

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

NARA RÚBIA DE CARVALHO REZENDE

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**TUTELAS DE URGÊNCIA: A FUNGIBILIDADE
ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E AS MEDIDAS
ANTECIPATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

**RUBIATABA-GO
2009**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

NARA RÚBIA DE CARVALHO REZENDE

**TUTELAS DE URGÊNCIA: A FUNGIBILIDADE
ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E AS MEDIDAS
ANTECIPATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER – como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Cláudia Pimenta Leal, mestre em Ciências Penais.

30148
Saei

Tombo nº	10091
Classif.	
Ex.	01
Origem:	a
Data:	03/02/2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

NARA RÚBIA DE CARVALHO REZENDE

**TUTELAS DE URGÊNCIA: A FUNGIBILIDADE ENTRE AS
MEDIDAS CAUTELARES E AS MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora: _____

Claudia Pimenta Leal
Mestre em Ciências Penais

2º Examinador _____

3º Examinador _____

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Alarico e Nadir; aos meus sogros José e Maria pela dedicação incondicional; aos meus irmãos/irmãs e em especial ao meu irmão Aldir e meu cunhado Roberto que tanto me ajudaram, a minha eterna gratidão; a minha cunhada Cida por me substituir nas horas ausentes e ao meu esposo Rener e meu querido filho Luís Arthur pela compreensão e carinho nestes cinco anos de ausência e ao meu anjinho José Antônio que mesmo ausente está sempre "vivo" em meu coração. Amo vocês!

Agradeço a Deus por me confiar
mais essa missão, à virgem Maria
pela proteção, aos meus
professores e em especial a
professora Geruza e a minha
orientadora Cláudia que com toda
sabedoria e carinho me conduziu na
elaboração desse trabalho; a minha
cunhada/irmã Meire e a todos que,
de alguma forma, ou de outra,
contribuíram para a realização
deste sonho.

RESUMO: A sociedade atual chama por maior celeridade na satisfação de seus direitos, pedindo maior prestação jurisdicional nos conflitos oriundos das reações sociais. A demora na prestação jurisdicional é tamanha que prejudica a busca pelo direito material. O processo é instrumento pelo qual se chega ao direito material, assim, surge a necessidade de buscar mecanismos para dar maior satisfação aos jurisdicionados. Várias mudanças foram introduzidas no processo civil, sendo uma delas a possibilidade da fungibilidade entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, implantada pela Lei 10.444/2002. Neste estudo nota-se que esta é uma tendência de todo processo civil, e que muitas mudanças ainda estão por vir. O advento da fungibilidade veio consagrar uma realidade que há muito já vinha acontecendo, em face das dificuldades de diferenciação entre medida cautelar e medida antecipatória. A simplificação na aplicação das medidas cautelares e antecipatórias é o principal resultado da instituição da fungibilidade entre esses dois institutos. O legislador prezou pela economia processual, reduzindo bastante as complicações que surgiam na aplicação de medidas de urgência. Assim, no sentido de proporcionar uma visão ampla do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgências, busca-se no presente trabalho analisar os institutos das cautelares e da tutela antecipada que são mecanismos para que o Poder Judiciário possa dar maior celeridade na busca do direito material, visando dar maior satisfação processual aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Tutela cautelar. Tutela antecipada. Fungibilidade. Justiça.

ABSTRACT: Today's society calls for more rapid fulfillment of their rights, called for more judicial assistance in conflicts arising from social reactions. The delay in providing such a court and undermining the search for the right material. The process is an instrument that reaches the right material, thus arises the need to seek mechanisms to give greater satisfaction to jurisdictional. Several changes were introduced in the civil case, one being the possibility of fungibility between the precautionary and proactive measures, implemented by Law 10444/2002. In this study note that this is a trend of all civil proceedings, and that many changes still to come. The advent of fungibility enshrined a reality that much was already happening, given the difficulties of differentiating between a precautionary measure, anticipatory measure. Simplifying the application of preventive measures and proactive is the main result of the imposition of fungibility between the two institutes. The legislature prized by procedural economy, greatly reducing the complications that arose in the implementation of emergency measures. Thus, in order to provide a broad overview of the principle of fungibility between the injunctions, we seek to work in this review the Office of interim and interlocutory injunctions are mechanisms for the judiciary to give greater speed in finding the right material, in order to give greater satisfaction to the jurisdictional proceedings.

Keywords: Precautionary measures. Injunctive relief. Fusion. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. TUTELA CAUTELAR	12
1.1 Conceito	12
1.1. 1- Processo Cautelar	14
1.1.2- Ação Cautelar e Medidas Cautelares	16
1.2- Características	17
1.3- Classificação	20
1.4- Requisitos	22
1.5- Poder Geral de Cautela	24
2. TUTELA ANTECIPATÓRIA	26
2.1- Histórico e Conceito	26
2.2- Requisitos	28
2.3- Revogabilidade e Modificabilidade	35
2.4- Limites e Momento de concessão	36
2.5- Execução	37
3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA	40
3.1- Semelhanças e Diferenças	40
3.2- A Fungibilidade	43
3.2.1- Interpretação e Requisitos	44
3.2.2- Aplicação Prática	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ampl.: ampliada

CPC: Código de Processo Civil

p.: Página

§: Parágrafo

INTRODUÇÃO

O direito ao acesso à justiça conferido aos cidadãos pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XXXV, não significa simplesmente direito à tutela jurisdicional, e sim, de uma prestação jurisdicional útil e eficaz. O fator tempo é o maior responsável pela eficácia ou não da prestação jurisdicional. A sobrecarga de processos no judiciário e procedimentos demorados, contribuem para a demora na solução definitiva da lide. Essa demora, muitas vezes, acaba por colocar em risco a efetividade da prestação jurisdicional.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de 02 (dois) instrumentos que visam amenizar os efeitos prejudiciais dessa demora, as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, estas últimas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em 1994. As cautelares visam assegurar a eficácia do resultado de um outro processo, ao passo que, as medidas antecipatórias, satisfazem o próprio mérito do processo, ambas provisoriamente.

Esses dois institutos, apesar de bastante distintos, possuem muitos pontos de convergência, sendo que, em 2002, entrou em vigor a Lei nº10.444, instituindo a fungibilidade entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, que consiste, basicamente, na possibilidade da concessão de uma medida, mesmo tendo sido requerida outra, desde que presentes os requisitos da medida efetivamente concedida.

A discussão do tema, em face da sua atualidade, é imprescindível para a aplicação correta dessas medidas. O presente trabalho tem como objetivo geral visualizar as possibilidades de atuação das tutelas de urgência no campo processual, como instrumento capaz de assegurar ao jurisdicionado maior segurança jurídica àqueles que pleiteam em juízo, e como objetivo específico visa trazer subsídio à questão, traçando um paralelo entre esses dois institutos e analisando as consequências advindas dessa inovação em todos os seus aspectos.

Para a consecução dos objetivos traçados neste trabalho, foram utilizados os métodos dedutivo, dialético. O método dedutivo, partindo do estudo geral do material

referente ao assunto estudado para se obter um estudo da aplicação da fungibilidade; através do método dialético estudou-se, do ponto de vista da sua reciprocidade, as controvérsias existentes sobre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias.

Realizou-se também pesquisa bibliográfica em doutrinas, além de pesquisa na legislação que regula o tema estudado.

A monografia está estruturada em 03 (três) capítulos. O primeiro capítulo, trata do estudo da tutela cautelar, onde se fez a análise do conceito, das características, da classificação, dos requisitos, e do poder geral de cautela.

O segundo capítulo analisa a tutela antecipada, abordando sua evolução histórica, seu conceito, suas características, requisitos, limites, o momento de concessão e a sua execução.

O terceiro e último capítulo traça um paralelo entre as tutelas cautelar e antecipatória, estudando a fungibilidade dessas medidas, a interpretação e a aplicação desse princípio.

1 TUTELA CAUTELAR

1.1 Conceito

Em princípio, a jurisdição (poder-dever do Estado de compor litígios), pode ser exercida de duas formas distintas: A primeira, pelo processo de conhecimento, meio através do qual o Estado aplica o direito ao caso concreto, definindo quem tem razão em determinada situação litigiosa; a outra forma, pelo processo de execução, que tem a finalidade de realizar materialmente e efetivamente o determinado em sentença judicial ou em algum título que a lei atribua como título executivo extra-judicial.

O ideal seria se a atuação jurisdicional do Estado se exaurisse nessas duas funções (conhecimento e execução). Entretanto, para que o juiz tenha possibilidade de proferir uma decisão definitiva no processo, é necessária a observância a certos princípios garantidos constitucionalmente, como a ampla defesa e o contraditório, entre outros. A obrigatoriedade da observância desses princípios acarreta o estabelecimento de procedimentos judiciais, de certa forma, demorados no processo civil, fato que contribui para o aumento da demanda de tempo entre a propositura da ação e a solução final do litígio.

Essa “demora necessária” do processo se dá em virtude da importância de uma cognição exauriente por parte do juiz dos fatos, fundamentos e provas constantes no processo, para que tenha plena convicção de seu julgamento, que terá a possibilidade de tornar-se imutável, caso venha a atingir a condição de coisa julgada.

No Brasil ainda existe o problema do saturamento do Poder Judiciário. A falta de estrutura deste, enseja o acúmulo cada vez maior de processos em cartórios judiciais, o que, sem dúvida, é fator determinante na demora para a solução final dos litígios.

Não obstante a demora do processo, para a justa composição da lide é necessário que esta seja solucionada nas mesmas condições em que foi proposta, sob pena de o provimento definitivo não ter mais eficácia. No curso do processo principal, em razão da demora, as pessoas, provas e bens referentes ao processo, podem sofrer

risco de dano ou por conduta de uma das partes ou por um acontecimento eventual. A tutela cautelar surgiu para dar proteção provisória a esses elementos, enquanto perdurar o risco.

