



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GILIARD CRUZ TARGINO

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA À LUZ DO
ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SOUSA - PB
2011

GILIARD CRUZ TARGINO

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA À LUZ DO
ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Esp. Guerrison Araújo Pereira de Andrade.

SOUSA - PB
2011

GILIARD CRUZ TARGINO

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA À LUZ DO ANTEPROJETO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando. Guerrison Araújo Pereira Andrade
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

SOUSA-PB
2011

Dedico esse trabalho a meus amados pais pelo incentivo e compreensão. Ao meu pai, que sempre foi meu exemplo de honestidade e dignidade, pessoa na qual me espelho em todos os meus passos. A minha mãe pela paciência e dedicação com nossos estudos, pois, mesmo diante de muitas dificuldades nunca parou de acreditar em mim. Aos meus irmãos: Adriana, Ana Célia, Ana Patrícia, Ana Flávia, Ronaldo e em especial a meu querido irmão José Leonardo, que infelizmente o destino nos separou, pois, teve que atender um chamado especial e hoje encontra-se ao lado de Deus; mas, sempre teremos ótimas lembranças suas e com certeza morará para sempre em nossos corações e nunca sairá da nossa mente, pois, ele é inesquecível. Era a pessoa com a maior vontade de viver que eu já conheci, que tinha a arte de sorrir mesmo nos momentos que sentia dores; era um exemplo de vida. Dedico ainda a todos da agência do Banco do Nordeste de Sousa-PB, especialmente à Ana Kelly Dantas dos Santos, por serem meus colegas de trabalho e estarem comigo nas horas de maior dificuldade. A todos meus professores e colegas de sala de aula. Dedico em especial, a meu orientador e professor Guerrison Araújo Pereira Andrade. A todos meus amigos que me incentivaram a estudar e acreditaram que eu poderia chegar até aqui, especialmente, Cícero Oberdan Rodrigues Nogueira, Jonnas Gonçalves Ferreira, Edmilson de Oliveira Gomes e Charles Henrique Martins Braz. Este trabalho é, portanto, dedicado a todos que amo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, razão principal da minha existência e fonte de vida, fé, coragem esperança e tudo aquilo que nos causa o bem.

A meu pai por ter batalhado tanto, para aproximar a sua família cada vez mais da escola e nunca ter me deixado desistir de estudar. Além de ter dedicado toda sua vida para seus filhos. Sei que ele já sofreu muito, mas, pode ter certeza que ainda vamos dar muitas alegrias a ele. Se Deus quiser!

A minha querida mãe, por seu amor e vontade de ajudar a seus filhos. Que com certeza deu o máximo de si para que eu pudesse estar aqui.

Especialmente ao meu orientador, Guerrison Araújo Pereira Andrade, que aceitou o desafio de orientar-me na concretização deste trabalho. Com paciência e compreensão, contribuiu muito para a conclusão desse trabalho; e aos demais mestres da casa, por todo conhecimento que me transmitiram em todo decorrer do Curso de Especialização.

A todos os funcionários do Campus de Sousa, em especial a Maria Goretti Moreira Estrela, que esteve presente em todas as dificuldades, que os alunos da Especialização passaram, além de ter nos atendidos com muita paciência

“O tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo.” (William Shakespeare, dramaturgo inglês).

“A justiça tardia não é justiça, é denegação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais.” (Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal).

“Existe um brocardo jurídico, que diz que a Justiça tarda mais não falha. Porém, o simples fato de ser tardia, já é falha a Justiça.” (Giliard Cruz Targino, Especializando em Direito Processual Civil).

RESUMO

O presente trabalho monográfico, teve como objetivo principal pesquisar a respeito da Tutela de Urgência e da Tutela da Evidência à luz do Projeto de Lei do Senado Federal sob o nº 166 do ano de 2010, com o propósito de instituir o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Na busca de respostas para as inquietações levantadas como problemática da pesquisa, empregou-se os métodos bibliográfico, com a utilização de doutrinas, o histórico evolutivo para demonstrar o surgimento e a evolução das Tutelas citadas; o método comparativo para fazer um paralelo entre a Tutela Antecipada e Medida Liminar, entre a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar e por fim, o método exegético jurídico com a interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil de 1.973, do Anteprojeto do Novo CPC, bem como de dispositivos de outras leis esparsas. É possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro conta com algumas medidas eficazes, capazes de conciliar certas normas constitucionais, de um lado a norma que trata do acesso a uma justiça justa, da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo, e do outro lado a norma constitucional que garante o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Essas medidas são chamadas de Tutelas de Urgência, que, por sua vez, divide-se em Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. A primeira visa a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo, garantindo a satisfação de uma futura decisão judicial; a segunda visa a antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. Por fazerem parte de um mesmo gênero, sempre há dúvidas e equívocos ao serem tratadas, tanto no meio acadêmico e doutrinário, bem como judicial, empregando-se uma quando se trata da outra, e vice-versa. Diante dessa possibilidade de confusão, o legislador legalizou a fungibilidade das mesmas. No Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, serão disciplinadas conjuntamente, refletindo a semelhança existente entre elas. Agora a nomenclatura é Tutela de Urgência Satisfativa ou Cautelar, concedidas em situações que requerem tratamento urgente, ou seja, em que o tempo, também possa tornar-se mais um adversário da parte. Por fim, a Tutela da Evidência, a novidade quando o assunto é medidas capazes de promover celeridade na prestação jurisdicional. A mesma basear-se-á não em situações urgentes, porém em situações em que o direito do requerente mostrar-se evidente. Desse modo, as Tutelas de Urgência e da Evidência, concretizam-se na busca por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, atendendo aos ditames constitucionais e sociais, aproximando a Justiça da realidade contemporânea.

Palavras-chave: Tutela de Urgência Cautelar. Tutela de Urgência Satisfativa. Tutela da Evidência. Inovação.

ABSTRACT

This monograph work, had as main objective research concerning the Custody of Emergency and Custody of the evidence in light of the Project Law the Federal Senate number 166 of year 2010, for the purpose of instituit the new Code of Civil Process Brazilian. In search of answers to the problems raised as issues of research, we used the methods bibliographic, the use of doctrines, evolutionary history to demonstrate the emergence and evolution of the Custodys mentioned, the comparative method to draw a parallel between anticipation of Custody and Preliminary Injunction, and between anticipation of Custody and the Preventive Custody and finally, the exegetical method of legal interpretation with the device of the Code of Civil Process of 1973, the Draft of the new CPC, as well as other devices other laws. It can be argued that the Brazilian legal system has some effective measures, capable of reconcile certain constitutional standards, on one hand the standard that deals of the access to fair justice, the dignity of the human person and of reasonable duration of proceedings, and other side by a constitutional provision that guarantees due process, the contradictory and wide defense. These measures are called Emergency Custody, which, in turn, is divided in Custody Preventive and Satisfy Custody. The first seeks to avoid the risks and ensure the outcome of proceedings, ensuring the satisfaction of a future court decision, the second aims to anticipate, in whole or in part, the effects of protection desired. By being part of the same genus, there is always confusion and misunderstanding to be addressed, both in academic and doctrinal as well as judicial, using one when it comes to the other and vice versa. Given this possibility of confusion, the legislature legalized the fungibility of them. In the Draft of the New Code of Civil Procedure shall be regulated together, reflecting the similarity between them. Now the classification is Satisfy or Preventive Emergency Custody granted in situations that require urgent treatment, ie at the time, also may become more of a party opponent. Finally, the Custody of the evidence, the novelty when it comes to measures to promote celerity to the court. The same will be based on non-urgent situations, but in situations where the applicant's right to show up clearly. Thus, the Emergency and Evidence Custody, are materialized in the search for a court to provide faster and more effective, given the constitutional principles and social justice closer to contemporary reality.

Keywords: Preventive Emergency Custody. Satisfy Emergency Custody. Evidence Custody. Innovation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 TUTELA CAUTELAR.....	13
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	13
2.2 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR ...	16
2.3 EFICÁCIA TEMPORAL E AS HIPÓTESES LEGAIS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA TUTELA CAUTELAR	18
2.4 A SENTENÇA NO PROCESSO CAUTELAR E A EXECUÇÃO DA SENTENÇA QUE CONCEDE TUTELA CAUTELAR	19
2.5 RECURSOS CABÍVEIS NO PROCESSO CAUTELAR	20
2.6 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DERIVADA DA EXECUÇÃO DA TUTELA CAUTELAR	21
2.7 DO PODER GERAL DE CAUTELA CONFIADO AO MAGISTRADO	23
2.8 CAUTELARES ESPECÍFICAS.....	24
2.8.1 Arresto	24
2.8.2 Sequestro.....	24
2.8.3 Caução	25
2.8.4 Busca e Apreensão.....	25
2.8.5 Exibição	26
2.8.6 Produção Antecipada de Provas	26
2.8.7 Alimentos Provisionais	27
2.8.8 Arrolamento de Bens	27
2.8.9 Justificação Judicial	28
2.8.10 Protestos, Notificações e Interpelações.....	28
2.8.11 Homologação de Penhor Legal.....	29
2.8.12 Posse em Nome de Nascituro	29
2.8.13 Atentado.....	30
2.8.14 Protesto e Apreensão de Títulos	30
2.8.15 As medidas do Art. 888 do CPC.....	31
3 TUTELA ANTECIPADA	32
3.1 CONCEITO	32
3.2 CARACTERÍSTICAS	33
3.3 TUTELA ANTECIPADA COMO TUTELA DE URGÊNCIA.....	36
3.4 TUTELA ANTECIPADA COMO TUTELA DA EVIDÊNCIA	37
3.5 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	39

3.6 A TUTELA ANTECIPADA NOS PROCEDIMENTOS ORDINÁRIO, SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO.....	44
3.7 A DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA LIMINAR.....	45
3.8 RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE CONCEDER OU NEGAR TUTELA ANTECIPADA.....	49
3.9 EXECUÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA	51
4 TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA À LUZ DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	54
4.1 DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA DE URGÊNCIA E À TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	54
4.1.1 Recurso cabível da decisão que conceder ou negar a Tutela de Urgência e a Tutela da Evidência.....	54
4.1.2 Execução da Tutela de Urgência e da Tutela da Evidência;.....	55
4.1.3 Outras Disposições Comuns à Tutela de Urgência e à Tutela da Evidência;.....	58
4.2 DA TUTELA DE URGÊNCIA	60
4.2.1 Da Tutela de Urgência Cautelar.....	60
4.2.2 Da Tutela de Urgência Satisfativa	62
4.2.3 Do Procedimento das Medidas de Urgência.....	63
4.3 DA TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	64
4.3.1 Conceito, Noções de Direito Evidente e Fonte Normativa da Tutela da Evidência.....	64
4.3.2 Breve Notícia Histórico-comparativa da Tutela da Evidência	66
4.3.3 Os casos em que poderão ser concedidas Tutela da Evidência e a relação com o Direito Processual Civil vigente	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

A informação e a confiança cada vez maior no Poder Judiciário foram aos poucos contribuindo para que o indivíduo peticionasse cada vez mais a esse Poder, em busca de uma prestação jurisdicional, ou seja, com o intuito de ver assegurado um direito, cuja função de garantir é soberana do poder Judiciário.

Isso foi fazendo com que aumentasse gradativamente a quantidade de processo tramitando no Poder Judiciário, sem que houvesse uma legislação e uma estrutura operacional preparada para receber e atender todas as demandas, dentro de um prazo considerado razoável.

Além disso, havia um choque aparente de normas constitucionais. De um lado as normas que garantiam o acesso a Justiça, a dignidade da pessoa humana e agora mais recente, a celeridade processual ou duração razoável do processo. Do outro lado, as normas que asseguravam o devido processo legal, o contraditório e a mais ampla defesa no processo judicial.

Por se tratar de norma de natureza constitucional, tinha o legislador o dever de descobrir uma maneira de conciliar as mesmas. Não pode, em hipótese alguma, uma norma se sobrepor à outra, o que há, na verdade, é a ponderação, o balanceamento de princípios-normas constitucionais, visando a dirimir esse aparente conflito. Até porque todas são normas criadas a partir da vontade do titular do Poder Constituinte Originário, portanto, legítimas. Quando o assunto é conciliar normas constitucionais antagônicas, devemos seguir as lições de doutrinadores renomados, entre eles Kelsen (1999, p. 47/48), que ensina:

(...) não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.

Da mesma forma, ensinam Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 136), como se depreende do enunciado abaixo:

(...) o princípio da *harmonização* ou da *concordância prática* consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens

constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

Difícilmente haveria um consenso, para que pudesse tornar célere o procedimento comum ordinário. Outros procedimentos foram sendo criados para atender peculiaridades específicas. A título de exemplo citamos o Mandado de Segurança, com procedimento próprio, regido por lei especial, através de rito sumário. Os Juizados Especiais criado para tratar das causas até um determinado valor e que não sejam complexas, por meio de procedimento sumaríssimo, ambos de procedimento simplificado, reduzido, diferido.

Para conciliar as normas acima citadas, ou seja, acesso a uma justiça rápida, dignidade da pessoa humana, sem que seja esquecido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, dois institutos foram de significativa importância, quais sejam a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada.

O certo é que as chamadas Tutelas de Urgência não tornam mais célere o processo por que não diminuem nenhuma etapa do procedimento. Porém, as mesmas desafiam o tempo para garantir ao Requerente da medida maior efetividade do direito como um todo, além disso, como já antes dito, não prejudicam o devido processo legal, o contraditório e a mais ampla defesa.

Pois bem, o legislador ordinário, atento a estas necessidades e com o intuito de conciliar os ensinamentos constitucionais, de forma que uma norma não exclua a outra, e atendendo em especial o princípio de acesso a uma justiça justa bem como outros dispositivos de igual importância, a exemplo da dignidade da pessoa humana, fundamento pilar da República Federativa do Brasil, como se depreende da cognição do artigo 1º, inciso III, da CF/88, assim, valeu-se de dois instrumentos processuais principais, objeto do presente estudo, quais sejam, a Tutela Cautelar, a Tutela Antecipada. Agora por último, está em fase de processo legislativo a Tutela da Evidência, que fará parte do objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

A Tutela Cautelar já encontrava guarida no ordenamento jurídico pátrio desde a edição do Código de Processo Civil de 1939, instituído pelo decreto-lei 1.608/39, que em seu Livro V, Título I, tratava das medidas preventivas, que entre elas estavam o arresto, seqüestro, busca e apreensão, entre outras medidas. A referida Tutela também foi disciplinada em nosso atual Código de Processo Civil, em vigor desde 1974, sendo que o mesmo foi

recepcionado, em sua maior parte, pela atual Constituição da República, inclusive o “livro III”, alusivo ao Processo Cautelar.

Por outro lado, a Tutela Antecipada só foi implementada no ordenamento jurídico nacional a partir de 1994, com a Lei nº 8.952.

Como se sabe, ambas são espécies de um gênero mais abrangente, que é a Tutela da Urgência, o que acaba facilitando que, corriqueiramente, haja confusão no emprego dos dois institutos que, diga-se de passagem, são altamente distintos, empregando-se, em muitos casos, o termo antecipação de tutela quando, na verdade, trata-se de tutela cautelar e vice-versa.

A Tutela Antecipada, como o próprio nome sugere, consiste na antecipação, no todo ou em parte, dos efeitos da decisão judicial, que, via de regra, só aconteceriam com a decisão final, fundada em uma cognição exauriente. Por sua vez, a tutela cautelar não visa à antecipação dos efeitos judiciais da decisão final. O que se busca com a tutela cautelar é somente a proteção, assegurando, desse modo, o objeto jurídico alvo da lide, propiciando a satisfação de uma decisão futura, bem diferente daquilo que ocorre com a antecipação de tutela, que, por si só, já é capaz de satisfazer juridicamente o autor da ação.

Ainda elencando algumas diferenças, enquanto a medida cautelar é requerida por meio de um processo autônomo, a medida de antecipação de tutela é inserida no próprio processo de cognição, cujos efeitos da decisão busca antecipar.

Assim, de modo geral, o presente trabalho monográfico pretende dirimir todas as possíveis dúvidas e confusões que cercam os dois institutos já previamente enunciados.

Mesmo assim, o objetivo principal a que se propõe o trabalho consiste na apresentação, bem como elucidação dos institutos da Tutela Antecipada e da Tutela Cautelar à luz do Projeto de Lei 166, de 2010, do Senado Federal, que na verdade, trata-se de um Novo Código de Processo Civil, enfatizando todas as mudanças nelas ocasionadas, mas também, e principalmente, no que tange às inovações trazidas referentes à implementação de um novo instituto jurídico no processo civil pátrio, ou seja, a Tutela da Evidência.

