A ASSEGURAR A EFICÁCIA DO PROVIMENTO ACAUTELATORIO DEFINITIVO, E PROCEDIMENTO DISTINTO DO PROCESSO PRINCIPAL, COM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E, POR ISSO, COMPORTA SUCUMBENCIA E CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, AINDA QUE TENHA HAVIDO FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS NA AÇÃO PRINCIPAL. EN TENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. II.- A PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR, MUITO EMBORA ENCERRE A EXTINÇÃO DO PROCESSO NA FORMA DO ART. 267, VI, DO CPC, IMPLICA A SUCUMBENCIA E A CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA DA PARTE QUE DEU CAUSA A DEMANDA, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, BASTANDO QUE A PRETENSÃO DO AUTOR PREPONDERE SOBRE A DO REU, SEJA EXTRAJUDICIALMENTE, SEJA NA AÇÃO PRINCIPAL. BASTA O FATO OBJETIVO DA DERROTA, MESMO QUE OCORRIDO APENAS NO UNIVERSO FENOMENICO. III.- REGE O TEMA O PRINCÍPIO DE QUE COM AS DESPESAS DO PROCESSO HAVERA DE ARCAR QUEM, DE MODO OBJETIVAMENTE IN JURÍDICO, HOVER-LHE DADO CAUSA, NÃO PODENDO REDUNDAR EM DANO PARA QUEM TENHA RAZÃO. PRECEDENTES DO STJ. IV.- APELO DESPROVIDO. 20685 -

Tipo do Processo: APELAÇÃO CÍVEL - CLASSE B - XXI

Ano do Processo: 1998

Número do Processo: 484679

Comarca de Origem: DOURADOS

Orgão Julgador: 2. TURMA CÍVEL ISOLADA

Data de Julgamento: 03/03/1998

Relator: DES. REMOLO LETTERIELLO

Ementa:

APELAÇÃO CIVEL. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATORIA. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO ESPECIFICA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O DE- FERIMENTO DA TUTELA ASSECURATORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. NULIDADE PELA NÃO FORMAÇÃO DE LITISCONSORCIO PASSIVO ENTRE TODOS OS QUE O ADQUIRIRAM. INOCORRENCIA. POSSE DIRETA DA COISA. EXTINÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR. IMPOSSIBILI- DADE. AÇÃO PRINCIPAL AJUIZADA DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL. EXCLUSÃO DO DIA DA EFETIVAÇÃO DA LIMINAR. PRORROGAÇÃO ATÉ O PRIMEIRO DIA UTIL. PRELIMINARES REJEITADAS. ENTREGA DO AUTO- MÓVEL A ESTELIONATARIOS QUE O REPASSARAM AO REQUERIDO. AQUI- SIÇÃO EM REGIÃO FRONTEIRICA E SEM O RECONHECIMENTO DE FIRMA DO DOCUMENTO DE TRANSFERENCIA. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CAU- TELAR. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. E acertado o julgamento antecipado da lide cautelar se,além de não existir contestação específica sobre os fatos narrados na inicial, a sentença demonstra a desnecessidade da dilação probatória por ser evidente a aparência do bom direito e o risco de dano iminente. Se a medida cautelar de busca e apreensão deve ser dirigida contra aquele que detem a posse direta da coisa, não faz sentido o requerido pugnar pela formação de litisconsórcio passivo entre todos aqueles que a adquiriram e transferiram. Improcede a preliminar de extinção do processo cautelar, sob o fundamento de que a ação principal não foi proposta no prazo do art. 806 do CPC, porquanto na sua contagem não se inclui o dia da efetivação da liminar e, se o termo final recair num dia não útil, prorroga-se até o primeiro dia útil subsequente. Ainda que houvesse dita extemporaneidade, a consequência jurídica decorrente seria a perda da eficácia da liminar, e não a extinção do processo cautelar. E de prevalecer a sentença que julga procedente o pedido cautelar de busca e apreensão de veículo entregue ingenuamente pelo proprietário a estelionatários, sob o compromisso de receber um outro em alguns dias, acabando nas mãos do requerido que o adquire em região fronteira sem o reconhecimento de firma do documento de transferência.

Recurso: AI 516.723

Câmara: 5ª Câm.

Relator: Juiz PEREIRA CALÇAS

Data: J. 4/2/98

Ementa:

948 (1) AML 41

ARRENDAMENTO MERCANTIL - "LEASING" - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - LIMINAR - PEDIDO QUE OBJETIVA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - REQUISITOS ENSEJADORES DESTA MEDIDA - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - CONCESSÃO DE MEDIDA ADEQUADA - DEPÓSITO JUDICIAL NO CURSO DO PROCESSO A ELIDIR A CARACTERIZAÇÃO DA MORA

Deduzindo o autor de ação cautelar, pedido de liminar que não objetiva assegurar a utilidade e eficácia da futura sentença a ser proferida na ação principal, mas sim, autentica antecipação da tutela, mostra-se correta a decisão que, com base no poder geral de cautela concede a medida adequada, de caráter instrumental, assecuratória de eficácia de ulterior sentença definitiva. Agravo desprovido.

