

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JÚNIOR LUIZ DA CUNHA

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

MARABÁ

2008

JÚNIOR LUIZ DA CUNHA

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Campus Universitário do Sul e Sudeste do Pará, Faculdade de Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Rejane Pessoa Lima

MARABÁ

2008

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Cunha, Júnior Luiz.

Fungibilidade entre as tutelas de urgência. / Júnior Luiz Cunha ; orientador, Rejane Pessoa de Lima . – 2008.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Universidade Federal do Pará, Faculdade de Direito, 2008.

1. Direito Civil. 2. Tutela antecipada. 3. Fungibilidade. I. Título.

Doris: 341.46

JÚNIOR LUIZ DA CUNHA

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Campus Universitário do Sul e Sudeste do Pará, Faculdade de Direito.

Data da aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientadora.

Membro: Rejane Pessoa Lima

Titulação:

Instituição:

Membro:

Titulação:

Instituição:

Membro:

Titulação:

Instituição:

Dedico esse trabalho à Agda Magali de Queiroz
e ao meu filho, Leonardo Silva da Cunha.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que tive ao longo de minha vida de estudante, aos meus pais, ao meu irmão e às minhas irmãs, aos meus tios e tias, aos meus primos e sobrinhos, também aos meus cunhados e cunhadas, aos amigos e a todos que sempre acreditaram.

Agourento Tempo, companheiro da Noite
tenebrosa,

Veloz e ardiloso mensageiro, portador de
terrível inquietude,

De orador da juventude, falso escravo de falsos
deleites,

Sentinela vil do infortúnio, montaria do pecado,
armadilha da virtude,

Tu embalas a todos e a todos assassinas,

Ó, ouve-me então, Tempo infamante e volúvel!

Culpado és da minha morte, depois do meu
crime.

(Shakespeare, Rapto de Lucrecia, estrofe 133)

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
1 INTRODUÇÃO	11
2 ORIGEM HISTÓRICA DA TUTELA CAUTELAR	16
3 DA CRIAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA GENÉRICA NO BRASIL	19
3.1 TUTELA JURISDICIONAL E PROCESSO.....	19
3.2 DA NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFICAZ.....	20
4 A TÉCNICA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA	24
5 TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA	26
5.1 TUTELAS DE URGÊNCIA E MEDIDA LIMINAR.....	26
5.2 TUTELA CAUTELAR.....	28
5.2.1 Do poder geral de cautela.....	28
5.2.2 Da função da tutela cautelar.....	29
5.2.3 Dos pressupostos.....	31
4.3 TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	31
5.3.1 Da consagração da tutela antecipatória genérica.....	31

5.3.2 Dos Pressupostos genéricos.....	33
5.3.3 Da necessidade de reversibilidade da medida.....	34
5.3.4 Dos Pressupostos alternativos.....	35
5.3.5 Da concessão e efetivação da medida.....	36
5.4. DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	37
6 FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	40
6.1 DA CONSAGRAÇÃO DA FUNGIBILIDADE.....	40
6.2 A FUNGIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS.....	42
6.3 DA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE EM MÃO DUPLA.....	43
6.4 DO PROVÁVEL FIM DAS MEDIDAS CAUTELARES AUTÔNOMAS.....	47
7 CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

RESUMO

Devido a pouca eficácia do processo ordinário, os operadores do direito passaram a utilizar-se de medidas cautelares com objetivo satisfativo para obtenção de tutela jurisdicional em tempo razoável. Isso fez com o legislador brasileiro, em 1994, criasse o instituto da antecipação de tutela, dando-se nova redação ao art. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Contudo, dada a dificuldade de se discernir qual a tutela urgente a ser utilizada em determinadas situações, em 2002, foi introduzido o § 7º no art. 273, permitindo-se a fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Contudo, o novo dispositivo não supõe a identidade entre as tutelas de urgência ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar ser requerida no processo de conhecimento ou vice versa. Assim, somente se justifica a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência nas hipóteses em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, se cautelar ou antecipatória.

Palavras chaves: Tutelas de urgência; tutela cautelar; tutela antecipada; fungibilidade; § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Had to little effectiveness of the ordinary proceeding, the operators of the right had started to use themselves of writs of prevention with satisfativo objective for attainment of jurisdictional guardianship in reasonable time. This made with the Brazilian legislator, in 1994, created the institute of the guardianship anticipation, giving itself new writing to art. 273 and 461 of the Code of Civil Action. However, given the difficulty of if discerning which the urgent guardianship to be used in determined situations, in 2002, was introduced § 7º in art. 273, allowing fungibility it between anticipated guardianship and action for a provisional remedy guardianship. However, the new device does not assume the identity enters the urgency guardianships or deals with the possibility of all and any action for a provisional remedy guardianship to be required in the vice discovery process or turns. Thus, the application of the fungibility is only justified enters the urgency guardianships in the hypotheses where it will have doubt established and reasonable how much to its nature, if action for a provisional remedy or anticipatory.

Words keys: Guardianships of urgency; action for a provisional remedy guardianship; anticipated guardianship; fungibility; § 7º of article 273 of the Code of Civil Action.

I – INTRODUÇÃO.

O direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular. Esse resultado corresponde ao que o sistema considera correto e deseja que se verifique.

Já o direito processual é constituído por normas que regulamentam os diversos mecanismos estatais destinados à atuação das regras materiais, em situações concretas em que os indivíduos não se subordinam espontaneamente aos seus comandos.

São os preceitos que regulamentam a maneira como devem ser resolvidas as controvérsias surgidas na vida das pessoas, quanto a determinado bem da vida. As regras de direito processual destinam-se, pois, à regulamentação de todos os aspectos inerentes à eliminação das crises surgidas com o descumprimento das normas de comportamento previstas no plano material. (BEDAQUE, 2006, p. 11)

Assim é que, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, o processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros conflitos surgidos no plano do direito material.

Dessa forma, a busca incessante pela celeridade e efetividade da tutela jurisdicional é tema incansavelmente discutido pela doutrina e jurisprudência, de maneira que o carácter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito.

Nessa direção, é notório que o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, especialmente no processo de conhecimento, vez que para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos processuais, o que impede a imediata concessão do provimento requerido.

Essa situação pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento do direito material reclamado.