Tendo por ponto de partida o que já foi mencionado torna-se bastante compreensível que, mais uma vez, o legislador, “antenado” a todas as mudanças sociais porque passa a sociedade, achou por bem trazer para o ordenamento interno um mecanismo processual capaz de dar ainda mais celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, tendo em vista que o que se busca não é somente rapidez, mas também efetividade jurídica.

Para a produção e elaboração da pesquisa faz-se necessário a utilização, do método bibliográfico, que por meio do estudo teórico da doutrina pertinente ao tema, buscar-se-á desenvolver uma análise aprofundada sobre a Tutela Cautelar, Tutela Antecipada e a Tutela da Evidência; o histórico evolutivo para demonstrar o surgimento e a evolução das Tutelas citadas; o método comparativo para fazer um paralelo entre a Tutela Antecipada e Medida Liminar, entre a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar e por fim, o método exegético jurídico com a interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil de 1.973, do Anteprojeto do Novo CPC, bem como de dispositivos de leis esparsas.

O objetivo da pesquisa consiste, pois, em buscar descobrir as mudanças que ocorrerão com o Novo Código de Processo Civil a respeito das Tutelas de Urgência e uma das novidades trazidas no Anteprojeto nº 166/2010 do Senado Federal, que é a Tutela da Evidência.

Depois de explanado sobre essas considerações iniciais, é necessário mencionar sobre a divisão do trabalho que ora se propõe a analisar, quais sejam, os institutos da Tutela Antecipada, da Tutela Cautelar e da Tutela da Evidência.

Em um primeiro momento será analisado e elucidado o que de mais importante diz respeito ao processo cautelar, principalmente suas peculiaridades, tudo de maneira concisa, rápida e direta, mas ao mesmo tempo eficaz e de fácil compreensão.

Logo em seguida, o trabalho propõe uma visualização do instituto da Tutela Antecipada, colocando à luz do conhecimento o que mais importa em se tratando desse essencial instrumento para uma prestação jurisdicional eficaz logo do nascedouro do processo, enfatizando algumas diferenças em relação à Tutela Cautelar, o que, de maneira esparsa, também se encontra na primeira parte do presente trabalho.

Por fim, chega-se a parte final e, como não poderia deixar de ser, a mais importante, haja vista que se trata da parte do trabalho científico referente às inovações trazidas com o Projeto de Lei 166/2010 do Senado Federal que instituirá o Novo Código de Processo Civil, no que concerne à Tutela Cautelar, à Tutela Antecipada e à implementação do Instituto da Tutela da Evidência no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando o tema como um todo, mas, ao mesmo tempo, diferenciando-o, explicando-o sucintamente, visando a uma rápida e fácil compreensão.

2 TUTELA CAUTELAR

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No Estado Liberal Clássico, voltado a proteger liberdades e garantias da classe burguesa, conquistadas com muito esforço, principalmente depois da Revolução Francesa, era inconcebível a adoção de posições jurídicas e sociais que, de qualquer forma, pudessem diferenciar os indivíduos, mesmo que estes estivessem em condições totalmente diferentes, pois naquela época imperava a ideia de que todos eram formalmente iguais perante a lei e, assim, qualquer tratamento desigual seria visto como privilégio para um em detrimento dos demais. Ou seja, naquela época não se admitia a desigualdade material entre os indivíduos; todos eram tratados iguais mesmo que estivessem em situações desiguais perante a lei.

Naquela época também se entendia que o bem jurídico alvo da tutela estatal era uma coisa dotada de valor econômico e, dado o caráter altamente liberal de então, não tinha sequer lógica uma tutela capaz de assegurar o bem jurídico pleiteado em juízo pelas partes, uma vez que tudo era resolvido em perdas e danos, bastando somente o ressarcimento ou a indenização da parte prejudicada. Ademais, seria totalmente contra os costumes e valores de então a interferência do Estado no campo de liberdade e autonomia do indivíduo. Também era impensável a concessão de tutela baseada somente em verossimilhança, tendo em vista que o único julgamento que poderia enunciar as palavras da lei seria aquele posterior à certificação da existência do direito. Ao juiz não cabia interpretar a lei, somente aplicá-la e, mesmo assim, deveria fundamentar sua decisão com plena certeza da existência do direito alegado.

Ainda assim, com o transcorrer do tempo que é algo natural, a tutela cautelar surge servindo à tutela ressarcitória ou à de adimplemento da obrigação, sendo obrigada a acatar a ocorrência do dano ou da violação. Desse modo, a tutela cautelar foi imaginada para assegurar uma tutela pleiteada através de ação de cognição, que, evidentemente, sucedia ao dano.

Daí até os dias atuais, a tutela cautelar foi pouco a pouco se transformando, aperfeiçoando-se, de acordo com as necessidades contemporâneas, adquirindo as feições que agora lhe são características.

De acordo com Marinoni e Arenhart (2008, p. 19) “a doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo.” A partir desse

enunciado torna-se fácil entender que a tutela cautelar é aquela que, quando da necessidade da proteção de um bem jurídico almejado pela parte autora em um outro processo, de cognição ou de execução, ela tem por incumbência a proteção desse bem, sem a qual poderia haver a impossibilidade da efetividade da sentença no caso de o autor de ambos os processos sair vitorioso, ou seja, se lhe for concedida a tutela definitiva, mediante o processo principal. A tutela cautelar é, pois, tutela de urgência.

Nesse mesmo campo de pensamento, afirma Fux (1996, p.19) que:

A necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas antecedentes de cognição e execução levou o legislador a conceber um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que a justiça se preste com efetividade.

O que se entende do exposto é que devido à carência de se garantir a efetividade das tutelas de cognição e de execução, o legislador inovou com uma nova espécie de tutela jurisdicional, a cautelar, chamada pelo eminente jurista de “*tertium genus*”, terceiro elemento.

Corroborando a idéia até então defendida, escreve Tomazoni (2007, p. 32):

“Tutela cautelar é aquela que é concedida por meio de um processo autônomo, que, entretanto, está relacionado com um processo principal, a fim de assegurar o direito a ser tutelado futuramente. Nesse sentido, não têm as tutelas cautelares aptidão para solução definitiva do litígio, sendo essa sua característica essencial.”

É necessário deixar claro que a tutela cautelar faz parte de um campo mais amplo, qual seja, a tutela de urgência, torna-se quase que obrigatório que se elucide, que se coloque à luz do conhecimento, mais precisamente da Ciência Jurídica, todas as características que são próprias desse tipo de tutela, para que não mais se caia em equívocos, como há muito tempo vem acontecendo em se tratando de tutelas de urgência.

São, segundo a doutrina, características da tutela cautelar: a instrumentalidade hipotética, a revogabilidade, a temporariedade, a referibilidade, a não-satisfatividade e a sumariedade.

Obtida por via instrumental própria, mais precisamente por meio do processo cautelar, mesmo assim a tutela cautelar não goza de autonomia, uma vez que se liga a um processo principal, cuja efetividade jurídica tem o dever de assegurar. Como ela tem por incumbência a proteção do direito material do processo principal, ela é de acordo com Cruz (2006, p.75) “instrumento do instrumento”. É também hipotética, haja vista a possibilidade,

nem sempre confirmada, de haver deferimento do processo principal ao qual a cautelar se liga.

Devido ao fato de a tutela cautelar ser concedida com base em uma cognição sumária, não completa e apenas superficial, motivada principalmente pela urgência da medida, e não exauriente, fundada num juízo de probabilidade (verossimilhança) é totalmente compreensível que a mesma possa vir a ser revogada a qualquer tempo no curso do processo principal (CPC, Art. 807). Assim, sempre que desapareça qualquer um dos requisitos que motivam a ação cautelar, é possível sua revogação.

Não há consenso da doutrina em relação à característica da temporariedade, tendo em vista que parte dos doutrinadores a substitui pela provisoriedade. Contudo, é mais plausível a corrente que elenca a temporariedade, e não a provisoriedade. Para confirmar a prevalência do exposto, basta observar a lição de Cruz (2006, p. 76/77):

Provisório é aquilo que se destina a existir até que venha a ser substituído por outra coisa, que será tida por definitiva. Temporário, por seu turno, é aquilo que tem duração limitada no tempo, ainda que não venha a ser, posteriormente, substituído por outra coisa.

Com base no presente enunciado se entende que provisório é aquilo que está fadado a ser substituído por algo definitivo, e temporário é o que existe por tempo determinado, mas mesmo assim não será substituído, como ocorre com a ação cautelar, que, por buscar tutela jurisdicional diferente da do processo principal, não pode ser substituída pela sentença de mérito definitiva do processo principal.

A ação cautelar, por si só, já pressupõe a existência ou possibilidade de existência de uma ação principal onde o direito material será tutelado. Com isso a tutela cautelar sempre deve fazer referência, daí referibilidade, a uma situação a ser tutelada; mesmo assim, em casos excepcionais, como acontece com a caução, pode ser dispensável a propositura do processo principal, tendo em vista que a referida cautelar visa garantir a tutela de ressarcimento na hipótese de ocorrência de um dano, continuando, todavia, a existir a situação tutelável que reclama proteção. Contudo, se não ocorrer o dano não há o porquê da impetração da ação principal. Essa afirmação poderia levar, claramente, a equívocos, assim é necessária entendê-la nas palavras de Marinoni e Arenhart, na obra *Processo Cautelar* (2008, p.37):

De modo que a dispensabilidade da ação principal, ao contrário do que se poderia pensar, não é uma consequência da ausência de referibilidade. Como também não é,

conforme se viu no item antecedente, conseqüência da falta de instrumentalidade, uma vez que esta diz respeito à tutela do direito.

Agora ficou claro que a referibilidade é condição *sine qua non* das cautelares, uma vez que se assim não o fosse, a cautelar já seria, em si, capaz de dar satisfação jurídica ao autor da ação, não tendo nada de cautelaridade e sim de satisfatividade.

Partindo da referibilidade, como no exposto acima, é facilmente compreensível que a simples tutela cautelar não é capaz de dar satisfatividade (não-satisfatividade) à parte que a impetra, tendo em vista que ela não é capaz de antecipar os efeitos do mérito da questão principal, sendo, portanto, somente tutela de segurança capaz de assegurar, tornando possível a efetividade de uma futura decisão judicial. Sempre que a tutela seja considerada satisfativa, está-se diante de tutela antecipada e não cautelar.

A sumariedade também é considerada característica essencial das cautelares. Por sumária entende-se a decisão que devido à urgência da medida pleiteada, funda-se em cognição não exauriente, superficial e pouco aprofundada, não podendo se falar, obviamente, em certeza no processo, mas somente em verossimilhança, que é a qualidade ou o estado daquilo que pode, futuramente, ser provado; é provável, por assim dizer.

Alguns doutrinadores defendem outras características, mas são essas as principais, tidas como essenciais, sem as quais não se poderia falar de tutela cautelar.

2.2 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR

Para ser possível, viável, é necessário que a medida cautelar pleiteada em juízo atenda a dois requisitos básicos, sem os quais a mesma não poderia ser concedida como tutela de segurança que é.

Primeiramente, é preciso que a parte autora do processo cautelar possa mostrar em sede de juízo que a proteção do bem ou do direito o qual busca assegurar, está exposto a dano ou lesão de difícil ou impossível reparação, principalmente devido à demora da tramitação do processo principal de cognição ou execução. É importante deixar claro que o dano ao bem litigado em juízo pode ocorrer por dois motivos; pela própria ação do tempo e dos fenômenos naturais que podem comprometer a própria estrutura do bem ou pela ação ou omissão da outra parte, em se tratando de algo material; já se referindo a um direito propriamente dito, este

pode, evidentemente, tornar-se ineficaz. Esse requisito é conhecido como “*periculum in mora*”, ou seja, perigo da demora, assegurando, desse modo, a urgência da tutela por causa do “perigo do dano iminente e irreparável”, nas palavras de Cruz (2006, p. 54).

Mister se faz a verificação de um outro requisito para que se diga procedente a ação cautelar que é colocada à apreciação do Judiciário. Esse requisito é o “*fumus boni iuris*”, fumaça do bom direito, ou seja, a probabilidade (juízo de verossimilhança) de que o bem a cuja proteção se visa mediante o processo cautelar, com a prolação da sentença do processo principal, será concedida ao autor do mesmo na sentença de mérito, portanto, decisão final. O magistrado, ao julgar pela procedência da medida cautelar, não se fundamenta, como mencionado antes, em um juízo de certeza, mesmo porque dado o caráter urgente da ação seria impossível, já que o bem jurídico almejado (tutelável) é dito provável, que é a qualidade de poder ser provado; não há, portanto, certeza por parte daquele que julga, mas somente juízo de verossimilhança em relação ao bem litigado pelas partes.

“Note-se que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se revestem de verdadeiro ‘mérito’ da ação cautelar; pois, se presentes, o julgamento da demanda cautelar será o de procedência. Se ausente qualquer um deles, será o de improcedência.” (JARDIM, 2009, p.23)

A opinião do já referido autor só corrobora o que ora foi exposto em se tratando de requisitos necessários ao deferimento da medida cautelar.

É importante salientar que a medida cautelar pode ser concedida de ofício, ou seja, sem o requerimento da parte, como explica o art. 797 do CPC: “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. Contudo, além de a medida ter que preencher os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o estado de perigo a que o bem jurídico, alvo da lide, está sujeito deve ser desconhecido da parte que pode ser prejudicada. A tutela cautelar, ademais, só deve ser concedida *ex officio* quando não houver tempo suficiente para o juiz comunicar aos litigantes da situação de urgência. Mesmo assim, com a ação oficiosa do magistrado, a parte afetada deve ser, de imediato, comunicada da situação, a fim de que possa eliminar o estado de perigo voluntariamente, ou então, interpor agravo de instrumento junto ao Tribunal.

2.3 EFICÁCIA TEMPORAL E AS HIPÓTESES LEGAIS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem como objetivo precípua assegurar a efetividade da decisão judicial de um outro processo, uma vez que ela, intentada pela parte prejudicada ou que está prestes a ver o objeto jurídico em lide sofrer dano, no caso de sair vitoriosa. Desse modo, é quase que evidente que a medida cautelar só poderá surtir seus efeitos, ou seja, ser eficaz, durante o período de tramitação do processo principal, mesmo porque, ao final do processo a que ela se liga, com a decisão de mérito da ação principal, não há mais o que proteger.

Contudo não é bem isso que ocorre, pois pode acontecer que mesmo depois de resolvido o processo principal a situação de risco persista, caso que ocorre com o arresto.

Ovídio critica a doutrina de Calamandrei, ao frisar que a tutela cautelar não se subordina à sentença do processo principal, mas sim à permanência do estado perigoso. O principal exemplo de que se vale Ovídio para demonstrar a sua tese é o do arresto. Segundo Ovídio, o arresto não tem razão para perder eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que o estado de perigo que legitimou a sua concessão pode se manter presente após encerramento do processo de conhecimento. (Marinoni e Arenhart, *Processo Cautelar*, 2008, p. 157)

Mais a frente continua Marinoni e Arenhart que, mesmo assim, Ovídio não está completamente certo por essa ideia defendida, haja vista que “a tutela cautelar não se subordina ao ‘estado de perigo’, mas sim a partir da percepção de que o fim do arresto, por exemplo, é assegurar a tutela do direito que se almeja obter, através da ação que deu origem ao dito processo principal.”

Quando desaparecer, na maioria dos casos como visto, qualquer um dos requisitos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) que tornam possível o deferimento da cautelar, ela eventualmente perderá sua justificativa, não mais podendo ser aceita, uma vez que não goza de amparo legal.

O art. 806 do Código de Processo Civil enuncia que “cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

A fim de se elucidar o verdadeiro sentido do referido artigo do Código de Processo Civil, é essencial que se entenda que a ação cautelar pode ser impetrada tanto antes, como no curso de tramitação da ação principal que a ela se liga. No primeiro caso a cautelar é dita preparatória, já na outra situação é conhecida como incidental.

Dito isto, e tendo como suporte legal o CPC, se entende que a não propositura da ação principal a qual a medida cautelar está relacionada, de maneira preparatória, no prazo de trinta dias a contar da efetivação da medida solicitada, também implica na perda de sua eficácia.

2.4 A SENTENÇA NO PROCESSO CAUTELAR E A EXECUÇÃO DA SENTENÇA QUE CONCEDE TUTELA CAUTELAR

De acordo com o art. 458 do CPC, a sentença do processo cautelar, igual à sentença proferida no processo de conhecimento, deve conter relatório, fundamentação e a parte dispositiva.