AI 516.723 - 5ª Câm. - Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS - J. 4.2.98

Referências:

TFR - 5ª Turma - Ag. 59.748 - CE - Rel. Min. JOSÉ DELGADO

J.C. BARBOSA MOREIRA - "Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil", RJ, Liber Juris, ed. 1.974, pág. 236

DONALDO ARMELIM - "A Tutela Jurisdicional Cautelar", pág. 129

LUIZ GUILHERME MARINONI - "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória", Ed. RT, 1ª ed., 2ª tiragem, 1.994, págs. 77/78

ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO - "Tutela Antecipada", Ed. Oliveira Mendes, 1.988, pág. 628

Tipo de Processo: APELAÇÃO CIVEL

Relator: JUIZ JORGE WAGIH MASSAD

Comarca: CTBA4A VARA FAZ PUB FAL E CONCORDATAS

Orgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CIVEL

Data de Publicação: 15/05/2000

Ementa:

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA 3ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR MAIORIA DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATORIA "INAUDITA ALTERÁ PARS" SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL PREMIO DE PRODUTIVIDADE E GRATIFICAÇÃO DE 40% 0 VANTAGENS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DO CARGO VANTAGENS PESSOAIS NÃO ABRANGÊNCIA DESTAS IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DO "LIMITADOR SALARIAL" ART.S 67 XI E 39 PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RECURSO PROVIDO.

Decisão: NÃO ESPECIFICADO

Acórdão Número: 17354

Tipo de Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator: DES. ALTAIR PATITUCCI

Comarca: PARANÁGUA 2A VARA CIVEL

Orgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CIVEL

Data de Publicação: 08/05/2000

Ementa:

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPATORIA PEDIDO INICIAL PRETENSÃO "FUMUS BONI JURIS" "PERICULUM IN MORA" DANO IRREPARÁVEL EVIDENCIA MULTA EXAGERO MINORAÇÃO RECURSO PROVIMENTO PARCIAL. A TUTELA ANTECIPATORIA PODE SER CONCEDIDA A QUALQUER TEMPO, DESDE QUE PRESENTES OS REQUISITOS CONSIGNADOS NO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EVIDENCIADOS "IN CASU" TANTO O "FUMUS BONI JURIS" QUANTO O "PERICULUM IN MORA" EM COGNIÇÃO PRIMARIA PELO MATERIAL PROBATÓRIO TRAZIDO A COLAÇÃO, BEM COMO ACRESCIDO DA SITUAÇÃO DOS AGRAVANTES DE PADECEREM DE DANO IRREPARAVEL. ALTERAÇÃO DO DESPACHO RECORRIDO QUANTO AO VALOR

**PECUNIARIO DA MULTADIA IMPOSTA POR DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL.
RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL.**

Decisão: NÃO ESPECIFICADO

Acórdão Número: 16063

Tipo de Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator: DES. TROIANO NETO

Comarca: MATINHOS VARA UNICA

Orgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL

Data de Publicação: 08/11/1999

Ementa:

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: TUTELA ANTECIPADA IMISSÃO NA POSSE, EM AÇÃO REIVINDICATORIA. CABÍVEL ESSA ANTECIPAÇÃO SATISFATIVA, DIANTE DOS DOCUMENTOS QUE CONVENCEM QUANTO A VEROSSIMILHANÇA DOS FUNDAMENTOS, EXISTINDO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DIANTE DO ESTADO DE ABANDONO DO IMÓVEL.

Decisão: NÃO ESPECIFICADO

Origem do Acórdão: TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO PARANÁ

Tipo do Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Número do Processo: 144591600

Comarca de Origem: CURITIBA

Órgão Julgador: SEXTA CÂMARA CÍVEL

Data de Julgamento: 13/09/99

Parecer/Sessão de Julgamento: Por unanimidade de votos, deram provimento

Número de Arquivo do Acórdão: 9199

Ramo do Direito:Cível

Data de Publicação: 01/10/99

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO- TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO- PLEITO EM DESCONFORMIDADE COM O QUE PRETENDE O AGRAVADO NA SENTENÇA- INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUIVOCA- NECESSIDADE DE ESTAREM PRESENTES TODOS OS REQUISITOS DO ART. 273, INCISOS E PARÁGRAFOS PARA SUA CONCESSÃO

IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO COMO SE FOSSE PEDIDO LIMINAR CAUTELAR-RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

