

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**TUTELA PREVENTIVA:**

**URGÊNCIA E SIMETRIA**

**AGNELO LIMEIRA DOS MILAGRES MONTEIRO**

**RECIFE**

**2010**

**AGNELO LIMEIRA DOS MILAGRES MONTEIRO**

**TUTELA PREVENTIVA:  
URGÊNCIA E SIMETRIA**

Dissertação Final apresentada  
como critério de conclusão do  
curso de Mestrado em Direito  
pela Universidade Católica de  
Pernambuco sob a orientação  
do Prof. Dr. Manoel Severo  
Neto.

**RECIFE  
2010**

M772t

Monteiro, Agnelo Limeira dos Milagres  
Tutela preventiva : urgência e simetria / Agnelo Limeira  
dos Milagres Monteiro ; orientador Manoel Severo Neto, 2010.  
150 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.  
Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual,  
2010.

1. Processo civil. 2. Tutela inibitória. 3. Direito processual.  
4. Prova (direito). I. Título.

CDU 347.9

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM  
DIREITO  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**TUTELA PREVENTIVA  
URGÊNCIA E SIMETRIA**

**AGNELO LIMEIRA DOS MILAGRES MONTEIRO**

Dissertação defendida e aprovada em 22.10.2010, pela  
Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

~~Lúcio Grassi Gouveia, Doutor em Direito  
Orientador – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP~~

Sérgio Torres Teixeira, Doutor em Direito  
Avaliador Interno (Titular) – Universidade Católica de Pernambuco –  
UNICAP

Ademário Andrade Tavares, Doutor em Direito  
Avaliador Externo (Suplente) – Universidade Federal de Pernambuco –  
UFPE

**RECIFE  
2010**

*Dedico este singelo e desprezioso trabalho à memória do Prof. Dr. Manoel Severo Neto. Homem reto e comprometido com o Direito, que mesmo nas suas últimas horas não mediu esforços para mais uma vez, a última, socorrer um simples aluno, emprestando-lhe um pouco do seu vasto conhecimento, não só no campo do Direito científico e prático, mas também sobre a vida.*

*Em qualquer lugar em que esteja o meu adeus e o meu muito obrigado!*

*Dedico ainda este trabalho, as mulheres de minha vida:*

*A Juci, minha esposa, pelo bem que ela me faz.*

*A minha pequena Natalia, simplesmente por existir e eu ser dela o seu pai. A você, meu amor, com o carinho do papai.*

*Agradeço a Ele que sempre esteve comigo e nunca me abandonou nos duros caminhos que esta vida já me proporcionou.*

*Também agradeço a Ele que como prova de Sua infinita bondade e amor, nos confiou a Sua Natalia nesta vida terrena, logo ela que enche nosso lar e nossos corações com a sua luz e a sua alegria.*

*Agradeço ainda a todo corpo docente da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, em especial aos professores Drs. Marília Montenegro, Sérgio Torres, Lúcio Grassi e João Paulo, bem como ao corpo discente, docente e administrativo da Faculdade de Direito de Caruaru, em especial ao Professores Felipe Vilanova e João Alfredo, amigos e companheiros desta jornada.*

## ***RESUMO***

A dissertação ora apresentada é resultado de uma leitura apurada sobre os institutos que hoje norteiam o direito processual civil brasileiro contemporâneo, baseados na possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação aliados à técnica de cognição sumária e numa futura cognição aprofundada da prova, quando houver necessidade de uma ação mais enérgica do poder judiciário. Aqui também é feita uma demonstração que as tutelas de urgência embora estejam sendo mais utilizadas hoje, já existiam em nosso ordenamento, seja no código de processo civil de 1939, com as ações cominatórias, seja no código de processo civil atual, como por exemplo, da tutela inibitória, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, bem como na legislação extravagante como é o caso do mandado de segurança preventivo, o que demonstra que os nossos aplicadores do direito, sejam advogados, procuradores, juízes, têm demonstrado uma preocupação em não só recompor o patrimônio de quem foi injustamente lesado, mas antecipar-se a esse evento – o dano, para que o jurisdicionado sequer chegue a sofrer qualquer prejuízo, munindo este jurisdicionado que sai em busca de uma tutela, de um instrumento de coerção prévio.

**Palavras-chave: Direito Processual Civil – Tutela Preventiva – Urgência – Simetria – Cognição – Provas.**



## ***ABSTRACT***

The thesis presented here is the result of an accurate reading on the institutes that now guide the contemporary Brazilian civil procedural law, based on the possibility of irreparable harm or difficult to repair allied to technical summary of cognition and cognition in a future depth of proof when the need arises the stronger action of the judiciary. Here is also a demonstration that the emergency wards while they are being used more often today, existed in our land, whether in the civil procedure code 1939, with the coercive actions, whether in the current code of civil procedure, such as the inhibitory guardianship, the guardianship of the specific obligations of doing and not doing as well as the extravagant legislation such as the warrant of preventive security, which demonstrates that our law enforcers, like lawyers, prosecutors, judges, have demonstrated a concern not only restore the heritage of those who were unfairly harmed, but to anticipate this event - the damage, so that even under jurisdiction arrives to suffer any injury, arming this jurisdictional out in search of a trust, an instrument of coercion prior.

**Keywords: Civil Procedure - Preventive Control - Emergency - Symmetry - Cognition - Testing.**

## SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	I
AGRADECIMENTO.....	III
RESUMO.....	IV
ABSTRACT.....	V
SUMÁRIO.....	VI
INTRODUÇÃO.....	01
<b>CAPÍTULO I: A TUTELA PREVENTIVA.....</b>	<b>03</b>
1.1 TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE A TUTELA REPARATÓRIA E A TUTELA PREVENTIVA. A REPARAÇÃO DO DANO E A PREVENÇÃO DO ILÍCITO.....	14
1.1.1 ALGUMAS ESPÉCIES DE TUTELA PREVENTIVA.....	22
1.1.2. A TUTELA INIBITÓRIA.....	23
1.1.3. A SENTENÇA INIBITÓRIA COMO SENTENÇA MANDAMENTAL	40
1.1.4. A TUTELA ANTECIPADA.....	47
1.1.5. PECULIARIDADES ENTRE A TUTELA ANTECIPADA DO ART. 273 DO CPC E O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE DO ART. 330 DO CPC.....	54
1.1.6. A TUTELA CAUTELAR.....	59
1.1.7. O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO.....	66

1.1.8. O CARÁTER PREVENTIVO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS: MANUTENÇÃO DE POSSE, INTERDITO POSSESSÓRIO E NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA.....	71
--	----

**CAPÍTULO II: A URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO E A INFLUÊNCIA  
QUE EXERCE SOBRE AS TUTELAS PREVENTIVAS.....77**

2.1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	90
--	----

2.2. DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	94
---	----

**CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA SIMETRIA E A POSSIBILIDADE DE  
SUA APLICAÇÃO NAS TUTELAS PREVENTIVA.....100**

3.1. ALGUNS ASPECTOS SOBRE A PROVA NAS TUTELAS PREVENTIVAS: PROBABILIDADE, VEROSSIMILHANÇA E CERTEZA.....	106
--	-----

3.2. INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. FORMAS DE SUA ANÁLISE E O EXERCÍCIO PARA SUA OBTENÇÃO.....	120
--	-----

3.3 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NA TUTELA PREVENTIVA.....	132
--	-----

CONCLUSÕES.....	137
-----------------	-----

REFERÊNCIAS .....	140
-------------------	-----

## ***INTRODUÇÃO***

O presente trabalho tenta demonstrar que muito mais que separados e individualizados, os institutos processuais contemporâneos encontram-se quase todos interligados, e que esta interligação tem por finalidade atender melhor o jurisdicionado na sua busca pela justiça tempestiva.

Muito se tem debatido sobre a utilidade de vários institutos e também se tem criticado a excessiva formalidade, dizendo-se que o excesso de formalidade atrapalha e contribui com uma maior demora na prestação da tutela jurisdicional.

Sensível a tudo isso visualizamos um movimento unificador do direito processual civil no intuito de uniformizar os institutos de urgência e prevenção previstos em nosso Código de Processo Civil, por meio de uma maior utilização do princípio da fungibilidade, toda vez que há possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, valendo-se da prova deste estado de dano irreparável ou de difícil reparação de forma graduada, ora satisfazendo-se com a probabilidade da existência de um direito invocado, passando-se para um estágio intermediário, a verossimilhança ou o juízo de verossimilhança, para ao final, o estado da certeza plena.

Também aqui fazemos ou tentamos fazer uma evolução de institutos semelhantes, mostrando que muito mais que isolados estes institutos se comunicam de forma mais estreita do que se possa imaginar, sendo comum a utilização de parte de um instituto com parte de um outro, desde que compatíveis, tudo para promover uma maior celeridade ao processo.

Sendo assim, mesmo que o processo ainda se apresente como mais uma dificuldade a ser vencida para a devida concretização do direito, o sentimento hoje é de que deve ele ser modernizado. Daí a proposta de um Código de Processo Coletivo, bem como o projeto de um novo Código de Processo Civil, cujos trabalhos tem sido dirigidos pelo Ministro do STJ, Luiz Fux, que, de forma perfunctória, busca-se simplificar o procedimento, retirando formalidades excessivas e desnecessárias e que não traduzem o momento que a sociedade e o estado hoje vivenciam.

# *CAPÍTULO I*

## *1. A TUTELA PREVENTIVA*

A tutela jurisdicional diz respeito aos resultados que o processo pode propiciar ao jurisdicionado. É o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Presta-se a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor, em favor de quem tem o direito material. Muito embora o conceito de tutela jurisdicional seja sempre analisado sob o prisma de quem tem razão, não se pode negar que também o vencido recebe alguma tutela mediante o processo ou durante ele. O vencido recebe a tutela consistente em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da tutela devido ao vencedor<sup>1</sup>

Por tutela preventiva podemos compreender o esforço depreendido pelo Estado na tentativa de evitar que ocorra lesão ao direito de alguém. Ou, como diz Ovídio A. Baptista da Silva<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, traduzido por DINAMARCO, Cândido Rangel. 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, v. 1, p. 147, *apud* CAMPOS, Gledson Marques de e DESTEFENNI, Marcos. Tutela inibitória: da garantia constitucional à sua efetivação. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 319. Temas atuais das tutelas diferenciadas. Coordenadores: Mirna Ciaci e outros.

<sup>2</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia – O paradigma Racionalista**. Editora Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2006. Pág. 217.

A tutela preventiva sustenta-se, em maior ou menor grau, num juízo de probabilidade. Tutela-se o que ‘provavelmente’ possa ocorrer. Pelo termo tutela preventiva não se compreende apenas as providências judiciais dispostas no Código de Processo Civil, a partir do Livro que trata do Processo Cautelar, cujo objeto é o de apenas assegurar a existência da coisa litigiosa ou mesmo de uma situação preexistente para ser utilizado num processo futuro, chamado de processo principal, quando estiverem presentes os requisitos gerais para a concessão da medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A tutela preventiva é muito mais do que a simples conservação da coisa ou situação para análise ou utilização futura. É a utilização do instrumento processual adequado, manobrado para não fazer perecer o objeto da demanda garantindo assim a efetividade da ação, do processo e do próprio direito<sup>3</sup>, tendo a sua fundamentação legitimadora a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal preceito também se encontra reproduzido no nosso Código Civil, art. 12 *caput*, que diz textualmente que: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

No Estado Liberal, em contraponto ao sistema absolutista, onde a ordem era rígida e a presença e interferência do estado era maciça, prevalece o entendimento de privilegiar-se a liberdade individual frente ao poderes do estado, operando-se a divisão dos poderes, momento também em que o particular abriu mão de parcela de sua individualidade (soberania) e colocando-a nas mãos do estado e este ao receber esse *múnus*, chamou para si o dever e a responsabilidade de fazer a justiça em cada caso concreto, regulamentando a quebra da ordem jurídica e restaurando o direito subjetivo violado<sup>4</sup>.

Entretanto, como diz Joaquim Felipe Spadoni<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido já contamos com a clássica lição do processualista José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba MG, vol. 18, págs. 123 a 132, 1979.

<sup>4</sup> No mesmo sentido Joaquim Felipe Spadoni – Ação Inibitória, a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC pág. 24.

<sup>5</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória, a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC,...

diante da mudança do panorama jurídico e político, com o advento do Estado Social e com as previsões de garantias processuais estabelecidas nas Constituições, formas e tutela jurisdicional preventiva começaram a ser pensadas pelos juristas e admitidas pelos mais variados ordenamentos jurídicos, destacando-se, no direito brasileiro, a tutela cautelar e tutela inibitória<sup>6</sup>.

Continua Spadoni dizendo que a jurisdição

“ao exercer também uma função jurisdicional, a jurisdição deixa de ser vista como uma atividade estatal atuada apenas após a ocorrência da violação do direito, com o fim de repor as coisas ao *status quo* anterior ao ilícito, na forma em que foi concebida durante o Estado Liberal, para assumir também o papel de prevenção do ato ilícito, intervindo na relação jurídica dos particulares antes mesmo de se caracterizar o ato violador do direito, para que este se realize na exata forma prevista pelo ordenamento jurídico.

A preventividade vem argüida ao Estado e vem no sentido de buscar a proteção antes mesmo de que se sofra um dano. Sendo assim, podemos concluir que a tutela preventiva se contrapõe à tutela indenizatória que busca reparar o dano, após a sua ocorrência, o que em alguns casos não chega sequer a restaurar o estado de antes das coisas ou situação danificada. Tome-se por exemplo, a notícia sobre ato falso que se propague e venha a prejudicar a imagem de alguém. Mesmo que seja o fato desmentido, não necessariamente quem teve acesso a primeira notícia, mesmo falsa, poderá não ter conhecimento do desmentido e assim, formular mau juízo acerca da primeira notícia divulgada.

Pense-se também, para fins de aplicação de uma tutela preventiva, a determinação judicial que obriga ao cumprimento de uma obrigação de fazer (ou de não fazer), que está sendo resistida por quem tenha a obrigação legal ou contratual de aderir (ou não) a ela.

---

<sup>6</sup> Aqui, faz-se mister incluir também a tutela antecipatória como forma de tutela preventiva, o que aliás é aceito pelo autor, em passagem posterior de sua obra *Ação Inibitória*, a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC, agora na pág. 28.



Caso os exemplos acima fossem ser tratados no âmbito da tutela indenizatória, talvez quando saísse o provimento jurisdicional, com o trânsito em julgado, a indenização ora fixada na sentença, não fosse mais de interesse do autor, uma vez que o prejuízo já ocorrera, e a sua reparação não atingisse todo o prejuízo causado (como nos exemplos dados acima).

Na opinião de Elvio Ferreira Sartório<sup>7</sup> “com a prevenção, a tutela do processo é dirigida para antes de o ilícito civil ocorrer, é proteção que sequer necessita da existência ou iminência de dano para ser viabilizada”. Para Sartório, a tutela preventiva também vem garantida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV<sup>8</sup>.

Aqui, percebe-se claramente que se for possível prestar a providência antes que ocorra o ilícito civil, mesmo diante apenas da ameaça, tal tutela mudará dois pontos cruciais já consagrados no direito.

Um é de que não haverá mera reparação, posto que a sua função será a de evitar, de prevenir a ocorrência do dano, e, a outra, é que o processo não será usado mais como instrumento que corre contra o tempo, muito pelo contrário, aqui o tempo é que será revertido a favor do processo, já que a tutela preventiva, que se antecipa ao ato ilícito, não vai configurar dano marginal ao jurisdicionado. Visto desta maneira, o jurisdicionado não ficará mais limitado para agir apenas quando o ato contrário ao direito ocorrer. Poderá ele, pois, antecipar-se ao fato e agir antes mesmo da prática do ato ilícito<sup>9</sup>, gerando o que Eduardo Talamini<sup>10</sup> chamou de “sanções preventivas” dizendo que “são sanções que se

---

<sup>7</sup> SARTÓRIO, Elvio Ferreira, **Tutela Preventiva (Inibitória) nas Obrigações de Fazer e Não Fazer**, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 23.

<sup>8</sup> Constituição Federal. Art. 5º Inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>9</sup> No mesmo sentido consultar SARTÓRIO, Elvio Ferreira, **Tutela Preventiva (Inibitória) nas Obrigações de Fazer e Não Fazer**, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 23.

<sup>10</sup> TALAMINI, Eduardo, **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pág. 173/174.

realizam antes que se desenvolva o comportamento do sujeito sancionado. Algumas se prestam a evitar o ilícito; outras, para incentivar o sujeito a que adote conduta ‘preferida’ pelo ordenamento, entre duas ou mais juridicamente autorizadas”.

Pelo exposto verifica-se que o núcleo da tutela preventiva não é exatamente a ocorrência da conduta contrária ao direito, para posteriormente ser reparada, mas sim evitar que a conduta contrária ao direito venha a ocorrer, gerando um pressuposto de que no processamento de uma tutela preventiva, o julgador que a decide, fundamente a sua decisão levando em consideração elementos de probabilidade, elemento este que afasta a exatidão de uma prova conclusiva, produzida de forma exaustiva de modo a afastar qualquer dúvida sobre a existência do fato, para dar lugar uma prova baseada em indícios e presunções, cedendo lugar, agora, ao juízo de verossimilhança, que vem a ser entendida aqui como a probabilidade de ocorrência do evento, resultante das circunstâncias que apontam certo fato como possível, mesmo que não se tenha dele prova direta<sup>11</sup>.

Tal possibilidade levou Ovídio Araújo Baptista da Silva a chegar à seguinte conclusão: “Se o magistrado deve prover para o que possa ocorrer no futuro, a sentença terá de apoiar-se em juízos hipotéticos. Em última análise, seu juízo será, nestes casos, necessariamente condicional, com o risco de a sentença não representar a vontade do legislador, mas vontade do juiz, caso em que a sentença, dizia Hobbes, seria por definição injusta.”<sup>12</sup>

No processo civil brasileiro, não apenas a tutela inibitória ou mesmo a tutela cautelar são as únicas formas encontradas, capazes de assegurar uma identidade preventiva ao

---

<sup>11</sup> No mesmo sentido temos a opinião de Ovídio A. Baptista da Silva em sua obra *Processo e Ideologia*, já citada no presente trabalho, as fs. 99.

<sup>12</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia – O paradigma Racionalista**. Editora Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2006, pág. 99.

direito, destacando o fato de que ambas foram e ainda são bastante confundidas.

Eis o que diz a respeito Marinoni<sup>13</sup>:

deixando-se de lado, por enquanto, o fato de que a tutela inibitória não se confunde com a tutela cautelar, importante esclarecer que a ação inibitória, que teria sido proposta sob o rótulo de ‘ação cautelar’, somente deveria necessitar de uma ação principal se terminasse não definindo a existência do ilícito. Em outras palavras, apenas a ação fundada em cognição sumária exige uma ação principal, dita de cognição exauriente. A tutela inibitória prestada sob o manto protetor da tutela cautelar somente não seria fundada em cognição exauriente se o juiz, em face do caso concreto, não aprofundasse a sua cognição sobre o ilícito, exigindo, em atenção ao art. 806 do CPC, a propositura da ação principal. Isto quer dizer que a ação inibitória, que agora permite – em razão das virtudes do novo art. 461 – a obtenção de tutela inibitória antecipada em seu seio, não necessita, por motivos bastante óbvios, de uma ação principal.

É também o que a professora e doutora em direito processual civil Liana Cirne Lins<sup>14</sup> ensina. Vejamos.

Uma genuína tutela preventiva deve atender ao disposto no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional estatal, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que estende o direito de ação às hipóteses de ameaça a direito. Esta exigência constitucional de tutela preventiva dos direitos atende à natureza dos chamados novos direitos, cuja violação dificilmente admite reparação na forma específica e reintegração ao estado anterior e muito mais dificilmente admite reparação financeira, tal como se dá em relação ao direito ambiental, aos direitos difusos do consumidor, entre muitos outros. Da mesma forma a tutela preventiva confere uma proteção do consumidor, entre muitos outros. Da mesma forma, a tutela preventiva confere uma proteção diferenciada a direitos que, em não sendo ‘novos’, adquirem nova conotação,

---

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (individual e coletiva). 4ª. Edição. RT. São Paulo 2006. Pág. 65.

<sup>14</sup> LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas. Tese de Doutorado. Recife-PE, fevereiro de 2007. Pág. 207.

através de uma tutela efetivamente preventiva, tal como se dá em relação aos direitos de personalidade.

Além delas duas, o nosso direito ainda reconhece como modalidades de tutela preventiva, a possibilidade de utilização do interdito proibitório, nunciação de obra nova, da ação cominatória e do mandado de segurança preventivo, dentre outros casos já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátria.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>15</sup> chega a tecer comentários acerca da importância e do tratamento dispensado à tutela preventiva no ordenamento brasileiro, criticando o legislador pátrio pela pouca importância dada à tutela preventiva. Pensa-se quase que exclusivamente em medidas reparatórias e sancionatórias, a serem impostas quando o direito já sofreu lesão, muitas vezes irreversível. Buscam tais tutelas apenas eliminar o prejuízo já ocorrido, destacando a eficiência da tutela preventiva, que visa a impedir a ocorrência de um dano antes que a ameaça de lesão a um direito se concretize.

Assim, a tutela preventiva não se confunde com tutela cautelar. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem características de instrumentalidade hipotética e é satisfativa. Contrapõem-se à tutela sancionatória, que visa a reparar lesão já verificada. Ambas, todavia, serão tutelas adequadas à realidade substancial, na medida em que consideradas pelo legislador processual as circunstâncias da situação da vida sobre que incidirá o provimento jurisdicional. É a técnica processual construída à luz do instrumentalismo substancial.

Deve-se pensar seriamente na ampliação da tutela preventiva, difundindo mais e mais a sua hipótese de cabimento,

---

<sup>15</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processual. 5ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pág. 138/139.

isto é, da prestação jurisdicional tendente a, de forma definitiva, evitar o dano.

Como a tutela cognitiva, seguida da satisfativa, não é suficiente para assegurar, em todos os casos, o acesso à ordem jurídica justa, necessário se faz estender a outras situações as tutelas específicas previstas em procedimentos especiais, especialmente aqueles de cognição sumária. Não se trata apenas de tutelas de natureza cautelar. A tutela preventiva destina-se diretamente à proteção definitiva da situação de direito material, enquanto a cautelar conduz a um provimento de natureza provisória. Hoje verifica-se esse tipo de prestação na ação popular, no mandado de segurança e na ação civil pública. Nesses casos, é possível o ajuizamento da demanda visando a evitar que o dano ocorra.

Na esfera do direito privado, o Código de Processo Civil prevê a tutela preventiva no interdito proibitivo e, em certa medida, na nunciação de obra nova.

Raciocinando da mesma forma que José Roberto dos Santos Bedaque<sup>16</sup>, agora concluindo o seu pensamento, apontando-nos, o mesmo autor, uma nova diretriz:

“Sabe-se que, diante da incerteza objetiva e danosa a respeito da existência de relação jurídica material, pode o interessado pleitear sentença que declare o direito, eliminando a situação de dúvida. Trata-se da tutela cognitiva meramente declaratória. Após o vencimento da obrigação, caso o devedor não efetue o adimplemento, terá o autor de mover novo processo de conhecimento, apenas para obter o título executivo, consubstanciado na sentença condenatória. Nada obsta, porém, a que, ante a existência de indícios claros da

---

<sup>16</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processual. 5ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pág. 139.

intenção do devedor em não cumprir a obrigação, possa o credor pleitear, além da declaração do direito, uma condenação futura, para o caso de a suspeita se confirmar. Pois não previu o legislador a possibilidade de o titular de um direito lesado pleitear tutela meramente declaratória, providência tão inútil quanto desnecessária.”

José Carlos Barbosa Moreira<sup>17</sup> chega a assim se pronunciar:

“Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de provar no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.

Sobre o assunto, assim se manifesta Aldo Frignani<sup>18</sup>:

*in tema di tutela peventiva invece il punto cruciale riguarda la possibilità di evitare o prevenire l'illecito. Se si nega tale possibilita, si frustra una delle funzioni primordiali dell'ordinamento giuridico, quella di prevenire l'illecito e, di conseguenza, Le liti (NE cives ad arma veniant); se lo si afferma si intacca il principio della certezza Del giudice. Tuttavia, de iure condito, una símile conclusione sembra suffragata, oltre Che da um'intima esigenza Del diritto, dalle numerose norme sparse in tutto il sistema Che consentono forme di tutela giuridica di fronte a 'situazioni preliminari Allá violazione della norma e Del diritto soggettivo', ao fine di prevenirle.*

*Qualunque soluzione si adotti sul probelma della tutela preventiva come principio generale, a noi*

---

<sup>17</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba, MG, págs. 123/132, 2º trimestre de 1979.

<sup>18</sup> FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common Law e l'inibitoria nel diritto italiano. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 429 apud BRASIL, Deilton Ribeiro, *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer*, Del Rey, Belo Horizonte-MG, 2003, pág. 214/215

*pare Che l'inibitoria rappresenti la forma più penetrante di tale tutela.*<sup>19</sup>

Como se vê, a tutela preventiva não busca a reparação do dano causado. Preocupa-se, pois, em evitar que o dano venha a ocorrer, buscando se antecipar ao fato danoso ou delituoso, munindo o autor, pretensa vítima do dano futuro, com uma determinação judicial para coibir a ação de quem tem capacidade instrumental para o cometimento do fato contrário ao direito.