Mesmo se tratando de uma convicção de verossimilhança (probabilidade), e não de certeza, típica da do processo de conhecimento, a sentença cautelar expedida deve ser claramente fundamentada a fim de demonstrar a convicção verossímil que levou o magistrado a optar pela procedência da medida, devendo ser precisa.

Tendo como base os ensinamentos de Marinoni e Arenhart (2008, p. 176), “quanto à parte dispositiva, a sentença de procedência deve identificar o conteúdo da tutela concedida e o meio adotado para sua execução, devendo a sentença de improcedência individualizar o dispositivo que negou a tutela cautelar.”

Levando em conta a explicação acima, se entende que a própria sentença, em si, já traz consigo, no caso de improcedência, a individualização do dispositivo da ação cautelar que levou o magistrado a não deferi-la, tendo como objetivo que o autor entenda o porquê do indeferimento da ação; bem como os meios necessários à execução da mesma, no caso de procedência.

A sentença cautelar, devido à urgência que a justifica, deve ter executividade em si. Assim, essa executividade deve ser apta a prestar a tutela cautelar, ora convencendo o réu, ora impondo obstáculos ao prosseguimento da situação fática de perigo de dano. Desse modo, somente a sentença mandamental, utilizando-se da multa, e a executiva, realizando a prática de atos executivos, são capazes de prestar a tutela cautelar desejada.

É importante deixar claro que em todos os casos o juiz utilizará o meio executivo que entender menos gravoso à parte demandada, prezando, conseqüentemente, a legitimidade de sua ação.

Tendo como justificativa a natureza urgente da tutela cautelar, a sentença de procedência é caracterizada pelo fundamento da concentração do poder executivo. “Ou seja, a sentença de procedência, além de reconhecer o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e determinar a providência destinada a dar tutela cautelar, impõe a modalidade executiva adequada ao caso concreto.” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 179).

2.5 RECURSOS CABÍVEIS NO PROCESSO CAUTELAR

De início, fique claro que, dependendo da natureza da decisão proferida pelo magistrado o recurso a ser utilizado pode ser tanto o agravo de instrumento como o recurso de apelação. Em caso de decisão interlocutória, ou seja, aquela prolatada no curso do processo, o recurso será o agravo de instrumento; já em se tratando da sentença concedida ao final do procedimento cautelar, a decisão será recorrível mediante o recurso de apelação.

Indubitavelmente, é necessário ver o que dispõe o art. 522 do Código de Processo Civil:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumentos.

Como elenca o já transcrito artigo do CPC, a situação “de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou difícil reparação”, deixa claro que a decisão interlocutória que não considera procedente a tutela cautelar pode ser recorrida através de agravo de instrumento, tendo em vista que a mesma tutela cautelar, tida como improcedente pelo juiz, tem por finalidade evitar lesão grave e de difícil reparação.

Da mesma maneira, a decisão de procedência da tutela cautelar por parte do judiciário, deixa a oportunidade de agravo de instrumento, tendo em vista que a decisão favorável ao demandante interfere no campo jurídico do demandado, já que pode lhe acarretar lesão grave e de difícil reparação. Levando em conta esse mesmo pressuposto é possível afirmar que “o mesmo motivo que autoriza o agravo de instrumento abre oportunidade para o agravante requerer ao relator do recurso tutela antecipatória recursal ou suspensão dos efeitos

da decisão agravada, conforme o agravo se destine a obter a tutela cautelar negada ou a sua revogação.” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 180).

Essa ação que pode ser requerida pelo agravante encontra respaldo legal no Código de Processo Civil, art. 527, inc. III, que disciplina que o relator do agravo “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, total ou parcialmente, pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.”

Como foi dito antes, há, ainda, uma segunda situação na qual o instrumento necessário será diferente do que até agora foi exposto. Essa situação diz respeito a quando se tratar de sentença concedida ao final da ação cautelar, cujo instrumento cabível será a apelação.

O art. 558 do CPC permite ao relator do agravo, mediante caso de perigo de “lesão grave e de difícil reparação”, “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”, sendo, pois, aplicável “às hipóteses do art. 520”, dentre as quais se enquadra o inciso IV, ou seja, a que “decidir o processo cautelar”, seja reputando-o procedente ou não.

O recurso apto a cassar ou a reformar decisão interlocutória vertida no curso de ação cautelar será o **agravo**, de regra retido, ou, excepcionalmente, por instrumento, quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. Caso não se trate de decisão interlocutória, mas de medida cautelar concedida ou indeferida em sentença que ponha fim ao processo, o recurso cabível será o de **apelação**... (Jardim, 2009, p. 26)

O objetivo dessa citação foi somente trazer um arcabouço conciso e preciso do que ora foi exposto em se tratando dos recursos cabíveis no processo cautelar, seja tomando como base a decisão interlocutória, seja levando em conta a decisão enunciada ao final da ação cautelar, e, ainda, a procedência ou não da tutela requerida pelo autor.

2.6 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DERIVADA DA EXECUÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

Com base no art. 811 do Código de processo Civil:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:
I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Como se observa, a responsabilidade objetiva do requerente pode se dar de maneiras diversas; e ainda a responsabilidade por má-fé, como se observa no art. 16 do CPC, mencionando que “ responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

Contudo, como o presente trabalho visa entender a responsabilidade objetiva em se tratando da concessão de tutela cautelar, não será levado mais a fundo o caso da responsabilidade ocasionada por má-fé.

Do inc. I, art. 811, se entende que caso a sentença de mérito do processo principal seja desfavorável ao requerente da tutela cautelar, já decorre o dever inescusável de indenizar, independentemente de culpa por se tratar de responsabilidade objetiva.

Há casos em que, motivado pela urgência que o processo cautelar exige, o juiz pode estabelecer a execução da tutela cautelar sem que o requerido seja ouvido. A ausência do réu é justificada pelo fato de que o mesmo poderia tornar ineficaz o provimento. Porém, o requerente tem o dever de comunicar ao requerido da decisão do magistrado, no prazo de cinco dias, como esclarece o inc. II, art. 811; não o fazendo será responsabilizado, mesmo em caso de procedência nos dois processos, o cautelar e o principal.

Os três casos de cessação da eficácia da medida cautelar, enumerados no art. 808, são motivos para o autor da ação responder objetivamente pela sua responsabilidade. Os motivos são os seguintes: não propositura de ação principal no prazo de trinta dias contados a partir da concessão da cautelar, quando esta for intentada de maneira preparatória; se a mesma não for executada em trinta dias; ou se o magistrado extinguir o processo principal, ainda que sem julgamento de mérito.

Por fim, uma vez que acolhida a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor por parte do juiz, hipótese do inc. IV, art. 811, o autor responderá objetivamente por eventual dano que a execução da tutela cautelar liminar possa ter causado.

Uma vez que se trata de responsabilidade objetiva, como sempre se vem dizendo, não é preciso que o réu prove a culpa do autor. Aquele somente deve mostrar o dano

ocasionado por qualquer um dos motivos elencados e, conseqüentemente, prová-lo, cuja responsabilidade cabe, sem sombra de dúvidas, a este.

2.7 DO PODER GERAL DE CAUTELA CONFIADO AO MAGISTRADO

O poder geral de cautela ganha amparo legal a partir do art. 798 do Código de Processo Civil, que assim enuncia:

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

Baseado nesse artigo, o magistrado pode conceder outros tipos de medidas cautelares, as chamadas cautelares inominadas, desde que esteja convencido que “antes do julgamento da lide”, uma parte “cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Ao incluir esse artigo, o legislador se preocupou com eventuais situações que pudessem surgir, as quais, mesmo que não enumeradas no Código, reclamariam igual proteção jurídica, podendo, pois, serem concedidas pelo juiz. “Assim, em poucas palavras, é certo concluir que a ação cautelar inominada é fruto da necessidade de se conferir tutela cautelar adequada ao caso concreto, constituindo ação ou forma processual capaz de suprir a insuficiência da técnica processual expressamente estabelecida.” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 99)

Além de poder conceder tutela cautelar não nominada no Código, ao juiz também é permitido, de acordo com o mesmo artigo, deferir outra medida cautelar diversa da pleiteada pela parte (princípio da fungibilidade), quando entender que a medida buscada não é idônea, ou seja, incapaz de assegurar a efetividade do processo principal. Além disso, o juiz também pode estabelecer outro meio executivo diferente do solicitado pelo autor para a execução da sentença que defere o procedimento cautelar.

Contudo, em qualquer caso, o juiz deve estabelecer o procedimento que seja menos gravoso ao demandado. Mesmo assim, se se entender que a medida menos gravosa não é capaz de garantir a efetividade da ação principal, deverá expedir outra, ainda que seja mais gravosa a parte ré.

Por fim, é necessário enfatizar que a fungibilidade das medidas cautelares não poderá ser utilizada com a finalidade de infringir as exigências pertinentes às cautelares enumeradas no Código de Processo Civil.

2.8 CAUTELARES ESPECÍFICAS

2.8.1 Arresto

O arresto, sendo medida cautelar, tem por objetivo apreender bens indeterminados do patrimônio do devedor, como bens móveis e imóveis, com o intuito de convertê-los em penhora futura, para eventual quitação da dívida caso seja comprovada com a decisão de mérito do processo principal. Essa medida torna-se necessária na hipótese de o devedor tentar se ausentar ou caso passe a dissipar seu patrimônio, como por exemplo, doando ou vendendo, na tentativa de frustrar a satisfação do débito ao qual tem o dever de quitar.

Ademais, o autor deve provar a existência líquida e certa da dívida, por meio de prova documental ou através da prévia audiência de justificação, contudo essa última será dispensada em se tratando de ação impetrada pela Fazenda Pública, ou então quando houver a prestação de caução fornecida pelo autor, de acordo com o art. 804.

2.8.2 Sequestro

Semelhante ao arresto, contudo o sequestro difere em alguns pontos cruciais, como em relação ao seu alcance e a sua finalidade.

O sequestro, diferentemente do arresto, incide sobre os próprios bens ou valores, que são objeto da lide, convertendo-se, pois, em depósito, e não em penhora, como acontece com o arresto.

Já em se referindo à sua finalidade o sequestro preserva os bens que o autor diz ter direito, deixando-os a salvo de dano ou lesão.

Se concedida a tutela cautelar, o juiz nomeará um depositário para preservar o bem alvo do seqüestro, ficando em seu poder até o final do processo principal.

2.8.3 Caução

A caução tem como objetivo assegurar o cumprimento de uma obrigação determinada, uma vez que se reputa à garantia de uma prestação, seja por meio da exposição de bens à disposição do juiz, conhecida como caução real, seja por intermédio da indicação de um fiador, a chamada caução fidejussória.

A presente espécie de cautelar, “quando a lei não determinar”, “poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.” (art. 827, CPC).

De acordo com o art. 828 do CPC, “a caução pode ser prestada pelo interessado ou por terceiro”. Também é importante lembrar que a mencionada tutela cautelar também pode ser prestada extrajudicialmente.

2.8.4 Busca e Apreensão

A busca e apreensão, como enuncia o art. 839, é medida de natureza cautelar que pode recair tanto sobre pessoas como sobre coisas. Uma vez concedida a medida, é liberado mandado que contenha a descrição da pessoa ou da coisa e, ainda, o local onde uma ou outra se encontra, subscrito pelo juiz competente. Para que o mandado possa ser executado é preciso a atuação de dois oficiais de justiça (na companhia de duas testemunhas) com autorização legal, podendo derrubar possíveis obstáculos e, com o fim da diligência, lavrar o auto circunstanciado, devendo ser assinado pelos oficiais e pelas testemunhas, de acordo com o art. 842, CPC.

Aplica-se o prazo do art. 806, ou seja, de trinta dias, em se tratando de medida constritiva. Contudo, pode acontecer de o procedimento cautelar assumir uma natureza satisfativa, não carecendo da propositura da ação principal. “É o caso, por exemplo, da busca e apreensão de autos retidos indevidamente pela parte, ou do menor mantido na posse de quem não tem sua guarda.” (JARDIM, 2009, p. 38).

2.8.5 Exibição

Por não ser medida constritiva de bens, como é o caso do arresto e o seqüestro, a exibição visa somente tornar possível o conhecimento e a fiscalização pelo requerente sobre uma determinada coisa, em sendo assim, a posse permanecerá com o requerido.

O objeto da exibição judicial é uma coisa móvel que se encontra sob a guarda alheia e que o autor da medida tem a pretensão jurídica de conhecê-la; pode ser documento, escrituração comercial, dentre outros.

Não se exige, em se tratando de medida cautelar de exibição, o ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias, já que essa medida, em si, tem natureza satisfativa. Também é importante lembrar que esse tipo de medida só se dar em caráter preparatório, tendo em vista que uma vez ajuizada a ação em que se discute o direito material, a exibição se dará por conseqüência do desenvolver do processo, de acordo com o art. 355 ou 360, conforme o caso.

2.8.6 Produção Antecipada de Provas

Podendo se dar de maneira incidental ou preparatória, a produção antecipada de prova é cabível quando a mesma estiver em risco de perecer devido à demora da ação principal.

Sempre que justificada a necessidade do procedimento, de maneira superficial, o juiz competente a concederá. Além disso, a prova pode incidir tanto em relação à inquirição de testemunhas, exame pericial e interrogatório da parte, cuja efetividade poderia se tornar nula ao decorrer da ação principal.

Encerrado o processo cautelar, com a conseqüente produção da prova, é facultado aos litigantes solicitar os documentos que precisarem, já que os mesmos permanecerão arquivados em cartório. Os documentos ainda podem ser utilizados no processo principal (nesse caso, é dispensável sua propositura no prazo do art. 806), desde que o requerente se mostre interessado em usá-las.

2.8.7 Alimentos Provisionais

Os alimentos provisionais podem ser incidentais ou preparatórios em relação ao processo principal; consistem na obrigação do requerido em promover o sustento do autor da medida durante o processo de separação judicial, de alimento, de investigação de paternidade, dentre outros casos em que a mesma medida também é adequada.

Para ser possível sua concessão, o alimentando, ou seja, aquele que pretende a prestação de alimentos, deve se basear no binômio necessidade-possibilidade, podendo solicitar, de maneira liminar, que o juiz fixe um valor a ser prestado mensalmente, mesmo que sem o consentimento da parte contrária.

Com a vigência da tutela antecipada (1994 em diante), parte da doutrina afirma que esse tipo de medida cautelar caiu em desuso. Contudo, há casos em que somente essa medida, com natureza cautelar, é cabível; é o caso de quando o requerente não está buscando alimentos em caráter definitivo, necessitando deles somente no curso do processo. (JARDIM (2009, p. 41).

2.8.8 Arrolamento de Bens

O Arrolamento implica na documentação da existência e o estado em que se encontram certos bens, desde que presentes o direito aos bens reclamados pelo autor, ou seja, *fumus boni iuris*, e o fundado receio em extravio ou dissipação dos bens, ou seja, *periculum in mora*. Quando concedida a medida, o juiz nomeará depositário para os bens, que os descreverá e registrará os fatos de interesse à sua preservação.

Essa medida pode ter caráter documental, caso em que a documentação já é possível para evitar a dissipação dos bens; ou então natureza constritiva em face do detentor. No primeiro caso, o autor não está vinculado ao prazo do art. 806 do CPC; já no segundo caso, o autor é obrigado a cumprir o prazo previsto no referido artigo.

2.8.9 Justificação Judicial

A justificação judicial, focando à tomada de depoimentos e a juntada de documentos, se distingue da produção antecipada de prova pelo fato de que as provas antecipadas devem ser colhidas levando em conta o contraditório, por outro lado, a justificação leva em conta a documentação apresentada somente por uma parte cujo valor só poderá ser contestado se apresentada em eventual ação principal. O objetivo dessa medida é constatar a existência de determinada relação jurídica para somente documentá-la.

Depois de decidida por sentença, a justificação só atesta o comparecimento das testemunhas e sua declaração perante o juiz, sendo que os autos serão entregues ao requerente no prazo de quarenta e oito horas depois da decisão. A justificação também não vincula o requerente ao prazo previsto do art. 806.

2.8.10 Protestos, Notificações e Interpelações

De acordo com Jardim (2009, p. 43), “os protestos, as notificações e as interpelações são comunicações formais de manifestação de vontade, de natureza meramente conservativa de direitos”, podendo ser realizadas extrajudicialmente ou judicialmente, nesse último caso são capazes de interromper a prescrição do direito, como dispõe a Súmula 153 do STF.