No entanto, diante de situação de risco, o Código de Processo Civil em sua origem possuía como regra somente o procedimento cautelar para se combater a demora na prestação jurisdicional causada pela delonga do processo ordinário, o que fez com que

os operadores do direito passassem a se utilizar, de medidas cautelares de natureza preventiva, com objetivo nitidamente satisfativo.

Isso se dava através da utilização de medidas cautelares inominadas com base legal assentada no art. 798 do Código de Processo Civil[1], que autoriza que o juiz adote as medidas provisórias necessárias quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Era a maneira encontrada pela sociedade para burlar a lentidão excessivamente desgastante do processo cognitivo, verdadeiramente adequado à defesa do direito material: “Ao lado das ações sumárias satisfativas – que, por alguns, duplamente equivocados, eram chamadas de ‘ações cautelares satisfativas’ – podiam ser apanhadas verdadeiras ações de cognição exauriente com liminar”. (MARINONI, 2004, pp. 121-122)

Em razão da indevida utilização do processo cautelar com cunho satisfativo foi que o legislador, através da Lei nº 8.852 de 13 de dezembro de 1994, introduziu no Código de Processo Civil, o instituto da antecipação de tutela, dando-se nova redação aos arts. 273 e 461 do Lei Processual Civil[2].

Por meio do art. 461 do Código de Processo Civil foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a chamada tutela específica, denominada por Luiz Guilherme Marinoni de tutela inibitória, visando assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. (MARINONI, 2003)

A tutela inibitória funciona, basicamente, através de uma decisão capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva, o que permite identificar o seu fundamento normativo-processual nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

Com a reforma houve a possibilidade de antecipação, em qualquer processo de conhecimento, do direito material deduzido em juízo, criando-se uma modalidade distinta de tutela de urgência, sob regime jurídico próprio como forma de superar as limitações que a técnica das medidas provisórias do art. 798 do CPC impunha, dada sua sujeição à sistemática do processo cautelar. (DE ASSIS, *In* TAVARES, 2008, p. 181)

Contudo, a antecipação de tutela fora assimilada de forma incompleta de um modo geral, vez que se continuou a utilizar do processo cautelar em situações onde

visivelmente o caso seria de antecipação de tutela e/ou passou-se a fazer o inverso, utilizando-se da antecipação de tutela onde seria necessária medida cautelar.

Dessa forma é que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a impossibilidade da utilização da medida cautelar satisfativa:

Processual civil e tributário. Medida cautelar. Parcelamento do débito. Exclusão da multa. Característica satisfativa. Impossibilidade. 1. Inadmissível, em sede de cautelar, o deferimento de providência de cunho satisfativo a ser apreciado, de modo definitivo, na ação principal. 2. Recurso especial improvido. (Resp 289.925/SC, rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 12.08.2003, DJ 22.09.2003, p.284) (STJ, 21/11/2008)

Processualmente, a consequência imediata nesses casos seria a mesma, qual seja, o indeferimento da petição inicial na forma prevista no art. 295, *caput*, V, do Código de Processo Civil[3], com extinção do feito sem julgamento de mérito, visto que a utilização da medida cautelar no lugar da antecipação de tutela, encontraria insofismável enquadramento nas hipóteses de inadequação de tutela.

A rigor, a fungibilidade era defesa, pois inviável a substituição não de simples ritos, mas sim da espécie de tutela jurisdicional. Entretanto, que tanto nos meios doutrinários como na jurisprudência havia ponderáveis argumentos pela fungibilidade das tutelas de urgência:

Em 1991, quando defendemos dissertação de Mestrado que foi intitulada de Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, concluímos que a tutela cautelar poderia ser requerida no processo de conhecimento. Nessa ocasião, fizemos a distinção entre medida cautelar e processo cautelar, demonstrando que a incoação do processo cautelar somente seria necessária quando aquele que buscasse a tutela precisasse melhor elucidar os fatos, necessitando produzir provas. Em outros termos: existindo fato incontroverso ou fato demonstrado por meio de documento, a tutela cautelar pode ser requerida no próprio processo de conhecimento. (MARINONI, 2004, pp. 154-155).

A indevida utilização da antecipação de tutela no lugar do processo cautelar levou o legislador, mais uma vez atento ao caráter eminentemente instrumental do processo, a estabelecer a fungibilidade entre as tutelas de urgência por meio do § 7º do

art. 273 do Código de Processo Civil^[4], acrescentado pela Lei nº 10.444/02.

Entretanto, a inovação legislativa, a rigor da literalidade de sua redação, estabeleceu somente a possibilidade da fungibilidade em uma única direção (de antecipação de tutela para medida cautelar), o que criou a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação da fungibilidade inversa (de medida cautelar para antecipação de tutela).

Assim é que, havendo a possibilidade legal de recebimento de uma demanda em lugar da outra se presentes certos pressupostos, insta questionar em que termos e com que limites se opera essa fungibilidade.

Fica, portanto, demonstrado que o objetivo desse trabalho é buscar esclarecer o real alcance da fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil entre as tutelas cautelar e antecipatória, através de um estudo doutrinário sobre o tema.

II – ORIGEM HISTÓRICA DA TUTELA CAUTELAR.

Os interditos romanos da época clássica são indicados pela doutrina como antecedentes da tutela de urgência, vez que se assemelham às liminares atuais, contendo ordem de tutela provisória (BEDAQUE, 2006, pp. 31-35).

Estes consistiam em ordem emitida pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Essa forma de tutela, emanada do poder de *imperium* do magistrado, abrangia a grande maioria das relações da vida envolvendo direitos absolutos. Contudo, os direitos obrigacionais, que se resolvia em indenização, eram amparados pela *actio*, com juízo privado.

Assim é que no direito romano havia dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada.

A cognição sumária e a antecipação de efeitos materiais da tutela eram técnicas conhecidas, pois já no direito romano antigo. Registra a doutrina a existência de doze exemplos de tutelas dessa natureza, dez delas nas Pandectas e dois no Código de 213 e 3331 d. C.

A unificação dos sistemas ocorreu com a extinção do processo formulário no Baixo Império e a publicização total da *actio*. Os interditos passaram a receber a denominação de ações, visto que o procedimento se desenvolvia perante o pretor, eliminando a fase *in judicio* particular.