A tutela preventiva assim é gênero de uma tutela que visa se antecipar ao prejuízo que o agente poderá causar, sendo as demais tutelas retro-mencionadas consideradas espécies deste gênero, como passaremos a analisar mais adiante.

## **1.2. TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE A TUTELA REPARATÓRIA E A TUTELA PREVENTIVA. A REPARAÇÃO DO DANO E A PREVENÇÃO DO ILÍCITO**

Quando se fala em comparação entre tutela inibitória e tutela reparatória ou ressarcitória, é comum recorrermos sempre à questão do tempo e da duração da relação processual, frisando que é direito das partes terem acesso à justiça de forma rápida e efetiva.

---

<sup>19</sup> “Em tema de tutela preventiva o ponto crucial resvala na possibilidade de se evitar ou prevenir o ilícito. Se se nega tal possibilidade, se frustra uma das funções primordiais do ordenamento jurídico, qual seja, aquela de prevenir o ilícito, e por conseqüência, o princípio (*ne cives ad arma veniant*); confirmando-a, nós ferimos o princípio da certeza do direito, ampliando de modo perigoso a esfera da discricionariedade do juiz. Todavia, uma conclusão similar assemelha-se sufragada, por uma íntima exigência do direito e das numerosas normas esparsas em todos os sistemas que admitem a forma de tutela jurídica, em frente a ‘situações preliminares, contra a violação da norma e do direito subjetivo’, com o objetivo de prevenir. Qualquer que sejam as soluções que se adotem sobre o problema da tutela preventiva como princípio geral, a nós se apercebe que a inibitória representa a forma mais penetrante de tal tutela” (tradução livre).

O processo civil como um todo passou e passa por diversas modificações ou mesmo atualizações, galgando patamares bastante significativos, deixando de ser um mero direito acessório, dos idos da Roma antiga, desenvolvendo-se desde a teoria civilista da ação até como o conhecemos hoje, alçado à condição de ciência autônoma, com objeto próprio. Essa evolução é percebida quando se passa ao estudo de uma Escola processual para outra, onde, em linhas gerais, se observa que não há propriamente um pensamento antagônico entre os doutrinadores, e sim a soma de entendimentos que contribuíram com a formação do direito processual civil, fazendo com que haja constantemente a sua evolução.

Se antes a problemática no direito processual civil era dar objeto de estudo específico a este ramo do direito, como bem se observa na evolução entre as teorias e escolas do direito processual, donde primitivamente, entendeu-se o direito de ação como um complemento do direito subjetivo de cada um, mais recentemente a doutrina percebeu que aquele era independente desse, isto é, que o direito de ação existia independentemente da existência do direito subjetivo. Constitui, portanto, como dizem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>20</sup>, conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material.

Ainda na esteira do desenvolvimento conceitual do processo, somadas a estas idéias, tivemos ainda que reconhecer que o direito processual é também abstrato, para finalmente chegarmos ao conceito hoje estudado e difundido por Liebman e seus seguidores, cuja teoria considera que nele só existirá ação verdadeiramente quando estejam presentes, no processo, determinadas condições que a legitimem, ou seja, o direito de ação é abstrato, mas deve ser conexo a uma pretensão de direito

---

<sup>20</sup>Teoria Geral do Processo – 15ª Edição pág. 247.



material, ligado como deve estar segundo se diz, a uma concreta situação de fato.

O direito de ação na realidade só existiria quando houvesse um motivo justificador do pedido de tutela jurisdicional, isto é, quando surgisse uma situação de fato contrária ao direito, que possa ser resolvida tão-só pelas vias jurisdicionais<sup>21</sup>. Como se sabe, três são as condições da ação para esta teoria (ecclética): a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir.

Após esta explanação, que demonstra de forma sucinta o depuramento das idéias de vários doutrinadores, o direito processual conforme dito antes passou e ainda passa por transformações, buscando celeridade e efetividade, garantindo novos direitos recentemente conquistados, modernizando-se ao prever as demandas de cunho coletivo dentre outros eventos de repercussão no mundo jurídico.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>22</sup> nos falam das “ondas” no processo civil, indicando a existência das três “ondas” de acesso à justiça – no intuito de democratizar o acesso à justiça, sugerindo formas para a composição de litígios, mostrando ainda a prestação jurisdicional em diversos sistemas – sendo a primeira a assistência judiciária para os pobres; a segunda, a representação dos interesses difusos; e a terceira, o acesso à representação em Juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Recentemente, Maria Tereza Sadek<sup>23</sup> organizou em uma obra, também intitulada *Acesso à Justiça*, obra na qual os autores colaboradores já traçam um esboço do que viria a ser a quarta

---

<sup>21</sup> MARQUES, José Frederico *in* Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II, 1ª Edição Atualizada, 2000, págs. 1/14.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1988. Reimpresso em 2002.

<sup>23</sup> SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça*. Série Pesquisas: 23. Fundação Konrad Adenauer, 2001. São Paulo.

onda de acesso à justiça, onde, em linhas gerais, debatem acerca de acesso à justiça por comunidades carentes etc.

Mais particularmente nessa terceira onda de acesso à Justiça, Cappelletti e Garth<sup>24</sup> nos falam “que o novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’, por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”.

Veja que já ao conceber a sua “terceira onda”, Cappelletti e Garth já notavam que com a evolução dos direitos tutelados, já havia a necessidade de se aparelhar o processo com instrumentos que pudessem prevenir disputas.

Dando um salto no tempo e chegando à preocupação dos estudiosos contemporâneos, nos defrontamos com idéias que buscam trocar a tutela de reparação do dano pela tutela que visa prevenção desse dano, ou seja, busca antecipar-se ao fato, obtendo comando judicial que venha regulamentar evento que ainda não ocorreu, mas, devido ao comportamento comum do indivíduo contra quem é dirigida a pretensão preventiva, não seria surpresa a adoção de tal comportamento que, vindo a ocorrer, caracterizar-se-ia como ilícito. Porém, tendo o agente contra quem o ato ilícito fora dirigido, um comando, uma sentença, que já regulamentaria a relação jurídica ilícita já existente.

---

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1988. Reimpresso em 2002. Pág. 67 e seguintes.

Elvio Ferreira Sartório<sup>25</sup> chega a comentar que “nessa mudança de mentalidade, seria o processo um instrumento diferenciado (sempre que possível), na busca não de reparar, mas sim de prevenir, evitar que ocorra ilícito ou dano à esfera jurídica”.

E continuando a sua explanação, chegou a afirmar que com a prevenção, a tutela do processo é proposta e exigida antes de o ilícito civil ocorrer. É proteção que sequer necessita da existência ou iminência de dano para ser viabilizada.

Em verdade, essa providência é a materialização da Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, que determina que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Perceba-se algo ainda mais relevante: se for possível prestar a providência antes da ocorrência da prática do ilícito, mesmo que ainda diante da ameaça, haverá o processo modificado dois pontos cruciais: o primeiro é que não haverá mera reparação, porquanto sua providência será de qualidade infinitamente superior na prevenção, e o segundo é que o processo não será mais instrumento que corre contra o tempo; do contrário, se bem utilizado, o tempo será revertido a favor do processo, já que a tutela preventiva, que é anterior ao ilícito, não vai configurar dano marginal ao jurisdicionado.

Este aspecto, da tutela que visa a inibir ou mesmo proibir o ilícito, é extremamente relevante ao processo civil da atualidade, que poderá ser remodelado a não mais agir apenas quando existe o ato contrário ao direito, e sim antes que ele ocorra. Ao jurisdicionado pelo menos duas novidades serão postas: a proteção anterior à prática do ilícito, que é a máxima proteção; e a oferta das mãos do Estado de um instrumento justo, que possui a

---

<sup>25</sup> SARTÓRIO, Elvio Ferreira. Tutela Preventiva (Inibitória) nas Obrigações de Fazer e Não Fazer. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro. 2007. Pág. 23

característica de que o tempo, quando bem utilizado, passa a contar em seu favor.

É fato que a nossa tradição é bem mais forte no que diz respeito ao direito corretivo, restaurador ou compensatório, esperando sempre (na maioria das vezes) que ocorra a lesão, o dano, para daí produzir o já conhecido processo cognitivo, na intenção de restaurar ou recompensar o dano sofrido.

No mesmo sentido Sérgio Cruz Arenhart<sup>26</sup>, quando diz que:

Desde logo, constata-se a possibilidade de que haja lesão a direito sem o necessário evento danoso. O ato ilícito (*contra ius*) pode evidentemente ocorrer sem que surja, necessariamente, agregado a ele o resultado do dano material. E, mesmo ausente o dano, ainda assim é imperioso reconhecer que o Direito não pode desconhecer da situação e ampará-la judicialmente. Isto pode ocorrer frente a qualquer relação jurídica, mas em relação a direitos não patrimoniais, o evento é típico: para que haja sua lesão, totalmente despiciendo é o resultado 'dano'. O dano é, tão-só, pressuposto necessário para a evocação da responsabilidade (reparação do dano); tirante este aspecto, porém, o fato ilícito, por si só, já é razão suficiente para invocar e obter proteção judicial – e surge aí o campo da tutela inibitória.

E continua Sérgio Cruz Arenhart, citando agora lição do mestre Pontes de Miranda<sup>27</sup>:

Para que não se identifiquem o *delito* (ato ilícito) e a *reparabilidade*. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e, pois sem que se possa reclamar a reparação. Então, a ilicitude só permite a legítima defesa, as ações de manutenção de posse, os preceitos cominatórios, o *habeas corpus* e outros remédios preventivos dos danos à pessoa ou ao patrimônio.

---

<sup>26</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – Vol.2. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo. Pág. 151.

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro. Borsoi, 1966. Tomo LIII, pág. 85. apud. Arenhart, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – Vol.2. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo. Pág. 151.

A tutela inibitória, além de encontrar respaldo no art. 5º da nossa Constituição Federal e também no Código Civil, artigo 12º, também tem sido favorecida pela constante preocupação da doutrina em distinguir o dano do ilícito, pregando que o ato ilícito pode ocorrer sem necessariamente se verifique o prejuízo ou o dano.

Trabalhando esta idéia, percebe-se que o direito na sua evolução, buscando estabilizar as relações jurídicas de um mundo moderno e globalizado tem adaptado diversos instrumentos, tirando o foco da restauração do estado de antes, e se antecipando, satisfazendo-se não só em reparar o dano já causado, mas sim prevenindo a produção do próprio ato ilícito que poderia ser objeto causador de um dano para ser reparado.

Observa-se desde logo que o direito reparatorio tinha a preocupação básica de restaurar o dano causado. E, mesmo que houvesse a produção do ato ilícito, sem ocorrência de dano, por esta ótica, não existiria o dever de reparação, por conta do agente causador do ato ilícito, por não ter produzido dano.

Essa concepção anterior do direito se mostra totalmente arcaica uma vez que o simples fato de desrespeitar o direito alheio, mesmo sem que se verifique a ocorrência do dano não poderia ter o condão de responsabilizar o agente causador do ato ilícito, posto que da ilicitude do ato já havia ocorrido na incidência do campo do direito alheio, ou seja, alguém deixou de usufruir plenamente de um direito seu em virtude de um comportamento contrário à lei e não desejado pelo ofendido.

Resumindo, Sérgio Arenhart<sup>28</sup> chega à seguinte conclusão, a qual também é partilhada por Luiz Guilherme Marinoni<sup>29</sup>:

---

<sup>28</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo. Pág. 155.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2006.

Evidencia-se, portanto, que a inibitória não se preocupa com o dano, senão para evitar que ele (como consequência do ilícito) venha a ocorrer. Portanto, para a concessão da tutela inibitória, dispensável é que o autor demonstre a futura ocorrência de dano, bastando que demonstre na linha do já exposto, a ameaça de futura ocorrência de ilícito.

E continua o mesmo Sérgio Arenhart<sup>30</sup>:

Apenas sucessivamente se reconheceu que a tutela preventiva serve para prevenir o ato ilícito, como fonte produtiva de dano. Hoje se reconhece a exigência de prevenção também contra a simples violação de uma norma que tutela um 'interesse' (prejuízo a um interesse tutelado).

### ***1.1.1 ALGUMAS ESPÉCIES DE TUTELA PREVENTIVA***

Como fora dito antes, o nosso direito processual concebe vários institutos com a função de prevenir o direito do jurisdicionado, que por um motivo ou por outro, dependendo do preenchimento de requisitos formais ou de fato, baseados quase que sempre na existência de verossimilhança, prova inequívoca, decurso de prazo, possibilidade de reversão da medida, possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação etc., poderão resultar em deferimento das mais diversas formas de tutelas preventivas.

A seguir, tentaremos analisar não todas, e sim apenas algumas mais conhecidas e comumente utilizadas no dia a dia forense.

---

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo. Pág. 155.

### ***1.1.2 A TUTELA INIBITÓRIA***

Não é de hoje que toda doutrina processual vem clamando pela modificação do nosso sistema processual, buscando com isso imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional aliada também a uma maior efetividade a essas mesmas decisões. As relações jurídicas atuais encontram-se muito diferentes das relações jurídicas de épocas passadas, no que tange ao direito material propriamente dito.

Com o advento da nossa Carta Magna, muitas mudanças foram operadas e sensivelmente percebidas pela nossa sociedade, reclamando assim a modernização dos institutos processuais no intuito de que a cada novo bem tutelado, o direito processual estivesse à altura para garantir a sua total efetividade.

É curioso notar que na onda de ampliação dos direitos e dos meios para sua proteção, o direito processual civil vem se aperfeiçoando e tentando se livrar de paradigmas impostos pela tradição dos institutos processuais, hoje considerados arcaicos e inflexíveis, cujo objetivo maior seria o amor à forma.

Daí advém o conceito de tutela jurisdicional diferenciada que de forma sucinta, significa a adequação à situação do direito material trazida aos Tribunais, já se vislumbrando que os meios de tutelas tradicionais restam insuficientes para garantir proteção aos novos direitos criados, necessitando o Estado, de novas formas de tutelas ou de uma tutela diferenciada para amparar o jurisdicionado quando os meios

tradicionais se mostrarem ineficazes de produzir os resultados prometidos pelo Estado<sup>31</sup>.

Se antes de maneira objetiva o sistema buscava preservar a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do Judiciário, não basta afirmar que o juiz somente proclame as palavras da lei estando impedido de exercer *imperium*<sup>32</sup>.

Assim tem se expressado Marinoni<sup>33</sup>, para quem é fundamental, nessa linha, impedir julgamentos fundados em verossimilhança, ou em parcela das provas que podem ser produzidas. Se a sentença do juiz deveria conter as palavras da lei, e a decisão tomada com base em parcela das provas (verossimilhança) pode, por lógica, ser afirmada em contrário quando todas as provas tiverem sido produzidas, a contradição entre a admissão da tutela antecipatória e a idéia de que o juiz deve pronunciar as letras da lei é evidente. Isso pela razão de que se a lei é uma só, não poderiam existir dois juízos em relação a ela.

A impossibilidade de tutela fundada em verossimilhança, no procedimento ordinário clássico (que tem origem no direito liberal), decorre da suposição de que o único julgamento que poderia afirmar as palavras da lei seria posterior à verificação da existência do direito numa concepção de que seria viável apenas o ressarcimento e não a prevenção.

Na linha do direito liberal, o processo, para não gerar a insegurança ao cidadão, deveria conter somente um julgamento, que apenas poderia ser realizado após a elucidação dos fatos componentes do litígio.

---

<sup>31</sup> CAMPOS, Gledson Marques de e DESTEFENNI, Marcos. Tutela inibitória: da garantia constitucional à sua efetivação. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 323. Temas atuais das tutelas diferenciadas. Coordenadores: Mirna Ciaci e outros.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT pág. 44.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT pág. 44.



Na realidade, proibiram-se os juízos de verossimilhança para controlar e limitar a atividade do Judiciário e garantir a liberdade dos cidadãos. Importa deixar claro, assim, que o procedimento ordinário clássico (destituído de tutela antecipatória e de outras tutelas diferenciadas) tem íntima relação com a segurança jurídica, ainda que esse procedimento tenha sempre se baseado na pseudo-suposição de que o juiz encontraria a verdade ao final do processo ou, pior, que jamais seriam necessários dois juízos a respeito da tutela pretendida pelo autor, ainda que o primeiro – derivado de uma situação de urgência – fosse fundado em parcela das provas e o segundo na sua integralidade.

Assim a grande preocupação dos doutrinadores ao não permitirem a flexibilização do direito processual residia no fato de não ser concebida a hipótese de formação de juízos distintos em momentos processuais diversos. A verdade dos fatos deveria de imediato vir à tona como condição única de se ter certeza da justiça obtida naquela relação jurídica. E aquela verdade desvendada era única e só possível de ser conhecida ao final da relação processual, permitindo-se o exercício da mais ampla defesa e do contraditório.

A ampla defesa e o contraditório funcionam como arma eficaz contra a possibilidade de arbítrio judicial. Serviriam, pois, como forma de fiscalização da atividade judicial, exercido pelas partes envolvidas na relação, motivadas pela desconfiança que se tinha no juiz, que personificava diretamente o Estado.

Mais uma vez nos socorremos do entendimento de Marinoni, para quem os conceitos de ampla defesa e contraditório devem ser construídos a partir dos valores das épocas. Quando a preocupação do direito se centrava na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado, a uniformidade procedimental e as formas possuíam grande importância para o demandado. Nesse

sentido, a rigidez dos conceitos de ampla defesa e contraditório assumia função vital para o réu.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, a ampla defesa e o contraditório eram vistos como garantias em relação ao Estado, e não como elementos que, quando conjugados, podem viabilizar a formação de procedimentos adequados às necessidades das diferentes situações de direito mediante a postecipação da defesa, do contraditório ou da produção da prova<sup>34</sup>.

Desta feita, podemos concluir juntamente com Marinoni que o fato de que se tem que analisar os institutos processuais de acordo com os valores da época, pois como é comum, as relações humanas vão modificando com passar do tempo, mudando também o bem objeto da tutela estatal bem como os meios para a sua garantia.

Como já dissemos antes, o instituto processual vem sempre no intuito de melhor aparelhar o estado, melhorando a aplicação de sua função jurisdicional, função esta de dizer e aplicar o direito ao caso concreto que se nota claramente a importância de certos direitos materiais, que uma vez feridos, a simples indenização, no sentido de compensação dos danos sofridos seria de pouca ou mesmo nenhuma eficácia, verificando-se toda uma problemática a ser resolvida, deixando sempre o titular do direito infringido ou lesado em situação de desvantagem em relação ao sujeito que cometesse o avanço na esfera de bens tutelados em prol daquele.

Sensível a este problema o legislador brasileiro criou e inseriu no nosso Código de Processo Civil as regras contidas nos arts. 461 e 461-A, dizendo em linhas gerais que nas obrigações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC), ou o cumprimento de obrigação de

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT, pág. 46

entrega de coisa (art. 461-A do CPC), o juiz concederá a tutela específica, determinando providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Curioso também se faz notar a preocupação da doutrina processual ao conceituar e encontrar definições buscando identificar e separar institutos jurídicos tais como medida cautelar, medida cautelar satisfativa, antecipação de tutela e tutela inibitória, quando hoje ao que nos parece, seria bem mais proveitoso ao invés de identificar e isolar cada instituto, compreendê-los e buscar integrá-los. Uma vez integrados poder-se-ia muito bem utilizá-los de maneira que se buscasse tirar de cada um deles apenas o que fosse pertinente para aplicação a cada caso concreto.

Falando mais especificamente da tutela inibitória, Marinoni<sup>35</sup> prega a necessidade de *um novo modelo processual*, e defende que

o exercício do direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial, mas apenas no momento em que o processo é finalizado, inclusive, se necessário, com a prática dos meios de execução. Entretanto, como é lógico, o direito de ação existirá ainda que o direito material não seja reconhecido. A sentença de improcedência, ao negar a tutela do direito, presta tutela jurisdicional. Mas quando se olha para uma técnica processual que reconhece o direito afirmado (sentença de procedência a decisão que antecipa a tutela), passa a ser correto falar nas várias tutelas dos direitos, ou melhor, nas diferentes tutelas que as diversas situações de direito material exigem (tutela inibitória etc).

A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo e que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Além disso, a tutela de prevenção do ilícito requer um procedimento estruturado com técnicas antecipatórias,

---

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – Tutela Inibitória (individual e coletiva) 4ª Edição revista, atualizada e ampliada – RT – pág. 32/33.

pois o direito que se visa proteger através da tutela preventiva tem, em regra, grande probabilidade de ser lesado no curso do processo. De outro modo, a tutela preventiva pode ser transformada em tutela ressarcitória, ou o direito em pecúnia, mediante uma injusta expropriação imposta pelo próprio tempo que o Estado exige para tutelar o direito que ele mesmo consagra.

Assim, da lição dada por Luiz Guilherme Marinoni, não é difícil concluir que o objetivo da tutela inibitória é a prevenção do dano, ou seja, prevenir que o ilícito não chegue sequer a existir para que daí não nasça a necessidade de se recompor a coisa ao estado de antes, ou mesmo buscar a compensação pelo dano sofrido e que por circunstâncias peculiares ao fato cometido (destruição ou irreversibilidade da coisa) torne impossível a restauração, só restando ao titular do direito agredido, pleitear e se conformar com mera indenização. Daí surge a legitimação para ser pleiteada junto ao Judiciário a prevenção do dano, conforme nos é demonstrada por vários doutrinadores, ao exemplo de Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani<sup>36</sup> que dizem:

A expressão *ameaça a direito*, que é uma inovação da Constituição Federal de 1988, sem precedentes na história das Cartas Constitucionais brasileiras, demonstra que (i) a tutela jurisdicional não deve ser somente reparatória do dano – o que abre caminho para a chamada *tutela inibitória*, quando se requer que se impeça ou paralise o ato ilícito antes que ocorra a lesão ao direito, (ii) a fim de evitar que o direito material seja ameaçado, em sua fruição, podem ser determinadas medidas judiciais urgentes, que garantam sua subsistência e a utilidade do processo.

Desta forma, a tutela inibitória tem como função não deixar que o ilícito ocorra; mas caso ele venha a ocorrer, então que não se repita; ou se estiver em curso ato ou omissão que represente ilícito e prejuízo à parte cujo direito está, em ato contínuo, sendo violado, fazer cessar imediatamente.

---

<sup>36</sup> FRIEDE, Reis. E outros. A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro – Editora Impetus. Niteroi-RJ, 2009, pág. 15 e 16.

Do exposto, temos então três formas de emprego da tutela inibitória, todas visando, como o próprio nome indica, inibir a ocorrência do ilícito.

São elas: ação inibitória destinada a impedir a prática de ato contrário ao direito, ainda que nenhum ato de igual natureza tenha sido antes praticado; ação inibitória destinada a impedir a repetição de ato contrário ao direito e ação inibitória voltada a impedir a continuação de ato contrário ao direito.

Mesmo nessas três modalidades de tutela inibitória é pacífico o entendimento da doutrina, primeiro de que se trata genuinamente de uma tutela preventiva e segundo, de que tal tutela é requerida mediante ação inibitória, que é uma ação de conhecimento exauriente, ou seja, não sofre as mesmas limitações quanto à prova que sofre as outras modalidades de tutelas preventivas (cautelar e antecipação de tutela, por exemplo).

Sendo uma ação de conhecimento está adstrita a todas as regras do processo de conhecimento dispostas em nosso Código de Processo Civil, inclusive podendo a parte autora, em combinação de texto legal, levando em consideração a situação concreta, pleitear a antecipação de tutela em sede de tutela inibitória, como, aliás, já consta do texto legal, mais precisamente no § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil, podendo também utilizar-se de instrumentos próprios do processo cautelar, conforme está previsto, agora no § 5º do mesmo art. 461 do CPC.

Como já dito anteriormente, a tutela inibitória se destina a impedir que o ilícito ocorra, caso já esteja em curso, que então seja interrompido ou, caso já tenha ocorrido, que então não seja repetido.

Spadoni<sup>37</sup>, com propriedade sobre o tema afirma que

---

<sup>37</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória, a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. ...

“na ação inibitória, o que pretende o autor não é a reparação pelos danos causados, não é a aplicação de sanção a uma conduta moralmente reprovável do réu. O que se pretende é o cumprimento exato e específico da prestação devida, é a conduta do réu na forma em que está prescrita na norma jurídica que regula determinada relação existente entre as partes que têm os seus interesses agitados em juízo, ou ainda a obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento, que assegure ao autor que tem razão a fruição *in natura* de seu direito judicialmente reconhecido. Por isso, o ato que poderá não se realizar em razão da concessão de uma tutela inibitória não necessita ser um ato danoso e culposo. A culpa e o dano são absolutamente irrelevantes para fins de concessão da tutela inibitória, seja em sentença, seja em decisão liminar”.

Assim, como vimos, a tutela inibitória se presta para impedir a ocorrência do ilícito, de forma inédita, repetida ou continuada, voltando-se, por este motivo, para o futuro e não mais para o passado, reconstruindo ou interpretando fatos. Como se trata de uma ação que visa acontecimento futuro, portanto, acontecimentos que não ocorreram ainda, e que pudessem conter algum ilícito ou ato contrário ao direito, não há a necessidade de fazer prova de ocorrência de dano. Contudo, de forma ampla, compreende-se o dano como conseqüências do ato contrário ao direito e como tal devem ser indicados para que assim possam ser mais e melhor protegidos<sup>38</sup>.