O protesto, individualmente considerado, consiste em um ato de comprovação de vontade daquele que o promove com o intuito de se eximir de responsabilidades, já a notificação visa informar uma declaração de vontade para outra pessoa, a fim de levá-la a fazer ou não alguma coisa. Por sua vez, a interpelação é a maneira através da qual o credor informa ao devedor a exigência de se cumprir uma obrigação.

Quando realizados judicialmente, os autos desses procedimentos devem ser entregues à parte em quarenta e oito horas. Nessas espécies de medidas também não se aplica o dispositivo do art. 806

2.8.11 Homologação de Penhor Legal

Penhor legal consiste na apreensão de bens do devedor por parte do credor, sem que tenha havido tratado entre as partes a respeito. Contudo, uma vez feito isso, o credor deve requerer a homologação dos bens, visando revesti-los de legalidade.

Para que esse procedimento seja possível é preciso que o requerente, na peça vestibular, justifique a conta ou outros elementos que digam respeito com a despesa, bem como a relação dos objetos retidos. Também é preciso a citação do réu, em vinte e quatro horas; esse poderá quitar o débito ou então entrar com uma alegação de defesa.

Quando o penhor é homologado passa a constituir título de execução posterior que incide, primeiramente, sobre as coisas já empenhadas. Caso não seja homologado, o credor tem o dever de entregar o bem apreendido ao devedor e a partir daí só poderá cobrar a dívida através de ação cognitiva.

Ao requerente devem ser oferecidos os autos da sentença em quarenta e oito horas, a não ser se o mesmo já tiver solicitado certidão.

2.8.12 Posse em Nome de Nascituro

Com o intuito de a mãe poder exercer ou assegurar os direitos do nascituro na herança do genitor, a posse em nome de nascituro caracteriza-se, pois, como uma medida de exame de perícia que se certifica do estado de gravidez da mulher; assim, esse procedimento não visa constatar a paternidade, mas somente se certificar da gravidez, uma vez que o exame de paternidade se dará em uma ação principal.

Na referida ação, a mãe tem por dever apresentar o laudo da gravidez, bem como a certidão de óbito do suposto pai, para que o magistrado entenda procedente a medida e declare a autora com a posse dos direitos do nascituro.

2.8.13 Atentado

O atentado é medida cautelar cujo objetivo é evitar que qualquer das partes possa violar penhora, arresto, seqüestro, ou realizar qualquer ato que possa transformar a situação de fato alvo da lide.

Como é fácil de se entender, só é possível esse tipo de medida em caráter incidental, tendo em vista que é preciso que já haja uma ação principal em curso. Vale lembrar que o atentado é medida exclusiva do juiz de primeiro grau, ainda que a mesma se encontre no Tribunal.

Mister se faz para configurar o atentado que o juiz esteja ciente de que houve modificação dos fatos, capaz de fazê-lo errar ou prejudicar a outra parte, no curso do processo principal.

Por fim, a sentença responsável pelo julgamento do atentado pode ter natureza tanto mandamental como condenatória.

2.8.14 Protesto e Apreensão de Títulos

O protesto é uma medida administrativa extrajudicial, que não é considerada medida cautelar, caracterizando-se pelo não pagamento de um título cambial; por outro lado, a apreensão do título cambial está relacionada com a integração do título, sendo possível quando o mesmo é sonegado ou não restituído.

No caso de dúvida em relação à tomada do protesto ou à entrega do citado instrumento, o juiz enunciará a sentença que será escrita no protesto ou na negativa de protesto. Essa é uma exceção, pois a regra é que o oficial do cartório o realize extrajudicialmente.

Já o pedido da apreensão é feito através de uma ação cautelar do tipo preparatória, seguindo todos os trâmites legais, de acordo com o procedimento cautelar exemplificado no Código de Processo Civil.

2.8.15 As medidas do Art. 888 do CPC

Além de todas as medidas já descritas, o art. 888 do CPC elenca outras medidas cautelares:

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;

II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;

III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;

IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;

V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;

VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;

VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Percebe-se que além destas, o juiz poderá conceder outras de acordo com o caso concreto, dependendo das condições fáticas e da necessidade reclamada pelo processo principal. Fique claro, também, que para as medidas cautelares tipificadas acima ou aquelas ditas não tipificadas é aplicada as disposições legais do processo cautelar, contidas no Código de Processo Civil.

Torna-se imperioso, por fim, enfatizar que nem todas essas medidas são cautelares propriamente ditas, bem como algumas das outras já explicitadas. Quer isto dizer que elas apenas são tratadas como “medidas cautelares” por estarem no CPC na parte destinada as cautelares. Mas é fácil diferenciar quando se está diante de uma cautelar ou de uma tutela antecipada: a primeira não é capaz de satisfazer o direito material objetivado pelo requerente, enquanto que a satisfatividade é característica própria da antecipação de tutela.

3 TUTELA ANTECIPADA

3.1 CONCEITO

Com a necessidade de melhor efetivar o processo civil brasileiro viu-se preciso a criação de institutos, que mesmo não tornando célere o processo, pudesse ao menos em determinadas situações antecipar os efeitos de uma decisão final provavelmente favorável. É que a grande demora do trâmite processual dificultava o acesso à justiça, principalmente, por pessoas de menor capacidade econômica que não tinham como esperar por todo o rito processual e acabavam por desistirem de seus direitos ou abrindo mão de parcela deles, que seriam assegurados somente com o final do processo, ferindo, assim, o princípio da isonomia, impossibilitando o verdadeiro acesso à justiça daquele que teve seu direito ameaçado ou lesado.

A lentidão da justiça e suas diversas formas de postergação pelas partes, também estimula o abuso de direito de defesa, tendo a Tutela Antecipada o objetivo também de desestimular práticas que retardem o fim do processo, procrastinando o andamento normal do mesmo, com o intuito apenas de desgastar o verdadeiro titular do direito material, objeto da lide. Sobre o assunto Marinoni (2008, p. 09) disserta que:

Ela vem sendo utilizada cotidianamente na prática forense como forma de conferir maior prontidão à realização dos direitos e, ao mesmo tempo, desestimular o “abuso do direito de defesa”. Não há como se negar assim para a efetividade da tutela jurisdicional; trata-se, sem dúvida alguma, do instituto processual que mais tem colaborado para o aperfeiçoamento da “justiça”.

Grande progresso na luta pela celeridade processual foi obtida com a criação, na década de 90, de leis que agilizam a tutela jurisdicional no Brasil, entre elas têm-se as leis 10.259 e 9.099, que criaram, respectivamente, os juizados especiais cíveis federais e estaduais. Também na década de 90 criou-se a lei 8.072 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor e a lei 8.079, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que facilitaram o acesso a justiça. Mas, a grande revolução veio com a lei 8.952 que instituiu a Tutela Antecipada, facilitando a satisfatividade do direito antes mesmo desse se transformar em um título executivo definitivo. Todas essas leis tiveram o objetivo de aproximar a justiça da sociedade, de forma que o jurisdicionado sentisse confiança ao buscar a tutela do Estado na hora de assegurar um direito material que lhe pertence.

Sabendo o legislador da morosidade da justiça brasileira e dos grandes prejuízos advindos com essa demora na prestação jurisdicional, concebeu um instituto que viria para minimizar ou até mesmo, em certos casos, acabar com o problema, já que anteciparia os efeitos finais da demanda judicial.

Nesse diapasão, pode-se conceituar a Tutela Antecipada como sendo um instituto processual criado para satisfazer a pretensão do jurisdicionado, logo do nascedouro do processo ou até a sentença de mérito, em se tratando de primeira instância, podendo ainda ser concedida no Tribunal nos casos de competência originária ou quando do julgamento de Agravo de Instrumento com Efeito Ativo, desde que preenchido determinados requisitos.

3.2 CARACTERÍSTICAS

As Tutelas de Urgência presentes no direito processual civil brasileiro são divididas em duas: a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar, mas com objetivos diferentes, tendo a Tutela Cautelar o objetivo de resguardar a efetividade do processo para que no desenrolar da ação o objeto não pereça, inviabilizando o cumprimento da sentença ou a execução de título extrajudicial. Já a Tutela Antecipada visa anteceder os efeitos pretendidos com o processo, que só seriam obtidos com o provimento final deste, onde poderia haver grande prejuízo para aqueles que litigam perante o judiciário.

Entre as características da Tutela Antecipada tem-se a provisoriedade, a satisfatividade, a inafastabilidade e a fungibilidade.

A Tutela Antecipada tem como uma de suas características a provisoriedade, já que mesmo com a sua concessão tem-se apenas a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da decisão final, porém, o processo terá seguimento obedecendo ao devido processo legal, devendo a parte demonstrar a evidência, certeza de seu direito, pois ainda não houve a concessão definitiva da tutela.

O próprio Código de Processo Civil em seu artigo 273, § 5º, preceitua que “concedida ou não a Antecipação da Tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”. Dessa forma, a decisão que julga o pedido de Antecipação da Tutela é decisão interlocutória de cognição sumária, não pondo fim ao processo, devendo a decisão final confirmar ou revogá-la, se julgado o mérito improcedente.

De acordo com o doutrinador Zavascki (1997, p. 66/67):

Em nosso sistema como em muitos outros, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer desses direitos.

Uma das principais características da Antecipação da Tutela é a sua própria inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, pois, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por esse dispositivo entende-se que é dever do Estado a tutela de direitos, já que monopolizou a tutela jurisdicional, proibindo os particulares de exercerem-na.

É que a Tutela Antecipada, em regra, baseia-se em ameaça de lesão a direito. O simples fato de ser tardia a prestação jurisdicional, já causa lesão a direito do jurisdicionado, haja vista, que a demora traz sensação de injustiça, de impotência, já que não é permitido a autotutela; traz também o cansaço à parte na espera pela solução da lide. Isso se coaduna precisamente com o enunciado no artigo 5º, inciso XXXV.

Muitas vezes a morosidade do processo torna-se mais lesivo àquele que peticiona ao Judiciário do que mesmo uma decisão denegatória do magistrado. É que mesmo tendo sido negado a procedência de seu pedido, a parte pode socorrer-se do duplo grau de jurisdição e assim, garantir o que de fato pretende com o processo.

Quanto à satisfatividade, característica intrínseca à Tutela Antecipada, significa dizer que o bem da vida que se busca no Judiciário é adiantado ao jurisdicionado, parcial ou totalmente, se preenchido determinados requisitos.

Deve-se partir do princípio de que ninguém deve ir ao Judiciário, senão, à busca de tutela jurisdicional para reconhecimento de direitos e sua efetiva entrega a seu titular. E essa tutela jurisdicional é eminentemente satisfativa, por que senão, não estaria presente uma das condições da ação que é o interesse processual, pressuposto de existência e validade do processo. Sendo assim, a antecipação da tutela significa nada mais nada menos, do que a entrega antecipada ao jurisdicionado daquilo que, em regra, ele obteria apenas ao final da lide, em obediência aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Porém, tendo em vista que os princípios acima citados tornavam o processo duradouro, moroso, viu o legislador ordinário a necessidade de criar um instituto que pudesse suprir essa ineficácia advinda da lentidão do procedimento comum, fazendo justiça no caso concreto.

Esse princípio está diretamente relacionado ao princípio constitucional de acesso a justiça. Veja que se falou no princípio de acesso à justiça e não acesso ao Judiciário. Acesso à justiça é princípio amplo a ponto de entender-se que justiça tardia não é justiça. Por isso, satisfazer o jurisdicionado da forma mais rápida possível é oferecer ao mesmo o acesso a efetiva justiça.

A fungibilidade é outra característica da Tutela Antecipada, que foi introduzida no Código de processo Civil pela lei 10.444, de 07 de maio de 2002, acrescentando o §7º ao artigo 273 do diploma citado, preceituando que “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”.

A grande aparência existente entre a Tutela Cautelar e Tutela Antecipada faz com que muitos operadores do direito se confundam no momento de requerer o instituto adequado. Por isso, a lei 10.444 criou a fungibilidade da Tutela Antecipada, que visa assim possibilitar que mesmo quando o querelante pedir a Tutela Antecipada poderá o julgador, ao analisar o enunciado da petição inicial e o caso concreto, conceder Tutela Cautelar, se preenchidos os requisitos dessa, podendo também ocorrer o inverso, ou seja, ter o querelante a concessão de Antecipação de Tutela, se preenchidos os requisitos, quando pedir-se Tutela Cautelar. Portanto, não preenchidos os requisitos da Tutela pedida, Antecipada ou Cautelar, mas preenchidos os requisitos da outra, poderá o magistrado conceder para atingir o devido exercício de sua função jurisdicional, que é aplicar o direito ao caso concreto, garantindo assim a justiça ao jurisdicionado.

Em análise da matéria, Marinoni (2008, p.131) disserta que:

Em uma interpretação literal pode ser dito que o §7º. do art. 273 pretende somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória. Se a tutela foi batizada de “antecipatória”, mas a sua substância é “cautelar”, ela pode ser deferida no bojo do processo de conhecimento, desde que haja dúvida fundada e razoável quanto a sua natureza.

O §7º do artigo 273 adota o chamado “princípio da fungibilidade”, muito ligado à questão dos recursos. Esse parágrafo chama a atenção para a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, por terem de fato, algo em comum: ambas são tutelas de urgência, com alguns requisitos idênticos. Nesse seara, permite o legislador que o Douto Julgador não fique preso a formalidades desnecessárias, concedendo ao jurisdicionado a tutela mais adequada ao caso concreto, mesmo que não pedida, porém, com requisitos preenchidos.

3.3 TUTELA ANTECIPADA COMO TUTELA DE URGÊNCIA

O principal fundamento da Tutela Antecipada é satisfazer o direito do litigante, uma vez que a espera pela decisão definitiva pode causar um grave prejuízo a parte, já que entre os requisitos da Tutela Antecipada como Tutela de Urgência estão: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, *periculum in mora*, a verossimilhança das alegações ou, *fumus boni iuris*, e a reversibilidade da medida concedida, requisitos esses obrigatórios para que o julgador se convença da necessidade da concessão urgente da Tutela Antecipada.

O perigo da demora é o que justifica a necessidade da concessão urgente da tutela, já que, se o magistrado não a conceder, poderá a parte sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, como se extrai da literalidade do artigo 273, inciso I.

Apesar de ser facultado ao Magistrado a concessão da medida, o recomendável é que o juiz não se escuse de concedê-la, pois sua omissão pode tornar-se tão gravosa à parte, que a concessão definitiva da tutela com o trânsito em julgado da ação, seja inútil, e o direito que aparentava ter, não terá nenhuma serventia.

Zavascki (1997, p. 28) disciplina um exemplo que irá facilitar a interpretação pelo leitor.

Figure-se uma ação de separação judicial. Dada a natureza das relações entre os cônjuges e dos deveres deles para com os filhos, resulta inadiável, no geral dos casos, a imediata intervenção jurisdicional no sentido de regular tais relações durante o curso do processo, provendo sobre alimentos, guarda dos filhos, direito de visita, disciplina essa que não pode aguardar o desfecho da ação. Nessa espécie de tutela, mediante as chamadas medidas interinais, dá-se provimento para disciplinar a satisfação imediata de um direito que só pode ser gozado imediatamente.

A Tutela Antecipada na sua modalidade urgente é aquela que se concede com base no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como nos termos dos artigos 461 e 461-A do referido diploma, ou seja, deverá haver fundado receio de que uma parte possa causar a outra, dano irreparável ou de difícil reparação, ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento da tutela definitiva esteja ameaçado.

Para que se conceda a Tutela Antecipada fundada em urgência deverá o autor demonstrar ainda, a provável concessão da tutela definitiva em seu favor, já que o caput do artigo 273 do CPC afirma que a parte requerente deverá apresentar prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações. Pelo enunciado dos artigos 461 e 461-A, também se pressupõe a existência de tal requisito.

Nesse sentido a Tutela Antecipada urgente diferencia-se da Tutela Antecipada baseada em direito evidente, pois nessa última não haverá apenas aparência do direito do autor, mas sim uma certeza, fundada em provas incontestáveis ou uma certeza presumível, haja vista o comportamento reprovável da outra parte, conforme se verá adiante.

É importante informar, que a Tutela Antecipada Urgente exige que a medida concedida seja reversível, conforme disciplina o § 2º, do artigo 273 do CPC. Outra observação que se mostra importante é a possibilidade de sua concessão de ofício pelo Magistrado, pois, se pelo artigo 273 necessita de requerimento não se pode dizer o mesmo da Tutela Antecipada concedida nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC.