A partir do século XIII, na Europa, com base nessa idéia, foi possível aplicar, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, em que suprimidas formalidades do processo comum, para atender a casos de urgência. Tal ocorreu principalmente na Itália, Espanha, França e Alemanha.

Na Alemanha, os interditos denominavam-se *inhibitiones*, e se iniciavam com uma ordem judicial liminar para a tutela do interesse reclamado, o *mandatum*, e já apresentavam as primeiras noções a respeito de *periculum in mora* e *fumus boni juris*. O modelo se aproximava do antigo interdito romano, sendo considerado o precursor do mandado de segurança.

Por outro lado, a autorização genérica para a concessão de medidas urgentes visando a evitar que as alterações no estado de fato pudessem prejudicar o resultado do processo e importando determinações para fazer e não fazer pode ser identificada nas inibições previstas no *Codex juris canonici* (cânone 1.672) e nos Códigos sardos de 1.854 e 1.859.

A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, guardaria semelhança com os interditos romanos, pois torna possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo, sendo que a verossimilhança e o perigo do dano constituem elementos comuns a ambas.

No entanto, as técnicas seriam substancialmente diversas, pois, enquanto o interdito podia implicar a satisfação definitiva do direito material, a tutela antecipada tem evidente caráter de tutela de urgência, vez que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e depende sempre da decisão final, que representa a solução definitiva da controvérsia.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a reconstrução da sistemática de todas as medidas cautelares no direito romano constituiria trabalho praticamente impossível. Só se pode afirmar que se tratava de meio destinado a garantir a atuação prática da tutela concedida pelo *jus civile* ou pelo pretor contra eventuais violações.

A idéia de tutela cautelar como providência destinada a conferir efetividade à outra tutela jurisdicional seria relativamente recente e, na verdade a origem da tutela cautelar estaria na nas garantias inerentes ao próprio direito material, ou seja, em previsões, na maioria das vezes, ligadas a acordo de vontades destinadas a assegurar o adimplemento das obrigações.

Dessa forma é que entre outra medidas pretorianas romanas são citadas a *operis novi munitatio* e a *cautio damni infecti*. A primeira, de origem convencional, destinava-se a inibir o proprietário de concluir obra já iniciada. Na segunda, funda no *imperium* do pretor, era prevista uma fase cautelar convencional.

No direito intermédio a expressão *cautio* deixou de corresponder a uma espécie de cautela geral, passando a limitar a medidas específicas, como a fiança, constituição de penhor, depósito-sequestro, imissão do credor na posse de uma coisa do devedor ou de terceiro e à *Arrestverfügung*, que deu origem ao moderno sequestro conservativo.

No conceito geral de caução eram incluídos diversos meios conservativos,

como a hipoteca e o arresto, todos voltados para garantir o titular do direito de crédito, constituindo meios complementares de proteção ao direito material, não à tutela jurisdicional.

Com as invasões bárbaras deixaram de existir órgãos da justiça estatal, de maneira que para garantir a execução, difundiu-se uma espécie de execução antecipada, incidente em princípio sobre a pessoa do devedor e secundariamente sobre seus bens.

Somente com o desenvolvimento da idéia de juiz, houve inversão da situação. Os sistemas germânico, francês e inglês assumiram, então, características semelhantes às existentes no direito romano clássico.

III – DA CRIAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA GENÉRICA NO BRASIL.

3.1. TUTELA JURISDICIONAL E PROCESSO.

O Estado ao se apoderar do monopólio para decidir e solucionar todo e qualquer conflito levado a sua apreciação deu ensejo a criação da jurisdição. A jurisdição, por sua vez, ensejou a criação do processo, que é o meio pelo qual esta é exercida, exteriorizando-se, ou seja, o processo dá forma à jurisdição no caso concreto.

Hoje não mais se confunde processo com procedimento, vez que este está contido naquele, sendo o procedimento a marcha dos atos processuais, coordenados sob formas e ritos, para que o processo alcance seu fim de pacificação social.

Processo e procedimento compõem a relação jurídica processual, o primeiro como dado substancial e o segundo como aspecto formal, de ordem estrutural, pois é por meio do procedimento que o processo se desenvolve, com toda sua complexa seqüência de atos, de forma a proporcionar condições para que exista o provimento jurisdicional que ponha fim à lide. (WAMBIER, 2003, v. 1, p. 159)

Contudo, a primeira fase do direito processual, o processo era encarado como mero apêndice do direito civil, sendo, na verdade considerado como forma e procedimento.

Não havia espaço para depuração dos institutos processuais e não havia espaço para afirmar a existência de uma ciência processual, daí a expressão direito adjetivo (direito processual), que pressupunha a existência de um direito substantivo (direito material):

Inicialmente, o processo era visto como um procedimento, ou seja, como uma seqüência ordenada de atos. Não se trata aqui de uma verdadeira teoria sobre o processo, mas de um modo de encará-lo, uma vez que esta foi opinião predominante durante a fase imanentista (ou civilista) do desenvolvimento histórico do Direito Processual, quando este ainda não tinha autonomia científica. O estudo do processo, durante muito tempo, foi estudo de suas formas e dos atos que o compõem. Foi a época dos praxistas, juristas que em suas obras não tiveram grandes preocupações teóricas, tendo se dedicado ao estudo do que hoje se denomina prática forense. (CÂMARA, 2008, p. 125)

Em uma segunda fase houve uma ruptura do direito processual com o direito material, caindo por terra a idéia do processo como faceta do direito material em conflito, o qual passou a ser encarado como relação jurídica que une, a partir da litispendência autor, juiz e réu, conforme atualmente previsto no art. 219 do Código de Processo Civil^[5].

Foi em atendimento a autonomia e levando em consideração a variedade de pedidos e a finalidade de cada provimento jurisdicional que a parte poderia pleitear em juízo, que o legislador brasileiro classificou no Código de Processo Civil em três tipos de processos: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar.

“O Código de Processo Civil pátrio representaria uma das maiores demonstrações de técnica legislativa” (TARDIN, 2006, p. 55). Assim é que, dividido em cinco livros, o diploma processual civil brasileiro tratou com vastidão de cada tipo de atividade judicial (cognitiva, executiva e assecuratória).

Destarte, uma análise superficial denota o esmero do legislador em separar (Livros I e II e III) o processo cognitivo do processo de execução e do processo cautelar, em homenagem ao modelo de Estado Liberal e ao afastamento do direito processual do direito material.