Muitas vezes, quando o processo de conhecimento ou de execução termina, o bem pretendido já foi extraviado, ou a pessoa da qual se precisava tomar depoimento importante já morreu, enfim, existem atos que exigem certa urgência para serem praticados e não podem esperar o regular desenvolvimento do processo, sem haver prejuízo para alguém. Dessa forma, tendo em vista a necessidade de se assegurar a eficácia da solução do processo, chamado de principal, surgiu a terceira modalidade de atuação jurisdicional do Estado, a tutela cautelar.

Marques (2001, p.53) conceitua a tutela cautelar:

Tutela cautelar é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo. A tutela cautelar é modalidade da tutela jurisdicional, pelo que vem exercida através do processo de igual nome, isto é, do processo cautelar.

Theodoro Júnior (2008, p.541) afirma que a tutela cautelar é um *tertium genus*¹ (terceiro gênero) da jurisdição, exercida através do processo cautelar, com a função de assegurar o resultado útil e eficaz do processo de conhecimento e do processo de execução. Todavia, Baptista (1998, p.22) não compartilha desse entendimento, considerando que a classificação da tutela jurisdicional em conhecimento, execução e cautelar fere princípios de lógica, por não obedecer a critérios uniformes. Sem embargo das opiniões em contrário, essa classificação tripartida da jurisdição é pacificada pela doutrina atual e legitimada pelas disposições legislativas, pois o próprio Código de Processo Civil adota essa divisão.

Existirá então, relacionado ao processo cautelar, um desses processos (conhecimento ou execução), que são chamados de “principal”, ainda que futuro. A função precípua da tutela cautelar é a de prevenir ocorrência de situação que possa

¹ Termo em latim. FIGUEIREDO, Antônio Carlos. Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira-São Paulo: Primeira impressão, 2006.

colocar em risco a prestação jurisdicional, acarretando que quando advenha solução final do litígio, esta já não tenha mais eficácia ou utilidade.

1.1.1 Processo cautelar

Jurisdição é a atividade pela qual o Estado diz o direito, aplicando este ao caso concreto, dando solução aos conflitos. O processo é o meio pelo qual a prestação jurisdicional é realizada, ou seja, é o instrumento de que o Estado dispõe para realizar a jurisdição. Em quaisquer formas de atuação jurisdicional do Estado, seja na composição de litígios (tutela de conhecimento), na efetivação do direito já acertado (tutela de execução), ou no acautelamento de processos em andamento ou a se instaurarem (tutela cautelar), o instrumento utilizado será sempre o processo de conhecimento, de execução ou cautelar, respectivamente.

Dessa forma, o processo cautelar é o instrumento de realização da tutela jurisdicional cautelar. Tanto o processo cautelar como o processo principal giram em torno da lide, como ensina Theodoro Júnior (2008, p.541), “porém, enquanto o processo principal preocupa-se com a solução definitiva desta, o processo cautelar busca apenas garantir uma situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”.

O processo de conhecimento, em razão de ter como objetivo máximo a composição definitiva da lide, caracteriza-se por ter bem definidas as fases processuais, postulatória, probatória, de instrução e de julgamento, e por permitir amplo contraditório, com grande possibilidade de produção de provas.

O processo de execução caracteriza-se por constituir-se de uma sucessão de atos de coerção sobre o patrimônio do devedor. Na execução não há necessidade de se dizer o direito, pois, em princípio, já se sabe quem é o credor e quem é o devedor, afinal, esta situação já encontra-se configurada no título executivo, judicial ou extrajudicial. Logo, no processo de execução não há manifestações significativas de contraditório nem produção de provas.

No processo cautelar não há análise do mérito, já que este será sempre objeto do processo principal (conhecimento ou execução). Assim, a sentença proferida no processo cautelar não tem o condão de fazer coisa julgada material, justamente porque não analisa questões de mérito, fazendo apenas coisa julgada formal. Ressalvada a exceção dos casos em que são decididas alegações de prescrição ou decadência, casos estes em que a sentença fará coisa julgada material normalmente.

Como no processo cautelar não há análise de mérito e a prestação jurisdicional diz respeito apenas à segurança do processo principal, o juiz não obterá uma cognição exauriente dos fatos e fundamentos da lide. Simplesmente, fará uma análise superficial do que consta nos autos, e entendendo estarem presentes os requisitos necessários à concessão da medida pleiteada, a concederá. Todavia, a concessão da medida cautelar não fica sujeita ao arbítrio do juiz. Pelo contrário, de qualquer forma, a decisão do juiz deverá ser sempre fundamentada, sendo denegatória ou não. E para a concessão da medida deverão estar presentes os requisitos específicos, quais sejam, o *fumus boni iuris*² (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora*³ (perigo da demora).

A função do processo cautelar não se restringe a dar garantia de efetividade ao resultado final do processo principal. Pode-se dizer que o processo cautelar tem como escopo dar segurança ao processo principal como um todo, posto que nele podem ser acautelados tanto bens, como provas e pessoas.

Campos⁴ explica, dizendo que “a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do ‘instrumento’ criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo”. Assim como o processo tem um caráter instrumental em relação ao direito material, pois existe para tornar efetivas as referidas normas, o processo cautelar existe para assegurar a eficácia do processo principal, seja de conhecimento ou de execução, tendo assim, um caráter instrumental em relação ao processo principal. Logo, a referida afirmação quer dizer que o processo cautelar é um instrumento de defesa do processo, que por sua vez é o instrumento utilizado pelo

² Termo em latim. FIGUEIREDO, Antônio Carlos. Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira-São Paulo: Primeira impressão, 2006.

³ Termo em latim. FIGUEIREDO, Antônio Carlos. Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira-São Paulo: Primeira impressão, 2006.

⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *apud*. THEODORO JÚNIOR, 2008, Op. cit. p. 541.

Estado para realizar a prestação jurisdicional. A instrumentalidade é uma das características principais da tutela cautelar, que serão analisadas posteriormente.

1.1.2 Ação cautelar e medidas cautelares

A partir do momento em que o Estado tomou para si o poder-dever de solucionar os eventuais conflitos surgidos na sociedade, suprimindo assim, a “justiça feita pelas próprias mãos”, surgiu o direito subjetivo do cidadão de exigir a solução de seus conflitos por parte do Estado. Como para cada dever corresponde um direito, ou vice-versa, ao dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional, corresponde o direito do indivíduo de cobrar essa mesma prestação, a esse direito dá-se o nome de “ação”. Assim, ação é o direito subjetivo do indivíduo de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional.

Da mesma forma, ação cautelar é o direito subjetivo do indivíduo de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional cautelar. Theodoro Júnior (2008, p.542) ensina que:

Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse do tutelado no processo principal.

Não há que se confundir, então, processo cautelar com ação cautelar. Aquele é o instrumento de que dispõe o Estado para realizar a tutela jurisdicional cautelar e esta, é o direito subjetivo do cidadão de exigir tal prestação jurisdicional.

Theodoro Júnior (2008, p.542) define a medida cautelar como:

A providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

Da demora do processo principal podem advir alguns riscos para os elementos do processo, que são as pessoas, os bens e as provas referentes ao processo. Assim, as medidas cautelares servem para prevenir uma possível mudança da situação fática ou jurídica que poderia prejudicar ou mesmo inutilizar o resultado do processo principal.

As medidas cautelares são, então, todas aquelas que têm por escopo assegurar o resultado útil de um processo principal em curso, ou que ainda deva ser proposto. São aquelas medidas que visam, antes de tudo, a prevenção de qualquer fato que possa tornar inócua a prestação jurisdicional definitiva.

1.2 Características

A atividade cautelar possui algumas características fundamentais e peculiares desse instituto, peculiaridades estas que, ora se assemelham ao instituto da tutela antecipada, ora se diferenciam ainda mais. As principais características da tutela cautelar são:

a) Instrumentalidade: Como foi dito anteriormente, as medidas cautelares visam assegurar o resultado prático do processo principal, seja de execução ou de conhecimento. Sob esse prisma, nítida se torna a característica da instrumentalidade dessas medidas. Theodoro Júnior (2008, p.543) explica dizendo que o processo cautelar não tem como finalidade a composição da lide, apenas visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado da futura atuação jurisdicional definitiva.

O artigo 796 do Código de Processo Civil diz *in verbis*: “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. A afirmação no dispositivo legal nos leva a crer que sempre o processo cautelar estará relacionado ao processo principal, mesmo que este ainda nem exista, ou seja, o processo cautelar necessariamente terá como função tutelar o processo principal, para assegurar a efetividade e a utilidade de seu resultado. É aí que está a instrumentalidade da função cautelar.

b) Provisoriedade: O artigo 807 do Código de Processo Civil estabelece *in verbis* “as medidas cautelares conservam sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Essa característica de provisoriedade do provimento cautelar decorre principalmente da sua instrumentalidade em relação ao processo principal como se pode notar pela redação do dispositivo transcrito. Afinal, é justamente porque o processo cautelar serve de instrumento de segurança ao processo principal que, findo este, ou não ocorrendo a sua propositura no prazo de trinta dias contados da concessão da medida cautelar, a medida cautelar perderá sua eficácia.

O legislador limitou o período de eficácia da medida cautelar tendo em vista a sua utilidade ou não ao processo principal sendo que, enquanto forem úteis para assegurar a efetividade deste, perdurarão. Quando deixarem de ser necessárias, poderão ser revogadas pelo juiz a qualquer tempo. Assim “as medidas cautelares já nascem com a previsão de seu fim e têm duração temporal limitada àquele espaço de tempo entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo” (Theodoro Júnior, 2008, p.543).