3.4 TUTELA ANTECIPADA COMO TUTELA DA EVIDÊNCIA

A Tutela Antecipada ficou largamente conhecida na doutrina como também na jurisprudência como uma Tutela de Urgência. A título apenas de exemplo, veja-se o entendimento dos doutrinadores Nery Júnior e Nery (2007, p. 523):

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental que se efetiva mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos.

Vê-se que os doutrinadores acima consideram Tutela Antecipada como sendo uma tutela de urgência, sem ressaltar qualquer exceção.

Ocorre que pela própria nomenclatura da expressão “tutela de urgência” a mesma deveria ser concedida, quando a situação justificante reclamasse atendimento urgente sob pena de perecer o direito do requerente. E isso não se verifica em todos os casos em que se pode conceder a Antecipação da Tutela pela sistemática do Código de Processo Civil de 1.973. A mesma pode ser concedida em situações que não reclama qualquer urgência. Dentre as possibilidades de concessão da Tutela Antecipada, duas delas não têm nada de urgente, quais sejam: a) quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (Art. 273, II, CPC); e b) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (Art. 273, § 6º, CPC).

Mas, também é possível afirmar que a incoerência acima citada não escapava dos olhos de todos os doutrinadores. Já havia quem soubesse separar o que vinha a ser Tutela Antecipada Urgente e Tutela Antecipada baseada em direito evidente, senão, veja-se o que afirmam Marinoni e Arenhart (2008, p. 232) a respeito do tema, na obra *Processo de Conhecimento*:

No caso de **direito evidente** e de defesa infundada, é correto supor que o réu está requerendo prova apenas para retardar a realização do direito, o que não pode ser permitido quando se deseja construir um processo que realmente garanta o direito constitucional à tutela jurisdicional tempestiva. É por isto que as duas técnicas antes referidas, exigindo **evidência do direito e defesa infundada** que requer instrução dilatória, são baseadas no **art. 273, II**, já que ambas partem do pressuposto que o réu **abusa de seu direito de defesa** quando, protelando o processo para a verificação de uma defesa infundada, retarda a satisfação de um **direito evidente**.

Assim, a técnica da Antecipação da Tutela pela evidenciação do direito surgiu com a criação da Tutela Antecipada com base no inciso II do artigo 273, instituída pela lei 8.952/94, que havia criado também a Tutela Antecipada Urgente, disciplinada no artigo 273, inciso I e artigo 461, ambos do Código de Processo Civil atual.

A Tutela Antecipada concedida em face do abuso do direito de defesa do réu tem por objetivo desestimular atos meramente protelatórios ao processo, que tenham em seu bojo, defesa em fatos infundados, que possam ser apenas prejudiciais a outra parte que poderia estar prestes a usufruir do objeto da lide, sofrendo com a demora na prestação da tutela, apenas por mero capricho da parte requerida.

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu é procedimento que vai de encontro com o que dispõe o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal ao afirmar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Por isso, descaracterizado o direito a ampla defesa ou contraditório do réu, caracterizando apenas o intuito protelatório do mesmo, o Magistrado está devidamente autorizado por lei a conceder a medida satisfativa, ora requerida.

Já no que se refere ao § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil atual, pode-se dizer que este dispositivo retrata o direito evidente em sua plenitude, ao afirmar que “a Tutela Antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se **incontroverso**”. Pela própria literalidade desse dispositivo,

depreende-se que se trata do direito incontestável por parte do réu, evidenciando aos olhos do julgador, que a parte reclama em juízo algo que lhe pertence.

Foi outra grande evolução na Tutela Antecipada como direito evidente a criação em 2002 do §6º do artigo 273. Tal parágrafo criou a possibilidade de o juiz conceder a antecipação da tutela baseando-se em algumas técnicas de evidenciação do direito do autor, entre as quais se destacam a técnica da não-contestação, do reconhecimento parcial do pedido, ou a técnica do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um ou alguns dos pedidos cumulados.

Da mesma forma é a doutrina de Marinoni e Arenhart (2008, p. 234), na obra *Processo do Conhecimento*, sobre o tema que se propôs discutir, na obra *Processo de Conhecimento*

O novo § 6º, quando fala em pedido “incontroverso”, não está aludindo apenas ao reconhecimento parcial ou à não-contestação. Quando a nova norma faz referência à **incontrovérsia**, ele deseja, evidentemente, conferir efetividade aos direitos que podem ser **evidenciados** no curso do processo que ainda vai exigir tempo para elucidar a outra parcela (portanto não incontroverso) do litígio. Como agudamente observou José Rogério Cruz e Tucci, a matéria incontroversa pode resultar de prova inequívoca produzida com a petição inicial.

De tudo o que exposto foi, pode-se realmente entender que a Tutela Antecipada com fundamento no inciso II e no § 6º do artigo 273 do CPC, baseia-se em direito evidente e não em direito urgente.

3.5 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Para que haja a concessão da Tutela Antecipada nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, deverá o magistrado analisar se ela preenche uma serie de requisitos, sendo alguns obrigatórios, acrescidos de outros requisitos alternativos.

Os requisitos obrigatórios são o requerimento da parte autora, a prova inequívoca capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança das alegações do autor; e a reversibilidade do provimento antecipado da medida.

Outros requisitos são acrescidos aos já citados, de forma alternativa, que são o fundado receio de dano irreparável **ou** de difícil reparação **ou** quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No que concerne aos requisitos obrigatórios, a concessão da Tutela Antecipada, se baseada no artigo 273 do CPC está fundada na necessidade do requerimento da parte autora. Porém, é de grande importância informar que a Tutela Antecipada poderá ser concedida de ofício pelo Magistrado nas situações previstas nos artigos 461 e 461-A do CPC.

Outro requisito de preenchimento obrigatório, que deverá ser verificado pelo juiz no ato de concessão da Tutela Antecipada é a existência de prova inequívoca capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança das alegações do requerente da medida. Ou seja, prova inequívoca da aparência de verdade daquilo que o autor alega em juízo, que lhe pertence. Na verdade a expressão “inequívoca” não altera o significado do requisito citado, por que se o juiz se convencer da “verdade aparente”, pressupõe que exista prova capaz de formar um juízo de aparência do direito da parte. Como também poderá existir prova inequívoca da verdade real – da evidência dos fatos – e ainda assim, o juiz não se convencer da verossimilhança das alegações da parte, por se tratar de algo que se situa no campo meramente subjetivo.

Para se convencer da verossimilhança das alegações do requerente da tutela, o juiz deverá analisar os fatos narrados na exordial somado ao conjunto probatório apresentado, para aferir um juízo capaz de sentir, perceber, antever o fim mais provável para a ação.

O perigo da irreversibilidade do provimento antecipado é o terceiro requisito obrigatório, para a concessão da Tutela Antecipada concedida, regra geral, pelo artigo 273 do CPC. É a literalidade do § 2º do artigo 273 ao mencionar que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Interpretação literal leva ao entendimento de que se houver ao menos perigo de que uma vez antecipada a medida pelo juiz, o objeto da lide não volte ao estado em que se encontrava antes, o juiz não concederá a medida.

A necessidade de que o provimento antecipado seja reversível, decorre do fato concreto, de tratar-se de decisão baseada em um juízo provisório, de cognição sumária, e que com a apresentação do contraditório poderá o Magistrado convencer-se de forma contrária àquilo que decidiu ao conceder a Tutela Antecipada. Senão, não teria como voltar ao *status quo ante*, ficando a sensação de injustiça cometida no caso concreto. Sobre o assunto, o doutrinador Jardim (2008, p. 12/13) disciplina que “A proibição da Tutela Antecipada nos casos de perigo de irreversibilidade é opção política do legislador com evidente propósito de resguardar os direitos do réu cuja defesa ainda não foi amplamente examinada”.

Porém, o dispositivo legal objeto de discussão, não pode ser aplicado de forma absoluta a suprimir a concessão da Tutela Antecipada, pois o risco da irreversibilidade pode afetar ambas as partes. A título de exemplo, seria um imóvel que em péssimas condições de manutenção prestes a desmoronar e causar um agrave dano a toda a vizinhança das proximidades do prédio. Assim, é possível entender que a espera pela tutela exauriente poderá causar um dano maior que a concessão da tutela sumária para demolição do prédio, mesmo não tendo como voltar ao estado anterior à demolição; não sendo reversível o provimento antecipado da medida adotada.

Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz usando-se do bom senso formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, fazendo prevalecer a proteção aos bens mais importantes ao homem em uma ordem decrescente de importância.

Sobre o assunto, Marinoni (2008, p. 199) apresenta seu entendimento:

É extremamente importante para deixar claro que, em determinados casos, não só a concessão, como também a negação de uma liminar pode causar prejuízos irreversíveis. Admitir o magistrado 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 juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parecia mais provável.

Grave crise ocorre quando no pedido de concessão da Tutela Antecipada, vem ao juiz algo que caso ele conceda será irreversível para a parte ré, e se não conceder poderá causar um dano irreparável ou de difícil reparação para a parte autora, conforme disciplina o artigo 273 inciso I. É o caso, por exemplo, de confrontar o direito à manifestação do pensamento e o direito à informação em face do direito à honra de alguém, que exige do juiz uma ponderação de bens jurídicos em confronto, já que qualquer ação sua ferirá direitos fundamentais. Deve, portanto, o julgador decidir por conceder aquele que demonstrar um direito mais verossímil e que caso não concedido, essa escolha cause um dano menor.

Sobre o assunto Marinoni (2008, p.205) disciplina que:

Lembre-se de que os direitos fundamentais contêm uma espécie de reserva de compatibilização com outros direitos fundamentais, e que essa compatibilização somente pode ser feita pelo juiz mediante a análise dos pesos dos bens conflitantes conforme as circunstâncias do caso concreto (...). Quando o juiz, mediante a aplicação de tal regra, decide antecipar a tutela admite-se o risco da irreversibilidade, até porque a proibição da concessão da tutela obrigaria o juiz a expor a risco de irreversibilidade exatamente o direito que, à luz da ponderação, merece tutela.

Pelo entendimento do doutrinador supramencionado, deverá o juiz sempre ponderar entre qual dos direito será mais afetado, caso conceda ou não a medida requerida, sabendo que toda decisão sua pode tornar-se algo irreversível não apenas para a parte ré, mas também para a parte autora.

A espera pela concessão da tutela definitiva é um ônus, que em muitos casos torna-se insuportável por aquele que litiga sobre algo, em que o próprio tempo seja mais um adversário da parte na ação. Daí outro requisito para a concessão da Tutela Antecipada, desta vez um requisito alternativo, por que somado com os requisitos obrigatórios legitima a concessão da medida requerida pela parte. É o “fundado receio de dano irreparável” constante na primeira parte do inciso I do artigo 273 do CPC. Isso ocorre, quando houver receio que a não concessão da medida possa causar a parte um dano, irreparável.

Ocorre ainda, a hipótese em que há a possibilidade de a não concessão da medida satisfativa requerida, ocasionar um dano e que esse dano possa ser reparável, porém sua reparação torne-se difícil, a ponto de ser mais razoável, a concessão da medida. É o segundo requisito alternativo, constante na segunda parte do inciso I, do artigo 273 do CPC, que fundamenta a concessão da medida com base no “fundado receio de dano de difícil reparação”.

O outro requisito alternativo é o que consta expresso no inciso II do artigo 273, que trata do “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Em termos práticos, a expressão “abuso de direito de defesa” é sinônima da expressão “manifesto propósito protelatório”, por que quem protela, provocando desnecessariamente o andamento anormal do processo está abusando de seu direito de se defender. Esse dispositivo é o fiel retrato de que o legislador primou pelo princípio da duração razoável do processo, devendo a defesa do réu basear-se em fundamentos aceitáveis sob pena de o Douto Julgador antecipar os efeitos positivos, que possam ser concedidos com a resolução final de mérito. Nesse sentido, o dispositivo ora mencionado não se subdivide em dois requisitos alternativos por se tratar de expressões sinônimas. Esse dispositivo é chamado de alternativo por que não depende da existência dos outros dois requisitos alternativos constantes no inciso I do mesmo artigo, ou seja, não depende da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Segue o entendimento do insigne doutrinador Donizetti (2008, p. 221) a respeito das expressões “abuso de direito de defesa”, **ou** “manifesto propósito protelatório”:

Há abuso de direito de defesa, ou intuito protelatório, quando, por exemplo, o réu argúi defesa contra a evidência dos fatos e de sua conclusão ou requer provas ou diligências, reveladas como absurdas pelas circunstâncias do processo.

Existe também a possibilidade de concessão da Tutela Antecipada baseada no § 6º do artigo 273 do CPC, que se apresenta como uma exceção à regra geral sustentada até agora. A concessão da Antecipação da Tutela por esse dispositivo está sujeita apenas ao requerimento da parte e a natureza incontroversa de um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles. Veja-se que por esse dispositivo não são exigíveis os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte, já que se baseia em direito incontroverso – incontestável; também não é exigível que o provimento seja reversível, haja vista que pela própria literalidade do dispositivo, o direito material pretendido – objeto da ação – pertence mesmo ao requerente da medida.

Mencionados os requisitos necessários para a concessão da Tutela Antecipada nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil, passar-se-á a falar dos requisitos necessários para a concessão da mesma, nos termos dos artigos 461 e 461-A do mesmo diploma processual.

Um requisito de preenchimento obrigatório está voltado para o objeto da ação, que deve versar apenas sobre cumprimento de obrigação de fazer, obrigação de não fazer ou de entregar coisa certa. Trata-se, portanto, de objeto materialmente limitado.

Quando tratar-se de medida concedida em sede de liminar ou mediante justificação prévia serão acrescidos dois requisitos, que são a relevância do fundamento da demanda e o receio de ineficácia do provimento final.

E no caso de já haver sentença que tenha julgado procedente o pedido, é preciso haver a necessidade de tomar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Ou seja, uma medida capaz de assegurar a satisfação do beneficiário, com aquilo que obteve com o provimento final da lide.

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, nos termos desses dois artigos, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Pelo enunciado das medidas, podem as mesmas serem satisfativas como também de segurança, porém, nos autos da mesma ação que discute o objeto da lide.

3.6 A TUTELA ANTECIPADA NOS PROCEDIMENTOS ORDINÁRIO, SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO

O Título VII do atual Código de Processo Civil trata do Processo e do Procedimento. O Capítulo I do referido título trata das disposições gerais aplicáveis ao procedimento comum. Os artigos 271, 272 e 273 do CPC, todos constantes nas disposições gerais, trazem informações, que devidamente interpretadas revelam conclusões importantes. Como se sabe e já exaustivamente citado nesse trabalho, o artigo 273 do CPC trata da Antecipação da Tutela. Veja-se, portanto, o que revelam os artigos citados:

Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, **salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.**

Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Parágrafo único. **O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

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:

Quanto ao procedimento comum, que se subdivide em ordinário e sumário, não há qualquer obstáculo em aplicar a Tutela Antecipada em ambos. As disposições gerais do Processo e Procedimento aplicam-se aos dois procedimentos indistintamente.

A mesma lei 8.952, de 13.12.1994, que instituiu a Tutela Antecipada no Código de Processo Civil foi a que afirmou que o procedimento comum era ordinário e sumário. Além disso, a mesma lei afirma que “o **procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário**”.

Assim, é possível afirmar que mesmo no procedimento especial dos juizados especiais cíveis é possível a antecipação da tutela requerida, desde que não atinja as disposições próprias de tal procedimento. Não há nas leis dos juizados especiais estadual e federal, qualquer vedação a concessão de Antecipação da Tutela ao jurisdicionado. Na verdade, além de está previsto tacitamente no CPC, conforme acima citado, há ainda o Enunciado nº 26 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais, afirmando que “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis” (Nova redação adotada no

XXIV FONAJE, Florianópolis/SC). Veja-se ainda teor dos Enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, a respeito do tema:

Enunciado nº 5: As sentenças e antecipações de tutela devem ser registradas tão-somente em meio eletrônico.

Enunciado nº 61: O recurso será recebido no duplo efeito, salvo em caso de antecipação de tutela ou medida cautelar de urgência.

Enunciado nº 86: A tutela de urgência em sede de turmas recursais pode ser deferida de ofício.

Por esses Enunciados é possível entender que é plenamente possível a concessão da Tutela Antecipada no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis Federais.

Assim, acredita-se que fica esclarecido a possibilidade de concessão do Instituto da Tutela Antecipada nos três procedimentos, quais sejam: ordinário, sumário e sumaríssimo.