Corroborando com o exposto acima, Marinoni<sup>39</sup> tece o seguinte comentário:

se há um direito que exclui um fazer, ou uma norma definindo que algo não pode ser feito, a mera probabilidade de ato contrário ao direito – e não de dano – é suficiente para a tutela jurisdicional inibitória. Alguém, mais apressado, poderia supor que a distinção entre probabilidade de ilícito não tem repercussão prática. Ora, a possibilidade do uso da ação inibitória, nos casos exemplificados no parágrafo anterior, já seria suficiente para desfazer o equívoco.

---

<sup>38</sup> No mesmo sentido Marinoni, em sua obra Técnica Processual e Tutela dos Direitos, pág. 255.

<sup>39</sup> MARINONI, Luis Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, pág. 255/256...

Contudo, quando se percebe que a matéria da ação inibitória se restringe ao ilícito, verifica-se que o autor não precisa alegar dano e o que o réu está impedido de discuti-lo.

Marinoni fala, ratificando a não necessidade de cogitação de dano, limitando a ação do juiz de apenas discutir se há ou não a possibilidade de ocorrência de fato contrário ao direito e daí, se for o caso, fixando sentença antevendo um resultado, antevendo a ocorrência do ilícito.

Também pode ocorrer a hipótese de que o ilícito já tenha ocorrido e que continue ocorrendo, dependendo da conduta do agente no tempo, fazendo com que o fato ilícito e o dano ocorram no mesmo momento, na mesma oportunidade, como diz Marinoni<sup>40</sup>, fazendo com que a probabilidade do dano constitua o objeto da cognição do juiz e, assim, o autor deverá aludir a ele e o réu poderá obviamente discuti-lo. Por isso mesmo, a prova não poderá ignorá-lo. Entretanto, fora daí, vale a restrição da cognição ao ato contrário ao direito, não apenas pela razão de que essa é a única forma de realizar o desejo da norma – que estabelece uma proibição exatamente para evitar o dano –, como também porque, em determinados casos, são proibidas ações contrárias ao direito, independentemente de provocarem efeitos danosos.

Entendendo o conceito e finalidade da tutela preventiva, ou seja, ela não repara o dano, ela previne o ilícito, torna-se conveniente situarmo-nos com as idéias de surgimento desta tutela.

Conforme indica Elvio Ferreira Sartório<sup>41</sup> “o processo civil, tal como legislado em 1973, segue o modelo instrumental

---

<sup>40</sup> No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinone. Técnica Processual e Tutela dos Direitos, pág. 256...

<sup>41</sup> SARTÓRIO, Elvio Ferreira. Tutela Preventiva (Inibitória) nas Obrigações de Fazer e não Fazer. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 45 e seguintes.

limitado à resolução de conflitos individuais, com ausência de mecanismos executivos no bolo do processo cognitivo”.

Os institutos processuais contemplados no Código Processual de 1973 foram criados levando em consideração o conflito individual, chegando ao máximo na previsão de legitimidade das partes ordinária e extraordinária, impondo os limites subjetivos da coisa julgada.

Como já dissemos antes, o surgimento de novos direitos exigiu que novas formas de aplicação deste mesmo direito fossem repensadas, uma vez que dado ao excesso de relações entre indivíduos que representam a coletividade, o direito material também teria que ser aplicado e garantido a essas coletividades de forma eficaz, nascendo daí o choque de mecanismos, no caso a lei processual preparada apenas para garantir direitos individuais, com os novos direitos garantidos às coletividades, ou seja, pessoa que representa outras pessoas, como é o caso das associações, sindicatos, do próprio Estado dentre tantos outros.

Nota-se agora que antes o legislador preocupava-se com a garantia, regulamentação, aplicação e correção de desvios de condutas no trato entre pessoas individuais, e os problemas coletivos, que agora eram novidade, ficaram com a sua eficiência comprometida justamente por lhe faltar mecanismos que pudessem ser utilizados de maneira eficiente e que também lhe garantissem eficácia, uma vez que nem toda ação reparatória tem o condão de verdadeiramente restaurar devidamente o direito infringido, ou seja, uma vez verificado o ilícito, mesmo com reparação pecuniária, não haveria uma restauração da ordem anterior, nem tão pouco o valor em pecúnia que eventualmente o causador do ilícito viesse a ser condenado a pagar, seria totalmente eficaz no sentido de resgatar o prejuízo ou o dano causados.



Basta tomarmos como exemplo os danos ambientais, patrimoniais históricos, culturais ou paisagísticos. Uma obra única depois de danificada, no máximo poderia ser restaurada, o que diminuiria o valor e o interesse em apreciá-la, caso não desaparecesse<sup>42</sup>.

Por estas razões é que o estudo do processo civil brasileiro tem apontado a preocupação de vários doutrinadores e estudiosos em pesquisar institutos que busquem adaptar o antigo código de processo civil, datado de 1973 as atuais necessidades, chegando inclusive o nosso legislador a conceber um projeto de código de processo coletivo e que ao que parece, será substituído por uma nova lei de ação civil pública, englobando a regulamentação de exercício dos direitos coletivos e que encontra em trâmite no Congresso Nacional<sup>43</sup>.

Seguindo o raciocínio acima demonstrado, já se verificou que a reparação não é o melhor caminho para defender direitos coletivos, direitos coletivos estes que na sua maioria extrapolam a habitual noção patrimonial, exigindo, por isso, uma atuação diferenciada, nos moldes preventivos.

Mais uma vez, nos socorrendo da lição de Elvio Ferreira Sartório<sup>44</sup> encontramos que para alcançar a possibilidade das tutelas específicas, e ainda mais na sua forma preventiva, é que atualmente existe uma paulatina quebra do modelo condenação-execução *ex intervallo*, pois com a tutela específica, o processo de conhecimento recebe tratamento e mecanismos adaptados a entregar, na própria sentença, o bem jurídico de interesse do jurisdicionado, utilizando-se das técnicas mandamentais (coercitivas) e executivas *lato sensu* (sub rogatórias); com isso, o

---

<sup>42</sup> No mesmo sentido temos a opinião de Elvio Ferreira Sartório em sua obra Tutela Preventiva (inibitória) nas Obrigações de Fazer e não Fazer. Lumem Juris, Rio de Janeiro 2007.

<sup>43</sup> Projeto de Lei 5.139/2009

<sup>44</sup> SARTÓRIO, Elvio Ferreira. Tutela Preventiva (inibitória) nas Obrigações de Fazer e não Fazer. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2007. Pág. 46.

processo de conhecimento obtém autorização legal para conhecer e executar, ao mesmo tempo.

E continua Sartório<sup>45</sup> dizendo que hoje é possível dizer que o modelo “conhecer-executar” está sendo modificado para “conhecer-executando”, e, dentro da implementação da tutela específica, foi também criado o espaço necessário para a tutela preventiva dos direitos.

Sensível se faz perceber que a redação emprestada ao artigo 461 do código de processo civil – *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* – já houve uma mudança por parte do legislador, proporcionando aos jurisdicionados o acesso à proteção específica ou ao resultado prático equivalente ao específico, permitindo uma ação própria que busque um resultado exatamente idêntico à prestação devida<sup>46</sup>.

Complementando essa idéia, Misael Montenegro Filho<sup>47</sup> ao comentar o artigo 461 do código de processo civil, deixa a entender que o legislador evidencia a preferência pelo adimplemento da obrigação específica (de fazer ou de não fazer). A conversão da obrigação específica em obrigação de pagar quantia certa só é possível diante da apresentação de requerimento pelo credor (em respeito ao princípio da inércia), ou quando o cumprimento da obrigação esperada se mostrar impossível. Convertida a obrigação, o adimplemento é perseguido através da técnica do cumprimento da sentença, na forma do art. 475-j e seguintes do código de processo civil, ou seja, cabe sempre ao

---

<sup>45</sup> SARTÓRIO, Elvio Ferreira. Tutela Preventiva (inibitória) nas Obrigações de Fazer e não Fazer. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2007. Pág. 47.

<sup>46</sup> No mesmo sentido Elvio Ferreira Sartório em sua obra Tutela Preventiva (inibitória) nas Obrigações de Fazer e não Fazer, Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 62/63.

<sup>47</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. Código de Processo Civil Comentado e Interpretado. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

autor, parte lesada, optar por pedir o cumprimento específico ou a sua compensação em pecúnia, por meio das perdas e danos.

Num passado remoto, temos regulando a situação a antiga ação cominatória, prevista no código de processo civil de 1939.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos<sup>48</sup> as ações cominatórias – servem-se do processo as ações que visam do obrigado a prestação de um fato ou a abstenção de um ato, com fundamento em lei ou convenção.

Por elas pede-se o cumprimento da obrigação mas, ao mesmo tempo, comina-se, para o caso de inadimplemento, a pena convencional, ou a pedida pelo autor, se nenhuma tiver sido convencionalizada (Código, art. 302), ou, ainda, a que for prevista em lei (Código, art. 302, n. XII). O autor solicita do órgão jurisdicional a expedição de uma ordem para que o réu cumpra a obrigação sob a ameaça de pena; ao juiz, em face das suas alegações e dos documentos que instruírem a inicial, isto é, fundado em sumaríssima cognição, profere uma provisão, vale dizer, uma decisão quanto ao mérito, mandando expedir a ordem pedida com a cominação feita. Esta cominação acompanha a ação, como parte integrante do pedido final. A ordem emitida, para cumprimento da obrigação, a consigna; a decisão, que confirma a ordem, concedendo ao credor o título executivo, consigna-a igualmente. Daí a denominação – ação cominatória, como batiza o Código (art. 302), ou ação de preceito cominatório, como a chamavam os praxistas<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Ações Cominatórias no Direito Brasileiro vol. 1. Max Limonad 4ª Edição. 1969. São Paulo. Pág. 192.

<sup>49</sup> Aqui, Moacyr Amaral dos Santos se refere ao código de processo civil de 1939 e é com relação a ele que fez as citações dos artigos.

Como se ainda não bastasse, Moacyr Amaral Santos<sup>50</sup> em brilhante passagem de sua obra nos dá uma posição sistemática do processo cominatório, ao dizer que

Ficou assentado que o processo cominatório é processo de conhecimento. Mas, porque tende a obter com mais rapidez e menor dispêndio de energias o título executivo, afasta-se ele das normas rigorosas que regem o processo comum de conhecimento. Por estas razões pode-se classificá-lo processo de conhecimento com predominante função executiva, no sentido de que – conforme observou *Calamandrei* – esse processo especial de conhecimento se caracteriza por acelerar a formação do título executivo ‘sem o qual o credor não pode iniciar a verdadeira e própria execução’. Ademais, classifica-se ainda como especial, vale dizer, diverso do processo ordinário, porque, com a finalidade não só de celebrar a formação daquele título mas também de assegurar quanto possível o adimplemento específico da obrigação, serve de instrumento a uma ameaça, ou seja uma cominação de pena ao devedor, para o caso de não cumpri-la no prazo fixado, pena essa acolhida pelo comando da decisão final e transformada em substitutivo da obrigação acertada. Porque se trata de processo de conhecimento especial, especial é o procedimento seu.

### **1.1.3. A SENTENÇA INIBITÓRIA COMO SENTENÇA MANDAMENTAL.**

Dada às diferenças e objetivos e também à forma de intervenção do Estado-juiz na forma em que intervém na esfera dos seus jurisdicionados na prestação da sua tutela, ora na ação ressarcitória, ora na ação para inibição do dano, gerando, pois, a desnecessariedade de indenizar, visto que aqui os efeitos de sua

---

<sup>50</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. Vol. 1. Max Limonad. 4ª Edição. 1969. São Paulo. Pág. 208.

tutela jurisdicional já estão sendo gerados, ou seja, o autor já dispõe de uma sentença a seu favor, caso o fato possível venha realmente a ocorrer, ou mesmo que não venha a cessar o fato que fere direito do autor, torna-se prescindível uma breve comparação entre as sentenças geradas numa e noutra forma de tutela. Passamos então a examiná-las.

Como se sabe, o código de processo civil contemplou o esquema de Liebman no que tange a classificação da sentença no processo de conhecimento, reconhecendo que no referido processo, há três modalidades de sentença: a condenatória, a constitutiva (positiva e negativa, ou como prefere alguns, desconstitutiva) e por fim, a declaratória. Esta é a classificação tripartite do processo de conhecimento.

Contudo, a doutrina à unanimidade reconhece e aceita a classificação quinária da sentença proposta por Pontes de Miranda<sup>51</sup>, onde ele esclarece e explica de forma convincente que a sentença além de poder ser declaratória, constitutiva e condenatória, pode ser também, mandamental e executiva (*latu sensu*), dizendo ainda que nenhuma sentença é homogênea e sim heterogênea, à medida que o comando estatal do juiz não é empregado apenas em um único sentido, mais sim em vários, ou pelo menos dois, uma vez que ao prolatar uma sentença, o julgador muitas das vezes além de declarar o direito da parte, também condena (mesmo que se trate de uma ação meramente declaratória, há no provimento final, a condenação às custas, aos honorários sucumbenciais do advogado etc.), dentre outros casos.

No entanto, no presente estudo, nos limitaremos a apenas tecer comentários à sentença mandamental e, quando for o caso, também à condenatória.

---

<sup>51</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª. Edição. Bookseller. Campinas-SP. 1998.

Pegamos emprestado a lição do mestre Pontes de Miranda<sup>52</sup>, para quem “na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. Não é imediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva.”

Prossegue: “Na sentença mandamental, o juiz não constitui: ‘manda’”.

Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Nas ações executivas de títulos não-judiciais, essa mediatidade desaparece, de modo que o ato prima; ainda que se tenha de levar em conta o elemento condenatório, a ação é executiva.

Quanto à *essencialidade do mandado*, Pontes de Miranda diz que na ação mandamental, pede-se que o juiz mande e não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o mandado.

Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que devia ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, forçando.

Do entendimento do qual também comunga Pontes de Miranda fica claro que a ordem contida na sentença mandamental é

---

<sup>52</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição. Bookseller. Campinas-SP. 1988. Pág. 224.

específica e não comporta sequer o trânsito em julgado da decisão para assim surtir logo os seus efeitos, ou seja, tal decisão assim que prolatada, de imediato tem que ser cumprida. E assim também ocorre com as sentenças proferidas em sede de ações cautelares, decisões interlocutórias que antecipam os efeitos da tutela, total ou parcialmente e também nas sentenças oriundas da ação inibitória. No que tange a tutela antecipada, até mesmo na sentença que confirma a antecipação, o eventual recurso de apelação só poderá ser recebido em seu efeito devolutivo, conforme consta na regra do artigo 520, inciso VII do código de processo civil, cuja redação fora atualizada pela lei número 10.352 de 26 de dezembro de 2001.

Note que os três institutos listados acima – tutela cautelar, antecipação de tutela e tutela inibitória – todas elas tem em comum o fato de serem tutelas preventivas e, fundadas nessa preventividade, é que não aceitam dilação no tempo para aguardarem a sua execução (hoje, fase de cumprimento de sentença no processo sincrético).

Na sentença condenatória tradicional o juiz encerraria sua atividade ao simplesmente prolatar a sentença onde restaria uma imposição em face de uma das partes para que ela fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa, ou entregasse coisa certa, ou ainda, restasse condenada a pagar quantia líquida ou ilíquida a ser apurada em expediente de liquidação de sentença, à parte vencedora.

Mesmo com a fusão da execução ao processo de conhecimento, deslocando a ação de execução de título executivo judicial para dentro do processo de conhecimento e transformando-o em fase, o resultado obtido pela parte não se compara aos efeitos e resultados obtidos em sede de um comando mandamental.

Elucida bastante o conceito e função da sentença mandamental, a lição prestada por Marinoni e Sérgio Arenhart<sup>53</sup>:

se a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução forçada, a sentença mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz. Na sentença mandamental há ordem, ou seja, *imperium*, e existe também coerção da vontade do réu. Tais elementos não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como sentença que abre oportunidade para a execução por expropriação, ainda que mediante simples requerimento do credor.

A sentença mandamental é caracterizada por imprimir uma ordem para coagir o réu. Seu escopo é forçar o réu a observar o direito por ela declarado. Portanto, não é mandamental a sentença que exige que seja expedido mandado para que um terceiro a registre.

Se o oficial do registro civil é obrigado a registrar uma sentença que desconstituiu relação jurídica existente entre as partes, tal sentença é desconstitutiva, e não mandamental.

Quando a sentença ordena, visando compelir o réu a cumpri-la, a execução é dita '*direta*', já que o direito declarado pela sentença só vai ser efetivamente realizado se a sentença convencer o réu a observá-la.

Por outro lado, embora a sentença mandamental se assemelhe à sentença executiva por ser voltada à justiça do caso concreto, a sua forma de atuação é diferente daquela da sentença executiva, além de revelar qualidades de poder e de intervenção na esfera jurídica privada distintas. Lembre-se que a sentença mandamental revela a quebra do dogma da incoercibilidade da vontade do particular por parte do Estado. Funda-se no § 4º do art. 461.

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civil V. 2. 7ª Edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Pág. 432/433.



Já em outra obra Marinoni<sup>54</sup> fala que “na sentença mandamental, o juiz atua sobre a vontade do demandado, ordenando sob pena de multa ou sob pena de prisão”. Ou seja, a peculiaridade da sentença (técnica) mandamental está na *coerção indireta*, vale dizer, na força *que visa convencer* o demandado a observar o conteúdo da sentença.

Embora a ordem mediante coerção indireta seja absolutamente necessária à efetividade da decisão ou da sentença que depende do cumprimento de um não-fazer ou de um fazer infungível – uma vez que nesses casos não há alternativa a não ser motivar o réu a modificar a sua vontade –, *admite-se o seu uso também em relação às situações em que o direito, para ser efetivado, não exige o convencimento do demandado (obrigações fungíveis)*.

A sentença mandamental como podemos ver apresenta-se com característica auto-executória, uma vez que a parte não necessita promover mais nenhum ato processual para cumprimento da determinação judicial, que já é editada contendo o comando condenatório bem como a ordem para fazer ou deixar de fazer, como por exemplo, nas sentenças que julgam procedente a reintegração de posse e manutenção de posse, o mandado de segurança, a tutela inibitória dentre outras.

Compreendendo-se a dinâmica e técnica da sentença mandamental, bem como a sua área de atuação, alcance e finalidade, não fica difícil entender que só mesmo um mecanismo diferenciado da tradicional sentença condenatória seria eficaz para atender os anseios dos jurisdicionados, relativos à tentativa de prevenção do ilícito, antecipando-se a sua ocorrência e também evitando a ação danosa.

---

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. Editora Revista dos Tribunais. 2004. São Paulo SP. Pág. 290/291.

A sentença condenatória tem em seu bojo a característica de servir a outro propósito que não a prevenção, mas sim a compensação do dano já ocorrido. Conforme técnica disposta no nosso Código Civil, mais precisamente nos artigos 186 – *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito* – ao 188, compreende-se, de sua análise, que o dever de indenização só se faz presente, na ação condenatória, quando ocorre concomitantemente o ato ilícito e o prejuízo, hipótese em que o prejudicado poderá ingressar em juízo reclamando o ressarcimento do dano.

Assim fica claro que enquanto a ação ressarcitória ou indenizatória tem o condão de reparar o prejuízo causado pelo agente, e para que haja o resgate deste prejuízo, faz-se necessário a comprovação do ato ilícito mais a ocorrência do prejuízo, para só assim ocorrer a possibilidade de sentença condenatória, no intuito de restaurar a situação *a quo*, a ação inibitória por sua vez, teria que agir num tempo onde o dano ainda não houvesse ocorrido, buscando coibir ou prevenir o dano, sendo suficiente para esta ação apenas a prova da ocorrência do ato contrário à lei, ou seja, ato ilícito.

Desta análise conclui-se facilmente que tutela inibitória e tutela ressarcitória atuam em esferas jurídicas distintas. A primeira satisfaz-se apenas com a prova de ocorrência ou possibilidade de ocorrência do ato ilícito, contrário ao direito, passível de sanção pelo Estado, uma vez que mesmo sem a ocorrência do dano, o ato ilícito é espécie de ato jurídico, capaz de repercutir no mundo jurídico, gerando direitos e obrigações, ao passo que verificada a ocorrência do dano, prejuízo, decorrente do ato ilícito, movimenta-se uma outra parte do direito que impões ao autor do prejuízo, somado ao ato ilícito, o dever de reparar este mesmo prejuízo.

#### ***1.1.4. A TUTELA ANTECIPADA***

Falar de tutela antecipada é, antes de tudo, dar um passeio em um outro tema bastante instigante para os estudiosos do direito processual civil, uma vez que nos remete obrigatoriamente ao tema “duração razoável do processo” bem como “efetividade da tutela jurisdicional”, temas estes que já geraram e ainda geram debates acalorados entre quem se propõem a estudar os temas acima mencionados.

Dentro do tema duração razoável do processo encontramos idéias que expressam o tempo e o processo, as causas da morosidade do processo, critérios para a valorização do tempo de duração de uma relação processual, dentre tantas e tantas outras idéias, tendo entre os seus percussores, no Brasil, Paulo Hoffman<sup>55</sup>.

Para este autor e tantos outros, a razoável duração do processo, deveria levar em conta o tempo que se leva da propositura de uma ação até o seu julgamento final e a conseqüente efetivação do julgado, ou seja, a entrega do bem da vida ao jurisdicionado.

Carlos Henrique Ramos chega a afirmar que:

“é preciso ressaltar que, se, de um lado a demora dos feitos é algo a ser combatido, por outro, representa uma conseqüência advinda de um regime processual que busca assegurar um patamar mínimo de inviolabilidade às garantias processuais. Há que se distinguir a demora

---

<sup>55</sup> HOFFMAN, Paulo, Razoável duração do processo, Quartier Latin, São Paulo. 2006.

natural, fisiológica, advinda do tempo normal para a prática dos atos processuais (dilação razoável), daquelas injustificadas, patológicas, seja por faltas na organização judiciária, seja por comportamentos abusivos e indesejados das partes, dos advogados ou dos agentes judiciários”<sup>56</sup>.

A preocupação principal do processualista deve ser voltada para a eliminação de formalismos inúteis, demoras injustificáveis e protelações abusivas, em suma, das dilatações indevidas (o tempo necessário é o tempo útil. Há que se suprimir o tempo inútil, que não favorece o andamento sem a solução do litígio<sup>57</sup>), somente entendidas como aquelas que correspondem à inatividade, dolosa ou negligente do órgão jurisdicional, pouco importando se houve sobrecarga de trabalho. O processo é constituído por um conjunto de fases sucessivas de atos de natureza diversa que se desenvolvem no tempo”<sup>58</sup>.

Já no que diz respeito à efetividade da tutela, Ricardo Rodrigues Gama<sup>59</sup> diz que é uma “terminologia utilizada para dar a idéia de que o processo deve mostrar-se como instrumento para resolver o litígio” e continua: “não é segredo que o tempo funciona como um grande inimigo daquele que busca a reparação ou a proteção de seu direito. Diante de tanta burocracia geradora de dilatações temporais, o jurisdicionado só pode mostrar-se insatisfeito com o modelo adotado pelo legislador em 1973”.

Daí a necessidade de que o processo fosse dotado de um mecanismo capaz de proteger a ação danosa do tempo, quando houvesse fundado receio de que a prestação jurisdicional, morosa, fosse entregue ao jurisdicionado não mais fosse dotada de

---

<sup>56</sup> RAMOS, Carlos Henrique. Processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Juruá. Curitiba. 2008. Pág. 52.

<sup>57</sup> MANGENDIE, Jean-Claude. Célérité ET Qualité de la Justice: la gestion Du temps dans Le procès. Paris: La Documentation Française, 2004, pág. 19 *apud* RAMOS, Carlos Henrique. Processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Juruá. Curitiba. 2008, pag. 53.

<sup>58</sup> RAMOS, Carlos Henrique. Processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Juruá. Curitiba. 2008, pág. 53.

<sup>59</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. Efetividade do Processo Civil. Brookseller, Campinas-SP, 2002, pág. 19

utilidade alguma, visto que, como diz o adágio popular “justiça tardia é injustiça”.

É, afinal, para servir à tutela do direito material que existe o direito processual, de modo que os seus remédios instrumentais não de estar alinhados com os reclamos da ordem jurídica substancial. É, pois, no campo do direito material que surge a exigência de procedimentos diferenciados para superar os males da duração não razoável do procedimento comum. Sempre que a lesão ao direito subjetivo da parte passar por risco sério de não impedimento ou de pronta reparação, haverá de se encontrar, no direito processual, alguma válvula para que a tutela extraordinária socorra o litigante, de maneira a manter e resguardar a confiança no regime tutelar assegurado constitucionalmente.

Fala-se, então, numa tutela principal e exauriente e, também, numa tutela subsidiária ou acessória cuja tarefa específica seria suprir provisoriamente os efeitos indesejáveis da demora na solução da tutela ordinária. A essa tutela emergencial atribuiu-se a denominação de tutela de urgência. Sua característica maior, de par com a celeridade, seria a provisoriedade, em contraposição à definitividade própria da tutela principal.