Necessário se faz lembrar que nem toda medida provisória é de natureza cautelar. Existem por exemplo, as liminares admitidas no bojo do processo com caráter de antecipação da tutela principal pretendida, essas liminares antecipam, provisoriamente, o próprio pedido, sendo satisfativas do direito pleiteado, mesmo que precariamente. Tal situação não ocorre nas medidas cautelares, pois, estas nem mesmo adentram no mérito do processo principal.

c) Revogabilidade: As características principais da tutela cautelar estão diretamente interligadas, como pode-se perceber. Sendo as medidas cautelares instrumentais em relação ao processo principal e possuindo eficácia num espaço de tempo limitado, tem-se que estas medidas são também substituíveis, revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo pelo juiz.

O artigo 805 do estatuto processual civil dispõe *in verbis*: “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que

adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”. Dessa forma, o dispositivo é claro ao permitir, de ofício ou a requerimento da parte, a substituição da medida cautelar. A redação final do artigo 807 do mesmo diploma, transcrito anteriormente, prevê que as medidas cautelares “podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

A revogabilidade da medida cautelar se dá em razão de não estar protegida pelo manto da coisa julgada material, que confere imutabilidade à decisão final do processo principal (Theodoro Júnior, 2008, p.544). No processo cautelar não há análise do mérito, tendo em vista que o direito material deve ser discutido no processo de conhecimento ou executado do processo de execução.

A medida cautelar faz coisa julgada meramente formal, até porque seria impossível conferir imutabilidade à uma decisão proferida sem análise cognitiva profunda dos fatos e provas do processo. Como já dito, no processo cautelar o juiz faz uma análise superficial dos elementos do processo, não podendo, dessa forma, ter um juízo de certeza absoluta a respeito da questão decidida. Em função de todas essas questões é que a medida cautelar pode ser modificada, substituída e até mesmo revogada a qualquer tempo pelo órgão julgador, desde que o juiz fundamente a sua decisão, sendo imprescindível que tenha ocorrido uma alteração na situação fática existente à época da concessão da medida, ou novas provas trazidas aos autos que demonstrem a inexistência dos requisitos legais exigidos para a concessão da medida.

d) Autonomia: As características estudadas acima, à primeira vista, poderiam levar a crer que o processo cautelar não seria autônomo. No entanto, não obstante a instrumentalidade, a acessoriedade e a revogabilidade da tutela cautelar, esta possui autonomia em relação ao processo principal. O artigo 796 do Código de Processo Civil estabelece no final de sua redação que o processo cautelar é sempre dependente do processo principal. Todavia, como foi visto, essa dependência deve ser interpretada no sentido de que não poderá haver um processo cautelar sem que haja um processo principal, ou seja, a disposição do referido artigo diz respeito à instrumentalidade, já estudada do processo cautelar.

A autonomia do processo cautelar se justifica na existência de objetivos próprios, diferentes dos objetivos do processo principal. O processo cautelar tem seu próprio objeto e procedimento específico, sendo que o resultado deste não interfere no resultado do processo principal. O artigo 810 do Código Processual Civil dispõe com clareza que “o indeferimento da medida (cautelar) não obsta a que a parte intente a ação (principal), nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. Isto é, com exceção dos casos de decadência e prescrição, o julgamento do processo cautelar é totalmente independente do julgamento do principal.

O processo cautelar serve ao processo principal e não ao direito da parte imediatamente. Dessa forma, nada impede que a parte vencedora no processo cautelar venha a ter seu pedido indeferido no processo principal, ou vice-versa, afinal a ação cautelar é acolhida pelos seus próprios fundamentos e não em razão do mérito da causa principal. O julgamento do processo cautelar não configura, de maneira alguma, um pré-julgamento do processo principal, até porque naquele são analisadas apenas questões processuais e nunca questões referentes ao mérito da lide principal, com exceção dos casos de decadência e prescrição.

1.3 Classificação

Na doutrina existem várias classificações das medidas cautelares, variando de acordo com o ponto de vista de cada autor e conforme o critério adotado. A classificação de Ramiro Podetti⁵, considerada pela maioria dos doutrinadores como a mais interessante, por ter um caráter mais prático e objetivo, divide os provimentos cautelares em três tipos:

- a) Medidas para assegurar bens: são aquelas que visam garantir uma futura execução forçada e as que buscam simplesmente manter um estado fático. Incidem sobre coisas, impedindo que a parte transfira, destrua, desvie ou grave os bens objetos da lide. Exemplo dessas medidas são o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, entre outras que visam garantir que bens relevantes para a lide principal não sejam deteriorados ou dissipados;

⁵PODETTI, Ramiro *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p.546.

- b) Medidas para assegurar pessoas: são as providências referentes à guarda provisória de pessoas, e as que visam satisfazer as necessidades urgentes destas. Buscam a segurança e a tranquilidade que estão sendo ameaçadas. Exemplos dessas medidas são: a separação de corpos, nas ações de divórcio; a busca e apreensão de pessoas nos casos de disputa de guarda judicial, etc.;
- c) Medidas para assegurar provas: compreendem as medidas destinadas à segurança de elementos de convencimento e convicção do juiz a serem utilizados na instrução do processo principal. Visam garantir ao processo principal os meios necessários ao convencimento do juiz, quais sejam as provas, que se encontram em iminente risco de desaparecimento.

Existe também a classificação fornecida pelo direito positivo. O Código de Processo Civil divide, primeiramente, as medidas cautelares em “típicas ou nominadas”, que são aquelas previstas expressamente no Capítulo I, Livro III, sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos” (Theodoro Júnior, 2008, p.546). Essas medidas são aquelas adequadas em situações de perigo de perecimento do direito que o legislador foi capaz de prever, dada a frequência e o costume de seus acontecimentos no seio da sociedade. Exemplos são o arresto (artigos 813 a 821, CPC), o sequestro (artigos 822 a 825, CPC), etc. Também na classificação legal existem as medidas cautelares “atípicas ou inominadas”, que estão contidas nas possibilidades do chamado poder geral de cautela reconhecido ao juiz pelo artigo 798 do Código de Processo Civil. Basicamente, essas medidas são aquelas que não estão contidas de forma expressa na legislação, mas que o juiz, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação, poderá determinar as medidas provisórias que entender necessárias.

O Código de Processo Civil ainda ostenta, em seu artigo 796 outra classificação, que tem como critério o momento em que as medidas cautelares são deferidas. Primeiramente, existem as medidas cautelares preparatórias, que são as que antecedem a propositura da ação principal; a seguir, as medidas cautelares incidentes, aquelas que são deferidas no curso do processo principal, como incidentes dele. A nomenclatura “preparatórias” é a utilizada pelo artigo 800. Entretanto, Theodoro Júnior (2008, p.546) entende que seria mais adequado utilizar-se do termo “precedentes”, ou “antecedentes”, pois, o termo “preparatórias” transmite a ideia de preparo, que não seria adequado à ação cautelar, pois esta não tem como função preparar a ação principal mas, simplesmente, assegurar a eficácia de seu resultado.

Existem, porém, englobadas no Livro III do CPC, medidas que em sua essência não são cautelares, apenas são submetidas ao regime procedimental cautelar. Exemplos são a justificação (artigos 861 a 866, CPC), o atentado (artigos 879 a 881, CPC), etc. Podemos ressaltar que nem todas as medidas previstas no Livro III do CPC possuem caráter essencialmente cautelar, surgindo então uma outra modalidade de “medida cautelar” que, na realidade, não devem ser chamadas assim, mas de alguma outra forma. Theodoro Júnior (2008, p.546) as denomina de “medidas conservativas e outras não cautelares, submetidas ao procedimento cautelar”.

1.4 Requisitos

A doutrina predominante enumera, basicamente, dois requisitos necessários à concessão de medidas cautelares, os chamados “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”.

a) *Periculum in mora*: Como foi visto, a tutela cautelar surgiu diante da necessidade de se assegurar o resultado prático do processo principal, diante da ameaça de ineficácia em razão do decurso do tempo. O fator tempo, sem dúvida, põe em risco vários elementos que seriam importantes para a solução final do processo principal. É possível que, em face da demora do processo, o resultado final deste não seja mais eficaz, ou seja, tenha se tornado inócuo devido o perecimento da coisa litigiosa, ou do extravio de bens do devedor, etc.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro optou por proteger a aparência do direito, nos casos em que exista o risco de seu perecimento em razão da demora do processo. Instituiu para tanto, a tutela cautelar, que pretende, senão suprir, pelo menos reduzir o quanto possível os prejuízos que o tempo exigido para o cumprimento da jurisdição (procedimento ordinário) poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente.

O artigo 798 do Código de Processo Civil estabelece, sinteticamente, os requisitos básicos para a concessão da tutela cautelar ao dispor sobre o poder geral de cautela do juiz, determinando que caso este entenda haver fundado receio de que uma

parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave ou de difícil reparação, poderá conceder as medidas provisórias que julgar necessárias.

Pela leitura do referido dispositivo extrai-se que o perigo em que se baseia a tutela cautelar deve ser fundado, ou seja, não pode ser meramente um receio de dano sem motivo, um medo infundado. É imprescindível que esse receio seja fundamentado, tenha razão de ser. É relevante ainda, que o dano iminente seja grave ou de difícil reparação. Isso significa dizer que o risco de uma lesão leve, insignificante, ou que possa ser reparada sem maiores dificuldades, não dá ensejo à concessão de medida cautelar.

b) *Fumus boni iuris*: Tendo em vista que a urgência é o principal fundamento da tutela cautelar, tem-se que, seria ilógico exigir-se do magistrado uma cognição exauriente de todos os elementos do processo para a concessão de uma medida dessa natureza. Assim, a concessão da medida cautelar baseia-se em uma simples aparência do direito, verificada pelo juiz através de uma análise superficial dos fatos que ensejam a segurança. Em razão disso, a medida cautelar não goza de definitividade, como foi visto, justamente porque a cognição sumária do juiz não lhe fornece elementos necessários para a obtenção de um juízo de certeza sobre determinado caso.