A TUTELA ANTECIPADA CONSISTENTE EM UM ADIANTAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, INCIDINDO SOBRE O PRÓPRIO DIREITO RECLAMADO PELA PARTE. O MAGISTRADO NÃO PODE, SOB O FUNDAMENTO DE APLICAR O INSTITUTO, ANTECIPAR TUTELA QUE A PRÓPRIA SENTENÇA NÃO OUTORGARA, PORQUE ESTRANHA AO PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO, INCIDINDO AS REGRAS DO ARTS. 128 E 460 DO CPC. MOSTRA-SE INADMISSÍVEL A CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E PARA OS FINS PLEITEADOS E DEFERIDOS NO JUÍZO SINGULAR, EM AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM PEDIDO DE PERDAS E DANOS E DEMAIS CONSECUTÓRIOS, SENDO O PEDIDO TUTELAR DIVORCIADO DO PLEITEADO NA AÇÃO PROPOSTA. TRATA-SE DE MEDIDA SATISFATIVA TOMADA ANTES DE COMPLETAR-SE O DEBATE DA INSTRUÇÃO DA CAUSA E POR ASSIM SER, A LEI CONDICIONA A CERTAS PRECAUÇÕES DE ORDEM PROBATORIA. MAIS DO QUE A SIMPLES APARÊNCIA DE DIREITO (FUMUS BONI IURIS) RECLAMADA PARA AS MEDIDAS CAUTELARES, EXIGE A LEI QUE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESTEJA SEMPRE FUNDADA EM PROVA INEQUIVOCA, NÃO A BASE DE SIMPLES ALEGAÇÕES OU SUSPEITAS. A LIMINAR CONCEDIDA ESTA INDO MESMO ALÉM DA PRÓPRIA PRETENSÃO POSTA NA AÇÃO. ESTE TIPO DE PROVIMENTO NÃO SE CONFUNDE COM O QUE É DADO NAS MEDIDAS ACAUTELATORIAS, QUE APENAS EXIGEM A DEMONSTRAÇÃO DO PERICULUM IN MORA E DO FUMUS BONI IURIS. COMO A PRÓPRIA DENOMINAÇÃO INDICA, A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATORIA IMPORTA NO QUASE JULGAMENTO DO ERITO.

6. CONCLUSÃO.

A inovação trazida pela lei n. 8952, de 13/12/94, veio ao encontro das aspirações jurídicas de nosso Sistema Legal.

Com ela se introduziu a Antecipação de Tutela, em nosso texto legal, para por fim a interpretação extensiva que se obrigava a dar-se a Tutela Cautelar, quando o caso era próprio de satisfação da tutela pretendida.

Apesar de conterem requisitos características similares estes institutos têm aplicação diversa no caso concreto.

Enquanto a Tutela Cautelar visa resguardar um processo judicial já instaurado ou a se instaurar, acautelando o direito discutido no processo principal, a Tutela Antecipatória é a própria satisfação total ou parcial da pretensão esboçada em juízo.

Trata-se, entretanto esta satisfação de provimento provisório, podendo ser alterado a qualquer tempo no processo, desde cessem os fundamentos de sua concessão.

Desta forma, cumpre ao profissional verificando o caso enfrentado, diferenciar se pretende resguardar o direito discutido em um outro processo, ou antecipar de maneira satisfativa a pretensão buscada no mesmo processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- 1- THEODORO JUNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 19ª. ed. v. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997..
- 2- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, **Curso de Processo Civil**, 5ª. ed. v. 3, São Paulo, Editora RT, 2000.
- 3- BOMFIM MARINS, Victor, **Tutela Cautelar**, Curitiba, Editora Juruá, 1996.
- 4- MARINONI, Luiz Guilherme, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**, 1ª. ed. São Paulo, Editora RT, 1994.
- 5- CARNELUTTI, Francesco, **Instituições do Processo Civil**, v. III, Campinas, Editora Servanda, 1999, p. 240. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista.
- 6- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, **A Ação Cautelar Inominada No Direito Brasileiro**, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- 7- PASSOS, Calmon JJ, **Inovações no Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.
- 8- SANTOS, Ernane Fidélis, **Novos perfis do processo civil brasileiro**, Belo Horizonte, 1ª. ed., Editora Del Rey, 1996.
- 9- MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 18ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996.
- 10-REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, n. 14, Porto Alegre, Editora Síntese, nov/dez 2001.
- 11-MARINONI, Luiz Guilherme, **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**, São Paulo, Editora Malheiros, 1995.
- 12-DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Reforma do Código de Processo Civil**, 1ª. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1995.
- 13-JURÍDICO, Informa 2000, CD ROOM. Periódico de Jurisprudência, Legislação e Doutrina. Vol. 3.; 20.ª ed. , Ed. Prolink, Cuiaba – MT., 2000.