3.7 A DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA LIMINAR

Diferenciar Tutela Antecipada de Medida Liminar não é uma tarefa das mais fáceis. Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “liminar no Direito, consiste em medida do juiz, no início do processo, para evitar dano irreparável ao direito que se alega”. Por esse conceito, medida liminar significa qualquer medida tomada pelo Magistrado, logo do nascedouro do processo, com o intuito de evitar dano irreparável ao jurisdicionado.

A antiga Lei do Mandado de Segurança, Lei 1.533/51, a respeito da Medida Liminar, disciplinava que:

Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Tratando-se de Medida Liminar em Mandado de Segurança, não houve mudança significativa na lei 12.016/09, que revogou a Lei 1.533/51, acrescentando apenas a exigência de algumas garantias, para o caso de ressarcimento à pessoa jurídica, se necessário for, senão, veja-se:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A doutrina do saudoso Meirelles (1999, p. 71) preceitua que:

A medida liminar é provimento **cautelar** admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II).

(...)

A medida liminar **não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante**, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

Pelas palavras do sábio doutrinador, a Medida Liminar em Mandado de Segurança não tem o poder de satisfazer a pretensão do impetrante, mas apenas assegurar a eficácia da decisão que conceder a Segurança requerida.

Como bem afirma o doutrinador, é medida acautelatória e não de Antecipação dos efeitos da sentença de mérito.

Ocorre que na prática não é bem assim. Na verdade o que se costuma ver é que certas decisões que concedem medida liminar em Mandado de Segurança, antecipam de fato os efeitos da decisão final do *mandamus*. Como forma de exemplo, uma liminar concedida em Mandado de Segurança, onde se pleiteia a inclusão de dependente para percepção de pensão. Essa medida, sem sombra de dúvida, é satisfativa e antecipa efeitos que o Jurisdicionado só teria com o provimento final da ação mandamental, não sendo possível confundir com a Tutela Cautelar, que é apenas assecuratória e não satisfativa.

A doutrina de Meirelles (1999, p.71) apesar de reconhecer que a literalidade do artigo 7º, inciso II da lei 1.533/51, possuía natureza de medida cautelar, já sinalizava a necessidade de mudança na lei para que pudesse adequar-se a realidade da época:

Diante da reforma do Código de Processo Civil, que passou a admitir a figura da antecipação da tutela no procedimento ordinário (Lei nº 8.952/94, dando nova redação aos arts. 273 e 461 do CPC), caberá examinar se seria ou não recomendável a atualização da legislação do mandado de segurança para que passasse a contemplar, expressamente, uma medida liminar não apenas cautelar, mas em determinadas situações também antecipatória do provimento final.

O doutrinador Meirelles ficou famoso por antever reformas legislativas bem como criação de Institutos legais, que pudessem melhorar o uso do direito em benefício da sociedade. Portanto, é possível imaginar que a Lei do Mandado de Segurança carecia de mudanças no sentido de admitir medida liminar de natureza satisfativa, com o intuito de aumentar a utilidade prática do Mandado de Segurança.

Tanto a Tutela Antecipada bem como a Liminar em Mandado de Segurança requerem prova inequívoca de verossimilhança das alegações do requerente da medida. As diferenças básicas que se pode citar entre as duas são: a) a primeira será sempre satisfativa, enquanto que a segunda é em regra cautelar, porém, na prática verificam-se também decisões de cunho satisfativo, antecipando os efeitos que o Impetrante só teria com o provimento final do *mandamus*; b) a primeira pode ser concedida nos casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso, entre outras situações. Enquanto que a concessão da medida liminar só poderá ser concedida nos casos em que reclame atendimento urgente, sob pena do impetrante sofrer dano irreparável ou de difícil reparação; e c) A Tutela Antecipada, se baseada no artigo 273 do CPC, só poderá ser deferida se for requerida pelo interessado, enquanto a medida liminar deve ser deferida de ofício, caso preenchido os requisitos para sua concessão; d) a Tutela Antecipada **poderá** ser deferida pelo Magistrado, se preenchidos os requisitos legais, enquanto que no caso da medida liminar em Mandado de Segurança, **deverá** o Magistrado deferi-la, se preenchidos os requisitos necessários. Veja que a primeira garante ao Magistrado o Poder da discricionariedade, enquanto que a segunda vincula o Magistrado à concessão da mesma, bastando estarem presentes os requisitos ensejadores.

Agora é imperioso afirmar que Medida Liminar não se esgota em Liminar de Mandado Segurança, nem tampouco, somente em legislação especial.

O próprio Código de Processo Civil admite a concessão de Tutela Antecipada em sede de liminar. Veja abaixo o que preceitua o § 3º, do artigo 461:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz **conceder a tutela liminarmente** ou mediante justificação prévia, citado o réu. **A medida liminar** poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

As medidas cautelares seguem o mesmo rumo das tutelas antecipadas, pois, também é possível a concessão de medida liminar acautelatória. Ou se preferir, pode-se substituir a expressão citada por “concessão de tutela cautelar em sede de liminar”. Pelo menos é o que afirma a literalidade do artigo 804 do CPC, abaixo mencionado:

Art. 804. É lícito ao juiz **conceder liminarmente** ou após justificação prévia a **medida cautelar**, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

O doutrinador Cruz afirma que Medida Liminar possui natureza antecipatória, sendo desprovida de natureza acautelatória:

A Tutela Antecipada é, assim, uma espécie de liminar enquadrável dentre aquelas desprovidas de natureza cautelar, assim como sói ocorrer nas liminares concedidas nas ações possessórias e na ação civil pública. Daí se conclui que toda a liminar tem natureza antecipatória, tendo em mente que, em maior ou menor grau, representa o adiantamento de uma pretensão que somente em outro instante poderia ser alcançada. (2006, p. 112/113).

Por derradeiro é possível afirmar que a medida liminar no seu sentido amplo é medida, que em primeira instância, é tomada logo no início do processo, podendo na oportunidade ser concedida uma medida cautelar, satisfativa ou de outra natureza. Em segunda instância cabe ao Relator do recurso em sede de liminar, tomar as decisões que lhe couberem, autorizado por lei e/ou pelo Regimento Interno do Tribunal. Já a Tutela Antecipada, em se tratando de primeira instância, é decisão de cunho satisfativo, que pode ser deferida através de medida liminar – início do processo – até a decisão que sentencia o processo com análise de mérito, obrigando, nesse último caso, o possível recurso ser recebido no efeito apenas devolutivo. Em segunda instância a Tutela Antecipada pode ser concedida ou negada pelo Tribunal nos casos de competência originária ou quando a Turma ou Câmara aprecia Agravo de Instrumento com Efeito Ativo.

A Medida Liminar está diretamente voltada para o momento em que o Magistrado decide algo no processo, que deve ser antes mesmo de ouvir a parte requerida. Na verdade pode ser concedida em qualquer instancia ou tribunal; a título de exemplo, pode-se citar a concessão de medida liminar pelo relator do recurso, quando suspende os efeitos da decisão, que provocou o recurso, ou mesmo quando atribui efeito ativo ao recurso, concedendo Tutela Antecipada. Já a Tutela Antecipada está diretamente voltada para a satisfação do

Jurisdicionado, por meio de decisão concedida no processo antes do trânsito em julgado material da ação.

3.8 RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE CONCEDER OU NEGAR TUTELA ANTECIPADA

Da decisão que apreciar pedido de Antecipação de Tutela poderá caber, Agravo Retido, Agravo de Instrumento ou Apelação. É importante observar que em obediência ao princípio da unirrecorribilidade apenas um recurso é admitido de cada vez.

A decisão judicial que se manifesta sobre o pedido de Tutela Antecipada possui natureza jurídica de decisão interlocutória, já que a mesma não põe fim ao processo. Veja-se o que preceitua o artigo 522 do Código de Processo Civil a respeito do recurso em face de decisões interlocutórias:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na **forma retida**, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por **instrumento**.

O Agravo Retido caberá, quando o pedido de Antecipação da Tutela fundamentar-se no inciso II e/ou § 6º, do artigo 273, em ambos os casos cumulado com o disposto no *caput* do citado artigo e ainda assim for negada a Antecipação da Tutela. É que nesses casos a decisão que negou a Antecipação da Tutela não é suscetível de causar a qualquer das partes lesão grave e de difícil reparação. Nesses casos a parte recorre por meio de Agravo Retido com o intuito apenas de evitar preclusão sobre decisão interlocutória suscetível de influenciar no mérito da causa, requisito próprio do Agravo Retido.

No caso de ser negado o pedido de Antecipação de Tutela com fundamento no inciso I do artigo 273 do CPC, combinado com o disposto em seu *caput*, e artigos 461 e 461-A, o recurso cabível é o Agravo de Instrumento com pedido de Efeito Ativo. É que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação continua, haja vista ter sido negada a Antecipação da Tutela, com o fundamento citado.

Porém, em todos os casos em que a Tutela for Antecipada, exceto na sentença, o recurso cabível será o Agravo de Instrumento, tendo em vista que a decisão antecipatória

possibilita a execução provisória, podendo ocasionar subtração patrimonial ou obrigação de fazer ou não fazer para o executado. E esses efeitos citados podem causar à parte ré lesão grave e de difícil reparação, por isso, pelo enunciado o recurso cabível é Agravo de Instrumento.

É importante informar que há quem entenda não caber Agravo Retido da decisão que aprecia pedido de Antecipação de Tutela. Esse é o posicionamento do doutrinador Zavascki (1997, p. 108), ao expor que:

Da decisão do juiz, que antes da sentença, julga o pedido de antecipação da tutela, deferindo-o ou não, o recurso cabível será o de agravo, eis que se trata de decisão interlocutória. E, pela própria natureza da medida pleiteada, o agravo adequado será o de instrumento, e não o retido.

O doutrinador Zavascki, através da citação acima, nada menciona a respeito do recurso de Agravo Retido em face da decisão interlocutória que negar Antecipação de Tutela, fundamentada no inciso II e/ou § 6º, do artigo 273, cumulados com o disposto no *caput* do citado artigo. Porém, essa decisão não é suscetível de causar a qualquer das partes lesão grave e de difícil reparação, conforme já explicado anteriormente.

Grande polêmica ocorre quando o juiz Antecipa a Tutela requerida no ato da sentença de mérito. Há quem entenda que se trata de duas decisões recorríveis; uma que se manifesta sobre o pedido de Antecipação de Tutela e outra que aprecia o mérito da causa. Da primeira caberia Agravo e da segunda caberia Apelação. Porém, está sedimentado tanto na doutrina como na jurisprudência que o recurso cabível é apenas apelação, devendo o juiz receber esse recurso no seu efeito apenas devolutivo, senão, a Antecipação da Tutela no ato da sentença perderia seu sentido (Art. 520, VI). Isso em virtude do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade dos recursos, que de cada decisão caberá apenas uma única espécie de recurso, conseqüentemente, não poderia haver os dois recursos. Para efeito de recorribilidade o litigante deve ter em mente, o conteúdo mais abrangente da decisão no sentido finalístico, devendo assim, utilizar-se da Apelação. Sobre o assunto expõe Zavascki (1997. p. 112) que “Hipótese mais delicada é a que se verifica quando o indeferimento (ou o deferimento) da medida antecipatória ocorrer na própria sentença que julgar a causa. Não parece haver dúvida de que, em tal hipótese, o recurso cabível é a apelação.”

O eminente autor deixa bem claro que quando a Tutela requerida for antecipada no ato da sentença, o recurso cabível é Apelação.

3.9 EXECUÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA

A Tutela Antecipada constitui um título provisório passível de execução pelo beneficiário da medida. A execução dessa medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença e da execução provisória. Isso é o que se pretende esclarecer adiante.

No que concerne a efetivação da medida satisfativa concedida, o próprio Código de Processo Civil disciplina a matéria. O artigo 273, em seu parágrafo 3º dispõe que “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”. Veja o que preceituam os dispositivos mencionados:

Art. 461.

(...)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, esta a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Redação dada pela lei nº 10.444, de 7.5.2002). (Revogado pela Lei nº 11.232/2005).

Para satisfazer o direito do requerente da Tutela Antecipada, várias medidas são utilizadas, entre elas estão a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

O artigo 588 tratava da execução provisória, porém, esse dispositivo foi revogado pela lei nº 11.232, de 2005, quando a execução de título judicial deixou de ser tratada na parte do processo de execução e passou a ser tratada no próprio processo de conhecimento com a

criação do capítulo X do Título VIII do CPC, intitulado de cumprimento de sentença, disciplinado pelos artigos 475-I ao artigo 475-R, sendo a execução da tutela antecipada tratada no artigo 475-O. Como forma de aprimorar o conhecimento do leitor é de grande valia a lição do doutrinador Marinoni (2008, p. 297).

A execução da tutela antecipatória é imediata, mas deve atender ao art. 475-O do código de processo civil, pois é uma execução fundada em título provisório.”

(...)

Nos casos de tutela que impõe um fazer, um não fazer ou uma entrega de coisa, a execução é feita de acordo com as regras dos arts. 461 e 461-A do código de processo civil. Mas, na hipótese de soma em dinheiro, a execução é por expropriação, conforme o art. 475-J e seguintes.

O doutrinador Marinoni deixa bem claro aquilo que vem escrito no artigo 475-O, *caput*, que disciplina que “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva ...”. O *caput* do artigo demonstra que o legislador possibilitou a execução da Tutela Antecipada, nos termos da execução provisória, naquilo que couber, e esta segue o mesmo modo da execução definitiva.

A execução provisória é possível quando o recurso da decisão for recebido no seu efeito apenas devolutivo. É o teor do § 1º do artigo 475-I, abaixo citado:

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a **execução** da sentença transitada em julgado e **provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.**

Deferida a Tutela Antecipada e o requerido não interpor recurso de Agravo de Instrumento, a decisão do Magistrado já será passível de execução provisória.

Deferida a Tutela Antecipada, se a parte requerida interpõe recurso de Agravo de Instrumento, será necessário verificar os efeitos em que o Recurso é recebido no Tribunal. Tais efeitos são determinados pelo relator do Recurso, senão, veja-se o que dispõe o artigo 527, inciso III do CPC:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

(...)

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Trata-se de decisão tomada pelo Relator em sede de liminar suspendendo ou não a eficácia da decisão interlocutória do Magistrado. Recebendo o Agravo nos efeitos apenas devolutivo, a decisão do Magistrado continua com sua força executiva. Até agora tratou-se dos casos em que a Tutela Antecipada for deferida pelo Magistrado em primeira instância.

Sendo negada em primeira instância a Tutela Antecipada, o requerente da medida, em determinados casos, poderá recorrer da decisão por meio de Agravo de Instrumento com Efeito Ativo. Assim, é possível pedir em sede de liminar que o Relator antecipe-lhe parcial ou totalmente a pretensão recursal. É o que diz a segunda parte do inciso III do artigo 527 acima citado. E sendo deferida a medida pelo Relator, tem a mesma, força executiva e não caberá recurso da decisão, por força do parágrafo único do mesmo artigo, ao afirmar que “a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.”.

4 TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA À LUZ DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA DE URGÊNCIA E À TUTELA DA EVIDÊNCIA

4.1.1 Recurso cabível da decisão que conceder ou negar a Tutela de Urgência e a Tutela da Evidência

Pelo enunciado no artigo 271 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a decisão que conceder ou negar a Tutela de Urgência ou Tutela da Evidência é uma decisão interlocutória, de cognição sumária que não põe fim ao processo, pois, o pedido principal ainda poderá ser apresentado, e o recurso cabível para atacar a mesma é o Agravo de Instrumento, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 271 do Anteprojeto:

Art. 271. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Da mesma forma afirma o artigo 969 combinado com seu inciso I, do Anteprojeto que: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência”.

É importante salientar que pelo atual diploma processual civil, das decisões interlocutórias cabem em regra o Agravo Retido, só sendo possível o Agravo de Instrumento, quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (Art. 522, CPC). Pelo Anteprojeto do novo CPC a figura do Agravo Retido desaparecerá, permanecendo apenas o Agravo de Instrumento para atacar as decisões que concederem ou negarem as Tutelas de Urgência e Evidência, bem como outras decisões interlocutórias previstas no artigo 969 do Anteprojeto. Apesar, que o Agravo Retido nunca foi o recurso mais adequado para atacar as decisões que apreciam pedido de Tutelas de Urgência.