O processo cognitivo representava o mecanismo de declaração da vontade soberana do Estado, pelo quê, após seu desenvolvimento fechava-se a sua porta para que se desse início ao processo de execução.

Nesse modelo de processo não era propiciada ao magistrado uma ingerência na realidade fática no bojo do processo cognitivo antes do trânsito em julgado da sentença de mérito.

3.2. DA NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFICAZ.

No entanto, modelo processual liberal, calcado na ruptura irrestrita com as normas de direito material, acabou por tornar o processo um instrumento demasiadamente técnico e distanciado da realidade social, não mais traduzindo o que a sociedade pretendia da função jurisdicional.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material e o fascínio que o procedimento comum

sempre despertou nos processualistas permitiram o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela de direitos. (MARINONI, 2004, p. 28-29)

Assim, o procedimento ordinário se mostrava injusto para os pobres, que não podiam esperar, sem dano grave, a realização de seus direitos, vez que os mais fracos aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo.

O rigor exacerbado comprometia a aproximação do processo com o direito material (a conquista instrumental), provocando estragos à efetividade da prestação jurisdicional.

Por isso, o processo cautelar acabou sendo utilizado como paliativo ante a ausência de *imperium* do magistrado no curso do processo de conhecimento vez que o importante era colocá-lo num patamar de neutralidade tal, que só poderia providenciar alterações na realidade fática após alcançar segurança jurídica, em obediência ao princípio da *nulla executio sine titulo*.

Para contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, os operadores do direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa. (THEODORO JR., 2007, p. 750)

Múltiplas foram as controvérsias e quase sempre se considerava abusiva a prática de generalizar as cautelares para obter, de plano, satisfação do direito subjetivo da parte, mormente porque não havia, nem na lei, nem na doutrina, uma disciplina que desse apoio e segurança ao desvio do poder geral de cautela para cumprir a missão que se lhe atribuía.

A morosidade da prestação jurisdicional do Estado sempre foi elemento caracterizador do deficiente sistema brasileiro de Justiça, vez que as gastas regras processuais existentes não foram por si só, suficientes para responder à altura os anseios e perspectivas dos cidadãos.

No entanto, a Constituição Republicana de 1988 passou, expressamente, a reclamar uma prestação jurisdicional efetiva em seu art. 5º, XXXV, garantindo o direito à adequada tutela jurisdicional.

Dessa forma, o correto entendimento do complexo das normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constituía o primeiro

passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo.

Nesse diapasão, o oferecimento de tutela jurisdicional em prazo não razoável passou a ser resultado de um processo que não atendia ao modelo constitucional de efetividade, conforme previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O processo virou arma de pressão e de ameaça nas mãos de grupos econômicos, bem como nas mãos de sujeitos suficientemente equipados a suportar o tempo da batalha judicial, enquanto, as classes mais oprimidas da população suportam o ônus de guardar a decisão judicial que sempre é prolongada em virtude de todas as mazelas anteriormente referidas. (TARDIN, 2006, p. 60)

Dessa forma, sejam por causas externas (problemas de ordem financeira, política e social) ou internas ao processo (demasiados recursos e diversos incidentes procedimentos admitidos na legislação processual), quem paga o preço da demora da prestação jurisdicional, melhor dizendo, suporta o ônus do tempo, é a parte mais vulnerável da demanda.

Afastando-se do primado da efetividade e do próprio compromisso firmado no sentido de prestar jurisdição efetiva, vez que é defesa a prática da autotutela a teor do disposto no art. 345 do Código Penal^[6], o Estado rompia com os postulados constitucionais assumidos, não mais oferecendo um processo justo.

Ante a pouca eficácia do processo ordinário e, principalmente, talvez, em razão do uso abusivo de medidas cautelares satisfativas, novas fórmulas processuais foram estudadas, até que, por disposição da Lei nº 8.952/94, foi alterado o art. 273 e 461 do Código de Processo Civil^[7].

A reforma do Código possibilitou, de forma explícita a antecipação da tutela jurisdicional no processo cognitivo com conteúdo satisfativo, criando-se uma modalidade distinta de tutela de urgência, sob regime jurídico próprio, bem como eliminou a necessidade do uso distorcido da ação cautelar para obtenção de tutela antecipatória.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o Código de Processo Civil foi alterado, não pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa. (MARINONI, 2004, p. 124)

Segundo o renomado autor a mudança ocorreu, especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitia que a tutela sumária

satisfativa fosse prestada sob o “manto protetor” da ação cautelar inominada.

Contudo, o certo que, coube à Lei nº 8.552/94, a tarefa de construir a sistemática ampla e bem estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa, através de cognição sumária, já então encarada como uma das exigências da inafastabilidade da Jurisdição e do devido processo legal.

IV – A TÉCNICA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA.

A técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela jurisdicional. A cognição pode ser analisada no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária ou superficial. (MARINONI, 2004, p. 31)

A restrição da cognição no plano vertical conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, a decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, como ocorre em juízo de cognição sumária.

A sumarização da cognição pode ocorrer em graus diferenciados, não dependendo da cronologia do provimento jurisdicional no curso do procedimento, mas sim da relação ente a afirmação fática e as provas produzidas.

Assim é que a liminar do procedimento do mandado de segurança e a liminar do procedimento cautelar diferem nitidamente quanto ao grau de cognição que o juiz exerce.

No mandado de segurança a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo réu, enquanto a cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, ainda que sumariamente, através das provas admitidas no procedimento sumário.

A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, ou seja, não permite a postecipação da busca da verdade e da certeza e, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.

Contudo, quando o juiz concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, o que faltava no direito brasileiro era a expressa possibilidade da concessão da tutela antecipatória no processo de cognição exauriente. (MARINONI, 2004, p. 35)

Assim é que, segundo ele, nos casos em que a ação cautelar substituíra o mandado de segurança, o desconhecimento da técnica da cognição fez pensar que a ação que era “cautelar satisfativa”, dispensando a propositura da ação principal ou,

mesmo, que era absolutamente e inócua ação principal.

Tem-se que nesses casos, a ação não era cautelar porque o juiz não se limitava a um juízo de verossimilhança, assim como dispensava a ação principal porque nada mais precisava ser conhecido.