O grande problema enfrentado pela doutrina e principalmente pelo direito positivo residiu sempre no estabelecimento dos requisitos e dos limites da prestação jurisdicional de urgência<sup>60</sup>.

Para Isabela Márcia de Alcântara Fabiano<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior, in tutela antecipada – evolução – visão comparada – direito brasileiro e direito europeu. Temas atuais das tutelas diferenciadas. Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armeli. Coordenação Mirna Ciaci, Tita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico. Saraiva. 2009, pág. 398.

<sup>61</sup> ALCÂNTARA FABIANO, Isabela Márcia. Tutela de Evidência – Mecanismo de instrumentalização, moralização e sincretismo do processo trabalhista. RDT – Revista do Direito Trabalhista/ 16-04 30 de abril de 2010. Alexandre Poletti e José Janguê Bezerra Diniz. Editora Consulex. Pág. 16.

A tutela antecipada traduz técnica utilizável dentro do processo principal, que configura um subprocedimento, de cognição sumária, por meio do qual se pretende adiantar no tempo efeitos materiais com vistas a tutelar direitos perecíveis pela simples demora fisiológica do processo (tutela de segurança) ou a assegurar direitos evidentes, objeto de contestação inconsistente ou abusiva (tutela de evidência<sup>62</sup>) ou incontroversos.

Uma vez implantada a antecipação de tutela como forma de agilização da prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil viria a passar por uma série de mudanças, não só no texto da lei, mas, sobretudo na maneira de pensar e agir de nossos juristas, o que veio causar um impacto nas relações processuais, visto que agora a parte mais frágil poderia ser adequadamente protegida da ação procrastinatória de quem não tivesse interesse em avançar com o andamento da marcha processual, receando uma futura condenação, visto que a antecipação, hoje como a conhecemos, tem aplicação, em tese, em todos os tipos de processo e procedimento e em qualquer esfera do Poder Judiciário.

A antecipação de tutela é uma das formas diferenciadas de prestação de tutela, tendo-se em vista, como diz Ricardo Rodrigues Gama<sup>63</sup>

Dentre todas as adoções da reforma, como tutela jurisdicional diferenciada que é, consideramos a antecipação da tutela como a mais importante aquisição. Em princípio, é muito ousada a antecipação dos efeitos da sentença com base em cognição sumária. É certo que a antecipação pode não ser da totalidade dos feitos da sentença, mas mesmo assim, admitir tal medida consiste em ato de coragem.

Pela técnica exposta no artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional só será analisada, de regra, advindo pedido da parte (autora), desde que presentes os requisitos da prova inequívoca, o juiz se

---

<sup>62</sup> Tema a seguir explorado em tópico próprio.

<sup>63</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. Efetividade do Processo Civil. Bookseller. Campinas-SP, 2002, pág. 34.

convença da verossimilhança da alegação, bem como haja ainda fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, e, por fim, que haja a possibilidade de reversão da tutela concedida pelo juiz.

Daí o entendimento de que a antecipação de tutela nada mais é do que a entrega liminar de um provimento de conteúdo provavelmente idêntico ao da sentença de mérito, e que não poderia o juiz adiantar ao autor o que não foi pedido. É que a efetivação de um provimento antecipado gera a responsabilidade objetiva do exequente, cumprindo-lhe, sobrevindo sentença que modifique ou anule a decisão interlocutória, restituir as partes ao estado anterior, na exata redação do art. 273, § 3º, combinado com o art. 475-O, II)<sup>64</sup>

Partindo da idéia da técnica de requerimento e processamento da tutela antecipada narrada acima, conclui-se que o termo “antecipação” indica uma operação que consiste em conceder a prestação jurisdicional antes do tempo processualmente adequado, uma vez que o autor só receberia a tutela jurisdicional ao término da relação processual, com o julgamento procedente de seu pedido<sup>65</sup>.

Para arrematar o pensamento acima utilizado, Alcides A. Munhoz da Cunha<sup>66</sup> chega a comentar que:

Pode-se dizer, sem medo de errar, que para o ordenamento processual brasileiro, à luz do Código de Processo Civil de 1973, o tempo-padrão é aferido idealmente com base na estrutura do processo de conhecimento ordinarizado, sob o influxo da cognição

---

<sup>64</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Tutela Antecipada. Juruá Curitiba. 5ª edição – 4ª tiragem 2009, pág. 38.

<sup>65</sup> No mesmo sentido encontramos Alcides A. Munhoz da Cunha, em Antecipação e Antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Editora RT. São Paulo. 2005, pág. 235.

<sup>66</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A., Antecipação e Antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Editora RT. São Paulo. 2005, pág. 235.

exauriente, que expressa a segurança jurídica em grau máximo. Por isso, o processo de conhecimento nasce vocacionado a certificar direitos no caso concreto, mediante o procedimento comum que prevê fase postulatória e fase instrutória, em contraditório, para só a partir daí permitir a formação do provimento sentencial de mérito.

Observa-se que aqui há uma nítida conotação da ação do tempo sobre o processo, que por sua vez envolve sobremaneira a questão da eficácia da tutela jurisdicional. Reclama-se da demora para a prestação jurisdicional, ou seja, do tempo de duração do processo, mas não se faz nenhuma indicação de forma objetiva de que qual tempo seria o razoável para o término da relação processual, com a conseqüente prestação da tutela jurisdicional.

A antecipação de tutela como dito antes, pode ocorrer liminarmente, *initio litis*, ou até mesmo após a fase postulatória em contraditório, por se apresentar absolutamente dispensável a dilação probatória. Sendo assim, teríamos, em nosso Código de Processo Civil, basicamente dois momentos para antecipação de tutela: a prevista no artigo 273, a antecipação de tutela propriamente dita, e também a que se encontra inserida no artigo 330 do mesmo diploma processual, a qual atende pela denominação de julgamento antecipado da lide, notando, entretanto, que entre eles há uma diferença peculiar, como tentaremos mostrar logo a seguir.

#### **1.1.5. PECULIARIDADES ENTRE A TUTELA ANTECIPADA DO ART. 273 DO CPC E O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE DO ART. 330 DO CPC**



Na antecipação de tutela, como já fora dito e é de conhecimento geral, há a necessidade de pedido expresso neste sentido, ou seja, de pedido para que se antecipe os efeitos da tutela, uma vez atendidas as exigências do artigo 273 do Código de Processo Civil, antes já mencionadas, e o magistrado poderá inclusive concedê-la independentemente da oitiva da parte contrária, ou seja, sem esperar que seja formada a relação triangular de Liebman, sem que se forme ainda o contraditório. Como também já fora dito, o magistrado poderá conceder liminarmente o adiantamento da tutela pretendida, total ou parcialmente.

No julgamento antecipado da lide, há pelo menos que se esperar que a relação processual se forme, ou seja, que haja o exercício pleno do contraditório, para que só assim, e após a fase postulatória, que abrange o pedido do autor, a resposta do réu, eventuais réplicas e trélicas e a conseqüente juntada dos documentos com os quais cada parte pretenda provar as suas alegações, é que, o juiz poderá proferir o seu julgamento antecipado da lide.

Aqui não há a exigência de nenhum dos requisitos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, não há a necessidade de que se verifique o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, bem como não precisa o julgador se preocupar com a reversibilidade da medida que por ventura venha a conceder na sentença. No julgamento antecipado da lide, o juiz está autorizado a assim proceder caso a matéria discutida na relação processual seja unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato ao mesmo tempo, não haja a necessidade de se produzir provas em audiência, descaracterizando-se assim, o julgamento antecipado da lide como medida de tutela de urgência.

Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira<sup>67</sup>:

“Em dois casos, previstos no art. 330, cabe ao órgão judicial ‘conhecer diretamente do pedido’ – isto é, acolhê-lo ou rejeitá-lo – antes da oportunidade em que normalmente se proferiria a sentença (na audiência de instrução e julgamento ou depois dela): ‘quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência’. (art. 330, nº I), e ‘quando ocorrer a revelia’ (art. 330, nº II). De acordo com a rubrica da Seção II do Capítulo V, dá-se nesses casos o ‘julgamento antecipado da lide’. Vamos examiná-los separadamente.

O inciso I do art. 330 abrange duas hipóteses: a) inexistente dúvida sobre os fatos relevantes para a solução do litígio, mas controverte-se acerca de questão de direito (v. g., da vigência da norma legal que se afirma aplicável à espécie, ou da interpretação que se lhe dar, ou da constitucionalidade dela): para decidir, deve então o juiz resolver unicamente a *quaestio iuris*; b) existe dúvida sobre um ou alguns dos fatos relevantes, mas essa dúvida é tal que se pode dissipar pelo simples exame da prova documental constante dos autos, ou mediante alguma atividade instrutória que dispense a realização de audiência (assim, a inspeção judicial de pessoa ou coisa).

Ao contrário do que pode parecer à vista do teor literal do dispositivo (*verbis* ‘sendo de direito e de fato’), é irrelevante, nesta segunda hipótese, que haja também dúvida sobre a *quaestio iuris*, ou apenas sobre a *quaestio facti*: desde que a solução desta prescindir de ulterior atividade instrutória, que exigisse a realização de audiência (v. g., prova testemunhal, depoimento pessoal da parte), os efeitos são idênticos.

Ocorre a revelia quando o réu se abstém de contestar a ação. Nesse caso, em regra, reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319), e julga-se antecipadamente a lide

---

<sup>67</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 28ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2010, pág. 97.

(art. 330, nº II), desde que satisfeitos, é claro, todos os pressupostos da apreciação do mérito. A respeito do que diz o art. 319, não fica o juiz vinculado, à aceitação de fatos inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os próprios elementos ministrados pela inicial, só porque ocorra a revelia; ademais, o pedido poderá ser declarado improcedente, v. g., em consequência da solução da questão de direito em sentido desfavorável ao autor. O resultado mais freqüente na prática, todavia, será naturalmente a vitória deste sobre o revel.

Contudo, em que pese a aproximação dos dois institutos aqui verificados, inclusive na nomenclatura dispensada a cada um deles – antecipação dos efeitos da tutela e julgamento antecipado da lide – verifica-se de plano que no que se trata da eficácia de um e de outro, há uma diferença considerável. É o que veremos agora.

Como se sabe e é da natureza do instituto “antecipação de tutela”, aqui há uma verdadeira formação de provimento, pronto para ser executado, de acordo com a sua natureza, e a parte autora, que formulou o pedido, já recebe de forma imediata a totalidade ou pelo menos uma parte da tutela estatal, daí o termo antecipação de tutela, visto que mesmo antes de encerrada a relação processual, o autor já conta com um título executivo judicial e com ele poderá submeter o réu à sua pretensão.

No que tange ao julgamento antecipado da lide, aqui não há adiantamento da pretensão do autor, visto que ele em vários casos ainda não poderá exigir o cumprimento da sentença nos termos do Livro I, Título VIII, Capítulo X do Código de Processo Civil. Terá, pois que aguardar o trânsito em julgado da decisão, especialmente se for recebido eventual recurso que tenha o efeito suspensivo.

Por oportuno, tomamos a lição de Alcides A. Munhoz da Cunha<sup>68</sup>, no sentido de que, considerando o padrão de formação e instrução processual “o Código de Processo Civil qualificou como julgamento antecipado da lide, e, portanto, como uma forma de antecipação, a formação do provimento de mérito, nas condições do art. 330, ou seja, após a fase postulatória, a qual geralmente se insere no procedimento comum.

Ora o julgamento antecipado da lide prevê antecipação na formação do provimento de mérito (em comparação aos casos paradigmáticos que exigem dilação probatória), mas não prevê necessariamente antecipação de efeitos, pois o julgamento antecipado pode ser de improcedência. E, ainda que a sentença antecipada do julgamento da lide seja de procedência, seus efeitos declaratórios e mesmo executivos poderão ser prolongados no tempo, até o trânsito em julgado da sentença, se houver recurso recebido com efeito suspensivo.

Sendo assim, é possível afirmar que uma das principais características da tutela antecipada, que a difere totalmente do julgamento antecipado da lide diz respeito à formação de título cuja exigência pode-se verificar num momento antes do trânsito em julgado desta mesma decisão.

#### **1.1.6. A TUTELA CAUTELAR**

A ação cautelar tem por objeto proteger determinada situação ou coisa para que ela exista e possa ser utilizada em

---

<sup>68</sup> MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A., Antecipação e Antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Editora RT. São Paulo. 2005, pág. 235/236.

demanda judicial futura ou, garantir-lhe imediata utilidade, baseando-se em linhas gerais na existência de possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação pelo decurso de tempo ao qual são submetidas as demandas no âmbito geral e também na probabilidade de existência do direito alegado pelo autor ou na sua plausibilidade.

A doutrina clássica brasileira entende a medida cautelar como uma medida que visa resguardar o processo como instrumento do estado para a composição, futura, de litígios, buscando demonstrar nesta linha de raciocínio a idéia de que a tutela cautelar não seria satisfativa e sim preventiva, uma vez que não discute mérito. Mérito aqui com conotação de direito material, substancial. Contudo, ao perquirirmos o mérito do processo cautelar, ou seja, “para que serve” ou “qual a utilidade do processo cautelar” não precisamos de um exercício mental aguçado para concluirmos que o seu mérito ou utilidade é de resguardar, acautelar o direito material ou processual para futura alegação em processo dito principal, sendo aceito por quase unanimidade da doutrina, como podendo ser o de conhecimento ou o de execução.

Não é outro o entendimento de Luiz Orione Neto<sup>69</sup>, citando Donaldo Armelin, o qual entende por tutela jurisdicional cautelar aquela prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional reclamada ou reclamanda.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Ricardo Alessandro Castagna<sup>70</sup> nos dá um apanhado geral, confrontado as teorias desenvolvidas por vários mestres do processo civil, destacando a posição de *Chiovenda*, para quem

---

<sup>69</sup> ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. Editora Saraiva. São Paulo. 2004. Pág. 17.

<sup>70</sup> CASTAGNA, Ricardo Alessandro. Tutela de Urgência – Análise Teórica e Dogmática. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008. Pág. 167/168.

A tutela cautelar corresponde a uma medida provisória necessária para afastar o temor de um dano jurídico, pois, se na realidade esse dano é ou não iminente, tal circunstância será averiguada por ocasião do julgamento definitivo<sup>71</sup>.

E, continua Ricardo Alessandro Castagna<sup>72</sup>, citando agora *Calamandrei*, para quem

A tutela cautelar destina-se essencialmente a afastar o *periculum in mora*, exercendo função preventiva contra a ameaça de dano na espera da decisão final. Define, pois, a providência cautelar como a antecipação provisória de determinados efeitos da providência definitiva, antecipação justificada pela necessidade de prevenir o dano de que pode resultar da demora da decisão final.

Já Ovídio A. Baptista da Silva<sup>73</sup> ensina que “a tutela cautelar faz parte do gênero *tutelas preventivas* e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos.

Na verdade, para este autor, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob a ameaça de um *dano irreparável*.

A grande novidade, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a *urgência*, ante a qual as formas convencionais clássicas de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional.

---

<sup>71</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 1969. Vol.1

<sup>72</sup> CASTAGNA, Ricardo Alessandro. Tutela de Urgência – Análise Teórica e Dogmática. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008. Pág. 167/168.

<sup>73</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil Vol. 3 – Processo Cautelar (Processo de Urgência). 2ª edição, RT, São Paulo. 1998, pág. 17.

Do exposto acima não se tem dificuldades de se entender por que o processo cautelar é chamado de instrumento do instrumento, uma vez que ele não serve à composição concreta e efetiva do direito material discutido em juízo, mas sim e apenas para assegurar um resultado útil a outro processo (o segundo instrumento), para que este agora passe a ter alguma finalidade e seu resultado seja protegido da demora na resolução da questão.

Por outro lado, também há de se ter em mente que apesar da gama de tutelas variadas postas à disposição dos jurisdicionados, algumas não se mostram, isoladamente, capazes de proteger o bem jurídico em litígio, sendo esta situação também, uma das formas de justificação da tutela cautelar, uma vez que ela surge, no dizer de Paulo Marcos Rodrigues de Almeida<sup>74</sup> “diante de uma *ameaça de dano irreparável* a um direito que se supõe ter, não poderia o interessado contar com a ação de rito ordinário para protegê-lo, uma vez que a urgente proteção somente viria ao cabo do logo procedimento, quando então se certificasse a efetiva existência do direito afirmado (existência meramente jurídica, visto que na realidade o direito reconhecido já teria há tempo sucumbido à ameaça concretizada).

Note que mais uma vez estamos por assim dizer, diante de mais uma tutela diferenciada que leva em consideração a ação do tempo sob o direito e a relação processual, pois como já foi dito antes, o direito processual nada mais é que senão a exteriorização do direito material, ou sua forma de defendê-lo.

Se a tutela antecipada reclama para a sua aplicação os requisitos de pedido do autor, existência de prova inequívoca e que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações, além de que também estejam presentes o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o

---

<sup>74</sup> ALMEIDA, Paulo Marques Rodrigues. Tutela cautelar, natureza, pressupostos e regime jurídico. Editora Verbatim. São Paulo. 2010, pág. 25.

abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, e, por fim, que exista a possibilidade de reversão da medida concedida pelo juiz<sup>75</sup>, e que o julgamento antecipado da lide exija que a questão de mérito seja unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não haja necessidade de produzir prova em audiência, ou ainda, quando a ação correr à revelia<sup>76</sup>, a tutela cautelar se satisfaz, não no sentido de tutela satisfativa, mas sim no que atine aos seus pressupostos de admissibilidade, com a aparência ou plausibilidade do direito alegado pelo autor – vulgarmente chamado de “fumaça do bom direito” (*fumus boni iuris*) e possibilidade de dano causado pelo decurso do tempo na relação processual – comumente chamado de “perigo da demora” (*periculum in mora*).

Veja que aqui, como nas demais tutelas preventivas, não há a preocupação com a produção de uma prova perfeita e acabada, produzida à exaustão, ou seja, o magistrado não se interessa e também não tem tempo para cuidar de uma instrução processual acurada e formalmente perfeita, sob o risco de se perder pelo decurso do tempo, o objeto que a dita tutela preventiva visa resguardar.

É assim na antecipação de tutela. É assim na tutela cautelar, uma vez que a tutela de urgência não condiz com perfeição e exatidão da instrução. Daí a preocupação do legislador de condicionar a antecipação de tutela à possibilidade de reversão, bem como a proibição de julgamento definitivo quanto à tutela cautelar que também é dotada de reversibilidade, como nos notifica o art. 807 do Código de Processo Civil (preocupação esta que não se repete quando se trata de uma outra modalidade de tutela de urgência, a tutela inibitória, uma vez que aqui há um verdadeiro processo de conhecimento, com a possibilidade de produção e exame mais aprofundado da prova).

---

<sup>75</sup> Código de Processo Civil, art. 273 *in fine*.

<sup>76</sup> Código de Processo Civil, art. 330, inciso I e II.



Ovídio A. Baptista da Silva<sup>77</sup> é da opinião que a existência de *cognição sumária*, imposta pela natureza da tutela cautelar, insere-a definitivamente na classe dos processos sumários, sob dois aspectos: a demanda cautelar é sumária não só sob o ponto de vista material, como, além disso, exige uma forma sumária de procedimento ordinário, pois a *urgência* é uma premissa constante e inarredável de todo o provimento cautelar. A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando ele fosse convocado para prestar a tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a *urgência* que se presume, invariavelmente, como elemento constante para o cabimento da tutela cautelar. Ora, tal exigência torna inadequado o procedimento ordinário.

Como se vê, a tutela preventiva cautelar e antecipatória não se coaduna com a produção de prova exaustiva, não se coadunam com dilação probatória, nem também se pode dar ao luxo de se buscar uma instrução processual extrema sob o risco de que a coisa que se busca proteger, venha a perecer.

Na antecipação dos efeitos da tutela ou simplesmente antecipação de tutela, o juiz ao antecipar ditos efeitos, prolata decisão com características mandamentais, muitas vezes sem que seja ainda formada ou completada a relação triangular processual, porém não havendo aqui qualquer comprometimento do princípio do contraditório e da ampla defesa, podendo o juiz a qualquer tempo a pedido da parte ou voluntariamente, revogar a medida outrora concedida. Aliás, o magistrado só poderá conceder tal medida caso exista condições de sua reversão, do contrário, mesmo estando presentes os outros requisitos, o comando protetor não poderá ser deferido.

---

<sup>77</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Do processo cautelar. Editora Forense. Rio de Janeiro. 4ª Edição. 2008, pág. 81.

Já na tutela cautelar, que também pode ser deferida sem a que ainda seja formada a relação triangular processual, basta ver o permissivo do art. 797 do Código de Processo Civil<sup>78</sup>, o juiz também poderá reverter a medida concedida quando não estiverem mais presentes os motivos que autorizaram a sua concessão. Note que de praxe, o juiz deverá primeiro facultar o contraditório e o exercício da ampla defesa, dentro das limitações impostas pelo Código de Processo Civil no Livro que dispõe sobre o processo cautelar, e, excepcionalmente, quando autorizado pela lei, é que o magistrado poderá deferir ou conceder medida cautelar sem a audiência das partes, o que significa, trocando em miúdos, que excepcionalmente, o juiz poderá conceder a liminar, para depois formar a relação processual entre as partes, e daí fluir todo o contraditório e a mais ampla defesa.

#### **1.1.7. O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO**

Outra forma de se obter a tutela preventiva é por meio do mandado de segurança preventivo e também do *habeas corpus* preventivo.

O mandado de segurança é instrumento processual consagrado na Constituição Federal, daí ser chamado de remédio constitucional utilizado para combater violação a direito líquido e certo ou de quem se encontra na iminência de sofrer violação a direito seu já incorporado em seu patrimônio.

---

<sup>78</sup> Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

A doutrina classifica o mandado de segurança em dois grandes grupos: aqueles que se destinam ao desfazimento de ato já praticado, e que haja violado direito líquido e certo, que aqui serão denominados de repressivos, e aqueles que se voltam a prevenir que tal ato venha a ocorrer, designados como mandados de segurança preventivos.

Essa classificação pode ser verificada, inclusive, da própria dicção do art. 1º da Lei n. 12.016/09, que hoje regula o mandado de segurança, e de acordo com o qual este é cabível tanto nas hipóteses em que já tenha ocorrido lesão ao direito, como naqueles em que se faça presente justo receio de que a violação virá a ter lugar<sup>79</sup>.

Tal qual a tutela inibitória, para que o mandado de segurança preventivo seja deferido, é necessário que se faça presente “demonstração concreta<sup>80</sup>” de que será praticado ato que ofenda direito líquido e certo. O mero receio de que tal fato venha mesmo a se configurar, não é suficiente para que se conceda a segurança pleiteada.

O sistema probatório desenvolvido aqui na seara do mandado de segurança preventivo é bastante semelhante ao que se opera no caso da tutela inibitória que visa resguardar-se de comportamento futuro do réu, buscando receber, antecipadamente, um comando estatal para, uma vez violado o direito, seja de imediato cobrado do infrator a cominação imposta pelo juiz em sua sentença. Tanto aqui, no mandado de segurança preventivo quanto lá na tutela inibitória, o autor consegue, com o julgamento procedente de seu pedido, um provimento estatal que faz com que o suposto violador de direito líquido e certo seja desencorajado de praticar o ato que representa ameaça a direito líquido e certo do

---

<sup>79</sup> No mesmo sentido Pedro Roberto Decomain. Mandado de Segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09). Dialética. 2009. São Paulo.

<sup>80</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09). Dialética. 2009, São Paulo, pág. 24.

impetrante ou requerente. Também aqui como na tutela inibitória, o autor busca um provimento jurisdicional para o futuro, buscando antecipar-se do prejuízo pela observância de direito seu por parte do terceiro, potencial violador desse direito já líquido e também já certo.

Também acerca do mandado de segurança preventivo, Joaquim Felipe Spadoni<sup>81</sup> nos dá preciosa lição:

“a ação de mandado de segurança, regulada pela Lei 1.533/51, constitui-se em uma garantia constitucional fundamental dos cidadãos contra atos ilegais ou abusivos de autoridades públicas, ou de agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, expressamente prevista no art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal.

É uma ação concebida para proteger o direito líquido e certo dos particulares contra atos ilegais ou abusivos do Estado, tendo por objetivo primário não reparar um eventual dano a ele causado, mas sim possibilitar que o cidadão usufrua desse mesmo direito *in natura*<sup>82</sup>.

Sendo forma de tutela específica, pode ser usado tanto com função repressiva, quanto com função preventiva. Com efeito, o art. 1º da Lei que regula esta ação de índole constitucional é clara ao afirmar que terá cabimento o mandado de segurança quando alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, ou seja, quando a ilegalidade já tiver sido consumada, tendo cabimento sua repressão, e quando estiver apenas ameaçada, quando caberá o mandado de segurança preventivo.

Neste último caso, do mandado de segurança preventivo, dar-se-á a impetração com o objetivo de obstar a realização da prática do ato ilegal ou abusivo da autoridade coatora, evitando-

---

<sup>81</sup> SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória – A Ação Preventiva Prevista no art. 461 do CPC. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 49. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. Pág. 85,

<sup>82</sup> Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial, 3 Edição, Editora Revista dos Tribunais São Paulo. 1994p. 13

se, dessa forma, e também com caráter definitivo, a violação do direito do cidadão. Inibe-se o ilícito e protege-se a fruição do direito *in natura*.