A expressão *fumus boni iuris* significa “fumaça do bom direito”, ou seja, é necessário que o autor do processo cautelar demonstre pelo menos a plausibilidade do direito de que alega ser titular.

Theodoro Júnior (2008, p.551) conceitua o *fumus boni iuris* como sendo “a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança”, e o considera como o “interesse que justifica o direito de ação”, sendo que “se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas”. O raciocínio do referido doutrinador leva a crer que o *fumus boni iuris* está relacionado com a possibilidade jurídica do pedido assim como o *periculum in mora* está relacionado com o interesse de agir. Afinal para Theodoro Júnior basta a pretensão do

autor ser possível juridicamente, ou seja, estar prevista no ordenamento jurídico, para configurar-se o *fumus boni iuris*.

1.5 Poder geral de cautela

Como visto, vários fatores contribuíram para o surgimento de um terceiro tipo de tutela jurisdicional, a tutela cautelar. No entanto, a variedade e a complexidade dos conflitos na sociedade é tamanha que seria impossível para o legislador prever e regular todas situações de perigo que possam surgir.

Para as situações mais frequentes e previsíveis, o legislador estabeleceu as medidas cautelares típicas ou nominadas. E, para aquelas situações de perigo que ensejam proteção e não são determinadas, foi criado o chamado “poder geral de cautela”. Esse instituto está previsto no, já citado, artigo 798 do Código de Processo Civil, que diz *in verbis*:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

Esse poder conferido ao juiz se justifica no fato de que o intuito maior do legislador com a criação da tutela cautelar é evitar qualquer situação de perigo que possa por em risco a efetividade da solução final do processo. Deixando nas mãos do magistrado um enorme poder discricionário para conceder medidas de natureza cautelar sempre que entender estarem presentes os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Todavia, esse poder discricionário não se confunde com arbitrariedade, pois o juiz apenas possui uma certa liberdade de escolha, mas sempre dentro dos limites traçados pela lei, tendo em vista que, em todos os casos, para a concessão de qualquer medida cautelar deverão estar presentes os requisitos legais.

O Poder geral de cautela é constituído pelas “medidas cautelares inominadas”, que são aquelas que, naturalmente, não estão previstas expressamente na legislação. Exemplo de cautelar inominada bastante comum é a sustação de protesto de títulos.

É possível que medidas cautelares sejam decretadas de ofício pelo juiz no bojo do processo, ou seja, como medidas incidentais. Tal possibilidade se funda no fato de que o juiz não tem o dever de defender somente o direito das partes, mas sim de zelar pela jurisdição, ou seja, pela utilidade da prestação jurisdicional. Mas, essa atuação do juiz também encontra limites na lei, sendo que o artigo 797 do CPC é expresso ao determinar que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

O próximo capítulo da monografia fará um estudo sobre a Tutela Antecipatória, assim como seus requisitos, momentos de concessão e execução, visando distinguir esses dois institutos.

2 TUTELA ANTECIPATÓRIA

2.1 Histórico e conceito

Como foi visto, a tutela cautelar foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro com o fim precípua de dar efetividade à prestação jurisdicional, sujeita aos prejuízos que a passagem do tempo pode acarretar. No entanto, verificou-se que, em determinados casos, a proteção meramente acautelatória não era suficiente, sendo necessária uma providência satisfativa, para que o direito da parte não restasse frustrado no momento da decisão final do litígio.

A possibilidade de antecipação do pedido principal existia em algumas ações específicas como as possessórias e as de alimentos, e foi prevista na lei do Mandado de Segurança, em seu artigo 7º, inciso II, permitindo que o juiz suspendesse liminarmente o ato de autoridade que deu motivo ao pedido.

Nos casos em geral, todavia, não havia meio legal de antecipar-se o deferimento do pedido, mesmo diante do risco de perecimento do direito. Diante disso, as cautelares inominadas começaram a ser utilizadas nesses casos, tomando uma feição atípica de satisfatividade.

Dessa forma, começou a acontecer uma verdadeira deturpação na função da ação cautelar inominada, como ensina Watanabe⁶:

A inexistência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, somada à irritante e desesperadora lentidão da justiça, provocada por fatores múltiplos, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que começaram a utilizar intensamente da ação cautelar inominada como um meio de obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na chamada 'ação principal'. Ocorreu assim, um desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa, e não simplesmente acautelatória.

⁶WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não fazer*. in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.31.

A falta de uma regulamentação legal, com a delimitação de requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento da antecipação do pedido, fez com que essa decisão ficasse totalmente a critério pessoal dos juízes. Tal fato, naturalmente, acabou gerando soluções injustas, além da insegurança das pessoas em face de tanta imprevisibilidade.

Com o intuito de suprir esta, dentre outras deficiências, é que se deu a reforma do Código de Processo Civil em 1994. Em meio a várias inovações, foi instituído, pela Lei 8.952/94, o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro.

A tutela antecipatória está prevista, genericamente, dentro do processo de conhecimento, no artigo 273 do Código de Processo Civil, estando sujeita a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para o deferimento das medidas cautelares.

Diz o referido artigo 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e (...)”. Essa possibilidade de antecipação da tutela em qualquer procedimento, para Calmon de Passos⁷, significa “obter-se decisão de mérito provisoriamente exequível, mesmo antes de cumpridos todos os trâmites do procedimento que a ensejaria em condições normais”.

Para Zavascki (2000, p.82) “antecipar significa adiantar no tempo, fazer antes do tempo previsto”.

Lobo(2000, p.24) entende que “antecipar a tutela nada mais é do que dar a gozar dos efeitos do bem da vida perseguido, de modo precoce e provisório, antes mesmo de ter sido levada a efeito a tutela em sua plenitude, e antes da prestação imediata- sentença”.

Isto posto, em síntese, pode-se definir a tutela antecipatória como sendo o ato em que o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, concedendo, de forma provisória, total ou parcialmente, o pedido principal requerido.

⁷ PASSOS, Calmon. *Da Antecipação de Tutela*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Op. cit. p.187.

É importante distinguir-se, desde já, a antecipação da tutela das liminares, tendo em vista a confusão existente entre esses dois institutos. Theodoro Júnior (2008, p.746) ensina que “*liminar*, não é sinônimo de providência *cautelar*, é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ser de cunho cautelar como satisfativo”. Pode-se entender a liminar como sendo qualquer provimento dado pelo juiz antes da resposta do réu, ou seja, antes da instauração efetiva do contraditório.

Calmon de Passos⁸ ensina que toda liminar, é, de certa forma, uma “antecipação de tutela”, pois se concede, desde logo, aquilo que seria deferível após determinado procedimento. Entretanto, não é a antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e sim, uma antecipação de outra natureza, pois pedem expressa previsão legal e não dependem de risco de dano ou do comportamento do réu para serem concedidas, como ocorre na tutela antecipada propriamente dita. A tutela antecipatória não significa a possibilidade de se requerer liminar em todo e qualquer processo. Busca, simplesmente, antecipar o pedido de mérito, que seria deferido somente no final do processo, desde que presentes os requisitos previstos expressamente no Estatuto Processual.

Para Theodoro Júnior (2008, p.753), o que ocorre na antecipação de tutela é a realização de “uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir”.

2.2 Requisitos

Sendo uma espécie de tutela de urgência, a tutela antecipada somente será admissível quando estiver em risco a efetividade da prestação jurisdicional. O Código de Processo Civil, em seu artigo 273, procurou estabelecer as hipóteses em que se considera desrespeitado o direito dos cidadãos a uma tutela efetiva e justa, descrevendo expressamente os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipatória, no artigo 273, incisos I e II e parágrafos *in verbis*:

⁸ PASSOS, Calmon. *Da Antecipação de Tutela*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. 1996, p.190/191.

Art. 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação de tutela quando houver fundado perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Parte da doutrina enumera quatro requisitos principais: a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança da alegação, que devem estar sempre presentes; e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sendo que um ou outro ensejam a concessão da antecipação de tutela.

Outra parte da doutrina considera como requisitos, os presentes nos parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, quais sejam: a necessidade de fundamentação da decisão por parte do juiz e a reversibilidade do provimento. Entende-se também como requisito, ainda, o requerimento da parte legitimada, como pode se extrair da primeira parte do caput do artigo 273.

a) Prova inequívoca e verossimilhança da alegação: Como prova inequívoca pode-se entender a prova robusta, suficiente para gerar no juiz o convencimento da verossimilhança da alegação, que é a alta probabilidade da existência do direito. Em qualquer hipótese de tutela antecipada, como foi dito, os requisitos da prova inequívoca e a verossimilhança da alegação deverão estar presentes. Theodoro Júnior (2008, p.758) ensina que a prova inequívoca é mais contundente, não se confundindo com o *fumus boni iuris* do processo cautelar, deve apoiar-se em prova preexistente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

O termo “prova inequívoca” recebeu muitas críticas, pois possui conotação um tanto confusa. Inequívoca, seria a prova completa capaz de gerar a convicção de certeza do direito no juiz, ou seria apenas um início de prova. Analisado isoladamente o termo, pode-se afirmar que a primeira opção é a correta. Todavia, no contexto do instituto da antecipação de tutela, tem-se que o melhor entendimento é o de que a prova inequívoca

significa apenas uma prova contundente que aponta fortemente para a conclusão da existência do direito, mas que não é capaz, sozinha, de gerar no julgador a certeza necessária para a decisão final.

Baptista⁹ dá sua lição sobre o assunto:

Se não quisermos imputar ao legislador o cometimento de um grave erro técnico, teremos que interpretar a locução 'prova inequívoca', constante do artigo 273, como querendo aludir simplesmente a alguma espécie de prova consistente, no sentido de prova congruente, capaz de oferecer ao julgador base suficiente de sua provisória admissão da existência do direito alegado pelo autor. Se estivéssemos, verdadeiramente, em presença de prova inequívoca, então, a tutela não seria apenas antecipatória de uma futura sentença, na mesma relação processual, mas haveria de ser tutela satisfativa final.