A antecipação da tutela prevista no art. 273, I, e art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, pode ser concedida antes de produzidas todas as provas tendentes à demonstração dos fatos constitutivos do direito, o que não ocorre no mandado de segurança. Assim, a antecipação é fundada na probabilidade de que o direito afirmado, mas ainda não provado, será demonstrado e declarado.

Quando o direito do autor está evidenciado e há apenas defesa, provavelmente infundada, a tutela antecipatória pode se basear no art. 273, II, do Código de Processo Civil, atuando a técnica de cognição sumária.

No caso da tutela antecipatória através do julgamento antecipado de parcela incontroversa do pedido ou de um dos pedidos cumulados, funda no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, a cognição não será sumária, mas sim exauriente, vez que produz coisa julgada material.

V – TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADATÓRIA.

5.1. TUTELAS DE URGÊNCIA E MEDIDA LIMINAR.

Como já ressaltado, o tempo é um fator inerente à atividade estatal desenvolvida no processo. O que se persegue em âmbito judicial é o cumprimento coercitivo de uma norma jurídica que voluntariamente não foi atendida ou, para cuja aplicação mesmo querendo as partes atendê-la de forma voluntária, é imprescindível a atuação estatal.

Nas hipóteses deduzidas em juízo, cujo tempo e edição do provimento definitivo, calcado em cognição exauriente, terá o condão de fazer perecer o próprio direito ou privar o titular dos meios de satisfação, encontram nas tutelas de urgência o meio hábil à regulação provisória.

Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre seus resultados, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (títulos executivos extrajudiciais, ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.).

Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas tutelas diferenciadas, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas tutelas de urgência, das quais, o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de efetividade.

A técnica das tutelas de urgência tira o compromisso do magistrado de julgar investigando com profundidade o arsenal fático formador do direito invocado, ficando adstrito à investigação sobre se o direito pleiteado é ou não de provável existência, constituindo-se em um juízo de probabilidade.

Costuma-se confundir liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar, quase sempre, não seria mais do que uma medida cautelar.

Contudo, por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, ou seja, no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início:

Liminar não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois. [...] A antecipação da dos efeitos da tutela pode ocorrer *in limie litis* quanto em qualquer outro momento ulterior do procedimento; ou seja, pode ser concedida por medida liminar ou não, bastando que tenham sido preenchidos os seus pressupostos. Também a tutela cautelar pode ter seus efeitos antecipados, inclusive, liminarmente. (DIDIER JR., 2008, pp. 529-530)

Assim, não é demasiado extremar, em breves termos, as providências antecipada, cautelar e liminar. A medida antecipatória, seja em processo cautelar, seja em processo de conhecimento, pode ser dada liminarmente (no momento inicial do processo) ou não (em momento posterior).

Dessa forma, o conteúdo do ato decisório não tem influência alguma sobre a identificação da medida liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e somente ao momento processual em que o provimento é decretado pelo juiz:

A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a propiciar-lhe emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exiba posteriormente, e em prazo certo, o mandado *ad judicia* que, pela urgência do aforamento da causa, não pode ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida de caráter unilateral e liminar. (THEODORO JR., 2007, p. 736)

Por outro lado, as medidas cautelares e as medidas antecipatórias de tutela de mérito, formam o gênero tutela de urgência, porque representam providência tomada antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo.

A medida cautelar (conservativa) e a medida antecipatória (satisfativa) têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis de acerto definitivo do direito da parte.

5.2. TUTELA CAUTELAR.

5.2.1. Do poder geral de cautela.

O sistema do Código de Processo Civil distingue as espécies tutela cautelar e tutela antecipada, com base no terreno sobre o qual a medida irá operar efeitos.

Medidas cautelares propriamente somente são as que criam condições para garantir futura execução. As que antecipam a execução para satisfazer direito material da parte, de cautelares têm apenas o nome e forma procedimental.

O processo cautelar tem livro próprio (Livro III, do CPC), prevendo, além de procedimentos específicos (arrolamento, seqüestro, arresto) e alguns que de cautelar nada têm (exibição de documentos, alimentos provisionais), o poder geral de cautela no art. 798 da Lei Processual Civil^[8], que permite ao juiz tomar medidas conservativas de ofício.

Por isso, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, dispõe o sistema de regra geral admitindo o amplo poder cautelar do juiz, como meio de assegurar a utilidade da tutela principal.

O poder geral de cautela corresponde à possibilidade de se conceder medida cautelar inominada até mesmo de ofício para situações não tipificadas pelo legislador.

Sempre que necessária a tutela urgente, para proteger situação não prevista para proteger de forma específica, pode a parte dirigir-se ao juiz, que possui poder para determinar a medida adequada à eliminação do perigo de dano ao direito.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque existe nexó intenso entre tutela cautelar e o escopo de efetividade do processo, pois mediante essa via que se assegura ao titular de um direito a possibilidade de obter, em sede jurisdicional, resultado próximo daquele que a satisfação voluntária lhe traria. (BEDAQUE, 2006, p. 225)

O poder geral de cautela está também relacionado à idéia de subsidiaridade, pois somente se legitima sua utilização e seu exercício quando inexistente modalidade de tutela, cautelar ou não, apta a conferir plena satisfação do direito.

Se o ordenamento prevê outro instrumento para evitar o perigo da lesão, ou

admite a própria tutela principal de forma rápida, mediante cognição sumária, desnecessária cautelar inominada. Esta só se mostra adequada para situações em que não há outro meio de evitar dano irreparável ao direito da parte.

5. 2.2. Da função da tutela cautelar.

As medidas cautelares, em regra, são puramente processuais, pois, objetivam preservar a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem de direito material para a parte promovente.

Assim é que de acordo com o art. 796 do Código de Processo Civil, o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal (de conhecimento ou de execução) e deste é sempre dependente.

Contudo, para Luiz Rodrigues Wambier destaca que o processo cautelar não se trataria de mero incidente de outro processo qualquer vez que possui objetivo e razão de ser, diferentes do processo principal. (WAMBIER, 2003, v. 3, p. 33-34)

Neste sentido e nesta medida, há certa dependência entre ação cautelar e ação principal. Esta dependência se manifesta, por exemplo, na distribuição: o processo cautelar é distribuído ao juízo competente para julgar o processo principal, esteja ele em curso ou não.