Miguel Seabra Fagundes<sup>83</sup>, diz o seguinte:

Não somente pela imediata lesão pode a autoridade pública atingir direito subjetivo do indivíduo. Ameaçando-o, ela o põe em perigo e dá razão ao uso do mandado de segurança.

A Constituição de 1934, criadora do *writ*, aludia à ameaça. A Carta Política vigente<sup>84</sup> (aliás tal como a de 1946) é omissa nesse particular. Isso, no entanto, resulta da forma diferente por que definiu o cabimento desse remédio. Admitindo-o, por exclusão do *habeas corpus* ('para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*...', *o alcance dele, no que concerne aos direitos postos dentro do seu âmbito, deve ser o mesmo desse writ*). Há de protegê-los do mesmo modo e com a mesma amplitude com que este ampara a liberdade física. Se o *habeas corpus*, como se vê do § 20 do mesmo art. 153<sup>85</sup> também resguarda o direito à locomoção, quando ameaçado de violência, o mandado há de proteger os demais direitos públicos subjetivos do indivíduo, por igual, quando iminente violência contra eles.

Sendo assim, não paira dúvidas de que o mandado de segurança também seja fonte para o exercício da tutela preventiva, toda vez que o presente instituto venha combater a possibilidade de violar direito líquido e certo, não sendo necessário que o jurisdicionado aguarde a produção do evento para só a partir daí, impetrar o mandado de segurança.

Por oportuno também se faz comentar que no mandado de segurança ainda existe a possibilidade de se pedir a proibição de comportamento do réu, bem como a cumulação com pedido de cessação do ato que afronta direito líquido e certo, posto que no espaço de tempo que compreende a impetração do instituto constitucional preventivo, despacho da autoridade judiciária, mesmo concedendo provisoriamente a segurança, e preparação de

---

<sup>83</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09). Dialética. 2009, São Paulo, pág. 24.

<sup>84</sup> Aqui o autor se refere à Constituição de 1967m com a EC 1, de 1969.

<sup>85</sup> No art. 153 da EC 1/69 achavam-se relacionados os direitos e garantias individuais.

expediente, pode ocorrer a produção do ato que o mandado de segurança visa resguardar.

O mesmo também se diga da sentença, a qual reúne elementos que a classificam como mandamental. Aliás, sentença mandamental clássica, uma vez que nela, na sentença, já vem embutida comando que permite ao julgador determinar o seu cumprimento imediatamente, sem necessidade de pedido prévio de cumprimento de sentença ou mesmo execução para imediata observância e cumprimento por parte do impetrado, uma vez que prolatada a sentença, a autoridade judicial processante oficia a autoridade tida como coatora ou mesmo o particular que aja em nome de algum ente público ou desempenhe função submetida a concessão por órgão público, a adotar comportamento que não venha de encontro ao direito líquido e certo do impetrante.

#### **1.1.8. O CARÁTER PREVENTIVO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS: MANUTENÇÃO DE POSSE, INTERDITO PROIBITÓRIO E NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA**

As ações possessórias, mais especificamente a manutenção de posse, nunciação de obra nova e os interditos proibitórios também são dotados de certa carga preventiva, posto que esses institutos visam entregar ao jurisdicionado, comando que proíba determinado comportamento de pessoa que tenha potencial para embaraçar o uso da posse ou simplesmente a posse de alguma coisa.

Na ação de manutenção de posse o autor tem receio de ser turbado, perturbado, sofrer limitações no exercício de sua posse sobre determinado bem. Aqui o autor também visa conseguir do Estado um provimento que lhe assegure o direito de posse. Daí a redação do Código de Processo Civil, mais precisamente no

artigo 926, que diz: “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”.

Do exposto podemos extrair a seguinte lição: o possuidor poderá interpor a ação possessória de manutenção de posse caso esteja na eminência de sofrer turbação ou de já ter sofrido tal turbação, mas mesmo assim, continuar na posse do bem. Mais uma vez, o comando estatal por meio do Poder Judiciário vai ser operado de forma específica, uma vez que o autor aqui não tem como aguardar o trâmite normal de uma ação de conhecimento, mesmo que sob a égide de um procedimento especial, conforme se vislumbra no atual Código de Processo Civil, uma vez que dita ação de manutenção está prevista no Livro de Procedimentos Especiais.

No que tange à sentença, a determinação do magistrado, emitindo-se mandado de manutenção na posse, o turbador ou pretense turbador será oficiado no sentido de se abster da prática de atos que resultem em limitações ou quaisquer outros embaraços para o exercício pleno da posse, podendo inclusive o julgador arbitrar pena pecuniária por dia de descumprimento da obrigação.

O interdito proibitório vem a ser uma ação cuja natureza é totalmente preventiva, pois impõe ao réu uma obrigação de não fazer, ou seja, de não perturbar, turbar, ou mesmo limitar o exercício livre da posse.

Enquanto as ações de manutenção e de reintegração têm por escopo a obtenção de provimento jurisdicional que ponha fim, respectivamente, à turbação ou ao esbulho, o interdito proibitório destaca-se pela sua natureza preventiva, impondo ao réu, sendo acolhido pelo órgão jurisdicional, um veto (preceito de não fazer, ou seja, de não turbar ou não esbulhar a posse do autor) e uma cominação de pena pecuniária caso ele transgrida a ordem judicial (CPC, art. 932)<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Neste sentido Antonio Carlos Marcato. Procedimentos Especiais. 10ª Edição. 2004, Edição Atlas. São Paulo, pág. 176.

Pertinente se faz a lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>87</sup>, que afirma: “a doutrina reconhece o caráter nitidamente preventivo do interdito proibitório”.

E continua Marinoni, agora citando lição de Orlando Gomes<sup>88</sup>:

“o interdito proibitório é ação possessória de caráter preventivo, para impedir que se efetive turbação ou esbulho. O possuidor ameaçado de sofrê-los previne o atentado obtendo mandado judicial para segurar-se da violência iminente. Para impetrar o interdito proibitório, basta que o possuidor receie ser molestado em sua posse. A pretensão dirige-se contra quem tenta a turbação ou esbulho. A ação preventiva do possuidor tem cabimento tanto quanto há ameaça de turbação como de esbulho. O mandado proibitório deve cominar pena pecuniária para o caso de transgressão”.

Tal qual ocorre na tutela preventiva inibitória, no interdito proibitório não há a necessidade de se comprovar a lesão sofrida, o ato contrário ao direito, praticado por quem tenha potencial para fazê-lo. Basta, como esclarece Orlando Gomes, que o possuidor fundamentadamente tenha o receio de sofrer esbulho ou turbação.

Veja também que a presente ação – interdito proibitório – só tem cabimento quando se tratar de tentativa de esbulho ou turbação, posto que, uma vez concretizado o esbulho ou a turbação, a medida judicial pertinente, aliada à adequação, derivada do interesse de agir, seria, respectivamente, a ação de reintegração de posse e/ou a ação de manutenção de posse. O interdito proibitório serviria então para coibir a tentativa, ao passo que a reintegração de posse e a manutenção de posse, serviriam para a retomada da posse e manutenção da posse, respectivamente, ou seja, o ato de esbulhar ou turbar a posse já haveria se concretizado no mundo dos fatos, buscaria então o autor um retorno ao estado de antes.

---

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). 4ª Edição. 2006, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, pág. 292

<sup>88</sup> GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro. Forense, 1994, pág. 82 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). 4ª Edição. 2006. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, pág. 292.



Quanto à sentença, no interdito proibitório não se teria um comando condenatório, mas sim estaria nela embutido, uma ordem para que o réu não adotasse um comportamento que viesse a causar esbulho ou turbação ao exercício da posse plena pelo autor<sup>89</sup>.

Já para Antonio Carlos Marcato<sup>90</sup>, o mandado proibitório tem natureza mandamental e, portanto, é auto-executório, de forma que, havendo descumprimento do provimento judicial por parte daquele réu específico, o mesmo ficará sujeito à pena pecuniária fixada previamente pela autoridade judicial, sendo cabível ainda eventual composição por perdas e danos.

No que tange à ação de nunciação de obra nova, o autor ao interpô-la, visa impedir que se construa, edifique, obra em imóvel vizinho que venha a prejudicar a sua edificação, as suas servidões ou lhe embarace os fins para que tal obra, do autor, esteja destinada<sup>91</sup>.

Aqui também a sentença é dotada de certa carga de preventividade, uma vez que nela vem contido um comando para que o réu não adote um comportamento que venha a causar esbulho ou turbação ou ainda que lhe traga algum prejuízo no exercício da posse.

Caso a construção ou obra já esteja concluída, resta sem objeto a presente ação de nunciação de obra nova, devendo o prejudicado (autor), ingressar em Juízo com a competente ação demolitória, podendo, todavia, cumular o pedido por perdas e danos.

---

<sup>89</sup> Neste sentido, temos a lição de Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro Tutela Inibitória (Individual e Coletiva) 4ª Edição 2006, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 292.

<sup>90</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos Especiais. 10ª Edição. Editora Atlas. 2004. São Paulo, pág. 176.

<sup>91</sup> No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). 4ª edição, Revista dos Tribunais, 2006, São Paulo, pág. 293.

## **CAPÍTULO II:**

### ***A URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO E A INFLUÊNCIA QUE EXERCE SOBRE AS TUTELAS PREVENTIVAS***

Não se consegue determinar de forma concisa o termo urgência no mundo das ciências jurídicas<sup>92</sup>. Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>93</sup>, sobre a estrutura dos conceitos jurídicos assim tem se pronunciado: “deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos, ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no motivo legal) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível.

De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas”.

---

<sup>92</sup> No mesmo sentido Luca Pereira Baggio. Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2010, pág. 62.

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle judicial *apud* BAGGIO, Lucas Pereira. Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010, pág. 62.

Contudo, de Plácido e Silva<sup>94</sup>, define a urgência como sendo “a qualidade do que é urgente, isto é, é premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado, sob pena de provocar, ou ocasionar um dano, ou um prejuízo”.

Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, conseqüentes de maiores delongas, ou protelações. Juridicamente, a justificativa da urgência provém invariavelmente, não somente da necessidade da feitura das coisas, como do receio, ou do temor de que qualquer demora, ou tardança, possa trazer prejuízos. O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa, ou ao fato, para que seja feita, ou executada, em primeiro lugar e em maior brevidade, dispensando-se, mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades, ou o decurso de prazo, próprios aos casos normais.

Explicando a influência do significado da *urgência* na acepção jurídica, Marcos de Azevedo<sup>95</sup> fala que “o conceito de urgência decorre da necessidade de que se faça algo, por não comportar procrastinações, dependendo de todos os aspectos da situação jurídico-fática do fato tempo. A tutela jurisdicional de urgência tem como fim evitar que a demora do processo acabe por acarretar prejuízos a quem tenha razão na lide, seja em virtude de risco de ineficácia da execução, seja em razão de obstáculos que o réu, agindo de má-fé, poderá transpor para a efetiva solução do processo.

Dos elementos fornecidos acima concluímos que a urgência, no direito, seria a justificativa, ou a razão, que autorizaria a concessão de determinados procedimentos cuja ação do tempo, pela forma como o direito atual se encontra violado, ou a qualidade do direito material violado ou das qualidades das pessoas envolvidas (menor de idade, idoso etc), não recomendasse a espera comum para o deslinde da contenda.

---

<sup>94</sup> SILVA, DE PLÁCIDO. Vocabulário Jurídico, 13ª Edição, Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Editora Forense. 1997, Rio de Janeiro, pág. 843/845.

<sup>95</sup> AZEVEDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 559.

Por outro lado como nos cobra a nossa doutrina e até mesmo é cobrado pela doutrina estrangeira, conforme nos mostra Paulo Hoffman<sup>96</sup>, e Carlos Henrique Ramos<sup>97</sup>, o que seria a duração razoável de um processo? Segundo esses doutrinadores, caberia nesse conceito todo o lapso temporal utilizado para o cometimento dos atos processuais, sem desperdício da energia da máquina estatal, com a realização de atos processuais desnecessários ou procrastinatórios, ou seja, que não se mostrassem inúteis ao bom e regular andamento do processo.

Se por um lado cobra-se um andamento processual célere, reclamando-se do excesso de formalidades e prazos, por outro, tem-se como regra que a exigência de determinadas formalidades são primordiais para imprimir segurança aos processos e às partes.

Assim, reconhece-se como sendo de urgência a prestação da tutela de forma autônoma (como as técnicas processuais específicas) ou dependente (em relação direta com a medida cautelar ou qualquer outro procedimento que necessite de futura ação e a ela esteja subordinada ou de qualquer sorte dependa dela para gerar seus efeitos futuros), e que esta prestação seja exaurida em seus efeitos em tempo inferior ao que normalmente estão previstos para a resolução da questão pelas vias processuais ordinárias<sup>98</sup> e ainda, acima de tudo, traga algum resultado útil às partes que dele necessitam, não deixando o direito material exposto às adversidades do tempo ou da má-fé de quem tende se beneficiar indevidamente, uma vez que o “processo é um instrumento vagaroso que, em certa medida, prejudica quem tem razão e beneficia quem não a tem, sendo pois, neste cenário que surgiu a necessidade de criação de um mecanismo que concilie a tensão e a necessidade de uma rápida resposta do Judiciário, que

---

<sup>96</sup> HOFFMAN, Paulo. Razoável Duração do Processo. Quartier Latin, São Paulo, 2006

<sup>97</sup> RAMOS, Carlo Henrique. Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo. Juruá Editora, Paraná, 2008

<sup>98</sup> No mesmo sentido Ricardo Alessandro Castagna, Tutela de Urgência – Análise Teórica e Dogmática. Editora Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.

existe em certos casos de periclitância, entre segurança e efetividade dentro do processo<sup>99</sup>.

Contudo, ao se afirmar que apenas as tutelas de caráter cautelar e antecipatória, estão inscritas no rol das tutelas ditas de urgência, ficariam de fora, naturalmente, as demais tutelas de que trata a presente dissertação. O que não é razoável, principalmente tendo-se em vista a grande quantidade de novos direitos criados ou reconhecidos pelo nosso ordenamento e que estão a depender de uma tutela específica, uma vez que a tutela tradicional tem se mostrado incapaz de garantir-lhes eficácia.

Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani<sup>100</sup> tem opinião de que o processo, nos seus diversos ramos (processo civil, penal, trabalhista, eleitoral), demanda tempo para ser concluído, pelo fato de se desenvolver por meio da sucessão ordenada de atos, ligados por um vínculo de instrumentalidade e todos voltados a um mesmo fim, que é a resolução de um conflito intersubjetivo de interesses (embora nem todo processo termine com a resolução do conflito de direito material deduzido em juízo, dada a possibilidade de que ocorra algum vício de forma que o impeça, todo e qualquer processo é voltado, primordialmente, a esse destino).

Pode-se afirmar que a dialética do processo observa uma ordem lógica, a partir da qual se alega se prova e se decide. Por conta dessa faceta, tem-se que todo processo possui um tempo *fisiológico*, ou seja, é necessário despender certo número de dias, meses e anos até que se pratiquem todos os atos necessários a sua conclusão. Veja que o conceito clássico de processo parte do pressuposto que ele é um conjunto de atos concatenados e que visam a um objetivo comum.

---

<sup>99</sup> AZEVENDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 556.

<sup>100</sup> FRIEDE, Reis, KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago, A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro. Editora Impetus, 2009, Rio de Janeiro, pág. 7/9.

Modernamente, todavia, além do tempo *fisiológico* do processo, observa-se uma demora *patológica*, excessiva, gerada por diversos fatores, que vão da falta de aparelhamento do Estado e se estendem à desmedida recorribilidade (para citar duas causas sempre lembrada da lentidão da prestação jurisdicional).

Enquanto o processo se desenvolve, seja em tempo normal, seja de forma *patológica*, tem-se como regra a impossibilidade de que as partes usufruam quaisquer efeitos sociais positivos que dali podem emanar.

A suspensão da eficácia social do processo, ou seja, da aptidão em gerar efeitos na esfera social, apresenta vários graus. Em alguns casos, o primeiro momento em que será possível cumprir e tornar efetivos preceitos advindos do processo será após a publicação da sentença; em outros, após o julgamento do recurso de apelação. É possível pensar em processos judiciais cujas decisões somente poderão ser socialmente efetivadas após o trânsito em julgado, como se dá, por exemplo, nos casos de condenação contra a Fazenda Pública ao pagamento da quantia.

Ao exporem de tal maneira o seu pensamento, os autores retro-mencionados nos colocam a seguinte indagação: “em todo e qualquer caso será possível que o jurisdicionado espere o tempo *fisiológico* ou mesmo *patológico* do processo para que possa efetivar comandos dali advindos, ou essa demora – inerente ao instrumento processual – pode gerar a própria inutilidade da tutela requerida?”

Respondendo a esta indagação, os autores nos dão a seguinte resposta: “há certos casos em que a espera pelo momento ordinário no qual a decisão judicial surtirá seus efeitos sociais pode minar a utilidade do processo e, ainda mais, pode fazer desaparecer o próprio direito material alegado”.

Concluindo o raciocínio, chegam então à seguinte conclusão: “denomina-se de técnicas de urgência o conjunto desse aparato processual, criado para o fim de prover ao jurisdicionado a tutela de urgência, ou seja, a proteção jurisdicional efetiva nos

casos em que a demora do processo extingua sua utilidade e a do próprio direito material”.

A seguir, os autores enumeram as formas que permitem a utilização das tutelas de urgência, limitando grosso modo, à utilização da tutela cautelar e da antecipação de tutela.

Mais uma vez, eis a lição de Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani<sup>101</sup>: “a primeira forma como pode se desdobrar a tutela de urgência se dá pela inversão da ordem cronológica dos atos processuais, antecipando-se à ‘declaração da norma concreta aplicável ao caso’ a ‘fruição de um ou de alguns de seus efeitos práticos’. Ou seja, a tutela jurisdicional segue uma regra lógica bem simples, que é a de que a efetivação de um comando jurídico, no campo social, deve ser antecedida da declaração, sustentada em cognição exauriente do magistrado, sobre qual norma concreta deve regular a relação jurídica intersubjetiva deduzida em juízo (...) primeiro se conhece, para depois se efetivar a decisão”. Aqui, se permite imediatamente, sob os efeitos de uma cognição sumária e perfunctória, efetivar o comando judicial, tornando-a eficaz<sup>102</sup>.

De outra forma, a tutela de urgência poderia, ainda segundo lição de Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani<sup>103</sup>, ser implementada por meio de técnicas processuais distintas da anterior, que basicamente representa a antecipação da fruição do direito material em disputa (ou de alguns de seus efeitos práticos) antes que se tenha certeza de sua titularidade.

Jaqueline Mielke Silva<sup>104</sup>, em obra que demonstra a evolução das tutelas ditas de urgência, de Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista, nos mostra argumento contundente da impossibilidade de termos apenas a tutela cautelar e antecipação

---

<sup>101</sup> FRIEDE, Reis, KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro. Editora Impetus, 2009, Rio de Janeiro, pág. 9.

<sup>102</sup> No mesmo sentido, Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani. A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro. Editora Impetus, 2009, Rio de Janeiro, pág. 9.

<sup>103</sup> FRIEDE, Reis, KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago. A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro. Editora Impetus, 2009, Rio de Janeiro, pág. 9.

<sup>104</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de Urgência – de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Verbo Jurídico. 2009. Rio Grande do Sul, pág. 28.

da tutela como formas de tutelas de urgência, demonstrando em seus arrazoados que, “embora a doutrina aceite de um modo geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero tutela preventiva (lembrando que na lição de João Batista Lopes – in Medidas Cautelares Inominadas. Revistas dos Tribunais n. 605, p. 14 – ‘ não se pode afirmar que a preventividade constitua característica do processo cautelar, uma vez que esse traço, de certo modo, se faz presente também na ação declaratória, que, à evidência, não é cautelar’), tal questão tornou-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei.

Não se pode confundir preventividade, que é gênero, com cautelaridade que é espécie. Em determinado momento de sua construção doutrinária, ele dividiu os processos cautelares em inibitórios, antecipatórios e restituitórios”.

Já Marcos de Azevedo<sup>105</sup> faz dura crítica à utilização do termo tutela jurisdicional diferenciada ao tratarem das tutelas de urgência. Segundo este autor, “tutela jurisdicional diferenciada significa tutela adequada à realidade do direito material. Se uma determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação emergencial, a única forma de tutela adequada desta pretensão é aquela que pode satisfazê-la com fase em cognição sumária”.

E continua o mesmo autor:

como desmembramento da tutela diferenciada, encontramos a tutela antecipada que tem por escopo a realização antecipada do direito da parte, diferenciando-se da tutela cautelar justamente pelo fato de que esta não realiza o direito, mas sim assegura a sua realização num outro processo. Devido ao instituto da tutela antecipada, que é uma das medidas provisórias, o ordenamento visa evitar, sempre que possível, o perigo de dano, apontando, quando houver incerteza do direito ainda não definido, por soluções

---

<sup>105</sup> AZEVEDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 560/561.



que não permitam que o direito material seja sacrificado.

A tutela cautelar e a tutela antecipada, ambas com fundamento no art. 273, I do Código de Processo Civil, são subespécies da chamada tutela de urgência, que se torna inafastável quando o autor não puder aguardar o percurso do '*iter processualis* padrão', isto é, sofrerá dano irreparável ou de difícil reparação se tiver de esperar a solução da lide pela via comum<sup>106</sup>.

Ainda é o próprio Marcos de Azevedo quem afirma que o fato que fez eclodir a tutela de urgência foi justamente a necessidade de proteção a um direito certo do autor, evitando que a ação danosa do temo causasse a sua inutilidade, sendo esta a razão determinante que fez com que o legislador processual criasse medidas à altura para a devida proteção do direito material em risco.

Inicialmente, segundo Marcos de Azevedo, foi incorporado ao nosso ordenamento a dinâmica do processo cautelar, no Código de Processo Civil de 1973. Logo após, foi a vez de também ser incorporado ao nosso ordenamento, a tutela antecipada, com a Lei de número 8.952, de 1994, para, posteriormente, ser facultado a possibilidade de antecipar-se o provimento inibitório, por força da Lei número 10.444, de 2002.

Desta forma, os provimentos judiciais antecipatórios dotados da característica de urgência, são previstos nas formas de tutelas concebidas em lei. A tutela de urgência se destina a abranger todas as medidas necessárias a evitar risco de dano ao direito. Distinguem-se das demais tutelas previstas em lei, também pela necessidade da sumariedade cognitiva, inerente às tutelas de urgência como um todo, já que a análise da tutela caracterizada pela urgência não suporta uma análise completa, profunda e exaustiva da prova em que se deve fundar a decisão do magistrado processante.

---

<sup>106</sup> LOPES, João Batista. Fundamento constitucional da Tutela de Urgência. Revista Dialética de Direito Processual, n. 8, p. 69 *apud* AZEVEDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 561.

Contudo, se a tutela de urgência reclama um provimento quase que instantâneo e análise de prova, fundamento e direito *idem*, há também quem reclame que a tutela satisfativa não deve ser dotada de tal sumariedade cognitiva.

Assim, temos do lado oposto da medalha a situação conflituosa e problemática de que o provimento jurisdicional definitivo não pode e não deve ser prestada imediatamente, uma vez que a solução para os conflitos de interesses que se delineiam no processo, só é obtida mediante a seqüência de vários atos indispensáveis que permitam o exercício dos princípios da mais ampla defesa e do contraditório, tão ampla e contraditória quanto possível e legal<sup>107</sup>.

Se, de um lado, a tutela de urgência é destinada a abranger todas as medidas necessárias a evitar risco de dano ao direito, são elas caracterizadas não propriamente pela sumariedade da cognição, circunstância também presente em tutelas não cautelares, mas pelo *periculum in mora*<sup>108</sup>.

Humberto Theodoro Júnior<sup>109</sup> faz a seguinte observação tecendo comentários sobre o assunto:

No gênero tutelas de urgência estão compreendidas as tutelas diferenciadas, as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito. Na genérica qualidade de providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo (destinadas a afastar situações graves de risco de dano à efetividade do processo), está a tutela de urgência vinculada às

---

<sup>107</sup> No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Processo Cautelar*, 19 Edição, São Paulo, Leud, 2000, p. 41/42 e Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 579.

<sup>108</sup> No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, *tutela cautelar*, p. 161/162 *apud* Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 586.

<sup>109</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência*, 1ª Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, p. 4 *apud* Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 586.

espécies que integram seu espectro e é através delas que podem ser obtidos seus escopos.

Levando-se em conta tal classificação e esse traço comum acima apontado, as tutelas de urgência poderiam ser definidas como aquelas caracterizadas pela presença do *periculum in mora* – do perigo iminente de lesão irreversível ou de difícil reparação a direitos – ainda que naturalmente associado a outros requisitos.