O art. 273 condiciona a antecipação da tutela antecipada à existência de verossimilhança e de prova inequívoca, que são pressupostos para que o juiz se convença da medida pleiteada.

A verossimilhança é apresentada pelos fatos exposto no pedido inicial, onde o magistrado, à luz do direito ameaçado, reconhece o perigo da irreversibilidade da medida caso não seja concedida.

Já prova inequívoca se traduz pelas provas apresentadas nos autos, onde o juiz faz uma análise preliminar das provas apresentadas pelo jurisdicionado, para que possa deferir a medida pleiteada.

Deve-se sempre buscar o equilíbrio entre os interesses postulados pelos litigantes, não sendo legal a antecipação de tutela ao autor quando dela possa resultar danos à parte contrária.

Dessa forma, o juízo da verossimilhança da alegação ficará a critério de cada juiz, o que não significa arbitrariedade, até porque, a decisão que conceder ou denegar a tutela antecipatória deve ser fundamentada.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. 1996. p.137.

b) Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação: A tutela antecipatória deverá ser deferida sempre que exista o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação em virtude da própria natureza da situação.

Como consta na redação do artigo 273, I do Código de Processo Civil o receio de dano deve ser fundado, ou seja, não basta que a parte sinta um simples temor, é necessário que esse receio seja baseado em situações concretas e que seja demonstrado que a medida antecipatória é imprescindível para afastar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Carreira Alvim¹⁰ explica que

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

Dessa forma, estando configurada a situação de dano irreparável ou de difícil reparação, surge a necessidade da concessão do provimento antecipatório cujo objetivo é tutelar à situação de urgência inerente a própria natureza da ação.

c) Abuso de direito de defesa ou atos protelatórios do réu: O artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil trouxe uma verdadeira inovação ao direito processual civil brasileiro prevendo a possibilidade de antecipação da tutela nos casos de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

Essas são hipóteses que ensejam a concessão da tutela antecipatória não pela urgência, mas pela necessidade de proteger o autor da ação, que possui prova inequívoca capaz de indicar a verossimilhança de sua alegação, de possíveis abusos do réu, com intuito meramente procrastinatórios do feito.

Existem duas condutas distintas previstas na redação do artigo 273, II do Código de Processo Civil, o “abuso do direito de defesa” e o manifesto propósito protelatório do réu”. Segundo Zavascki (2000, p.77), o primeiro caso refere-se aos atos

¹⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *A Antecipação de Tutela na Reforma Processual*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*, 1996, p.70.

praticados pelo réu em sua defesa, ou seja dentro do processo, com o objetivo de ganhar tempo, como por exemplo, aduzir alegações desprovidas de qualquer consistência, requerer a produção de provas nitidamente desnecessárias, etc. A segunda hipótese é mais ampla que a primeira, envolvendo qualquer ato ou omissão do réu fora do processo com finalidade procrastinatória, tais como simulação de doença, ocultação de prova, não atendimento de diligência, etc.

Baptista¹¹ ensina que para a concessão da medida antecipatória não basta que o réu abuse do direito de defesa ou protele o feito de qualquer forma, é necessário também que seja demonstrada a verossimilhança do pedido do autor. Para o mencionado autor “o simples abuso de direito de defesa caracterizará uma das hipóteses do artigo 17 do Código de Processo Civil, compondo a figura do ‘litigante de má-fé’, mas, por si só, não permite a antecipação de tutela”.

Isto porque a tutela antecipada do artigo 273, inciso II, não é uma sanção ao réu, mas sim uma proteção ao autor da ação, que não deve sofrer com a demora desnecessária do processo provocada pelo réu.

d) Reversibilidade da decisão: O § 2º do artigo 273 dispõe *in verbis* que “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

A exigência da reversibilidade do provimento antecipatório está fundada, basicamente, nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois a concessão de medida irreversível antecipadamente com base em uma cognição meramente sumária, sem o respeito aos trâmites processuais necessários para criar no juiz a certeza do direito, representa, sem dúvida, um desrespeito a tais princípios, podendo acarretar prejuízos ao réu.

Analisando o sentido literal do texto do § 2º do artigo 273 tem-se que se não for possível restabelecer ao réu, caso este venha a ser vencedor no julgamento definitivo do processo, a situação anterior à concessão da medida, então não será possível a

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. “A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual”. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil, 1996, p.139.

antecipação de tutela. Theodoro Júnior (2008, p.761) considera a obrigatoriedade da reversibilidade verdadeira garantia ao réu, posto que “a necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica”. Para ele, se não fosse exigida a possibilidade de reversão, a tutela antecipada apenas estaria transferindo o risco de dano irreparável ou de difícil reparação do autor para o réu, o que não é o intuito do instituto.

De acordo com Baptista¹² o legislador se excedeu na inclusão do § 2º do artigo 273 no CPC, pois

Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto sob a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento apresente-se apenas provável, ou confortável com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.

De fato, situações extremas como as descritas acima existem. Nessas hipóteses, caberá ao juiz, fazendo uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e de seu bom senso, ponderar a respeito do direito das partes, sabendo que a manutenção de um, implicará no total sacrifício do outro.

Assim, pode-se dizer que a concessão da tutela antecipatória fica a critério do juiz, que analisará se estão presentes todos os requisitos e decidirá, fundamentando sua decisão. Já a denegação é obrigatória ao juiz quando se mostrarem irreversíveis os efeitos do deferimento da medida.

Exemplos comuns de situações urgentíssimas e irreversíveis que na prática processual ensejam a concessão da tutela antecipada são a transfusão de sangue contra a vontade da família; a amputação de membros, etc.

e) Requerimento da parte: A redação do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil deixa clara a necessidade de requerimento da parte para a

¹² Silva, Ovídio A. Baptista da. “A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual”. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil, 1996, p.142.

concessão da tutela antecipatória ao dizer que “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar (...)”.

Isso significa dizer que, o juiz não poderá conceder de ofício a antecipação de tutela. A necessidade de requerimento da parte se dá em respeito ao princípio da inércia que estabelece que nenhum juiz pode prestar tutela jurisdicional sem requerimento da parte.

Não obstante a legitimidade para requerer a antecipação de tutela seja, essencialmente, do autor da ação, o réu, o Ministério Público e o terceiro interveniente também possuem legitimidade.

O réu terá legitimidade para requerer a antecipação de tutela nos casos de ação dúplice (exemplo: consignatórias, possessórias, etc.), quando houver pedido de reconvenção ou em pedidos de declaração incidental. O Ministério Público terá legitimidade nas causas em que estão envolvidos direitos indisponíveis, atue como substituto processual ou fiscal da lei.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery (2003, p.613/614) resumem bem a questão:

A legitimidade para requerer a antecipação de tutela é estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, como, por exemplo, o denunciante, na denúncia à lide; o oponente na oposição; ao autor da declaratória incidental. O réu, quando reconvém, é autor da reconvenção, de modo que pode pleitear a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial de reconvenção. O assistente simples do autor pode pedir a tutela antecipada, desde que a isso não se oponha o assistido. O assistente litisconsorcial, quando no pólo ativo, pode requerer a tutela antecipada, independente da vontade do assistido. Saliente-se que, neste caso, o assistente não estará fazendo pedido em sentido estrito, mas apenas pleiteando seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença: o pedido já foi deduzido pela parte assistida. O réu, quando age contra-atacando, transforma-se em autor e pode, de consequência, pedir a antecipação dos efeitos da tutela de mérito deduzida na ação por ele proposta. Isto ocorre, por exemplo, quando o réu ajuíza reconvenção, ação declaratória incidental e quando, na contestação das ações dúplices, formula pedido.

f) Fundamentação da decisão: Diz o § 1º do artigo 273: “Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”. Esse dispositivo é tido pela maioria dos doutrinadores como

desnecessário e redundante, tendo em vista que a exigência de fundamentação das decisões judiciais já está consagrada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93, IX, constando também nos artigos 131 e 458, II do Código de Processo Civil.

Calmon de Passos¹³ é incisivo mencionando que “decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada, inclusive via mandado de segurança, com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica”.

Diante do exposto, vale frisar que a decisão denegatória da tutela antecipada, assim como todas as decisões judiciais, também deve ser devidamente fundamentada.

2.3 Revogabilidade e Modificabilidade

O artigo 273, § 4º diz *in verbis*: “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. A possibilidade de revogação ou modificação esta intrínseca no instituto da tutela antecipada, tendo em vista que esta é uma medida essencialmente provisória. O simples fato de que para a concessão de medida antecipatória não são exauridos todos os meios de prova, já induz ao raciocínio que esta decisão não pode ser imutável.

Zavascki (2000, p.114) afirma que, em geral, a modificação ou a revogação das medidas provisórias poderia ocorrer em duas situações:

a) com a mudança do estado de fato, ou b) com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado da prova. No primeiro caso (a), a mudança da situação fática poderá evidenciar (a.1) o desaparecimento ou a mitigação da situação de urgência anteriormente existente, ou, então, (a.2) o surgimento de situação de perigo que antes não se configurava. E, com o aprofundamento da cognição, (b), é possível que fique demonstrada (b.1) a inverossimilhança do direito que se aparentava verossímil, ou (b.2) a verossimilhança do direito que antes não parecia evidenciada.

¹³ PASSOS, Calmon. Da Antecipação de Tutela. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil, 1996, p.206.

O importante saber é que a tutela antecipada será sempre provisória, podendo ser modificada, caso haja alguma modificação na situação tutelada; ou revogada, se não mais se mostram presentes todos os requisitos necessários à sua concessão.