Dessa forma, o processo cautelar tem função predominante assecuratória, no sentido de visar evitar que o decorrer do tempo e/ou as atividades do réu possam frustrar a realização do provável direito do autor.

Trata-se de processo de cognição sumária, capaz de produzir, se preenchidos os pressupostos, efeitos imediatos. Tanto a liminar, prevista no art. 804 do Código de Processo Civil[9], quanto a sentença baseiam-se em prova não exauriente.

A medida cautelar conserva sua eficácia no prazo de 30 (trinta) dias, quando concedida em procedimento preparatório, contados da efetivação da medida e na pendência do processo principal, podendo ser revogada ou modificada a qualquer momento e, salvo decisão judicial em contrário, conservam sua eficácia durante o período de suspensão do processo (art. 806 e 807 do CPC)[10].

Por isso, as características fundamentais da tutela cautelar são a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade, guardando com a tutela final

relação de subordinação instrumental, vez que visa preservar a efetividade desta, de maneira que carece de autonomia.

Por fim deve-se destacar que a sentença proferida em processo cautelar não produz coisa julgada material, vez que não se decide sobre relação jurídica alguma, só produzindo coisa julgada formal.

A única exceção à regra diz respeito à hipótese de o juiz verificar a ocorrência da prescrição ou da decadência do direito a ser examinado no processo principal (art. 810 do CPC)[11].

5.2.3. Dos pressupostos.

Em razão das características anteriormente demonstradas, restou consagrado na doutrina e na jurisprudência que o processo cautelar parte de dois pressupostos básicos, tradicionalmente designados pelas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A expressão *fumus boni iuris* significaria a aparência de bom direito, e sendo correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. (WAMBIER, 2003, v. 3, p. 33-34)

Assim quem decide em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável, baseando-se em juízo de probabilidade.

Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte. Decide-se apenas se a parte tiver direito que alega ter (o que é provável), deve-se conceder a medida pleiteada, sob pena de risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz.

Este último pressuposto de que acima se falou (o risco) é que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se a pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão.

Dessa forma, o risco da demora é o risco da ineficácia do provimento final proferido no processo principal.

5.3. TUTELA ANTECIPATÓRIA.

5.3.1. Da consagração da tutela antecipatória genérica.

Como já exposto, com a reforma de 1994, o legislador brasileiro eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito.

A partir de então, restou consagrada a possibilidade de ser antecipado, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 e art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil.

Porém, isto não ocorreu por meio do da ampliação do poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, e sim por criação de um novo remédio processual introduzido dentro do próprio processo de conhecimento.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni “não é mais admissível – após a reforma do Código – que alguém pretenda propor ação (de cognição) sumária ‘satisfativa’ com base no art. 798”.

Na verdade, o fenômeno da antecipação de tutela não é propriamente novo no Direito brasileiro. O uso de medidas antecipatórias tutelares já existia no ordenamento jurídico brasileiro, mas restringia-se a casos excepcionais.

Tinha-se, por exemplo, as ações possessórias, em que se antecipavam à parte, que demonstrava *fumus*, os efeitos da sentença prescindindo de *periculum in mora*. Por meio dessas ações possessórias, diferentemente do que ocorre com as medidas de índole cautelar, não se protegem os direitos que correm risco.

Outras medidas já havia no sistema positivo brasileiro, que, embora tivessem como pressuposto o *periculum in mora*, consistiam efetivamente no adiantamento da própria tutela, como, por exemplo, liminares em remédios constitucionais (mandados de segurança, de injunção e habeas data), em ações civis públicas.

Para Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, essas medidas, pois, consistiam em medidas mistas, já que têm como pressuposto o *periculum in mora* (risco de ineficácia do provimento final), o seria característica tipicamente cautelar, mas que, por outro lado, consubstanciam-se no

adiantamento dos efeitos da própria tutela pretendida. (WAMBIER, 2003, v. 1, pp. 333-334)

Contudo, segundo Humberto Theodoro Júnior, não se deve confundir a antecipação de tutela com apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. (THEODORO JR., 2007, p. 750)

Segundo o renomado autor mineiro, embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar a antecipação de tutela, a forma generalizada de provimento dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do Código de Processo Civil, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo.

5.3.2. Pressupostos genéricos.

Visto que a tutela antecipada é uma condenação antecipada, concedida no bojo do processo de conhecimento, a requerimento da parte, com base em juízo de probabilidade, através de cognição sumária e não exauriente, existem requisitos rígidos impostos por lei para sua concessão.

Para qualquer hipótese da tutela antecipada, o art. 273 do Código de Processo Civil, impõe a observância de dois pressupostos genéricos: a) “prova inequívoca”; e b) “verossimilhança da alegação”.

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.

A antecipação de tutela não deve ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Deve apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. “É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”. (THEODORO JR., 2007, p. 756)

Dessa forma, em virtude da exigência de prova robusta e suficiente (prova inequívoca) à caracterização da verossimilhança, a doutrina tem entendido que o

magistrado ao apreciar o requerimento da tutela antecipada exerce atividade cognitiva mais aprofundada do que aquela realizada por ocasião da concessão das medidas cautelares.

No que tange a isso, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui precedentes diferenciando os pressupostos para concessão da tutelas antecipada e cautelar:

Tributário. Ação rescisória. Desapropriação. Indenização. Efeito suspensivo à execução de sentença rescindenda. Antecipação de tutela. 1. Em se tratando de atribuição de efeito suspensivo à execução de sentença rescindenda, o instrumento a ser utilizado é aquele previsto no art. 273 do CPC, porquanto o eventual provimento da medida terá caráter nitidamente antecipatório, circunstância suficiente só por si para obstar, no contexto da nova legislação processual civil, o manuseio da via da ação cautelar. 2. O art. 273 do CPC é taxativo ao exigir, entre outras condições, que o convencimento do juiz, para fins de deferimento da antecipação da tutela, esteja fundado em prova inequívoca dos fatos alegados pela parte. 3. Ao contrário do que ocorre em sede de medida cautelar, o juízo estabelecido em prova inequívoca há de estar calcado no firme convencimento do julgador quanto a concretude do direito vindicado pela parte, não bastando, portanto, mera aparência ou 'fumaça'. 4. Agravo regimental não-provido. (1ª Seção, AgRG na AR 2.711/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.11.2005, DJ 06.03.2006, p. 133). (STJ, 21/11/2008)

Logo, partindo da premissa de que há diferença nos pressupostos de concessão, constitui ofensa à lei federal (art. 273 do CPC) conceder tutela antecipada observando os requisitos típicos das medidas cautelares.