As medidas cautelares são puramente processuais e têm como finalidade preservar a utilidade e a eficiência do provimento final do processo sem, todavia, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte que as pleiteia. Por sua vez, as medidas de antecipação de tutela de mérito proporcionam à parte medidas provisoriamente satisfativas do próprio direito material cuja tutela constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

Os autores prosseguem o seu raciocínio chegando a uma conclusão que senão é a mais correta, nos aparece como sendo viável para os moldes processuais de hoje em dia, com a estrutura de que dispomos. Eis a síntese do pensamento de Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti<sup>110</sup>:

A nosso ver, desde que se leve em conta que o processo é e sempre será *in instrumento*, uma *ferramenta* – e como tal, destina-se a fins bastante claros e conhecidos – é perfeitamente possível conciliar a técnica, elemento fundamental de qualquer ciência, a uma boa prestação jurisdicional. Esse, aliás, é o raciocínio que serve de base para o já mencionado *processo civil de resultados*, que se traduz exatamente pelo apreço à técnica processual, acompanhado, porém, da necessária consciência de que é preciso moldá-la e adaptá-la com vistas à obtenção de *resultados práticos satisfatórios*.

Também se pode concluir que as inúmeras classificações desenvolvidas pela doutrina com o escopo de diferenciar os tipos de tutela jurisdicionais previstas em nosso Código de Processo Civil e demais legislação processual pertinente, são o que menos importa.

---

<sup>110</sup> GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 588.

Falou-se em tutelas sumárias definitiva e não definitiva, tutelas cautelar, preventiva e antecipatória, tutela final de mérito exauriente e não exauriente, tutelas interinais (provisórias), tutelas de urgência e de evidência, tutelas de segurança, satisfativas, sancionatórias, inibitórias e tantas outras modalidades e nomes que somente as mais férteis imaginações poderiam criar.

Deste modo, evidenciando-se que essa exacerbação da técnica era nociva à prestação jurisdicional, o próprio legislador, por meio do advento da Lei número 10.444, de 2002, encampou essa bem-vinda tendência e proclamou a regra da fungibilidade entre as tutelas antecipatórias e cautelares (CPC, art. 273, § 7º).

## **2.1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA DE EVIDÊNCIA**

Como vimos no final do item anterior, a fundamentação básica, que autoriza a utilização da tutela diferenciada reside principalmente no fato de o magistrado verificar no litígio o *periculum in mora*, ou seja, a possibilidade da ocorrência de dano caso a prestação jurisdicional não seja efetivada no momento certo para que gere os efeitos que dela são esperados no intuito de prestar socorro no exato momento de sua invocação, limitada, sempre, aos casos previstos em lei.

Note que para a concessão das tutelas de urgência o autor sempre deverá demonstrar ao julgador a possibilidade de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação. A própria doutrina reconhece que as tutelas de urgência podem também se caracterizar pela junção do elemento *periculum in mora* com outros requisitos, específicos, para concessão desta ou daquela medida urgente.

Contrapondo-se às tutelas de urgência, porém ainda dentro da classificação diferenciada das tutelas, visando a proteção imediata do direito da parte, vem em socorro do jurisdicionado, agora, o instituto processual conhecido como tutela de evidência.

A tutela de evidência também se fundamenta, tal qual a tutela de urgência, na probabilidade de alegação verdadeira do direito posto em juízo, ou como dizem Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti<sup>111</sup>, “a presença do *fumus boni iuris*”, vulgarmente conhecida como “fumaça do bom direito”, residindo a diferenciação entre ambas, tutelas de urgência e tutelas de evidência, na verificação de a primeira, tutela de urgência, teria cabimento, quando se verificasse a existência de uma possibilidade de dano causado pelo decurso do tempo, em prejuízo ao regular andamento da relação processual, ao passo que a segunda, a tutela de evidência, dependeria, para seu cabimento, de outros requisitos diferentes destes, como no exemplo dado por José dos Santos Bedaque<sup>112</sup>: “a liminar possessória e antecipação baseada no abuso do direito de defesa já dependem apenas da plausibilidade do direito, ou seja, da evidência”. E continua o mesmo autor, na mesma obra: “a antecipação de efeitos da sentença, por sua vez, pode estar ligada apenas ao valor evidência (liminar possessória ou em razão do abuso do direito de defesa”.

Assim, finalizando, do ponto de vista conceitual, para Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti<sup>113</sup>: “as tutelas de

---

<sup>111</sup> GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 588.

<sup>112</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar..., pág. 338/339 *apud* GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 589.

<sup>113</sup> GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donald Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo, pág. 590.

urgência seriam, pois, aquelas concedidas com base na probabilidade de certeza ou na evidência do direito alegado (*fumus boni iuris*), requisito esse associado a outros quaisquer que não o *periculum in mora*.

Já para Luiz Fux<sup>114</sup>, “a expressão ‘direito evidente’, vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se *evidente*, tal como o direito documentado do exeqüente”.

Complementando o pensamento do ilustre jurista retro-mencionado, temos que a tutela de evidência também é chamada ou conhecida como tutela antecipa pura. Isto significa que diferentemente do padrão adotado como tutela de segurança, regida pelo art. 273, I do Código de Processo Civil, não há a necessidade de prova do direito perecível, não havendo também necessidade de comprovação da existência do requisito da demora<sup>115</sup>.

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano<sup>116</sup> explica o que se deve entender por direito evidente: “é aquele que seja incontestável, demonstrado mediante provas ou, ao menos, não passível de resposta séria”. Para a autora, agora, defesa abusiva “é a não séria, inconsistente, ou infundada”. E continua: “quando abusa do direito de defesa, o litigante, geralmente, já procrastina indevidamente o feito – motivo pelo qual alguns doutrinadores aventam a desnecessidade de incidência da segunda parte do inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil (manifesto propósito protelatório do réu), tendo em vista que a hipótese ali estipulada já estaria incluída no gênero ‘abuso do direito de defesa’.

O abuso do direito constitui uma categoria jurídica autônoma de antijuridicidade, porque o agente, embora execute ato

---

<sup>114</sup> FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência – fundamentos da tutela antecipada. Editora Saraiva. São Paulo. 1996, pág. 305.

<sup>115</sup> No mesmo sentido Isabela Márcia de Alcântara Fabiano em obra já citada.

<sup>116</sup> ALCÂNTARA FABIANO, Isabela Márcia. Tutela de Evidência – Mecanismo de instrumentalização, moralização e sincretismo do processo trabalhista. RDT – Revista do Direito Trabalhista/ 16-04 30 de abril de 2010. Alexandre Poletti e José Janguê Bezerra Diniz. Editora Consulex. Pág.

com aparência, a princípio, formalmente lícita, desvia-se do conteúdo axiológico inerente à norma jurídica”.

## **2.2. DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

Por fungibilidade pode-se entender a possibilidade de substituição de uma coisa por outra sem que isso modifique a qualidade da coisa substituída pela nova. Segundo classificação posta pelo artigo 85 de nosso Código Civil: “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Por oportuno, vale salientar que o legislador ao estabelecer as regras processuais, bem como as regras de direito material não tem condições de fixar e prever todos os comportamentos que determinada legislação poderá gerar, sendo por esta razão que mesmo tentando fixar e tipificar ao máximo o comportamento humano, sempre haverá espaço para o inesperado<sup>117</sup>. Por isso, é que a própria Lei de Introdução ao Código Civil<sup>118</sup> autoriza de forma genérica a utilização dos princípios gerais do direito etc.

Processualmente, poderemos encontrar a incidência do princípio da fungibilidade, além da sua previsão nas chamadas tutelas de urgência<sup>119</sup>, nas ações possessórias<sup>120</sup> e entre as figuras recursais<sup>121</sup> e também entre as medidas cautelares<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> No mesmo sentido, Guilherme Freire de Barros Teixeira, na sua obra Teoria do Princípio da Fungibilidade. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil 13. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. RT., São Paulo, 2008.

<sup>118</sup> Decreto – Lei Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, publicado no Diário da União em 09 de Setembro de 1942 e retificado em 17 de setembro do mesmo ano.

<sup>119</sup> Ver art. 273, § 7º do CPC.

<sup>120</sup> Ver art. 920 do CPC.

<sup>121</sup> Ver art. 496 e seguintes do CPC.

<sup>122</sup> Ver art. 796 e seguintes do CPC.

Classicamente o conceito do que é fungível é aplicado ao direito processual nos casos em que o autor se equivocar com a medida de proteção requerida ao juiz, este mesmo juiz possa acolher a demanda proposta pelo autor, fazendo-a processar-se da forma do instituto processual entendido pelo juiz como sendo o meio eficaz para se coibir a ação contrária ao direito material.

O princípio da fungibilidade, como é conhecido, para ser aplicado no sistema recursal do Código de Processo Civil reclama a existência da dúvida objetiva sobre qual figura recursal se deve utilizar e ainda não estando presente o erro grosseiro, poderá então o magistrado fazer uso deste princípio, recebendo um recurso pelo outro, desde que o recurso “errado” seja interposto dentro do prazo do recurso “certo”.

Nas possessórias, o princípio da fungibilidade também se aplica, contudo de uma forma mais branda, bastando apenas que o magistrado, constatando a possibilidade de que a proteção requerida pelo autor pode ser mais bem protegida por outra medida possessória, importando-se o legislador, aqui, em apenas garantir a melhor proteção ao bem tutelado do jurisdicionado, pouco se atendo a forma, condicionando apenas que se reconheça a presença ou existência dos requisitos para a concessão da medida possessória adequada.

A fungibilidade, na verdade, é utilizada como forma de se relativizar a utilidade e a importância do *nomen iuris* emprestado aos atos processuais para o fim de identificá-lo, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas prescrito no art. 244 do código de processo civil. Mas pode ter, também, um sentido mais profundo, visto que pode ser empregada como mais uma técnica de adequação da medida de urgência ao caso concreto, provendo-se medida cautelar, menos gravosa, nas hipóteses em que não se tenha preenchido os requisitos da antecipação de tutela, cuja cognição exigida é mais profunda.

Deve-se lembrar que não é possível adotar o princípio da fungibilidade se a sua utilização trouxer prejuízo à parte



requerente, devendo seu emprego, se prejudicial, ser antecedido de contraditório.

Em atendimento ao princípio da fungibilidade, mesmo que o ato esteja em descompasso com a formalidade legal exigida ao mesmo esse, deve ser validado se conseguir alcançar o resultado pretendido, uma vez que a tutela cautelar e tutela antecipada, quando pautadas no *periculum in mora* são espécies do gênero ‘Tutela de Urgência’, apresentando muito mais pontos em comum do que distinções, prevalecendo assim, a proteção ao bem tutelado que o amor à forma, o preciosismo<sup>123</sup>.

Assim, no que pertine ao princípio da fungibilidade no campo das tutelas de urgência, temos como dispositivo legal a norma contida no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, cuja regra, já consagrada pela jurisprudência, fora introduzida na legislação pátria por meio da Lei número 10.444, de 2002, acrescendo ao art. 273 o § 7º, com a seguinte redação: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressuposto, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Como ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>124</sup>:

O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação da tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.

Embora a regra prevista no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil determinar expressamente a substituição de remédio requerido sob a titulação de antecipação de tutela, o juiz

---

<sup>123</sup> No mesmo sentido, Reis Friede, Rodrigo Klippel e Thiago Albani, na obra *A tutela de urgência no processo civil brasileiro*. Impetus, Rio de Janeiro, 2009.

<sup>124</sup> NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil e Legislação Extravagante*. 10ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 531.

pode convertê-la em tutela cautelar, de forma pacífica a nossa jurisprudência e doutrina também tem entendido ser possível o inverso, ou seja, a substituição de provimento requerido sob a forma de cautelar ser substituído por provimento antecipatório de tutela.

No mesmo sentido é a lição de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>125</sup> que entendem que caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transforma o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada, ou se o autor se negar a proceder à adaptação ao procedimento correto.

Também no mesmo sentido é o posicionamento de Jaqueline Mielke Silva<sup>126</sup>, ao analisar o posicionamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva, justificando que este autor é contra pelo fato de entender que a tutela cautelar e a antecipação de tutela trazem características próprias e distintas, ao passo que Athos Gusmão Carneiro tem o mesmo entendimento, entretanto, percorrendo caminho diferente, a seguir exposto, ou seja, seria possível sim a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, porém apenas na forma disposta pelo Código de Processo Civil, uma vez que, caso o autor pretendesse medida antecipatória, porém os elementos carreados aos autos só fossem suficientes para o deferimento da tutela cautelar, de imediato o

---

<sup>125</sup> NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil e Legislação Extravagante. 10ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 531.

<sup>126</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de Urgência – de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Verbo Jurídico. Rio Grande do Sul. 2009, pág. 42/43.

magistrado poderia conceder, visto que os requisitos para concessão da tutela cautelar são menos exigentes do que os exigidos para a concessão da antecipação de tutela, porém, ainda segundo o Athos Gusmão Carneiro, citado por Jaqueline Mielke Silva, o inverso não seria capaz, porque o autor ao requerer tutela cautelar estaria adstrito a produção de prova da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, estaria obrigado a apenas demonstrar a plausibilidade do direito reclamado e a indicar o prejuízo supostamente suportado pela ação prolongada do tempo sobre a relação processual.

Cumprе salientar que tanto o entendimento de um como de outro doutrinador já se encontra defasado, uma vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ já produziu jurisprudência no sentido de que “a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela”<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> REsp. 653.381/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.02.2006.

## CAPÍTULO III:

### *O PRINCÍPIO DA SIMETRIA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NAS TUTELAS PREVENTIVAS*

A simetria, como nos lembra Marcelo Labanca Corrêa de Araújo<sup>128</sup> “sugere organização, ordem, enquanto a assimetria sugere desorganização”.

O conceito de simetria, ainda no entendimento de Marcelo Labanca Corrêa de Araújo<sup>129</sup>, foi inicialmente desenvolvido pelos gregos, como uma forma racional de explicar a beleza, tendo essa noção de proporção, de equilíbrio, de harmonia, sido perseguida ao longo dos séculos na arte, na arquitetura, nos seres humanos.

Do exposto, podemos concluir que simetria seria a correspondência de uma coisa com outra, tal qual uma imagem refletida no espelho. Mesmo essa imagem refletida no espelho embora muito parecida e semelhante, não condiz totalmente à realidade do objeto refletido, uma vez que há, no caso, uma inversão de lados, isto é, o lado direito de determinada coisa encontra-se à sua esquerda na imagem refletida e vice e versa. Sendo assim, não se pode dizer que o objeto é totalmente igual à

---

<sup>128</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação – o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Elsevier. Rio de Janeiro. 2009, pág. 5.

<sup>129</sup> Mais sobre o assunto, consultar a obra *Jurisdição Constitucional e Federação – o princípio da simetria na jurisprudência do STF*, Elsevier. Rio de Janeiro. 2009 de Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

sua imagem, posto que há nitidamente, uma inversão do objeto. O objeto tem a sua imagem refletida de forma inversa no espelho!

Partindo deste raciocínio, desejamos então comparar e tratar com equivalência os institutos das tutelas de urgência e das tutelas preventivas, colocando-as sob a mesma perspectiva, respeitadas as suas finalidades e os seus modos de interagir com o direito processual civil como um todo, lembrando a lição de Manoel Severo Neto<sup>130</sup>, no sentido de que “não se trata de obter com a simetria o uso igualitário de termos, procedimentos e expressões jurídicas, mas encontrar uma coincidência caracterizada por uma convergência sistêmica. Sem o rigor matemático ou geométrico, obtém-se, com o uso da simetria, uma organização, ainda que parcial, de uma rede de conceitos jurídicos que, pela sua equivalência e semelhança normativa, facilita a operacionalização do direito”. Note que semelhança significa parecer e não ser a mesma coisa ou o mesmo objeto.

A simetria não se verifica somente no tocante aos conceitos de institutos jurídicos, mas também na sistematização dos modos de proceder e no seu desenvolvimento, quer dizer, mesmo integralizados por institutos diversos, os procedimentos adotados pelo legislador são construídos com fundamento na racionalidade e funcionalidade ornamental.

A disposição de conceitos e procedimentos idênticos permite ao legislador dogmatizar os institutos jurídicos com harmonia e possibilidades de combinação, dentro de um universo infinito de preceitos. Mas, por capricho, fornece uma infinidade de famílias jurídicas, que não se confundem, mas revelam uma relação harmônica entre as diversas partes que compõem o ordenamento jurídico.

A simetria dos institutos e procedimentos jurídicos resulta de uma harmonia das partes que integram o próprio sistema jurídico, mas também deflui da correspondência que advém dessas

---

<sup>130</sup> SEVERO NETO, Manoel. Teoria da legitimação. Editora Juarez de Oliveira. 2009, São Paulo, pág.137/138.

partes separadas, proporcionando estética e perfeição, cuja beleza ‘arquitetônica’ advém da unidade do sistema.

É o mesmo Manoel Severo Neto<sup>131</sup>, que para ilustrar o tema, cita vários exemplos em que a simetria encontra-se visível, colhendo lição de Rafael Bielsa<sup>132</sup>, e dando a sua própria contribuição ao tema, ao ensinar que o legislador pátrio recorre a este expediente, ou seja, aplicar a simetria, utilizando-se, nas palavras do autor supracitado, de uma reutilização de conceitos e, sem muito esforço, conclui-se que outros institutos jurídicos existem por uma questão de metodologia e sistematização, também são simétricos, semelhantes, porque existe entre eles um ponto comum e uma certa similitude e analogia, o que torna lógico a utilização das diversas variantes de um conceito em outra área de um outro instituto<sup>133</sup>.

Assim, conclui-se facilmente que a utilização da simetria em nosso ordenamento teve e tem papel fundamental para o aperfeiçoamento e evolução dos institutos jurídicos, o que nos permitiu a modificação relativamente rápida do direito processual civil, de forma particular.

Usando o conceito e acepção que a simetria empresta ao ramo das ciências jurídicas, vamos buscar um ponto de apoio, ou seja, um ponto comum onde as diversas tutelas, seja de evidência, preventiva ou de urgência se encontram.

No transcorrer da presente dissertação, temos falado de tutela inibitória, cautelar, antecipatória, mandado de segurança preventivo, manutenção de posse, nunciação de obra nova e os interditos proibitórios, todos eles rotulados como tutelas inibitórias e tutelas de urgência, e ainda, tutelas diferenciadas (técnicas processuais diferenciadas).

---

<sup>131</sup> SEVERO NETO, Manoel. Teoria da legitimação. Editora Juarez de Oliveira. 2009, São Paulo, pág. 139

<sup>132</sup> Sobre o assunto, consultar a obra Teoria da legitimação, Editora Juarez de Oliveira, 2009, São Paulo, de Manoel SEVERO NETO.

<sup>133</sup> Sobre o assunto, consultar a obra Teoria da legitimação, Editora Juarez de Oliveira, 2009, São Paulo, de Manoel Severo Neto.

E, a nosso ver, o ponto de contato entre elas reside justamente na prova que deve ser produzida para interferir e influenciar o animo do juiz que preside o feito.

Note que em todas as tutelas acima referidas, o evento temido ainda não ocorreu. Está na iminência de ocorrer, cabendo ao autor que tenta proteger-se evitando o evento, comprovar a possibilidade fática e real de sua ocorrência. Tanto é assim que na grande maioria delas há a necessidade de comprovação do *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade de que o evento venha a ocorrer, que a pessoa a quem se imputa a possibilidade de uma conduta tenha elementos, meios, que lhe permita concretizar o ato temido.

Sendo assim, necessita o autor lastrear toda a sua prova em indícios, ou seja, indicações que permitam ao julgador concluir pela possibilidade de ocorrência do ato temido.

Note que todo o trabalho processual do autor é demonstrar para o juiz que o fato pode vir a ocorrer, como se verifica na dicção do art. 932 que diz: “o possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

Comentado este artigo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>134</sup>, fazem a seguinte observação:

O interdito proibitório aqui previsto tem caráter inibitório, como no caso da ação prevista no CPC 461. Aqui, visa-se proteger especificamente o direito de posse quando ainda não tiver sido efetivada a turbação ou o esbulho, mas houver justo receio de que venha a ocorrer. Há requisitos que devem ser comprovados para que seja concedido o mandado de proibitório: a) receio; b) que esse receio seja justo; c) que, além de justo, possivelmente provoque moléstia; d) que haja iminência da ação injusta do réu.

---

<sup>134</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª Edição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 1.180.

Veja que a prova produzida no âmbito das tutelas preventivas ou de urgência não são provas definitivas, perfeitas e acabadas, capazes de interferir no animo do julgador a ponto de se obter um juízo-final.

Como bem se sabe, a prova produzida nestes tipos de tutelas são provas em que não se permitem maiores elucubrações sob pena de que o resultado da atividade judicial do estado se torne inoperante, o que já nos aproxima do tema *periculum in mora*, ou seja, o dano que poderá ser causado ou suportado pela parte autora em casos de demora na prestação da tutela estatal.

Ademais, tais tutelas quando são liminarmente deferidas ou mesmo deferidas ao final, como é o caso da tutela cautelar, são concedidas sob o manto da provisoriedade, também atendendo com o nome de reversibilidade da medida.

Já outras medidas de cunho preventivo, que dispõem de autonomia e são verdadeiras ações de conhecimento, estão fora da dita possibilidade de reversão da medida ora concedida, salvo no caso em que também se pleiteia junto e dentro delas, a antecipação dos efeitos da tutela, como é o caso da tutela inibitória que se faça acompanhar do pedido antecipatório.

Então, vê-se que facilmente se consegue alcançar a simetria entre os institutos objeto do presente trabalho analisando a sua finalidade, ou seja, o seu desejo de resguardar direitos, e o seu sistema de produção de prova, visto que em todos eles, analisa-se a probabilidade de evento futuro, por meios de provas tais como o indício e a presunção, o que passaremos agora a analisar.

### **3.1. ALGUNS ASPECTOS SOBRE A PRODUÇÃO DA PROVA NAS TUTELAS PREVENTIVAS: PROBABILIDADE, VEROSSIMILHANÇA E CERTEZA**



Como determina a Constituição Federal, toda decisão judicial deverá ser fundamentada. No mesmo sentido o nosso Código de Processo Civil.

Contudo o que leva o magistrado a decidir de uma ou de outra forma, e mais ainda, o que interfere no seu exercício mental que determina a opção por uma ou outra decisão? Já se disse, e com propriedade, que os mecanismos aos quais estão vinculados os juízes são a garantia para uma boa prestação jurisdicional e são também a forma de se legitimar esta mesma decisão na sociedade.

*Luhmann* chega a afirmar que

A legitimidade depende, assim, não do reconhecimento “voluntário”, da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza com evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão oficial<sup>135</sup>.

Pois bem, o julgador para manifestar a vontade do Estado num determinado caso concreto deverá se cercar das evidências de que tal fato ocorreu da forma narrada nas peças produzidas pelas partes, filtrando daí o que realmente é proveitoso para a demanda.

Marinoni e Arenhart são da opinião de que antes de mais nada, impõe-se lembrar que o conceito de prova não é, nem pode ser, encontrado exclusivamente no campo do Direito. Ao contrário, trata-se de noção comum, a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos. Todavia,

---

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas – Legitimação pelo Procedimento. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real Editora Universidade de Brasília. 1969

no seio do Direito, a prova assume alguns matizes especiais que permitem sua observação particularizada<sup>136</sup>.

Cabe advertir, como Proto Pisani, que a palavra prova, em processo, mas também em outros ramos da ciência, pode assumir diferentes conotações. Pode significar os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo. Esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, na mente de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento<sup>137</sup>.

Como o próprio nome já sugere, a definição de prova vem ligada à idéia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado<sup>138</sup>. Nesse diapasão, é que vem Lessona dizendo que “provar nesse sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser”<sup>139</sup>.

Corroborando com esse entendimento de Lessona, vem Liebman, que define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol 5 – Tomo I (do Processo de Conhecimento – arts. 332 a 341) 2ª edição RT, São Paulo 2005

<sup>137</sup> No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na obra Código de Processo Civil Vol 5 – Tomo I (do Processo de Conhecimento – arts. 332 a 341) 2ª edição RT, São Paulo 2005

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. – Comentários ao Código de Processo Civil Vol 5 – Tomo I (do Processo de Conhecimento – arts. 332 a 341) 2ª edição RT, São Paulo 2005.

<sup>139</sup> LESSONA, Carlos. Teoria general de La prueba em derecho civil. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. V. 1, p.3.

<sup>140</sup> LIEBMAN, Enrico tullio. *Manuale di diritto processuale civile*.cit., p. 318.

Para José Victor Ferreira Nobre<sup>141</sup>, citando João Monteiro, “não se chama prova somente o conjunto dos meios e processos tendentes à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, senão também a própria certeza daquela afirmação”. Continuando o mesmo mestre, agora citando João Mendes, diz que “provas em um sentido amplo, são os meios pelos quais a inteligência busca firmar sua adesão ao objeto”, o que o fez chegar à seguinte conclusão: ora, se a prova em seu aspecto geral, como assunto jurídico, é no fundo e na forma matéria de direito processual e também de direito material, ou seja, se nela se distinguem, embora de modo inseparável, o direito em si com o exercício do direito, não há como se queira tomar o sentido do vocábulo em sua significação puramente genérica. Além disso, tratando-se da prova judiciária que é o núcleo da construção vital do processo, para o qual converge toda a atividade dos que se debatem em juízo, afim de interceder no animo do julgador.

Sendo assim, parece-nos que, a melhor definição desse instituto secular, não seria a que, como esta última, fizesse cair simplesmente sob os nossos sentido essa idéia indeterminada da prova que, de modo comum, se revela em todas as manifestações do nosso trabalho mental, quando este envida os meios necessários à realização de qualquer dos atos da vida em seus múltiplos aspectos; e sim aquela que, efetivamente, abrange a espécie apreciada em síntese perfeita e do modo mais concreto em toda a sua inteireza e coerência lógica<sup>142</sup>.