Conforme se verificou acima, pelo artigo 271, parágrafo único, combinado com o artigo 969, ambos do Anteprojeto, o recurso cabível das decisões que versarem sobre Tutela

de Urgência e de Tutela da Evidência, é o Agravo de Instrumento. Porém, essa regra não é absoluta, só valendo para os casos em que as referidas Tutelas forem concedidas ou negadas em primeira instância, antes da sentença. É que ficou constatado, pela literalidade do parágrafo único do artigo 272, que nos casos de Recursos pendentes no Tribunal ou nos casos de competência originária, o requerimento da Tutela desejada, de Urgência ou de Evidência, deve ser feito diretamente no Tribunal. E conforme enuncia o inciso II do artigo 888, combinado com o artigo 975 do Anteprojeto, cabe ao Relator apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal, e de sua decisão caberá Agravo Interno.

É possível ainda afirmar, que pelo princípio da singularidade ou unirrecorribilidade dos recursos, quando as tutelas forem concedidas ou negadas no ato da sentença, o Recurso cabível será o de Apelação.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade dos recursos de Agravo de Instrumento, Agravo Interno e Apelação, das decisões que versarem sobre Tutelas de Urgência e de Evidência.

4.1.2 Execução da Tutela de Urgência e da Tutela da Evidência;

Uma vez concedida a Tutela de Urgência ou da Evidência, o passo seguinte é tornar a mesma efetiva e para isso dispõe o artigo 273 do Anteprojeto que “a efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório”.

O mesmo enunciado encontra-se expresso nas disposições gerais do cumprimento da sentença, no artigo 505 do Anteprojeto:

Art. 505. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisória ou definitivamente, no que couber, às decisões que concederem tutelas de urgência ou de evidência, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, inclusive quanto à liquidação.

Tendo que observar o parâmetro operativo do cumprimento da sentença, no que couber, para a efetivação da medida, pode-se afirmar que o seu cumprimento efetuar-se-á perante o Tribunal, nas causas de sua competência originária e nos demais casos, perante o juízo em que tramita a causa no primeiro grau de jurisdição.

Para o cumprimento da obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará intimar pessoalmente o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses, não se eximindo o mesmo ao pagamento das prestações vencidas e vincendas, mesmo cumprindo a pena. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

No caso de cumprimento da sentença condenatória de fazer ou não fazer, o juiz poderá a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por período de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva, podendo ainda, requisitar o auxílio de força policial, caso necessário.

No cumprimento de obrigação de entregar coisa observa-se o disposto no artigo 523, como por exemplo, a possibilidade de ser expedida em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel, quando não for cumprida a obrigação de entregar a coisa no prazo estabelecido na decisão.

Quando se tratar de obrigação de pagar quantia certa, deve-se observar o preceituado no artigo 506 ao artigo 513 do Anteprojeto. O cumprimento provisório da decisão condenatória em quantia certa poderá ser requerida, quando a decisão for impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, através de petição acompanhada de cópias da sentença ou acórdão exequendo, certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo, entre outras peças. Enquanto que o cumprimento definitivo da decisão condenatória em quantia certa far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de quinze dias, acrescido de custas e honorários advocatícios de dez por cento. Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo de quinze dias, o débito será acrescido de multa de dez por cento.

As disposições acima citadas, aplicáveis ao cumprimento provisório ou definitivo da sentença, serão também aplicáveis, no que couberem, às decisões que concederem tutelas de urgência ou de evidência, em primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Deferida a Tutela de Urgência ou Evidência e o requerido não interpor recurso de Agravo de Instrumento, a decisão do Magistrado já será passível de cumprimento.

Deferida a Tutela de Urgência ou Evidência, se a parte requerida interpõe recurso de Agravo de Instrumento, será necessário verificar os efeitos em que o Recurso é recebido no Tribunal. Tais efeitos são determinados pelo relator do Recurso, senão, veja o que dispõe o artigo 973 do Anteprojeto:

Art. 973. Recebido o **agravo de instrumento** no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de julgamento monocrático, **o relator:**

I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida na hipótese do inciso I, é irrecorrível.

Trata-se de decisão tomada pelo Relator em sede de liminar suspendendo ou não a eficácia da decisão interlocutória do Magistrado. Recebendo o Agravo nos efeitos apenas devolutivo, a decisão do Magistrado continua passível de cumprimento. Até agora tratou-se dos casos em que a Tutela de Urgência ou de Evidência forem deferidas pelo Magistrado em primeira instância.

Sendo negada em primeira instância a Tutela de Urgência ou de Evidência, o requerente da medida poderá recorrer da decisão por meio de Agravo de Instrumento com Efeito Ativo. É possível pedir em sede de liminar que o Relator antecipe-lhe parcial ou totalmente a pretensão recursal. É o que diz a segunda parte do inciso I do artigo 973 acima citado. E sendo deferida a medida pelo Relator, tem a mesma, possibilidade de cumprimento e não caberá recurso da decisão, por força do parágrafo único do mesmo artigo, ao afirmar que “a decisão liminar, proferida na hipótese do inciso I é irrecorrível”.

Quando a Tutela de Urgência ou Tutela de Evidência for requerida diretamente no Tribunal, nos casos de Recursos ali pendentes ou de competência originária, é da competência do Relator conceder ou negar qualquer delas.

Deferida a medida de urgência ou de evidência pelo relator, terá a decisão possibilidade de cumprimento, salvo se a parte requerida apresentar Agravo Interno. Veja o enunciado do inciso II do artigo 888, combinado com o artigo 975 do Anteprojeto:

Art. 888. Incumbe ao relator:

(...)

II – apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

Art. 975. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas neste Código ou em lei, das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais.

Percebe-se, por meio dos artigos acima transcritos, que há possibilidades de apresentação de Agravo Interno em face da decisão do relator que apreciar pedido de Tutela de Urgência ou da Evidência **nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal**. O mesmo não ocorre da decisão do Relator que atribuir efeito suspensivo ao recurso de Agravo de Instrumento ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão desse mesmo recurso, por expressa previsão do artigo 973, inciso I, combinado com o parágrafo único do mesmo artigo. Nesse último caso a Tutela de Urgência ou de Evidência concedida ou mantido os efeitos devolutivos do Agravo de Instrumento, dará ensejo ao cumprimento da medida.

Já no caso dos demais recursos e nos processos de competência originária do tribunal, como há a possibilidade de apresentação de Agravo Interno, o cumprimento da medida deverá aguardar o pronunciamento da turma ou câmara.

4.1.3 Outras Disposições Comuns à Tutela de Urgência e à Tutela da Evidência;

Pelo artigo 269 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a Tutela de Urgência e a Tutela da Evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 269 afirmam ainda que são medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida, e são medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo. Pelo próprio enunciado dos parágrafos fica claro que se trata da Tutela Antecipada e da Tutela Cautelar, respectivamente.

O enunciado do artigo 269 mostra-se um pouco confuso e ao mesmo tempo duvidoso de ser posto em prática a parte que possibilita a concessão de ambas as Tutelas antes de iniciar o processo. Veja: quando a parte requerer Tutela de Urgência na modalidade

Cautelar, vê-se que não há nada de estranho, já que a mesma não é satisfativa, funcionando apenas como uma medida assecuratória da efetividade do processo que discutirá o bem da vida. Já no que concerne a Tutela de Urgência em sua modalidade Satisfativa, o ideal é que o Magistrado utilize o disposto no parágrafo único artigo 270 e exija a prestação de caução ou outra garantia menos gravosa ao autor, haja vista, a possibilidade de irreversibilidade do provimento, por que direito verossímil não é direito evidente. Isso porque na sistemática do atual Código de Processo Civil, não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (Art. 273, § 2º, CPC), requisito não exigido na sistemática do Anteprojeto do novo CPC.

No caso de concessão da Tutela da Evidência antes mesmo de iniciar o processo que discutirá o pedido principal, não parece muito ser possível, pelo próprio enunciado dos incisos do artigo 278 do Anteprojeto do novo CPC, que pressupõe a existência de um processo em curso.

O *caput* do artigo 272 do Anteprojeto supra referido disciplina, que a tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Ou seja, a utilidade prática da segunda parte do *caput* desse artigo é apenas para as comarcas que possuem mais de uma vara, em que cada uma delas possua competência material diferente. Quando já houver processo em curso, o requerimento da Tutela pretendida será protocolado no cartório da própria vara onde o mesmo tramita, fazendo-se juntada e apresentando-se ao próprio juiz da causa.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.

Ou seja, interposto recurso em face da decisão do Magistrado, este já não terá mais competência para conceder a Tutela de Urgência ou de Evidência pretendida, passando a competência a ser do Tribunal, bem como nas ações que ali se iniciarem, haja vista, sua competência originária.

As referidas disposições comuns prevêm ainda que em determinadas situações o requerente de qualquer das medidas responderá ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da mesma. As situações são as seguintes: a) a sentença no processo principal for desfavorável ao Requerente; b) obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, o Requerente não promover a citação do requerido dentro de cinco dias; c) ocorrer a cessação

da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; e d) o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição da pretensão do autor.

Vale salientar que se o Requerente pleitear seu direito utilizando-se de má-fé como autor, réu ou interveniente, além de responder pelos danos causados ao Requerido nas situações aludidas no parágrafo anterior, responderá também pelo dano processual, que por ventura causar, nos termos dos artigos 82 a 84 do Anteprojeto, que equivalem aos artigos 16 a 18 do atual Código, com algumas modificações. Ou seja, ao litigar de má-fé, o litigante estará sujeito, ao pagamento de multa não excedente a dois por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.

De qualquer forma, seja dano processual, decorrente do uso da má fé do Requerente, seja dano causado ao Requerido nas situações antes citadas, a indenização, em ambos os casos será liquidada nos autos em que a medida de urgência ou de evidência tiver sido concedida.

4.2 DA TUTELA DE URGÊNCIA

Pela processualística civil atual, Tutela de Urgência é gênero da qual Tutela Cautelar e Tutela Antecipada são espécies. Pelo conceito da própria expressão, Tutela de Urgência, significa qualquer medida que implique atendimento urgente, seja satisfazendo a pretensão do jurisdicionado, seja garantindo que essa pretensão será atendida.

Não é possível deixar de dar a importância devida à mesma, principalmente, quando se trata de um ordenamento jurídico complexo, de procedimento duradouro, onde as partes dispõem das mais diversas formas de discutirem o direito no caso concreto.

4.2.1 Da Tutela de Urgência Cautelar

A primeira grande observação importante que se deve fazer é que desaparecerá o Processo Cautelar autônomo.

Tendo desaparecido o Livro do Processo Cautelar e as cautelares em espécie, acabaram sobrando medidas que, em consonância com parte expressiva da doutrina brasileira,

embora estivessem formalmente inseridas no Livro III, de cautelares, nada tinham. Foram, então, realocadas, junto aos procedimentos especiais.

Os Noventa e Quatro artigos que tratam do Processo Cautelar no atual Código de Processo Civil, passarão a ser tratados em apenas Dezessete artigos em conjunto com a Tutela de Urgência Satisfatória, que em termos práticos é a atual Tutela Antecipada e incluindo as disposições comuns com a Tutela da Evidência.

Conforme disciplina o parágrafo 2º do artigo 269 do Anteprojeto “são medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”.

A Tutela de Urgência Cautelar será uma medida assecuratória da efetividade do processo que discutirá o objeto da causa. Ou seja, apesar de não satisfazer a pretensão do requerente, ela tem o objetivo de possibilitar a ele, se o mesmo lograr-se vencedor do objeto da lide, obter de fato para si o bem da vida que busca em juízo, haja vista que este estará seguro, protegido pela medida cautelar de urgência requerida. É que muitas vezes, durante o desenrolar de um processo, na maioria das vezes duradouro, a parte que tem receio de perder a ação, utiliza-se de má fé para destruir, alienar o objeto em questão ou desprover-se de meios para garantir a entrega do objeto da ação à parte vencedora.

Pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil os requisitos necessários para a concessão da Tutela de Urgência Cautelar são: a) elementos que evidenciem a plausibilidade do direito; e b) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. São os requisitos já conhecidos por todos, próprios das chamadas Tutelas de Urgências, conhecido popularmente no mundo acadêmico como “a fumaça do bom direito e o perigo da demora”.

A Tutela de Urgência Cautelar poderá ser concedida, bem como substituída de *ofício* pelo Magistrado, nos exatos termos do artigo 270, parágrafo único e artigo 277, ambos do Anteprojeto.

A decisão que aprecia o requerimento da medida de urgência cautelar possuirá juízo de cognição sumária, provisória, tendo em vista a possibilidade de o Magistrado substituí-la de *ofício* ou através de requerimento, a qualquer momento, bem como poderá negar o mérito da causa – pedido principal.

4.2.2 Da Tutela de Urgência Satisfativa

Pela simples leitura desse título é possível identificar que se trata da Tutela Antecipada Urgente. Conforme se sabe, a Tutela Antecipada é conhecida por grande parte da doutrina como uma Tutela de Urgência, porém, a mesma é concedida em situações que não reclamam qualquer urgência. Dentre as possibilidades de concessão da Tutela Antecipada, tema já abordado no capítulo anterior, duas delas não têm nada de urgente, quais sejam: a) quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (Art. 273, II, CPC); e b) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (Art. 273, § 6º, CPC).

Conforme disciplina o parágrafo 1º do artigo 269 do Anteprojeto “são medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida”.

Pela sistemática do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ao invés de chamar Tutela Antecipada, é dado o nome de Tutela de Urgência Satisfativa. Os requisitos necessários para sua concessão são os mesmos da Tutela de Urgência Cautelar, que são: a) elementos que evidenciem a plausibilidade do direito; e b) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. A urgência é pressuposto inafastável para a concessão dessa medida.

Porém, uma característica lhe é própria que é a satisfatividade, ou seja, possibilita que o requerente dessa medida possa usufruir desde logo, parcial ou totalmente, daquilo que pretende conseguir através do pedido principal.

Assim como a Tutela de Urgência Cautelar, a mesma poderá ser concedida, bem como substituída de *ofício* pelo Magistrado, conforme disciplinam os artigos 270, parágrafo único e artigo 277 do Anteprojeto.

Por fim, a decisão que aprecia o requerimento dessa medida também possuirá juízo de cognição sumária, provisória, já que o Magistrado pode substituí-la de *ofício* ou através de requerimento a qualquer momento, bem como poderá negar o mérito da causa – pedido principal.

4.2.3 Do Procedimento das Medidas de Urgência

Conforme já demonstrado, o 269 do Anteprojeto preceitua que “a tutela de urgência, seja essa medida de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser requerida antes ou no curso do processo.”

Quando se tratar de medida cautelar requerida em caráter antecedente, a petição inicial indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. Ou seja, trata-se da referibilidade, característica própria da Tutela Cautelar.

O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias. Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida. Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar. Quando a medida de urgência for requerida em caráter antecedente, o pedido principal será apresentado nos mesmos autos, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação. A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar. Nesse caso, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados. Enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes, as medidas de urgência conservarão seus efeitos.

O *caput* do artigo 283 afirma que:

As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

Por esse artigo as medidas de urgência podem ser revogadas ou modificadas a qualquer momento, exceto quando forem urgente e evidente ao mesmo tempo.

A medida de urgência também conservará sua eficácia durante o período de suspensão do processo, salvo decisão judicial em contrário.

A eficácia da medida concedida em caráter antecedente cessará nos seguintes casos: a) se o requerido tendo impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo de trinta dias; b) a medida concedida não for efetivada dentro de um mês; e c) o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes. O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

As medidas de urgência podem também ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas, aplicando-se as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.

4.3 DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

4.3.1 Conceito, Noções de Direito Evidente e Fonte Normativa da Tutela da Evidência

Em 1996, o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, conceituou Tutela da Evidência como sendo aquela concedida logo do nascedouro do processo, quando o direito pretendido pelo autor fosse desde o início provado e certo, ou seja, quando o direito do autor se mostrasse aos olhos do julgador como sendo evidente. É o que se entende das palavras do citado doutrinador:

De tudo quanto aqui foi exposto, merece estender-se a tese ao que se denomina, hodiernamente de “direito evidente”. A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito

líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. (Fux, 1996, p. 305).

Naquela época, entendia o doutrinador que a Tutela da Evidência seria deferível por meio de cognição exauriente, ou seja, a decisão do Magistrado não seria apenas interlocutória; a mesma seria uma sentença, com resolução de mérito e atacável apenas pelo recurso de Apelação. Veja-se:

Observe-se, por oportuno, que a evidência do direito exclui a cognição sumária, porque é o próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo provimento mesmo de cognição dita exauriente e como consectário da humanidade do julgador.