2.4 Limites e momento de concessão

A antecipação da tutela encontra seus limites no pedido principal. O texto da lei dispõe que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida. Isso significa dizer que a medida antecipada pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito (Theodoro Júnior, 2008, p.757).

O termo “poderá” confere ao juiz um certo grau de discricionariedade, o que não significa arbitrariedade, tendo em vista que é pacífico na doutrina, que estando presentes os requisitos ensejadores da medida antecipatória, o juiz deverá concedê-la. Além do fato de que a decisão, concessória ou denegatória, deverá ser sempre fundamentada, como foi visto.

Para determinar a extensão da antecipação, Zavascki (2000, p.80) fala no “princípio da menor restrição possível”, que considera que, sendo uma limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação dos efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário.

Em relação ao momento de concessão da medida antecipatória, a lei não estabeleceu nenhum momento adequado específico. Diante disso, o entendimento majoritário é de que a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive antes da citação do réu.

Todavia, a doutrina não é pacífica nesse tema. Em relação à possibilidade do deferimento liminar da tutela antecipada antes da citação do réu, ou seja, inaudita altera parte, a maioria entende ser possível. O argumento principal invocado é a própria natureza urgente da medida, sendo que em situações em que a citação e a respectiva manifestação do réu no processo possam colocar em risco o direito do autor, nada

impede que o juiz defira a liminar antecipatória, antes da citação do réu. Os seguidores dessa corrente afirmam que, nesses casos, não há ferimento ao princípio do contraditório, mas simplesmente, este se realizará em momento posterior.

É esse o entendimento de Nery (1995, p.58), que explica:

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera partes*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

Calmon de Passos¹⁴, em contrapartida, entende que, por depender de prova inequívoca, a tutela antecipada só pode ser deferida depois de oferecida a resposta do réu e após o encerramento da fase postulatória. Discute-se também a possibilidade de concessão da tutela antecipada no momento da sentença. Grande parte da doutrina entende que até a sentença e depois desta, em grau de recurso, a concessão da medida antecipatória é perfeitamente possível, sendo que no último caso deverá ser requerida ao Tribunal competente.

Theodoro Júnior (2008, p.760), ensina que: “mesmo após a sentença e na pendência de recurso, será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao Tribunal.”

2.5 Execução

A Lei 10.444/2002 deu nova redação ao § 3º do artigo 273, estabelecendo que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, e conforme a sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461 §§ 4º e 5º, e 461-A”. A Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, revogou o artigo 588, que tratava da Execução Provisória.

¹⁴ PASSOS, Calmon. Da Antecipação de Tutela. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil, 1996, p.205.

Devem ser observados, os artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, este acrescentado pela mesma Lei 10.444/2002, estendendo-se à tutela antecipatória genérica todas as prescrições da específica, inclusive medidas coercitivas, punitivas e assecuratórias, para torná-las mais eficaz.

Zavascki (2000, p.90) entende que se a medida foi concedida com base nas hipóteses do inciso I do artigo 273, ou seja, sem nenhum ato ilícito do réu, a responsabilidade será objetiva. Mas, se tiver sido fundada nas hipóteses do inciso II, a responsabilidade será subjetiva, devendo ser demonstrado pelo réu o dolo ou a culpa do autor.

Discute-se na doutrina os tipos de provimento passíveis de antecipação. Existem três espécies principais de provimentos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: declaratório, constitutivo e condenatório. O primeiro, apenas declara alguma coisa; o constitutivo, provoca uma mudança no mundo fático constituindo ou desconstituindo alguma situação jurídica e o condenatório, que além de dizer o direito, estabelece uma ordem, condena a parte vencida a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Baptista (1998, p.137/138) entende que a declaração, a constituição ou mesmo a condenação, por si só, não admitem antecipação, o que poderá ser antecipado são os possíveis efeitos mandamental e executivo por ventura existentes no provimento. São palavras do referido autor:

Ora, dizer por exemplo, que 'tudo indica que o tributo seja realmente ilegal', assim como ter o contrato por nulo, provisoriamente, ou o réu por condenado, até prova em contrário são expressões de efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios, em si mesmos irrelevantes ao processo. Essa intrínseca irrelevância dos três efeitos normativos (não práticos) da sentença, porém, pode tornar-se decisiva e imprescindível, se a lei autorizar o julgador a extrair deles algum tipo de efeito prático (executivo ou mandamental).

Em síntese, o que é possível é a antecipação dos efeitos da tutela pretendida. Zavascki (2000, p.50) resume com bastante clareza esse assunto "Antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas, sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social".

O próximo e último capítulo da monografia fará uma análise sobre as semelhanças e diferenças entre as tutelas de urgência, e sobre o princípio da fungibilidade, que foi introduzido pela Lei nº 10.444/2002, com o acréscimo do parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, devido às confusões da aplicação prática dessas medidas.

3 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

3.1 Semelhanças e diferenças:

A tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies do gênero tutela de urgência, possuindo muitos aspectos em comum. No entanto, apesar das semelhanças entre esses dois institutos, eles não se confundem, existindo também inúmeras diferenças, que serão analisadas adiante.

No que se refere aos aspectos em comum, tem-se que, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada, são provimentos de urgência (ressalvados os casos do artigo 273, II), provisórios, revogáveis a qualquer tempo, baseados em cognição não-exauriente, que não fazem coisa julgada material, entre outros aspectos convergentes entre os dois institutos.

Quanto à provisoriedade, Calamandrei¹⁵ distingue provisoriedade de temporariedade, considerando provisórias as medidas destinadas a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, que as sucederá, com eficácia semelhante; e temporárias, aquelas destinadas a ter eficácia limitada no tempo, não sendo entretanto, substituídas por outra medida de igual natureza. Assim, as medidas antecipatórias se enquadrariam nas primeiras e as medidas cautelares nas segundas.

Costa¹⁶ fornece exemplos bastante esclarecedores da distinção entre provisoriedade e temporariedade, muito utilizados por outros doutrinadores, o exemplo dos “andaimos” e da “barraca”. Explica ele que os andaimos utilizados em uma construção são temporários e não provisórios, pois eles deverão permanecer até que o trabalho da construção seja terminado. São porém, “definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los”. Já no caso do desbravador do sertão que utiliza uma barraca como moradia até que construa uma habitação definitiva, a barraca terá uma função provisória, justamente porque será substituída pela moradia definitiva.

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Apud* ZAVASCKI, Teori Albino. 2000, p.34.

¹⁶ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *apud* SILVA, Ovídio A Baptista da. 1995 V.III, p.51.

Ainda dentro do assunto referente à provisoriedade, é sabido que as medidas cautelares e as medidas antecipatórias podem ser revogadas a qualquer tempo. A questão é que na tutela cautelar essa revogação ou modificação pode se dar de ofício, já na tutela antecipada, a doutrina diverge a respeito, como foi exposto anteriormente no item 2.3 que tratou da revogabilidade e da modificabilidade da tutela antecipada.

Outro ponto de semelhança entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é que ambas são concedidas com base em uma cognição não-exauriente, ou seja, que não tem o condão de produzir no juiz uma convicção de certeza necessária para o julgamento definitivo da lide. Todavia, apesar de não ser exauriente, o grau de cognição na tutela antecipada é um pouco maior do que na tutela cautelar, tendo em vista que para a concessão desta basta à presença do *fumus boni iuris*, ao passo que na tutela antecipada o julgador se convencerá da verossimilhança da alegação, demonstrada por prova inequívoca.

Sendo baseadas em cognição não-exauriente e tendo em vista a provisoriedade dessas medidas, tem-se que a antecipação de tutela e a medida cautelar em estudo não podem fazer coisa julgada material. No caso da tutela antecipada, se, por ventura, a ação for julgada procedente no final da demanda, o que fará coisa julgada material é a sentença definitiva da causa, proferida após o esgotamento dos meios probatórios, que substituirá a decisão antecipatória. Como foi visto, em se tratando de medida cautelar, esta não decidirá sobre o mérito da causa (ressalvados apenas os casos de decadência e prescrição), não podendo então, fazer coisa julgada material.

O sistema processual brasileiro, no entanto, estabelece muitas diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. A principal delas é justamente a natureza dos provimentos, sendo que para a maioria dos doutrinadores rezam que cautelaridade não se confunde com satisfatividade. Baptista (1995, p.29) define “satisfatividade como sendo a *realização* concreta do direito no plano das relações humanas, ao passo que a cautelaridade tem como escopo a *segurança* da realização dos direitos”.

Assim, a tutela antecipada diferencia-se da tutela cautelar porque visa a satisfação, ainda que provisória, do direito do autor, enquanto que a cautelar tem como finalidade principal assegurar o resultado prático da demanda principal. Na antecipação

de tutela, antecipa-se o próprio mérito da ação, os provimentos são equivalentes, com a diferença que o primeiro é provisório e o segundo é definitivo. Já o conteúdo do provimento cautelar é diferente do mérito da ação principal. As medidas cautelares podem ter como objeto pessoas, bens ou provas, que estejam em situação de risco em razão da demora do processo. É comum na doutrina dizer que a tutela antecipada assegura diretamente o direito material; e a tutela cautelar assegura o resultado útil do processo, tutelando indiretamente o direito material da parte.

Baptista (1995, p.44), reportando-se a Pontes de Miranda, afirma que na tutela cautelar, as medidas são de “segurança para a execução”, ao passo que na tutela antecipada as medidas são de “execução para segurança”. No mesmo sentido, Marinoni (2008, p.107) explica:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.

A tutela cautelar e a tutela antecipatória também divergem no que diz respeito aos requisitos necessários para a sua concessão. Como foi visto, para a concessão da tutela antecipada se requer prova mais robusta e expressiva do que a exigível no processo cautelar. Neste bastam estar presentes os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enquanto que para a concessão da tutela antecipada é necessário que haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” aliados a presença de prova inequívoca que demonstre a verossimilhança da alegação.