Já Moacyr Amaral dos Santos<sup>143</sup>, explica que prova vem a ser ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que este vocábulo se origina de *probatio* que, por sua vez se deriva do verbo *probare*, que vem a

---

<sup>141</sup> NOBRE, José Victor Ferreira. A Prova no Processo Civil e Commercial. Typographia Gadelha. Ceará. 1921. Pág. 3.

<sup>142</sup> No mesmo sentido José Victor Ferreira Nobre, na obra A Prova no Processo Civil e Commercial. Typographia Gadelha, Ceará, 1921.

<sup>143</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária do Cível e Comercial. Vol 1 – 2ª Edição Max Limonad 1952, São Paulo-SP.

ser aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>144</sup>, quando aborda a questão da verdade e da função da prova, indica com precisão a maneira como a prova é importante e decisiva na concretização da justiça, dizendo que

A idéia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição de prova liga-se diretamente àquilo “que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”. Tem-se (ou tinha-se) essa idéia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra. Também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.

Observa-se que o autor acima citado também é da opinião de que a prova significa, de forma ampla, a investigação da verdade dos fatos ocorridos, e que esta, a verificação da verdade, constitui-se na principal atividade do magistrado no processo de conhecimento, ocupando quase a totalidade dos atos ali praticados ou investigados, ou como interessa a este trabalho, a probabilidade de que tais fatos poderão ocorrer, e de que é legítimo o jurisdicionado tentar proteger-se de eventual dano futuro, decorrente da conduta ilícita do agente, cujo comportamento tenta-se a persuasão em contrário, por meio das tutelas preventivas ou de urgência.

Sendo assim, verifica-se que toda atividade jurisdicional depende da prova dos fatos ocorridos e de como esses fatos ocorreram. É preciso demonstrar ao juiz com o máximo

---

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 2. Processo de Conhecimento. RT – 7ª Edição. 2008. São Paulo, pág. 251/252

de convicção, a lesão ou ameaça sofrida. Dito isto, constata-se que a prova vem a ser a mola mestra que movimenta, equilibra e decide o processo ou relação processual.

Daí que a maioria dos sistemas processuais se preocuparem com o momento de produção de prova a ser realizada pelas partes, disciplinando esta fase de forma rígida para evitar entendimentos diversos, acarretando maiores prejuízos às partes processuais, tais como a necessidade de produção de novas provas para suprir a falta ou nulidade da prova anteriormente produzida.

É a partir da análise da prova carreada aos autos que o juiz passará a fundamentar a sua decisão concedendo ou não as medidas pleiteadas pelas partes durante toda a relação processual.

No caso das tutelas de urgência a produção e a análise da prova têm um caráter determinante, uma vez que nestes casos o juiz decide quase que de plano, imediatamente, questões urgentes que não comportam dilação probatória justamente para não correrem o risco de não surtir os efeitos desejados e necessários para a salvaguarda dos direitos lesados ou em vias de sê-lo.

Colocado desta maneira, entende-se, em parte, a resistência de alguns magistrados no momento de deferir ou não pedidos cautelares ou antecipatórios e também as medidas inibitórias, que aqui podem parecer um pouco mais complexas visto que elas visam impedir que o dano não venha a acontecer no futuro, diferentemente de tudo o que já estão acostumados os jurisdicionados, porém todas elas consideradas medidas preventivas ou de urgência.

Mais particularmente, a prova a ser produzida em sede de ação inibitória é bastante desafiadora uma vez que tenta demonstrar para o juiz que a parte ré, que até então não vem se comportando de forma a afrontar direito alheio, poderá, a qualquer

momento, no futuro, agir de forma a causar lesão a direitos de alguém.

No que tange a seara da tutela inibitória, a prova ou o sistema de prova vem preocupando a doutrina uma vez que os sistemas criados para comprovação dos fatos estão voltados à reconstrução de acontecimentos passados ao passo de que nesta forma de tutela, a prova se volta para ato futuro, ainda sem a existência do fato. E, sendo assim, com o sistema de prova atual, como ficaria então a fundamentação da decisão do magistrado que entendesse que o fato narrado na exordial de ação inibitória poderia ou iria ocorrer ou não? Note que a prova, no sistema tradicional, busca reproduzir um estado que já ocorreu e não que ainda está para acontecer. Seria quase como uma adivinhação do futuro.

Contudo, a tutela inibitória se presta a impedir que o ato ilícito não ocorra; que se já ocorreu, não volte a se repetir; e, caso ainda esteja ocorrendo, que cesse de imediato. Desta forma, e com razão, o sistema de provas deve se adaptar à realidade fática das coisas, buscando modificar-se e adequar-se ao sistema que se lhe exige para gerar seus efeitos e garantindo a harmonia da sociedade com o equilíbrio do direito.

Alguns doutrinadores já chegaram inclusive a se movimentar dentro da estrutura da prova buscando alternativas possíveis e compatíveis com as regras processuais hoje existentes. É o que nos noticia Luciana Gonçalves Tessler<sup>145</sup>, ao dissertar sobre a redução do módulo da prova, dizendo em apertada síntese que a teoria da redução do módulo da prova, proposta pelo processualista alemão Gerhard Walter, busca resolver o problema das ações que têm causas de pedir impossíveis – ou muito difíceis – de serem demonstradas. Walter chama a atenção para o fato de

---

<sup>145</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 9. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. RT. São Paulo. 2004, pág. 312/314.

que diante da diversidade dos casos concretos e dos problemas de complexidades diversas que se põem a resolver, não é possível conceber que o módulo de prova seja unitário, ou seja, que exista um regime de prova geral para todas as situações. Desta feita, defende a adequação da exigência do grau de prova à dificuldade de produzi-la e ao valor do bem jurídico a tutelá-la.

O grau de demonstração do direito a ser exigido deve ser analisado diante de cada caso concreto. Com absoluta pertinência, considera que, nas situações em que se apresenta uma grande dificuldade de produzir-se a prova, a exigência de que o fato seja demonstrado da mesma forma em que ocorreria numa situação de fácil comprovação implicaria negar-se o direito à tutela jurisdicional, visto que a prova seria impossível.

Para ilustrar, utilizemos o exemplo citado por Luciana Gonçalves Teles, a qual citando Walter, alude ao exemplo de um homem que foi ferido na guerra por um disparo na cabeça e depois de vinte anos vem a sofrer ataques epiléticos e acaba morrendo.

Para sua viúva conseguir a pensão a que tem direito, terá de demonstrar que os ataques epiléticos eram conseqüência daquele ferimento na cabeça. Os médicos atestam que é muito provável que os ataques epiléticos e, por conseqüência, a morte do sujeito, tenham decorrido do ferimento, mas não poderiam excluir outras causas. Neste exemplo, como em muitos outros, apenas se conseguirá apontar a probabilidade. A prova desta relação causal é quase impossível. Se o juiz exigisse que a prova do fato restasse isenta de dúvidas, a viúva nunca conseguiria obter sua pensão<sup>146</sup>.

Percebe-se que reduzir o módulo da prova não significa aniquilar a necessidade da prova ou proteger-se injustificadamente uma das partes.

---

<sup>146</sup> Sobre o assunto, consultar Luciene Gonçalves Teles. Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil. Vol 9. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. RT. São Paulo. 2004.

A redução do módulo da prova tem por fim adequar a exigência da prova às dificuldades práticas do caso concreto. É por isso que a redução é permitida tão-somente dentro dos limites do estritamente necessário, a fim de não inviabilizar a tutela jurisdicional. Trata-se de medida excepcional, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, e justificada em razão da impossibilidade da prova<sup>147</sup>.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart<sup>148</sup>, ao afirmarem que em se tratando de tutela inibitória, no que diz respeito à prova, esta deve se limitar à demonstração da aparência da ameaça, e cita, eles também, o autor alemão Gerhard Walter, e a sua teoria de redução do módulo da prova, indicando que nesta tutela inibitória, não há a necessidade de se comprovar a certeza, ao passo que nos permite deduzir que se tal redução do módulo da prova não precisa produzir a certeza, deve, pelo menos, produzir uma probabilidade de ocorrência do fato que se deseja coibir.

Sensível a este respeito, o legislador quando introduziu o instituto da antecipação de tutela em nosso ordenamento, condicionou o deferimento da referida antecipação ao mínimo de comprovação possível dos fatos. Tanto é assim que da simples leitura do art. 273 do Código de Processo Civil, constata-se que são requisitos para antecipação da tutela, além de pedido da parte: prova inequívoca e verossimilhança das alegações, intuito protelatório do réu ou dano irreparável ou de difícil reparação, somada à possibilidade de reversão da decisão, caso haja mudança no quadro fático exigido pela legislação.

---

<sup>147</sup> No mesmo sentido Luciene Gonçalves Teles. Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Coleção temas atuais de Direito Processual Civil. Vol 9. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. RT. São Paulo. 2004

<sup>148</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil V. 2. Processo de Conhecimento. 7ª edição RT São Paulo 2008, pág. 309/310.



Note que no instituto da antecipação de tutela e mesmo da tutela cautelar, exige-se do autor que comprove apenas a possibilidade de existência do direito alegado, não tendo até então o autor a obrigatoriedade de produzir prova perfeita e acabada do direito ora reclamado. E tanto assim é verdade que em ambas as tutelas acima referidas – a antecipação e a cautelar – é que o julgador só poderá deferi-las caso aja a possibilidade de reversão, para que o julgamento tomado apenas com base numa análise superficial de prova cuja produção e apreciação é limitada, pudesse revestir e tornar definitiva aquela decisão.

Observe que o tema da prova que busca comprovar fato futuro e provável é tema delicado e muitas vezes encerram grandes debates em torno do que se pode ou não ser comprovado antecipadamente.

Em artigo publicado por Hermes Zaneti Júnior<sup>149</sup>, o referido processualista dissertando sobre a verdade provável e a verdade real atenta para o aspecto ou significação adotada para o termo *verdade*, dizendo que “o problema dos modelos da prova liga-se fundamentalmente com esta questão. Isto porque o modelo adotado corresponde em maior ou menor grau à preocupação com a certeza, se absoluta ou provável, que o processo espera obter ao final com a decisão judicial. A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica. Com efeito, a doutrina é uníssona ao apontar que ‘como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema, conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a

---

<sup>149</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Genesis – Revista de Direito Processual Civil nº 31 janeiro/março de 2004, pág. 34 e seguintes.

critérioriosa avaliação da probabilidade suficiente' (Dinamarco. Instituições de Direito Processual Civil, p. 143, v.1)".

Continuando o raciocínio de Hermes Zaneti Júnior<sup>150</sup>, os operadores do Direito se utilizam de forma a não fazer distinções entre as expressões verdade possível, verossimilhança e probabilidade. Entretanto, estas expressões estão entre si em relação crescente de certeza para o processo: "provável é mais do que verossímil, e verossímil, mais do que verdade possível" (Calamandrei. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*, pág. 170/171).

No mesmo sentido Cândido Rangel Dinamarco<sup>151</sup>, ao afirmar que

Probabilidade é mais do que mera credibilidade ou mesmo que verossimilhança, mas é necessariamente menos do que certeza. Não passa da preponderância dos elementos convergentes à aceitação de uma proposição, sobre os elementos divergentes. O grau de razão (fundamentos) da afirmação dirá se provável ou improvável.

A evolução do conceito de prova até os dias atuais se deve principalmente à forma como os nossos sentidos são capazes de perceber, apreender e reproduzir os fatos com relevância jurídica, evoluindo do conceito clássico de prova, partindo do entendimento elementar sobre os fatos da vida e sua compreensão, até uma visão positivista, científica e, portanto, moderna, onde o homem agora procura conhecer o fato em sua totalidade fenomênica e interpretá-lo de acordo com os conhecimentos acumulados durante a sua evolução como espécie e domínio da razão, ressaltando ainda a suas limitações acerca dos fatos que não conhece ou não domina em razão da sua constante evolução e mudança de paradigmas.

---

<sup>150</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Genesis – Revista de Direito Processual Civil nº 31 janeiro/março de 2004, pág. 38 e seguintes.

<sup>151</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, pág. 143, v. 1).

Caso observemos a lição acima, percebe-se que mesmo intrinsecamente há uma gradação na prova. Basta verificar que para cada modalidade de tutela há uma forma específica de se buscar a prova para a comprovação do fato.

Começamos com a mera probabilidade, requisito suficiente para o deferimento de uma tutela cautelar, passando agora por uma verossimilhança, sendo esta a condição da prova que autoriza a concessão de uma tutela antecipada, para ao final chegarmos a uma certeza, como pressuposto para o julgamento final e definitivo, no caso a sentença.

Mesmo com essa gradação não há a segurança de que cada grau de prova seja necessariamente adequada, uma vez que o conceito de verdade é bastante relativo, dependendo inclusive da formação pessoal de quem analisa a prova, no caso o magistrado, bem como o meio em que esse magistrado encontra-se inserido, de sua experiência de vida etc.

Curioso também se faz comentar que os dois primeiros “graus” de prova, a mera probabilidade e a verossimilhança só autorizam a concessão da medida pleiteada em Juízo caso essa medida, cautelar ou antecipatória, mas ambas de urgência, não tiver o condão de tornar imutável esta mesma decisão, justamente para não importar em julgamento definitivo da lide, privando a parte contrária de exercer a ampla defesa, princípio constitucional amplamente assegurado, ao passo que o último “grau” de prova, a certeza, exige, ao menos, uma análise profunda da matéria sobre a qual versa o litígio, permitindo a instrução exaustiva da causa antes do pronunciamento final do magistrado.

Dito isto, percebe-se que a idéia de uma tutela de urgência, seja em que modalidade for, é totalmente incompatível com a idéia de se buscar uma prova perfeita, robusta e definitiva, uma vez que os procedimentos adotados numa relação processual

dirigida a garantia de uma situação atual não comportam dilação probatória maior que a prevista nas leis processuais para cada caso em específico, posto que, caso fosse o juiz analisar acuradamente cada alegação proposta pelas partes, quando viesse a decidir a causa (urgente), muito provavelmente a sua decisão seria vazia, por não restar mais nada à parte a ser assegurado, acarretando o desperdício no exercício, na movimentação da máquina estatal e numa não composição de litígios que, por sua vez, não cumpriria a função pacificadora do processo.

### ***3.2. INDÍCIOS E PRESUNÇÕES: FORMAS DE SUA ANÁLISE E EXERCÍCIO PARA SUA OBTENÇÃO***

Grande têm sido as confusões armadas em torno da conceituação entre dois institutos jurídicos que integram o sistema de provas no direito processual, tanto civil quanto penal.

Muita doutrinadores, confundem-se ao conceituar o indício e a presunção, chegando inclusive a tomá-los como termos sinônimos ou mesmo que um é complemento do outro.

Malatesta é da opinião que os autores que confundiram a presunção com o indício deixaram-se vencer pela linguagem vulgar; linguagem vulgar que, por sua vez, deixou-se levar pela etimologia indeterminada da palavra.

Presume-se, quase tomar antecipadamente uma opinião, etimologia genérica e indeterminada do vocábulo, que lança a suspeita sobre a coisa significada. E a linguagem vulgar, continuando em harmonia com as razões etimológicas, adotou também esta palavra, com seus derivados, para significar um vício

moral, próprio dos espíritos vulgares, confirmando com isto a condenação do significado equívoco do vocábulo.

Para Malatesta, como vício moral, a presunção “é a soberba dos insignificantes, como argumento lógico mal usado é a certeza dos idiotas: baixeza, em todo caso, moral ou intelectual<sup>152</sup>”.

Já Moacyr Amaral Santos, traçando uma linha diferenciadora entre o indício e a presunção, cita o entendimento de Sabatini e também o de *Coniglio*, dizendo que

segundo SABATINI, a diferenciação entre presunção e indício está na diversidade da ilação: ilação presuntiva e ilação indiciária. Aquela é meramente dedutiva, esta é indutivo-dedutiva.

Dado o fato conhecido, ou seja a circunstância particular, faz-se, primeiro, um trabalho de indução para ligar esse fato a um princípio geral, fundado na observação dos caracteres comuns que se encontram nos fatos análogos: e o princípio não é senão a determinação do caráter comum como lei geral. Assim, o tremor, a palidez do acusado diante do juiz se ligam, por experiência, à emoção causada pela consciência do próprio crime [pelo receio de ser descoberto e a autoria comportamento antijurídico ou ilegal venha à tona e se torne público]. Formada a lei psicológica, desce-se desta, por dedução, à sua aplicação ao caso concreto, inferindo que Tício tenha a consciência do delito e seja, pois, culpado. Processo indutivo-dedutivo: prova indiciária.

Diversamente, na presunção não há trabalho indutivo, porque falta o elemento particular do qual se movimenta até a lei geral. A lei é formada na nossa consciência e dela se procede diretamente para atribuí-la ao sujeito processual, aplicando-se a este como espécie, que é, do gênero a que a lei se refere.

Também CONSIGLIO faz distinção entre indício e presunção. O indício consiste num particular elemento lógico que representa um fundamento de prova em relação indireta com o assunto de prova, isto é, com o

---

<sup>152</sup> Malatesta, A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Vol. I, Bookseller editora e distribuidora, tradução da 3ª Edição 1912, pág. 187.

tema *probandum*; diversamente, a presunção é o resultado da avaliação da prova, ou seja, a argumentação indireta que constitui o juízo no caso específico<sup>153</sup>.

Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart em preciosa lição diferenciando o indício da presunção concluem o seguinte:

o indício – que é fato – não pode sequer ser aproximado do conceito de presunção. Não obstante, é comum imaginar que a presunção é uma espécie de prova. Se o fato indiciário é o ponto de onde o juiz parte para chegar ao fato direto, para tanto ele deve realizar um raciocínio judicial do que da prova, compreendida essa em sua acepção tradicional, de meio destinado a demonstrar a verdade de um fato. A presunção, é certo, apóia-se no indício e na prova indiciária, mas não existe sem o raciocínio judicial.<sup>154</sup>

Observando-se as anotações dos autores acima citados não é difícil entender que embora o termo indício e o termo presunção venham sendo utilizados como sinônimos, cada termo tem significação e propriedades distintos um do outro, como passaremos a verificar a partir de agora, posto que cada um reivindica exercício mental diverso para a verificação de um ou outro meio de prova.

O indício como o próprio nome diz, significa a indicação de algo ou o caminho para se chegar a algo ou a alguma coisa.

É como diz MITTERMAIER<sup>155</sup>

um indício é um fato em relação tão precisa com um outro fato que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão toda natural. É pois preciso que haja na causa dois fatos, um verificado, outro não estabelecido, e que se trata de demonstrar, raciocinando do conhecido para o desconhecido; aplicado ao processo criminal, o indício é o fato, circunstância acessória que se prende

---

<sup>153</sup> Moacyr Amaral Santos. A Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. V. Max Limonad Editor. 2ª edição São Paulo. 1955.

<sup>154</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 5 – Tomo I. Do Processo de Conhecimento. 2ª Edição. RT. São Paulo. 2005.

<sup>155</sup> C. J. A. Mittermaier. Tratado da Prova em Matéria Criminal, traduzido para o português por Herbert Wuntzel Heinrich.. Bookseller Editora, 2ª Tiragem, Campinas, SP 1997.

ao principal, e por isso faz concluir ou que o crime foi praticado, ou que um indivíduo determinado tomou parte nele, ou que teve lugar por esta ou aquela forma. Em uma palavra, os indícios têm relação ou com o fato, ou com o agente, ou com o modo do fato. Por sua natureza, e como indica o nome (índex), o indício é, por assim dizer, o dedo que mostra um objeto (...)

Jaime Azula Camacho<sup>156</sup>, diz que

*el Código de Procedimiento Penal em su artículo 300, aunque lo califica como elementos, realmente lo define y em forma lsimple, AL decir que 'todo indicio há de basarse em La experiencia y supone um hecho indicador, Del cual El funcionario infiere lógicamente La existencia de outro'. Em el campo civil, La norma, acorde com El criterio imperante, no define El indicio, labor que deja a la doctrina y hurisprudencia, La cual, em uma de lãs tantas definiciones que trae, afirma que 'la indiciaria ES La prueba indirecta por excelência, como que a partrir de algo conocido y por virtud de uma operación apoyada em las seglas de La lógica y lãs máximas de La experiencia, se establece La existencia de uma cosa desconocida.*

Sendo assim, o indício seria o meio ou o modo de produzir a prova de forma indireta, ou seja, quando não se consegue por qualquer motivo comprovar a existência do fato ou a possibilidade concreta de que tal fato venha a ocorrer no futuro, quando o restante dos meios de prova, chamados meios diretos restam frustrados.

Francesco Carnelutti<sup>157</sup> leciona que

um fato não é indício em si, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe com o fato a prova em uma relação lógica, que permita deduzir a existência ou não existência deste. Também não é possível uma classificação em atenção ao maior ou menor caráter conclusivo da relação entre a fonte de presunções e o fato a provar. A conhecida distinção das presunções (...), não se refere, de maneira nenhuma, aos indícios considerados em si mesmos, senão a eles

---

<sup>156</sup> CAMACHO, Jaime Azula. Manual de Derecho Probatorio. Editora Temis S. A. Santa Fé de Bogotá – Colômbia. 1998. Pág. 292.

<sup>157</sup> CARNELUTTI. Francesco. A prova Civil, traduzido para o português por Lisa Pari Scarpa. Bookseller Editora e Distribuidora. 4ª Edição. 2005. Campinas-SP. Pág. 227/228.

contemplados em relação com um determinado tema de prova, ou seja, em definitivo, ao seu valor probatório.

Por fim conclui Francesco Carnelutti, na mesma obra: “a este respeito, é conveniente, não obstante, por uma vez mais de relevância a qualidade de fonte de prova (*latu sensu*) que deve reconhecer-se ao indício”.

Desta maneira, deve-se considerar o fato concreto, quando o temos, como indicador de um outro que possa ocorrer, em exercício lógico do fato antecedente, aqui chamado de indício e o posterior, o fato indicado.

Claro é o posicionamento de Marinoni<sup>158</sup> sobre indício e sua repercussão sobre a tutela inibitória, cuja dependência do indício se apresenta com laços muito estreitos como passaremos a verificar agora.

Eis o que diz o autor:

Não é rara a confusão entre fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, presunção e juízo.

O fato indiciário somente pode ser comparado com o fato principal. É que o fato indiciário, que também é chamado de indício, é, como o fato principal, um mero fato. Quando tal fato é alegado, deve-se demonstrar ao julgador que a sua prova será importante para a formação de um juízo de procedência.

O indício não é prova; a prova judiciária, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de fato. A particularidade da prova indiciária está em recair em um fato que é indiciário, isto é, em um indício.

Nesta linha, cabe distinguir fato indiciário, a prova destinada a demonstrá-lo – chamada prova indiciária –, e o raciocínio presuntivo, que é uma forma por meio do qual o julgador raciocina para, a partir de um fato indiciário, chegar a uma presunção, que nada mais é do que a conclusão do raciocínio presuntivo.

---

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). 4ª Edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 58.



Melhor explicando: o juiz, a partir de uma alegação de fato (fato indiciário) e de sua prova, raciocina (de forma presuntiva) para chegar a uma conclusão (presunção).

Porém, a presunção não se confunde com o 'juízo-final' (próprio da sentença), uma vez que pode haver, por exemplo, a presunção de que um ato será praticado, mas a prova de que tal ato não constituirá ilícito, quando o 'juízo-final' e, portanto, a sentença, serão de improcedência.

Roque de Brito Alves<sup>159</sup>, interpretando a lição de Mittermayer e Jiménez Asenjo, acerca do termo *indício* chega a dizer que os referidos estudiosos

não poderiam contestar que da mesma pode ter surgido a definição mais usual de indício como sendo o fato conhecido e comprovado que irá servir para a revelação de outro fato desconhecido, devido à relação que mantém com este último.

E segue Roque de Brito Alves<sup>160</sup>:

com efeito, em nossa opinião, se de acordo com Mittermayer, em obra famosa, indício deriva de *index*, como expressando o dedo que indica um objeto, um fato, uma coisa, está será uma interpretação ou noção que estará mais de acordo com a sua natureza, como indicativo, como sinal, vestígio, prova inicial de um fato, objetiva e subjetivamente.

O autor conduz a sua explanação sustentando que num futuro imediato, a prova indiciária surgirá como a *rainha das provas*, justamente pelo fato de que por meio dela a verdade chegará à tona, posto que os meios tradicionais para a produção da prova cada vez mais vem se mostrando insuficientes frente à dinâmica da vida atual<sup>161</sup>. Para constatar o que é dito acima, basta verificarmos toda a problemática que envolve a própria tutela preventiva e suas diversas variações ou modalidades e em especial a tutela inibitória cujo objetivo maior é a prevenção

---

<sup>159</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Índícios no Processo Penal. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 04.

<sup>160</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Índícios no Processo Penal. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 04.

<sup>161</sup> ALVES, Roque de Brito. Dos Índícios no Processo Penal. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 05.

do fato ilícito, independentemente da ocorrência do prejuízo, do dano.