Contudo, segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, de as expressões do art. 273, aparentemente serem inconciliáveis, não querem dizer senão que o *fumus*, para possam ser adiantados os efeitos da sentença final, há de ser expressivo. (WAMBIER, 2003, v. 1, p. 334)

Assim, a probabilidade de que o autor de que o autor tenha mesmo o direito que assevera ter há de ser bastante acentuada para que possa ser concedida a tutela antecipada, devendo haver prova cabal da verossimilhança e não do direito.

5.3.3. Da necessidade de reversibilidade da medida.

Cumulativamente com o pressuposto visto no anteriormente, o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil exige que os efeitos da tutela antecipada sejam irreversíveis, que seja possível retornar-se ao *status quo*, acaso constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada.

Essa é a marca da provisoriedade e precariedade da tutela antecipada. Pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência, como ocorria com as cautelares atípicas.

É um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida, já que a tutela antecipada é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis.

Afinal, caso medida antecipatória não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízos para a parte adversária.

Mas, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ressaltam que essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas conseqüências, poderá conduzir à inutilização da antecipação da tutela. (DIDIER JR., 2008, p. 543)

Explicam que em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros –, o deferimento da tutela antecipatória seria essencial, para se evitar um “mal maior” à parte/requerente, já que neste contexto, existiria, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida.

5.3.4. Dos pressupostos alternativos.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória expostos acima, o art. 273 do Código de Processo Civil condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inc. I); ou
- b) “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inc. II); e ainda

c) “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (§ 6º).

Receio fundado seria o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. (THEODORO JR., 2007, p. 757).

Assim, o simples inconveniente da demora processual não pode, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra o direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.

Esse abuso, tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes.

De outro modo, o § 6º, acrescentado ao art. 273 pela Lei nº 10.444/2002, cuida de um caso em que se torna mais facilmente alcançável a antecipação de tutela, vez que se trata da cumulação de pedidos, quando o réu contesta penas um ou algum deles, deixando incontroversos os demais.

O reconhecimento dessa exclusão, embora o § 6º do art. 273 o situe no campo da tutela antecipada, representa um verdadeiro e definitivo julgamento antecipado da lide, pelo que ficará sujeito às conseqüências da coisa julgada.

5.3.5. Da concessão e efetivação da medida.

Preenchidos os pressupostos, se trata de simples faculdade ou mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Estando presentes seus pressupostos, a tutela antecipada pode ser concedida por ocasião do proferimento da sentença, no tribunal, se já tiver sido proferida

a sentença de primeiro grau de jurisdição e, até nos tribunais superiores, em fase de recurso especial ou extraordinário. (WAMBIER, 2003, v. 2, p. 335)

A decisão, através da qual o juiz defere a medida antecipatória, é desde logo passível de efetivação prática. Para isso, o art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, dispõe que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a natureza, as normas previstas no art. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Mas essa precisão deve de aplicação subsidiária do art. 588, ser corretamente compreendida. O § 3º do art. 273, alterado pela Lei n. 10.444/02, remete à efetivação da tutela antecipada a todo o regime legal de execução provisória, antes então previsto no art. 588 do Código de Processo Civil, e agora previsto no art. 475-O, Código de Processo Civil, por força da alteração feita pela Lei n.º 11.232/2005.

Dessa forma, a antecipação dos efeitos da tutela condenatória de prestação de qualquer natureza (fazer, não fazer, dar coisa certa, pagar quantia certa), constitutiva o declaratória deve ser feita de acordo com as regras da execução provisória de sentença, agora, prevista no art. 475-O, do Código de Processo Civil.

Contudo, fica somente a cargo do juiz, a escolha dos atos que se mostrem mais adequados para efetivação da medida, podendo aplicar pena de multa diária pelo descumprimento, remoção de coisa, busca e apreensão, uso de força policial, se for o caso.

5.4. DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória. (THEODORO JR., 2007, p. 739-740).

Pode-se afirmar que a tutela cautelar é preventiva, tendo como função única e específica garantir o resultado útil do processo principal, de modo que não decide o mérito da lide, não podendo influir nessa decisão.

A tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado como a cautelar, mas satisfaz esse direito.

Assim é que a medida cautelar não é satisfativa e a antecipação o é, de maneira que não basta que a medida processual apresente alguma força de prevenção

para ser qualificada como cautelar.

De outro modo tutela cautelar tem como características a instrumentalidade, a referibilidade a um processo principal e a dependência, que não estão presentes na tutela antecipada.

A cautelar é uma ação, com todas as características desta, é autônoma, pressupões a existência das condições da ação, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário, pode ser intentada antes mesmo de existir um processo principal e forma novos autos.

A antecipação da tutela se dá mediante uma simples decisão interlocutória que resolve um incidente processual, podendo ser deferida a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se formando autos apartados e, dessa decisão cabe agravo.

A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, enquanto que na tutela antecipatória a probabilidade de existência do direito material é mais forte que a mera plausibilidade desse direito, que na prática reside no próprio direito ao processo principal e na simples aparência de que se poderá dele sair vencedor.

Tutela antecipada abriga ainda a hipótese de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu, independente da existência de perigo na demora da prestação definitiva.

Assim como ação autônoma, a cautelar pode ocorrer na execução, sob a forma de incidente ou mesmo de forma preparatória e a tutela antecipada só ocorre no processo de conhecimento.

A tutela cautelar pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes e a tutela antecipada somente com requerimento do autor.

A tutela cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, não deve ter o mesmo objeto para não ter caráter satisfativo, concedendo justamente aquilo que se pede, inclusive não incide o direito à tutela específica.

A antecipação da tutela tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, logo, incide o direito à tutela específica, sendo que o que ficará a cargo do juiz é apenas a escolha dos atos que se mostrem mais adequados.

Todavia, ambas tratam-se de medidas de cognição sumária, incompleta não

exauriente e reversível, permanecendo no terreno da mera plausibilidade, não tendo o condão de gerar coisa julgada material.

VI – FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.