(...)

Repita-se: a liminar, *in casu*, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni juris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança. (Fux, págs. 309, 310).

Aos olhos do nobre doutrinador a Tutela da Evidência era uma forma do Poder Judiciário fazer justiça em situações em que o direito do autor se mostrasse evidente, já que o devido processo legal do procedimento comum, tornaria o processo moroso e o Magistrado nada poderia fazer.

Vários estudiosos, entre eles doutrinadores e operadores do direito, que tinham ideais de tornar o Procedimento Comum célere, de forma a atender aos anseios do titular do Poder Constituinte, começaram a estudar meios de resolver o problema. O doutrinador e então Ministro do STF, Luiz Fux, foi um dos estudiosos que defendiam práticas que em determinadas situações pudessem tornar o processo célere, porém, encontrava empecilho no devido processo legal constante na atual legislação processual civil.

Com ideais dessa natureza e soluções apresentadas de modo a convencer, custou a Luiz Fux o convite do Senado Federal para presidir a Comissão que faria o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Era a oportunidade da Tutela da Evidência tornar-se lei.

Porem, a Tutela da Evidência tomou rumo diferente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Na doutrina de Luiz Fux de 1.996, conforme visto em citação anterior, a Tutela da Evidência seria concedida por meio de uma decisão de cognição exauriente sem possibilidade de pedido principal e que o recurso em face da mesma seria apenas apelação.

No Anteprojeto atual, a decisão do Magistrado de primeira instância, que conceder ou negar a referida tutela é de cognição sumária, podendo seu objeto ser rediscutido,

por meio do pedido principal e o recurso cabível em face da decisão é o Agravo de Instrumento.

Uma observação importante é que o legislador não estipula qualquer prazo para que a parte beneficiada com a Tutela da Evidência ajuíze a ação para discutir o pedido principal. Nesse caso caberá não só ao Requerente beneficiado com a Tutela como também ao Requerido, ajuizarem a ação para discutir o objeto em disputa. Já que aquele que teve contra si concedida a Tutela não poderá esperar pela boa vontade do Requerente beneficiado, para só então iniciar o procedimento que discutirá definitivamente o bem da vida – pedido principal.

Outra observação que se mostra importante citar é que a Tutela da Evidência não será concedida de ofício pelo Magistrado. A concessão de alguma medida de ofício pelo magistrado só será possível quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. E isso é requisito próprio da Tutela de Urgência seja cautelar ou satisfativa. A concessão da Tutela da Evidência *ex officio* pelo Magistrado feriria o princípio da inércia do Magistrado.

4.3.2 Breve Notícia Histórico-comparativa da Tutela da Evidência

Os antecedentes históricos da Tutela da Evidência datam da Roma Antiga, quando os interditos eram utilizados pelos romanos.

Na Roma Antiga, a tutela interdital, consistia em um *decretum* por meio do qual o pretor romano emitia uma ordem, impondo uma obrigação de fazer ou não fazer a uma pessoa, a pedido de outra, com um caráter eminentemente mandamental; ou promovendo atos executórios, como ocorria na "*missio in possessionem*", que em português significa Imissão de Posse. Tratava-se, na verdade, de procedimento sumário de satisfação imediata e de caráter exauriente.

A técnica do processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano. Para confirmar o que exposto foi, observe-se a lição de Fux (1996, p. 324):

A origem da tutela da evidência está indissolúvelmente ligada à nascença dos procedimentos expedidos de satisfação imediata. Nesse campo, nenhuma especulação se inaugura senão sob o signo dos "interditos romanos".

(...)

Os interditos admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, exatamente porque evidenciado o direito do postulante.

A tutela de direitos em procedimento sumário e baseada em direito evidente também pode ser percebida na Europa, nos séculos XIX e XX. Como exemplos, pode-se citar o Código Civil do Cantão do Zurich de 1887; o Código Civil húngaro de julho de 1900; e o Código Civil Suíço de 1907. Todos esses Códigos faziam menções às ações possessórias, como forma de que o titular da posse pudesse da forma mais rápida possível recuperar a posse perdida ou manter-se na mesma, respectivamente, nos casos de esbulho ou turbação do direito possessório, quando esse mostrasse evidente. (Fux, 1996, p. 325).

O Mandado de Segurança surgiu em nosso país por meio da Constituição Federal de 1934. Esse instituto jurídico processual possuía como pressuposto o direito certo e incontestável, ou seja, o direito do impetrante deveria mostrar-se evidente para o julgador. Assim, o julgador deferiria o pedido feito pelo interessado em um procedimento sumário, reduzido, mais rápido que o procedimento comum ordinário.

De acordo com Fux (1996, p. 305), no Brasil, o mandado de segurança é o antecedente histórico da Tutela da Evidência. Ambos reclamam procedimento sumário, com duração mínima e baseado em provas evidentes do direito que se buscava em juízo. É que para Luiz Fux, direito evidente é o direito líquido e certo, provado de imediato pelo interessado, merecendo, portanto, tutela imediata, em procedimento sumário, reduzido, diferido. Certo que não se pode confundir procedimento sumário com cognição sumária. O primeiro retrata um procedimento mais rápido que o comum ordinário, enquanto que o segundo retrata o conhecimento provisório a respeito do objeto de uma causa, devendo ser reapreciado pelo julgador. Para o nobre doutrinador e Ministro, em sua obra, a Tutela da Evidência deveria ser concedida por meio de procedimento sumário, porém, em cognição exauriente, haja vista a evidência do direito pleiteado.

Ocorre que no Brasil o Habeas Corpus fazia às vezes do Mandado de Segurança até que em 1926 o constituinte derivado reformou a Constituição Federal de 1891 restringindo a aplicação do *writ*, quando esse passou a socorrer apenas o direito de ir, vir e ficar, obrigando o constituinte criar outro instituto jurídico capaz de assegurar o direito líquido e certo. Foi então que surgiu em 1934 por meio da terceira Constituição de nosso país o Mandado de Segurança, conforme afirmado anteriormente.

Portanto, pode-se dizer que no Brasil o próprio habeas corpus, pode ser considerado antecedente histórico da Tutela da Evidência, quando o mesmo assegurava também o direito líquido e certo, antes de surgir o mandado de segurança em 1934.

4.3.3 Os casos em que poderão ser concedidas Tutela da Evidência e a relação com o Direito Processual Civil vigente

Pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil a Tutela da Evidência será concedida quando: a) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; b) um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; c) a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; d) a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante; e e) sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

A alínea “a” equivale ao inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973. Por esse inciso a evidência do direito mostra-se quando o próprio réu ao invés de apresentar uma contestação ou um recurso com base em fundamentos juridicamente aceitáveis, procura apenas ganhar tempo retardando a entrega do objeto da causa, que não lhe pertence.

A alínea “b” trata da Tutela Antecipada concedida nos termos do § 6º do artigo 273 do CPC de 1973. É importante salientar, que só será concedida Tutela da Evidência quando apenas um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, pois, no caso de o único pedido ou quando tratar de mais de um, todos forem completamente incontroversos, será caso de julgamento antecipado da lide nos termos do artigo 341, inciso I do Anteprojeto ou artigo 330, inciso I do CPC de 1973.

Pela alínea “c” a Tutela da Evidência será concedida quando “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”. Esse inciso não possui comparativo no CPC de 1.973. Porém, alguns requisitos lhe são peculiares, que são a necessidade de que a prova seja documental, e que essa prova seja ainda irrefutável – evidente – do direito do Requerente. Não pode a prova ser baseada em qualquer documento. Além do mais, para ser a Tutela da Evidência concedida

é preciso que a parte ré não oponha prova inequívoca, contrária às provas apresentadas pelo Requerente da Tutela.

Pela alínea “d” a Tutela da Evidência também será concedida quando “a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante”. Esse dispositivo assemelha-se muito ao julgamento antecipado da lide, constante no artigo 330, inciso I do atual CPC, bem como o constante no artigo 341, inciso I do atual Anteprojeto. Aliás, a Tutela da Evidência baseada nesse dispositivo é de maior exigência do que mesmo os requisitos para o julgamento antecipado da lide.

A pergunta que fica é por que a decisão baseada nas linhas “c” e “d” são atacáveis por Agravo de Instrumento e não Apelação. Que pedido principal ainda teria para ser feito, se existe prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor ou se a matéria é unicamente de direito e ainda há tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante?

Porém, é o que afirma o Anteprojeto do novo CPC em seu artigo 271, parágrafo único, combinado com o artigo 969, inciso I, sem ressaltar qualquer exceção. Por esses dispositivos, a decisão do Magistrado de primeira instância, que versar sobre a Tutela da Evidência, é de cognição sumária e não exauriente, devendo o interessado ajuizar a ação para discutir o pedido principal, nos termos do artigo 272, *caput*, do Anteprojeto.

Existe ainda a possibilidade de concessão da Tutela da Evidência com base no parágrafo único do artigo 278 do Anteprojeto, ao afirmar que:

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

(...)

Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Através do pedido reipersecutório, o requerente da Tutela da Evidência objetiva trazer de volta ao seu patrimônio o que lhe pertence, porém se encontra em poder de terceiro ou mesmo do réu, quando esse deixa de cumprir uma obrigação contratual. É decorrente do direito de seqüela, característica própria dos direitos reais e das obrigações reipersecutórias. Por esse dispositivo, aquele que possui a custódia de um determinado bem e não o entrega ao seu legítimo possuidor no prazo convencionado pelas partes ou no prazo determinado por lei,

fica sujeito ao pagamento de multa diária, basta que o Requerente da medida apresente prova documental adequada que é o legítimo titular da posse do bem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa atendeu o que se almejava, que foi encontrar as inovações trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, no que tange às Tutelas de Urgência e descobrir o significado da grande novidade, que é a Tutela da Evidência.

No segundo capítulo tratou-se da Tutela Cautelar à luz do Código de Processo Civil de 1.973, conceituando-a, citando características, apresentando os requisitos necessários para sua concessão, entre outras disposições aplicáveis à mesma.

No terceiro capítulo foi dissertado a respeito da Tutela Antecipada, à luz do CPC, atualmente vigente e alguns pontos foram destaques, entre eles a “Tutela Antecipada nos Procedimentos Ordinário, Sumário e Sumaríssimo” e “a diferença entre Tutela Antecipada e Medida Liminar”. Constatou-se que a Tutela Antecipada pode ser concedida nos três procedimentos acima citados, além de a mesma ser também concedida nos procedimentos especiais. Quanto à diferença entre Medida Liminar e Tutela Antecipada, conclui-se que a primeira, no seu sentido amplo é medida, que em primeira instância, é tomada logo no início do processo, podendo na oportunidade ser concedida uma medida cautelar, satisfativa ou de outra natureza. Em segunda instância cabe ao Relator do recurso em sede de liminar, tomar as decisões que lhe couberem, autorizado por lei e/ou pelo Regimento Interno do Tribunal. Já a Tutela Antecipada, em se tratando de primeira instância, é decisão de cunho satisfativo, que pode ser deferida através de medida liminar – início do processo – até a decisão que sentencia o processo com análise de mérito, obrigando o possível recurso ser recebido no efeito apenas devolutivo. Em segunda instância a Tutela Antecipada pode ser concedida ou negada pelo Tribunal, quando a Turma ou Câmara aprecia Agravo de Instrumento com Efeito Ativo.

No quarto e último capítulo do trabalho monográfico, foi objeto de estudo a Tutela de Urgência e a Tutela da Evidência à luz do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Quanto à primeira, Tutela de Urgência, trata-se de um gênero da qual Tutela Cautelar e Tutela Antecipada são espécies. O Anteprojeto não inovou nesse sentido, tendo apenas utilizado outras palavras para dizer a mesma coisa; pelo Anteprojeto, Tutelas de Urgência são medidas de natureza satisfativa ou cautelar, que serão concedidas quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. A primeira é a que visa a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. Já a segunda, é a que visa a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

No que se refere à Tutela Cautelar, a primeira grande observação importante que se fez é que desaparecerá o Processo Cautelar autônomo. Tendo desaparecido o Livro do Processo Cautelar e as cautelares em espécie, acabaram sobrando medidas que, em consonância com parte expressiva da doutrina brasileira, embora estivessem formalmente inseridas no Livro III, de cautelares, nada tinham. Foram, então, realocadas, junto aos procedimentos especiais. Os Noventa e Quatro artigos que tratam do Processo Cautelar no atual Código de Processo Civil, passarão a ser tratados em apenas Dezessete artigos em conjunto com a Tutela de Urgência Satisfatória, que em termos práticos é a atual Tutela Antecipada e incluindo as disposições comuns com a Tutela da Evidência.

Quanto à Tutela Antecipada, diferentemente do que ocorria antes, agora a mesma terá como pressuposto obrigatório para sua concessão, uma situação que reclame atendimento urgente, ou seja, quando for demonstrado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. É que conforme se verificou no trabalho monográfico, a Tutela Antecipada, que era chamada pela doutrina como Tutela de Urgência, era concedida em situações que não reclamava qualquer urgência. A título de exemplo, citamos a Tutela Antecipada concedida nos moldes do artigo 273, inciso II e § 6º, que era concedida quando houvesse manifesto propósito protelatório do réu e quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrasse incontroverso.

Quanto à tutela da Evidência viu-se, pelo Anteprojeto, que não se trata de um Instituto novo, pois grande parte da matéria tratada na mesma, já era disciplinada pela Tutela Antecipada ou pelo Julgamento Antecipado da lide. Pôde-se constatar também, que para a doutrina brasileira, a Tutela da Evidência deveria ser concedida por meio de decisão de cognição exauriente, diferentemente do que consta no Anteprojeto. Várias observações foram feitas em relação a essa Tutela. A mesma não poderá ser concedida de ofício, nem possui um procedimento próprio como as Tutelas de Urgência. Por isso, não é possível saber qual é o prazo para que a parte beneficiada com a Tutela da Evidência ajuíze a ação para discutir o pedido principal, conforme prevê o artigo 272, *caput*, do Anteprojeto.

Pelo artigo 271, parágrafo único, combinado com o artigo 969, ambos do Anteprojeto, o recurso cabível das decisões que apreciar requerimento de Tutelas de Urgência e a Tutela da Evidência, é o Agravo de Instrumento. Porém, essa regra não é absoluta, só valendo para os casos em que as referidas Tutelas forem concedidas ou negadas em primeira instância, antes da sentença. É que ficou constatado, pela literalidade do parágrafo único do artigo 272, que nos casos de Recursos pendentes no Tribunal ou nos casos de competência

originária, o requerimento da Tutela desejada, de Urgência ou de Evidência, deve ser feito diretamente no Tribunal. E conforme enuncia o inciso II do artigo 888, combinado com o artigo 975 do Anteprojeto, cabe ao Relator apreciar o pedido de Tutela de Urgência ou da Evidência, e de sua decisão caberá Agravo Interno.

É possível ainda afirmar, que pelo princípio da singularidade ou unirãorrribilidade dos recursos, quando as tutelas forem concedidas ou negadas no ato da sentença, o Recurso cabível será o de Apelação. Conclui-se, portanto, pela possibilidade dos recursos de Agravo de Instrumento, Agravo Interno e Apelação, das decisões que apreciarem pedidos de Tutelas de Urgência e de Evidência.

Além do objetivo alcançado, a pesquisa ainda surpreendeu com algumas descobertas enriquecedoras para a temática. Pois, observou-se ainda que quem primeiro escreveu uma obra em que o título traz a expressão Tutela da Evidência, foi o Ministro do Supremo tribunal Federal, Luiz Fux, convidado pelo Senado Federal para ser o Presidente da Comissão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Tendo em vista os aspectos observados, emerge a idéia da necessidade de muita adaptação para se chegar a um ideal, no que concerne as Tutelas de Urgência, seja Satisfativa ou Cautelar, como também à Tutela da Evidência. Senão, o Poder Judiciário terá muita dificuldade de utilizar as referidas Tutelas no caso concreto, tendo em vista que o texto ainda não é tão claro, como também é incompleto em alguns trechos da norma.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 166. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. **As Tutelas de Urgência e a Fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil**. São Paulo: BH Distribuidora, 2006.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JARDIM, Guilherme Tanger. **Direito Processual Civil – Tutelas de Urgência**. Porto Alegre: Sapiens, 2009.
- KELSEN, Hans; [tradução João Baptista Machado]. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TOMAZONI, Fernanda Ruiz. **Tutelas de Urgência (ir) Reversibilidade**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.