Na tutela inibitória, tanto como nas outras tutelas de cunho preventivo o autor indica um fato ocorrido ao juiz que por sua conseqüência lógica seria a ocorrência do ilícito que se pretende a proteção. Ora, o exercício que se faz para a verificação de probabilidade de ocorrência do fato a ser evitado deriva do indício, cuja forma de verificação encontra-se acima demonstrada e também da presunção a qual ainda iremos abordar.

Que outra forma então poderia o autor buscar a proteção estatal senão a indicação de que pelo curso natural dos fatos o prejuízo ainda futuro lhe seria eminente? Como dito, o fato ainda é futuro, não aconteceu, a conjugação dos fatos anteriores apontam para um desfecho provavelmente inevitável que, pelo nosso ordenamento jurídico, há plenas condições de se evitar, como se pode extrair da Carta Constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão –, do Código Civil, em seu artigo 12 – Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei –, bem como do nosso Código de Processo Civil, em seus arts. 461 e 461-A, e em diversas outras passagens como quando regula a antecipação de tutela genérica (art. 273 do CPC) ou o livro de Processo Cautelar.

Na relação processual da tutela inibitória, observa-se que quando a ação tem por finalidade apenas a prevenção, e não impedir a repetição ou mesmo a continuidade de um ato ilícito, existindo apenas o temor ou a possibilidade plausível da ocorrência de um ato contrário ao direito, a prova também deve se voltar aos fatos passados, pela dinâmica já exposta da indicação, ou seja, o indício, mesmo que estes atos não se caracterizem idênticos ou de mesma ordem dos atos que se deseja evitar, ou não

se caracterizem também no início da ação contrária à lei que se deseja evitar que continuem<sup>162</sup>.

Nessa modalidade de ação inibitória somente é possível demonstrar fato de natureza diversa do temido, muito embora tal fato deva ser um indício capaz de formar um juízo favorável ao autor. De qualquer maneira, apontando-se para a probabilidade ou para a ocorrência do ato ilícito, não basta demonstrar um ato qualquer, sendo necessário provar um ato ilícito que poderá ocorrer ou já aconteceu.

Esse qualificativo do ato, ou seja, sua ilicitude, exige o confronto entre a descrição do ato temido e o direito, constituindo uma ‘questão de direito’.

É possível que o réu não negue que praticou ou praticará o ato, mas apenas que este não tem ou terá a natureza ou a extensão daquele vedado pela norma, ou seja, não vai de encontro com o direito alheio a ponto de causar dano que necessite reparação.

Nesse caso, tratando-se da ação inibitória, a prova não precisará demonstrar um fato indiciário que indique a probabilidade da ocorrência de outro, mas apenas que o ato que se pretende praticar é contrário ao direito.

Pela lição de Moacyr Amaral dos Santos<sup>163</sup>, citando Beviláqua, “presunção é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido”.

Ainda na lição de Moacyr Amaral<sup>164</sup>,

---

<sup>162</sup> No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, na obra Técnica Processual e Tutela dos Direitos. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

<sup>163</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. V. 2ª Edição 1955, Max Limonad São Paulo-SP. Pág. 349.

<sup>164</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. V. 2ª Edição 1955, Max Limonad São Paulo-SP. Pág. 350.

as presunções ou são o resultado do raciocínio ou são estabelecidos pela lei, a qual raciocina pelo homem. Donde classificam-se em presunções simples, ou comuns, ou de homem (*praesumptiones hominis*) e presunções legais ou de direito (*praesumptiones iuris*).

Estas por sua vez, se subdividem em absolutas, condicionais e mistas. As absolutas (*iuris et iures*) não admitem prova em contrário. As condicionais, ou relativas (*iuris tantum*), admitem prova em contrário; as mistas ou intermediárias, não admitem contra a verdade por elas estabelecidas senão certos meios de prova, referidos e previstos na própria lei.

Jaime Azula Camacho<sup>165</sup> ensina que

*la ficción legal comparte con La presunción su consagración positiva y el deducir una consecuencia, pero difiere de esta en que no se funda en reglas de experiencia, sino en una simple suposición, que carece de soporte real. La ficción tiene su fundamento en razones de conveniencia social, como es el caso de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, que constituye pilar esencial del Estado de derecho.*

Marinoni e Arenhart também são da mesma opinião de Moacyr Amaral, explicando de forma didática o que vem a ser a presunção bem como os exercícios mentais, como passamos a ver agora.

Para eles<sup>166</sup> a idéia de presunção parte do princípio de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de um outro, ao qual, o primeiro está associado como de praxe. Ou seja, partindo-se da convicção da ocorrência de determinado fato, pode-se, por dedução lógica, inferir a existência de outro, pois comumente um decorre do outro, ou ambos devem acontecer ao mesmo tempo

Prosseguem Marinoni e Arenhart<sup>167</sup> dizendo que

---

<sup>165</sup> CAMACHO, Jaime Azula. Manual de Derecho Probatorio. Editora Temis S. A. Santa Fé de Bogotá – Colômbia. 1998. Pág. 303.

<sup>166</sup> Sobre o assunto, verificar MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5. Tomo I. 2005, Revista dos Tribunais. São Paulo-SP. Pág. 160

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5. Tomo I, 2005, Revista dos Tribunais. São Paulo-SP. Pág. 161.

a partir daí, desse conceito elementar, cria-se uma rica doutrina a respeito dessa ‘prova crítica’, capaz de facilitar – em situações particulares – os mecanismos de prova de que se serve a parte para trazer sua pretensão a juízo. É importante notar que as presunções assumem papel relevante nesse campo, prestando-se por vezes, como uma espécie de ‘redução do módulo de prova’, aplicando técnica de diminuição das exigências para aceitar um fato como verossímil. Em outras palavras: verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servi-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da sua ocorrência, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação – como os casos futuros, no caso de ação inibitória.

Como já visto, a tutela inibitória se traduz numa tentativa da parte se proteger de ato ilícito, buscando do judiciário atitudes no sentido de fazer cessar a ilicitude caso ela ainda esteja em curso; que a ilicitude não volte a ser cometida, caso ela já tenha sido outra vez verificada ou, por fim, que sequer ela venha a ocorrer, caso haja a desconfiança fundada de que tal ação ilícita venha a ocorrer.

No caso de se buscar uma precaução caso haja a desconfiança que a atitude ilícita venha a ocorrer à parte autora se depara com a dificuldade para produzir prova capaz e suficiente para influenciar o julgador a deferir a proteção necessária, uma vez que a prova a ser produzida deve indicar que o fato evidenciado ainda está por acontecer, ou seja, busca-se uma proteção para um ato futuro.

Sendo assim, as presunções são conclusões que o magistrado tira de fatos conhecidos para daí afirmar ou prever um fato desconhecido, desde é lógico, que haja entre eles uma relação qualquer de causalidade mediante ligações firmadas entre os fatos conhecidos e os desconhecidos, somando-se a tudo isso a

experiência vivida e acumulada pelo julgador. No mesmo sentido temos a lição de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda<sup>168</sup>.

### **3.3 A APLICABILIDADE DA SIMETRIA À TUTELA PREVENTIVA**

Como exposto no decorrer todo este trabalho, verifica-se a produção de prova e a sua apreciação como fatores decisivos para se compreender a tutela preventiva e a tutela de urgência.

Também ficou evidenciada a preocupação dos aplicadores do direito, tendo em vista os inúmeros recursos adotados para equipar a legislação pátria, adaptando os vários institutos jurídicos à realidade jurídica de nosso país para poder, dentro da medida da legalidade e sem afrontar direitos já consagrados no nosso ordenamento sem contudo deixar de lado a tutela de outros grupos de direitos surgidos com a dinamização das relações pessoais que por sua vez deságuam numa relação jurídica mais complexa e, como tal, não poderiam andar de outra forma que senão ao lado do direito, sob sua égide.

Nota-se que num primeiro momento o nosso legislador processual fez introduzir um novo mecanismo, a antecipação da tutela, regulamentada no art. 273 do código de processo civil que, contudo, não se trata de instrumento novo, visto que o a Lei número 5.478 de 1968, em seu art. 4º preconiza a utilização dos alimentos provisórios que na realidade nada mais são que

---

<sup>168</sup> MIRANDA. Custodio da Piedade Ubaldino. Índícios e presunções como meio de prova. Revista de Processo. Ano X – janeiro/março de 1985. Pág. 53.

antecipação dos efeitos da tutela, na ação de alimentos que adota procedimento dito especial.

Da mesma forma foi o que ocorreu com a liminar das ações possessórias, cuja ação encontra-se fundada em posse chamada de nova, aquela que não ocorreu há mais de ano e dia, onde o autor terá direito a reintegração ou manutenção da posse, liminarmente. Veja que aqui, a Lei, no caso, o código de processo civil atual, em sua redação original, data de 1973, bem como a antecipação da tutela na sua forma genérica, data de 1994.

Pois bem, tanto no caso dos alimentos concedidos em sede de liminar, quanto a reintegração e a manutenção de posse na ação de força nova espoliativa (antes que ultrapasse o prazo de ano e dia), são chamadas de antecipação de tutela específica, uma vez que ambas trazem nos seus respectivos procedimentos, especiais, hipóteses específicas para a concessão dos efeitos finais da sentença que de regra só chegariam para o autor, ao final da relação processual, caso ainda ele obtivesse um julgamento procedente de seu pedido.

Com a introdução das regras que permitem a antecipação da tutela e mais ainda com o acréscimo ao art. 273 do § 7º, que permitiu a aplicação da fungibilidade entre as medidas de urgência, desenvolveu-se todo um conjunto de regras que servem para disciplinar os procedimentos preventivos e de urgência conhecidos em nosso ordenamento.

Todos eles, os procedimentos de urgência e os preventivos, reclamam para si aspectos peculiares no que pertine à produção da sua prova. Alguns inclusive, como é o caso da tutela inibitória, espécie de tutela preventiva, exige um complexo exame de prova cuja estrutura consiste em reproduzir não os fatos já ocorridos e que por isso situam-se no passado, reclamando do apreciador da prova, no caso o juiz, a reconstruir os fatos

pretéritos, tomando por base o relato presente do conjunto probatório, ao passo que na tutela inibitória exige-se uma análise muito mais complexa do magistrado, uma vez que ele não vai, aqui, reconstruir fatos que já ocorreram, mais sim, tentar alcançar a repercussão que um eventual ato presente poderá desempenhar no futuro, sendo em alguns casos este ato presente, pela sua estrutura, revestido de licitude ou mesmo incapaz de causar dano.

Como a simetria sugere a comparação entre institutos processuais diferentes buscando neles algum traço de semelhança, para aplicação em comum com as diversas situações, essa semelhança se verifica justamente no campo das provas.

A forma de produção da prova nos diversos institutos jurídicos descritos no decorrer desta dissertação atesta a grande importância que a prova produz dentro das tutelas diferenciadas.

Assim, constata-se que o problema que se busca solucionar por meio das tutelas de urgência estão ligadas à morosidade da prestação jurisdicional, problema este que tem suas raízes, na falta de aparelhamento do estado, seja do ponto de vista formal (falta de leis adequadas) ou material (falta de estrutura para a execução das normas editadas).

A relação processual por si só já é bastante complicada, tendo-se em vista a vasta gama de interpretações possíveis dadas à lei (processual). Como já se disse antes, a evolução e complexidade que as relações interpessoais hoje estão tomando, fazem crescer a cada dia a gama de direitos materiais tutelados pelo legislador; porém a estrutura processual vem se mostrando ineficaz para a garantia destes mesmos direitos.

No mesmo sentido, temos Jaqueline Mielke Silva<sup>169</sup>:

---

<sup>169</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de urgência e pós-modernidade: a Inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social. – Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. Coordenador Donaldo Armelin, Editora Saraiva, 2010, São Paulo, pág. 692/693



“No cenário contemporâneo, a sociedade é regida por novos comandos. De um lado, o mundo contemporâneo trouxe um progresso material impressionante, de descobertas e inovações tecnológicas; de outro, grande parte da população mundial permanece no mais completo estado de subdesenvolvimento e abandono. Ao desenvolvimento e progresso das metrópoles industriais é possível atribuir também o enorme crescimento das classes médias urbanas e, com elas, o destaque da estrela e vilã de nosso século: a cultura de massa, produção cultural destinada aos grandes grupos de consumidores, simples e estereotipada, com objetivos claros e definidos.”

Sendo assim, a simetria, ao que parece, é a melhor forma encontrada na atualidade pelos cultores do direito, numa tentativa de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, aplicando, ou pelo menos tentando aplicar a melhor solução para a pacificação dos conflitos gerados pelas relações processuais surgidas no seio da sociedade *pós-moderna*.

## CONCLUSÕES:

Com a evolução da construção das medidas que tentam minimizar e até mesmo impedir a produção de comportamento danoso para que o jurisdicionado não sofra dano ou prejuízo, tendo como ponto de partida um Estado absolutista e findando na concepção de justiça que temos hoje, não foi difícil chegarmos às seguintes conclusões, sempre na ótica do cidadão comum, que é sempre receoso quando uma causa sua é posta sob análise do Poder Judiciário.

Também o cidadão comum tem consciência que o êxito de todo o trabalho realizado em Juízo, consiste na prova, o que para o operador do direito se traduz num conjunto de atos bem mais complexos e, para o patrono de quem reside em Juízo, vai ser o momento de ver coroada toda uma estratégia não só na apreciação da prova, mas também e principalmente no que diz respeito à sua produção.

A simetria, recurso do qual tanto lançamos mão para tentar justificar a incidência de um ou outro instituto jurídico no caso *sub judice* se mostra atualmente como o único meio para permitir interpretações ainda não bem assimiladas pelos advogados, juízes e tribunais, como a exemplo da tutela inibitória.

Com o advento da simetria aliada ao princípio da fungibilidade e ainda à preocupação quanto ao dano irreparável ou de difícil ou de incerta reparação, fundamento do qual se utiliza a parte para se socorrer numa eventual tutela de urgência, e até

mesmo chegar a uma tutela inibitória, cuja função principal é a de evitar o dano, passamos por uma construção do direito que inexoravelmente nos leva a questionar a prova e a emitir juízo de valor diferente do juízo de valor atinente ao tema produção de prova que comumente se utiliza.

Sendo um pouco mais específico, nas tutelas de urgência o que se pode verificar, em boa parte, é a possibilidade, aparência ou mesmo plausibilidade do direito invocado, ao passo que na tutela inibitória, é exigida toda uma construção futura, mesmo que a conduta atual do pretense réu não esteja tipificada como ilícita.

Então, passamos de uma fase de aparência do direito invocado, atravessamos outra fase, de verossimilhança, para chegamos, ao final da relação processual, lastreado numa prova de certeza.

Na tutela inibitória, não. A tutela inibitória baseia-se em prova de certeza de que a conduta irá ou poderá ocorrer, porém no futuro.

A tutela preventiva aqui busca não a reparação do dano, mas sim a sua não ocorrência. Tendo o réu os instrumentos para causar o dano, o Estado por meio de sua função judicial, poderá “preveni-lo” de que caso adote a conduta proibida, contra ele já existe um comando estatal que determina a imposição de uma sanção, pesada, afim de desestimulá-lo à prática de tal ato. Ou seja, o réu, ficaria previamente “recomendado”.

Note que a diversidade de direitos materiais hoje tutelados são praticamente infinitos e, a cada dia, mais direitos vão surgindo, como forma de garantir o patamar de desenvolvimento que a sociedade vai conquistando e com ele,

deverão também evoluir os instrumentos processuais para vir em socorro destes novos direitos. O exemplo comum que se pode oferecer reside na seara dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como é o caso do direito ao meio ambiente.

Nestes direitos acima mencionados, de que valeria a condenação de um culpado, no âmbito do direito civil se, a depender do dano causado, a recomposição do dano não fosse mais possível, dada à gravidade da lesão, como por exemplo, a destruição de uma floresta, extinção de animal ou planta? Sensíveis a tudo isso, é que cada vez mais os legisladores e doutrinadores vem demonstrando preocupação com hipóteses de medidas que visem o impedimento do dano, e não apenas com medidas que busquem o ressarcimento deste dano, principalmente quando ele se mostrar difícil ou mesmo impossível.

## R E F E R Ê N C I A S

ALCÂNTARA FABIANO, Isabela Márcia. Tutela de Evidência – Mecanismo de instrumentalização, moralização e sincretismo do processo trabalhista. RDT – Revista do Direito Trabalhista/ 16-04 30 de abril de 2010. Alexandre Poletti e José Janguê Bezerra Diniz. Editora Consulex.

ALMEIDA, Paulo Marques Rodrigues. Tutela cautelar, natureza, pressupostos e regime jurídico. Editora Verbatim. 2010, São Paulo.

ALVIM, J. E. Carreira. Tutela Antecipada. Editora Juruá,. 5ª edição – 4ª tiragem 2009. Curitiba

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Jurisdição Constitucional e Federação – o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Elsevier. 2009, Rio de Janeiro.

ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – Vol.2. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 6ª edição, Malheiros Editores, 2006, São Paulo.

AZEVENDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle judicial *apud* BAGGIO, Lucas Pereira. Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material, Editora Forense, 2010, Rio de Janeiro.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil Vol. 3 – Processo Cautelar (Processo de Urgência). 2ª edição, RT, 1998, São Paulo.

----- Do processo cautelar. Editora Forense. 4ª Edição. 2008, Rio de Janeiro

----- Processo e Ideologia – O paradigma Racionalista. Editora Forense. 2ª Edição. 2006. Rio de Janeiro

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processual. 5ª Edição. Malheiros Editores, 2009, São Paulo.

----- tutela cautelar, p. 161/162 *apud* e Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo

----- Tutela Cautelar *apud* GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das

Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo.

C. J. A. Mittermaier. Tratado da Prova em Matéria Criminal, traduzido para o português por Herbert Wuntzel Heinrich.. Bookseller Editora, 2ª Tiragem, 1997, Campinas, SP.

CAMACHO, Jaime Azula. Manual de Derecho Probatorio. Editora Temis S. A. Santa Fé de Bogotá – Colômbia. 1998.

CAMPOS, Gledson Marques de e DESTEFENNI, Marcos. Tutela inibitória: da garantia constitucional à sua efetivação. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009. Temas atuais das tutelas diferenciadas. Coordenadores: Mirna Cianci e outros.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1988. Reimpresso em 2002.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro, Tutela de Urgência – Análise Teórica e Dogmática. Editora Revista dos Tribunais, , São Paulo, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil.. Editora Saraiva. 1969. Vol.1, São Paulo

CRUZ, André Luiz da. As tutelas de Urgência e a Fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil. BH Editora, 2006, Leme-SP.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado se segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09). Dialética. 2009, São Paulo.

DESTEFENNI, Marcos. Tutela inibitória: da garantia constitucional à sua efetivação. Temas atuais das tutelas

diferenciadas. Coordenadores Mirna Ciaci e Outros. Editora Saraiva, 2009, São Paulo

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª edição, Malheiros, 2002, pág. 143, v. 1), São Paulo.

FAGUNDES, Miguel Seabra *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/09). Dialética. 2009, São Paulo

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo.

FREIRE, Guilherme de Barros Teixeira. Teoria do Princípio da Fungibilidade. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil Volume 13. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. Editora Revista dos Tribunais, 2008, São Paulo.

FRIEDE, Reis, KLIPPEL, Rodrigo e ALBANI, Thiago, A Tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro. Editora Impetus, 2009, Rio de Janeiro,

FRIGNANI, Aldo, *L'injunction nella common Law e l'inibitoria nel diritto italiano. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 429 *apud* BRASIL, Deilton Ribeiro, *Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer, Del Rey, Belo Horizonte-MG, 2003.*

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência – fundamentos da tutela antecipada. Editora Saraiva. São Paulo. 1996.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Efetividade do Processo Civil. Bookseller, 2002. Campinas-SP.



GIANNICO, Maurício e CHIOVITTI, Alexandre Paulichi. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro. Forense, 1994, pág. 82 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). 4ª Edição. 2006. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo

HOFFMAN, Paulo, Razoável duração do processo, Quartier Latin, 2006, São Paulo.

LESSONA, Carlos. Teoria general de La prueba em derecho civil. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. V. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, traduzido por DINAMARCO, Cândido Rangel. 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, v. 1, p. 147, *apud* CAMPOS, Gledson Marques de e DESTEFENNI, Marcos. Tutela inibitória: da garantia constitucional à sua efetivação. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 319. Temas atuais das tutela diferenciada. Coordenadores: Mirna Cianci e outros.

LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas. Tese de Doutorado pela UFPE., fevereiro de 2007. Recife-PE.

LOPES, João Batista. Fundamento constitucional da Tutela de Urgência. Revista Dialética de Direito Processual, n. 8, p. 69 *apud* AZEVENDO, Marcos de. Tutelas de Urgência perante o Poder Público. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenadoras: Mirna

Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo

LUCA, Pereira Baggio. Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material. Editora Forense, 2010, Rio de Janeiro.

MALATESTA, A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Vol. I, Bookseller editora e distribuidora, tradução da 3ª Edição 1912

MANGENDIE, Jean-Claude. Célérité ET Qualité de la Justice: la gestion Du temps dans Le procès. Paris: La Documentation Française, 2004, pág. 19 *apud* RAMOS, Carlos Henrique. Processo civil e o princípio da duração razoável do processo. Juruá. 2008, Curitiba.

MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos Especiais. 10ª edição. 2004, Editora Atlas. São Paulo

MARINONE, Luiz Guilherme – Tutela Inibitória (individual e coletiva) 4ª Edição revista, atualizada e ampliada, 4ª Edição, Revista dos Tribunais, 2006, São Paulo

-----e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil V. 2. Processo de Conhecimento. 7ª edição RT 2008, São Paulo

----- Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civil V. 2. 7ª Edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo

----- Curso de Processo Civil. Vol. 2. Processo de Conhecimento. RT – 7ª Edição. 2008. São Paulo,

----- . Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 5, Tomo I e II, 2ª edição RT 2005. São Paulo.

----- . Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT. São Paulo

MARQUES, José Frederico *in* Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II, 1ª Edição Atualizada, Millennium Editora, 2000, Campinas-SP.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro. Malheiros Editores, 2001, São Paulo.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Código de Processo Civil Comentado e Interpretado. Editora Atlas. 2008. São Paulo

MOREIRA, José Carlos Barbosa, em sua obra Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Revista Brasileira de Direito Processual. vol. 18, Uberaba MG.

----- . O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 28ª edição. Editora Forense. 2010. Rio de Janeiro.

----- . Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Revista Brasileira de Direito Processual., 2º trimestre de 1979. Uberaba, MG.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A., Antecipação e Antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Editora RT, São Paulo.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil e Legislação Extravagante. 10ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007 São Paulo.

NOBRE, José Victor Ferreira. A Prova no Processo Civil e Commercial. Typographia Gadelha. 1921. Ceará.

ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. Editora Saraiva.. 2004, São Paulo

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro. Borsoi, 1966. Tomo LIII, pág. 85. apud. Arenhart, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – Vol.2. Editora Revista dos Tribunais. 2000. São Paulo.

RAMOS, Carlo Henrique. Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo. Juruá Editora, 2008, Paraná,

RIGHI, Eduardo. Direito Fundamental ao Justo Processo nas Tutelas de Urgência. Editora Juruá, 2007, Curitiba.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. Série Pesquisas: 23. Fundação Konrad Adenauer, 2001. São Paulo.

SANTOS, Moacyr Amaral. A Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. I. 2ª Edição, Max Limonad Editor. 1952, São Paulo.

----- . A Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. V. 2ª Edição, Max Limonad Editor, 1952, São Paulo.

----- . Ações Cominatórias no Direito Brasileiro. Vol. 1. Max Limonad. 4ª Edição. 1969. São Paulo.

SANTOS, Ulderico Pires. Ação Cominatória e outras peculiaridades. Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª Edição, Editora Paumape, 1991, São Paulo.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira, Tutela Preventiva (Inibitória) nas Obrigações de Fazer e Não Fazer, Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro.

SEVERO NETO, Manoel. Teoria da legitimação. Editora Juarez de Oliveira. 2009, São Paulo.

SILVA, DE PLÁCIDO. Vocabulário Jurídico, 13ª Edição, Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Editora Forense. 1997, Rio de Janeiro

SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de Urgência – de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Verbo Jurídico. Rio Grande do Sul. 2009.

----- . Tutela de urgência e pós-modernidade: a Inadequação dos mecanismos atualmente positivados à realidade social. – Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. Coordenador Donaldo Armelin, Editora Saraiva, 2010, São Paulo.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória – A Ação Preventiva Prevista no art. 461 do CPC. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 49. Editora Revista dos Tribunais. 2002, São Paulo.

TALAMINI, Eduardo, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, Editora Revista dos Tribunais, 2001, São Paulo

TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 9. Coordenadores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. RT. 2004, São Paulo.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo Cautelar*, 19 Edição, São Paulo, Leud, 2000, p. 41/42 e Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo.

----- . Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. Temas atuais das tutelas diferenciadas. Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armeli. Coordenação Mirna Ciaci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico. Saraiva. 2009, São Paulo.

----- . Tutela Jurisdicional de Urgência, 1ª Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, p. 4 *apud* Maurício Giannico e Alexandre Paulichi Chiovitti, em *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência sob a Ótica da Efetividade. Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas – Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coordenadoras: Mirna Cianci, Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico, Editora Saraiva, 2009, São Paulo.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil* nº 31 janeiro/março de 2004.