Além disso, a tutela antecipada pode ser concedida no caso “de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, conforme consta no artigo 273, inciso II.

Por fim, é importante lembrar que, por tutelar além do interesse particular da parte, também a efetividade da prestação jurisdicional, a tutela cautelar pode ser deferida de ofício pelo juiz. Já a antecipação de tutela depende necessariamente de

requerimento da parte, como estabelece expressamente o artigo 273, *caput* do Código de Processo Civil, pois protege interesse particular.

A cautelar é garantia, antecipação é satisfação. Apesar das suas características comuns e da sua identidade quanto à função que exercem, as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, uma vez que a primeira visa garantir a efetividade de outro processo. Já a segunda visa antecipar o próprio mérito.

3.2 A fungibilidade

Não obstante as diferenças essenciais entre a tutela antecipada e a tutela cautelar acima mencionadas, o fato é que tais institutos estão intimamente ligados por um aspecto em comum: a urgência. Assim, mesmo depois do advento da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro em 1994 e dos esforços da doutrina em diferenciar esta da tutela cautelar, as confusões na aplicação prática dessas medidas não acabaram.

A prática forense demonstrou que muitas situações de urgência estavam ficando desprotegidas em face da rigidez excessiva na diferenciação das medidas de urgência, tornando-se comum o indeferimento de uma medida por não ser considerada a adequada. Diante disso, grande parte da doutrina começou a defender a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, tendência também assumida em vários tribunais do Brasil.

Foi instituída, então, pela Lei nº 10.444/2002, a fungibilidade das tutelas cautelar e antecipatória, com o acréscimo do § 7º ao artigo 273 do CPC, 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 pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Esse dispositivo foi muito aplaudido por grande parte da doutrina, que considera o § 7º do artigo 273 como nada mais que a consolidação da tendência de

desburocratização do processo civil brasileiro, há muito defendida por processualistas mais modernos.

Dinamarco (2002, p.90/91) menciona que ao estabelecer a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, deve-se abrir novos horizontes para a melhor compreensão de ambos os institutos. Explica ele que a doutrina que os diferencia rigidamente não foi capaz de perceber o forte traço comum entre eles, preocupando-se em separar rigorosamente as duas espécies do gênero tutela de urgência, tratando-os como estranhos e não como realmente são: “dois irmãos quase gêmeos (ou dois irmãos quase univitelinos)”.

Certamente, o § 7º, permitindo a fungibilidade, ameniza a dificuldade que existia, na prática, de diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipatória. Rodrigues Wambier e Tereza Wambier(2002, p.44) mencionam que “não teria sentido admitir-se poderia o autor pedir o *mais* no bojo do processo de conhecimento e precisar instaurar um outro processo para formular pedido de natureza cautelar, que é *menos*”.

No entanto, apesar de ser considerada uma evolução, que trouxe mais benefícios do que malefícios para a aplicação das tutelas de urgência, a fungibilidade merece muita discussão pois, de qualquer forma deverão ser obedecidos os requisitos da medida efetivamente concedida.

3.2.1 Interpretação e requisitos

A interpretação do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada vai depender muito de como se enxerga esses institutos. Como foi visto, as medidas em estudo possuem diferenças essenciais, mas também assemelham-se em muitos pontos. Analisando as diferenças existentes, o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência consagra a visão de que estas não são institutos absolutamente distintos, pelo contrário, são espécies de um mesmo gênero, a tutela de urgência.

Theodoro Júnior (2008, p.797), manifestou sua opinião a respeito dessa distinção rigorosa:

Ao aplicador da lei processual incumbe, então, esforçar-se para fugir de tecnicismos estéreis na separação dos terrenos da tutela cautelar genérica e da antecipação de tutela, que, se podem satisfazer vaidades acadêmicas, em nada contribuem para a implementação das metas instrumentais do moderno direito processual, cada vez menos voltado para o dogmatismo e cada vez mais preocupado com os resultados práticos capazes de criar nesse limiar de um novo século um processo que mereça, realmente, o epíteto do *devido processo legal*, ou mais precisamente, de um *processo justo*.

O mencionado autor explica que só o Brasil teve a “pretensão de separar em campos diversos e bem delineados, as medidas cautelares e as de antecipação de tutela”. Aduz que no direito europeu, diante da necessidade de satisfação provisória do direito em face do risco de dano, não se criou um novo instituto, apenas ampliou-se a tutela cautelar, incluindo nesta, as medidas satisfativas do direito do litigante.

A maioria dos doutrinadores interpreta o § 7º do artigo 273 como a aproximação de uma vez por todas dos institutos em questão. A fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipatória deve ser compreendida dentro da sistemática do ordenamento jurídico como um todo, sendo esse sistema regido de forma suprema pela Constituição Federal e seus princípios.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que a Constituição, ao estabelecer em seu artigo 5º, XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, garantiu aos cidadãos não simplesmente o acesso ao Poder Judiciário, mas sim o acesso à Justiça, que significa o direito do cidadão à prestação jurisdicional justa, eficaz e tempestiva. Isto posto, não faz sentido que normas processuais que limitem, na prática, o acesso do cidadão à ordem jurídica justa sejam tidas como válidas.

Zavascki (2000, p.64/65) observa que, diante da demora da decisão proferida ao final do processo, surge a tensão entre a entrega efetiva e tempestiva da prestação jurisdicional (efetividade da jurisdição) e a decisão justa e adequada do litígio com as garantias do contraditório, da ampla defesa e da interposição dos recursos (segurança jurídica). Confere o referido autor, às medidas de urgência, verdadeira função de harmonização desses conflitos entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, considerando as medidas de urgência “garantidoras de princípios fundamentais”.

A introdução da fungibilidade das medidas de urgência se funda, então, no princípio fundamental do acesso à justiça. Se, de fato, a diferenciação extrema das tutelas estava trazendo mais prejuízos do que benefícios para os cidadãos, nada mais correto do que amenizar essas diferenças na aplicação desses institutos, afinal o que se busca, realmente, é a solução dos conflitos de forma útil e eficiente.

Com relação aos requisitos da implementação do princípio da fungibilidade, a divergência doutrinária é enorme. Alguns entendem que são os mesmos da fungibilidade recursal, outros estabelecem algumas condições, mas não exatamente as mesmas da fungibilidade dos recursos, outros entendem que a fungibilidade prevista no artigo 273, § 7º deve ser interpretada de forma ampla, não existindo requisitos específicos, além dos necessários à concessão da medida.

Nelson Nery (1997, p.109) menciona que o artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, em face da complexidade do sistema recursal, estabelecia expressamente a fungibilidade recursal, assim dispendo: “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”. Esse dispositivo não foi repetido no Código de Processo Civil de 1973, por entenderem, na época, que a sistemática recursal era simples, sendo desnecessária a regra expressa da fungibilidade.

Ocorre que a prática forense demonstrou o contrário. E, diante das confusões na interposição dos recursos, a regra da fungibilidade recursal voltou a ser aplicada pelos tribunais, sendo atualmente, considerada um princípio que rege a sistemática recursal brasileira.

Nelson Nery (1997, p.109/116) afirma que “para o cabimento da regra da fungibilidade dos recursos, deve haver dificuldade na aferição do recurso adequado cabível ao caso concreto”. Isso, para se evitar que a parte fique prejudicada por algo que não deu causa, a dúvida objetiva sobre o recurso cabível. No mesmo sentido pronunciou-se Marinoni (2008, p.131), segundo o qual o art. 273, § 7º,

partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder a tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória).

Fidélis dos Santos (2002, p.623) afirma que, seguindo entendimento da doutrina majoritária e dos tribunais brasileiros, os requisitos para a aplicação da fungibilidade recursal são os previstos no extinto artigo 810, quais sejam: a ausência de má-fé da parte recorrente e a inexistência de erro grosseiro, ou, “boa-fé e erro escusável”. Explica o referido autor, que para haver erro escusável, “basta que a doutrina e principalmente a jurisprudência não tenham pensamento uniforme sobre o assunto”.

Muito se discute sobre a aplicação ao princípio da fungibilidade das tutelas de urgência os requisitos da fungibilidade recursal, sejam eles a boa-fé e o erro escusável ou simplesmente a dúvida objetiva sobre o recurso cabível.

A doutrina majoritária segue entendimento de que a aplicação da fungibilidade entre as medidas de urgência não estão sujeitas a nenhum requisito específico fora do previsto na redação do § 7º, a necessidade da presença dos requisitos da medida efetivamente concedida. Todavia, essa obrigatoriedade não chega a ser bem um requisito da fungibilidade, mas sim condição para a própria concessão da medida, não importando se a medida foi requerida de forma correta ou não.

Conforme já foi dito, o advento da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória consolidou a idéia da instrumentalidade das formas processuais, devendo o processo servir à função para qual foi criado, qual seja, a de realizar o direito no plano fático de forma justa. Assim, não pode o processo servir de instrumento para dificultar a realização efetiva do direito, nesse caso estarão sendo desvirtuados todos os princípios inerentes ao processo, como o devido processo legal e o acesso à justiça.

Dinamarco (2002, p.49) é um dos maiores defensores da desburocratização do processo em prol da efetividade da prestação jurisdicional, explicando que “é regra

processual surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”. E segue o jurista, “o que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula”.

3.2.2 Aplicação prática

Na prática, a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência demonstra duas situações distintas que merecem análise: a medida cautelar requerida incidentalmente como antecipação de tutela; e medida antecipatória requerida em processo cautelar preparatório ou incidente.

A primeira situação é justamente a hipótese descrita expressamente no § 7º do artigo 273. Vale transcrever novamente a redação do referido parágrafo, *in verbis*: “Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A leitura literal do texto leva a crer que, nesse caso, o juiz pode deferir medida cautelar no bojo do processo principal. Entretanto, alguns doutrinadores entendem que no caso de medida cautelar requerida a título de antecipação de tutela, o princípio da fungibilidade apenas autoriza o juiz a não indeferir de plano a medida, não significando a dispensa do processo cautelar autônomo.

Carpina (2003, p.10/11), adotando esse entendimento, considera aplicável, no caso, o procedimento cautelar descrito no Livro III do Código de Processo Civil. Afirma o autor que “o magistrado deverá dar oportunidade ao requerente de emendar a inicial para regularizar o procedimento e que os autos serão apartados, devendo a instrução seguir os trâmites do processo cautelar autônomo”.

Figueira Júnior (2002, p.19/23) entende que, com a introdução do princípio da fungibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz está autorizado a deferir medida cautelar no bojo do processo principal de conhecimento, ressalvados apenas os casos em que tal procedimento puder causar algum tipo de tumulto no processo, como por

exemplo, o deferimento da medida na fase decisória. Nesses casos, o autor mencionado entende que deverá ser adotado o procedimento cautelar autônomo incidente.

A corrente majoritária, porém, é a que entende que a intenção do legislador ao incluir o § 7º do artigo 273, foi justamente possibilitar a concessão da medida cautelar no bojo do processo de conhecimento, como já permitia a lei em algumas situações (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, etc.) e vinha permitindo também a jurisprudência.

Carreira Alvim (2003, p.131/132) fala em “sincretismo processual” ao tratar da possibilidade da concessão de medida cautelar incidentalmente no bojo do processo de conhecimento ou de execução, mostrando-se favorável. Afirmando que, em face da simplicidade das medidas cautelares, estas já vinham sendo deferidas no interior do processo principal, dispensando um novo processo cautelar, o autor menciona que essa possibilidade “importa em sensível redução de tempo que é um dos maiores inimigos do processo”.

A concessão da medida cautelar no bojo do processo principal não fere o princípio do contraditório e da ampla defesa. De qualquer forma, deverá ser observado o procedimento referente à antecipação de tutela, sendo necessária a ouvida do requerido antes da concessão da medida cautelar. Somente em situações de urgência extrema, em que a manifestação do réu puder trazer prejuízo efetivo ao autor, é que esta poderá ser dispensada, ocorrendo o contraditório diferido, como foi visto.

Ora, levando-se em conta que os principais princípios norteadores da segunda reforma do Código de Processo Civil, que introduziu a fungibilidade em nosso sistema, são a economia processual e a efetividade da jurisdição, não faria sentido considerar-se necessária a formação do processo cautelar autônomo para deferimento dessa medida. Nesse entendimento, seria impedido apenas que a medida fosse indeferida de plano, nada mudando com relação a agilidade do provimento.

Assim, sem embargo da posição contrária, tem-se que, se a tutela antecipatória, que possui requisitos mais rígidos do que a tutela cautelar, pode ser deferida no bojo do

processo principal, não há razão para a restrição do deferimento desta última ao processo próprio.

A polêmica reside na possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade na hipótese inversa do § 7º do artigo 273, ou seja, na concessão de antecipação de tutela requerida em processo cautelar. Existem duas situações a serem analisadas: a concessão de tutela antecipada requerida em processo cautelar incidental, quando já exista o processo principal; e a requerida em processo cautelar preparatório ou antecedente.

A primeira hipótese não traz muitas complicações, tendo em vista que, é muito provável que, nos casos de pedido antecipatório em processo cautelar, quando já existente o processo principal, tenha havido uma simples confusão quanto à natureza das medidas.

O problema está na aplicação da fungibilidade nos casos de requerimento de tutela antecipada em processo cautelar preparatório. Aqueles autores que consideram aplicáveis à fungibilidade das medidas de urgência os requisitos da fungibilidade recursal tendem a ter como impossível essa hipótese, pois seria caso de erro grosseiro, impedindo a aplicação da fungibilidade.

Os principais argumentos contrários à fungibilidade na hipótese inversa do § 7º são: que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos do que os da tutela cautelar, sendo que a concessão de medida antecipatória em processo cautelar fraudaria tais requisitos, podendo trazer prejuízos ao réu; e que se a lei não estabeleceu expressamente a possibilidade, não cabe ao aplicador do direito fazer o papel de legislador.

Theodoro Júnior (2008, p.796) afirma que:

Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do artigo 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar. O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmudar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos

pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

Uma leitura superficial das palavras do jurista supracitado acarretam no pensamento de que ele seria contrário à aplicação da fungibilidade na hipótese inversa do § 7º. Todavia, nota-se que o autor não tolera a manobra inversa se não forem respeitados os requisitos necessários à concessão da medida, o que não é o caso do dispositivo em estudo, que estabelece expressamente que os requisitos necessários à concessão da medida deverão estar presentes. Vale transcrever outro trecho do pensamento de Theodoro Júnior (2008, p.744):

Formular um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passa de mero equívoco formal ou procedimental. (...) A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para nosso Código para restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

A maioria dos doutrinadores não vê obstáculo algum no requerimento da tutela antecipada em processo cautelar preparatório, principalmente, porque existem muitas situações em que o autor, face à urgência, ainda não possui todos os elementos necessários para a propositura da ação principal, mas tenha o suficiente para demonstrar a verossimilhança do direito. Não pode o autor, por falta de instrumento adequado, ter seu direito desamparado.

Dinamarco (2002, p.67) ensina que o instituto da fungibilidade entre as medidas de urgência é uma “via de mão dupla”. São as palavras do autor:

O novo texto legal não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são

fungíveis isso significa que tanto se pode substituir *um por outro*, como *outro por um*.

Conforme dito anteriormente, a introdução da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória no ordenamento jurídico brasileiro demonstrou que já não cabe mais na sistemática processual a idéia de absoluta distinção entre esses dois institutos. As medidas cautelares e antecipatórias são espécies do gênero tutela de urgência ou de emergência, tendo em vista que o objetivo principal de ambas é evitar que os efeitos da demora do processo afetem de alguma forma o direito da parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil brasileiro vem sofrendo frequentes modificações, principalmente no que tange às chamadas tutelas de urgência. Em 1994 a reforma do código de Processo Civil introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da “tutela antecipada”. Posteriormente, mais mudanças foram introduzidas no processo civil, sendo uma delas a possibilidade da fungibilidade entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, implantada pela Lei 10.444/2002.

Neste estudo nota-se que esta é uma tendência de todo processo civil, e que muitas mudanças ainda estão por vir. O advento da fungibilidade veio consagrar uma realidade que há muito já vinha acontecendo, em face das dificuldades de diferenciação entre medida cautelar e medida antecipatória.

A simplificação na aplicação das medidas cautelares e antecipatórias é o principal resultado da instituição da fungibilidade entre esses dois institutos. O legislador prezou pela economia processual, reduzindo bastante as complicações que surgiam na aplicação de medidas de urgência.

Com o estudo, conclui-se que o processo civil brasileiro está no caminho certo. O Código de Processo Civil, mesmo sendo de 1973, é muito completo, só necessitando de reformas para adaptá-lo às próprias modificações da sociedade. A tendência atual do processo civil é de, cada vez mais, abandonar os rigores e formalismos desnecessários, tendo em vista sempre a utilidade do processo, meio pelo qual o Estado presta a tutela jurisdicional.

O formalismo em excesso acarreta o distanciamento da realidade, correndo o risco de se ter um processo perfeito, porém sem utilidade alguma. Assim, dentre as questões mais polêmicas na aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a melhor interpretação é a que preza pela efetividade da tutela jurisdicional.

O § 7º do artigo 273 deve ser interpretado no contexto do direito fundamental ao acesso à justiça, entendido como acesso à uma ordem jurídica justa, com mecanismos eficientes e úteis. Não se deve colocar obstáculos onde o legislador não os colocou. Os requisitos para a aplicação da fungibilidade são simplesmente os da medida concedida, pois o legislador não mencionou nada diferente disso.

Quanto à possibilidade da aplicação da fungibilidade na hipótese inversa da descrita no artigo 273, § 7º, ou seja, requerimento de tutela antecipada a título de medida cautelar, também deve ser vista como perfeitamente possível. Não foi a intenção do legislador restringir os mecanismos de proteção ao direito, e a fungibilidade entre as tutelas de urgência nada mais é do que mais um meio de tornar a prestação jurisdicional útil e eficaz.

As diferenças entre as medidas cautelares e antecipatórias existem e devem ser mantidas, mas até onde beneficiam as partes. Como foi visto, os requisitos das primeiras são mais leves do que os da segunda, sendo que a confusão entre esses dois institutos poderia, realmente, trazer prejuízos às partes. Todavia, o que pretendeu o legislador com a fungibilidade não foi a fusão completa entre as tutelas de urgência, mas sim a simplificação na aplicação desses dois institutos, deixando bem clara a necessidade da presença dos requisitos específicos da respectiva medida para a sua concessão.

Assim, a Lei 10.444/2002, ao introduzir em nosso ordenamento jurídico a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, deu um grande passo na evolução do processo civil, concluindo que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve ou não admitir a concessão de determinada medida, sendo pacífico atualmente que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma, se presentes os requisitos necessários para o fim pretendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

- ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3.ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. V. XVII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOBO, Luiz Felipe Bruno. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Ed. Millenium, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4.ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. V.I. 9. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento**. V.I. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____, **Curso de Direito Processual Civil**. V.III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.II Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários a 2. fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3.ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000.

Códigos:

FIGUEIREDO, Antônio Carlos. **Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006 .

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual em Vigor**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo e CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 7.ed. atualizada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Leis:

Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. **Altera as disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança**.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil**.

Lei n. 10444, de 7 de maio de 2002. **Altera a Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil**.