6.1. DA CONSAGRAÇÃO DA FUNGIBILIDADE.

Seguindo à risca o Código de Processo Civil anterior à reforma operada pela Lei nº 10.444/02, o requerimento de medida cautelar no bojo do processo de conhecimento como antecipação de tutela deveria *prima facie* ser indeferido, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito ante a inadequação da via eleita, a teor do disposto no art. 295, *caput*, V, do Código de Processo Civil[12].

Entretanto, em determinadas circunstâncias, discernir se a situação de urgência caracteriza-se como hipótese de tutela antecipada ou tutela cautelar não constitui tarefa de fácil realização. Às vezes a doutrina e a jurisprudência titubeiam em relação à definição de certas medidas.

É o que ocorre, por exemplo, com a sustação de protesto. enquanto para uns se trata de medida cautelar, para outros se trata de verdadeira medida antecipatória.

A propósito, tem-se como exemplo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Direito privado não especificado. Ação cautelar preparatória de sustação de protesto. Desconstituição da sentença que extinguiu o processo com força no artigo 267, inciso I, c/c o art. 295, inciso V, ambos do CPC, sob o fundamento de que a medida cautelar é incabível para os casos de antecipação de tutela. A lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o par. 7, no art. 273, do CPC, criando regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, observados os requisitos que lhes são respectivos, deste modo consolidando orientação jurisprudencial que rejeitava a sacralização das formas processuais, evitava a criação de estado de perplexidade jurídica para o jurisdicionado e afirmar que o processo judicial não é um fim em si mesmo. Apelo provido. Sentença desconstituída. (5 fls - D) (Apelação Cível nº 70004267977, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes De Mello, Julgado em 12/09/2002). (TJRS, 21/11/2008)

Assim, o suposto devedor que propusesse demanda declaratória de inexistência de relação jurídica com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela

consistente na sustação do protesto correria o risco de ter rejeitada sua tutela de urgência em razão de não raro entendimento do magistrado, a saber, que a medida requerida trata-se de pleito acautelatório. (TARDIN, 2006, p. 169)

Com o objetivo de afastar essas situações, o legislador, atento ao caráter instrumental do processo, por meio da Lei nº 10.444/02, introduziu o § 7º no art. 273 do CPC, que assevera que *“se ou 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”*.

Essa nova alteração tem dividido os entendimentos doutrinários mais autorizados. Há posicionamento no sentido de que o § 7º representa a consagração das diferenças entre a tutela cautelar e tutela antecipada, tal é o caso de Luiz Guilherme Marinoni:

Como já foi dito, o § 7º do art. 273 adotou o chamado “princípio da fungibilidade”, muito ligado à questão dos recursos. Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas. Em uma interpretação literal pode ser dito que o § 7º do art. 273 pretende somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que chamada de antecipatória. Se a tutela foi batizada de “antecipatória”, mas a sua substância é “cautelar”, ela pode ser deferida no bojo do processo de conhecimento, desde que haja dúvida fundamentada e razoável quanto à sua natureza. (MARINONI, 2004, p. 153-154)

Outro setor doutrinário entende que essa nova disposição legal compreende como um realce das principais semelhanças entre os institutos, a provisoriedade e a sumariedade, o que é defendido por José Roberto dos Santos Bedaque, para o qual:

Inovação também trazida pela lei 10.444, de 7.5.2002 veio reforçar a idéia da identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, seja ela conservativa, seja antecipatória. Trata-se do novo § 7º do artigo 273. Essa alteração revela a necessidade de aproximação das modalidades de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico. Adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipatórias, o princípio da fungibilidade, segundo o qual, pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do

Assim, a adoção da fungibilidade constituiria a demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória.

Contudo o próprio Bedaque admite que sua posição defendida constitui em objeto de muitas críticas da doutrina processual brasileira, de maneira que prevalece a diferenciação entre os institutos.

6.2. A FUNGIBILIDADE EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS.

Feitas as considerações a propósito da inserção do princípio da fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada no Código de Processo Civil, insta questionar o alcance do disposto no § 7º do art. 273 do Diploma Processual Civil.

Em princípio, tem-se como pressuposto de aplicação da fungibilidade a existência de dúvida objetiva quanto à natureza da medida, nos moldes da incidência do princípio no âmbito dos recursos.

Dessa forma, apreciando um pedido de antecipação de tutela nos autos de uma ação de conhecimento, deve o juiz aplicar a fungibilidade e conceder a medida cautelar verdadeiramente requerida se houver uma dúvida quanto à natureza jurídica da tutela de urgência almejada.

Nesse contexto, estaria fora de cogitação a concessão pela via do § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, de medidas cautelares nominadas, como o arresto e o seqüestro, por exemplo.

Essa posição é defendida, sobretudo, por Luiz Guilherme Marinoni, para quem: “o § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar poder ser requerida no processo de conhecimento”. (MARINONI, 2004, p. 154)

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

Assim, constituiria hipótese de erro grosseiro o requerimento de medidas cautelares típicas com lastro no § 7º, devendo a parte que necessitar de tal medida nominada, providenciar a propositura da respectiva ação cautelar incidental.

Contudo, em sentido contrário ao defendido por Marinoni, tem-se, por exemplo, Luiz Gustavo Tardin, “[...], a fungibilidade do § 7º do art. 273 deve ser aplicada tanto para admitir o deferimento de medidas cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento”. (TARDIN, 2006, p. 181)

Dessa forma, seria aceito, em variadas hipóteses o manejo de medidas cautelares no próprio processo de conhecimento, desde que preservado o contraditório, intimando-se a parte adversa ao requerimento feito para apresentar manifestação (podendo ser tanto o autor como o réu), seria o caso de admissão incidental independentemente do ajuizamento da ação principal.

Pessoalmente, respeitadas as opiniões contrárias, entendo que a dúvida deve ser plausível, sob pena de privilegiar a má-fé, tendo em vista que o ajuizamento de uma ação cautelar implicará o ônus das custas judiciais, bem como o pagamento dos honorários advocatícios à parte sucumbente, não se encontrando os aludidos dispêndios no pedido de antecipação de tutela.

6.3. DA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE EM MÃO DUPLA.

Outro ponto fundamental é a possibilidade da utilização da fungibilidade de mão de dupla, ou seja, da mesma forma que se utiliza o princípio trocando a antecipação de tutela pela medida cautelar, propõe-se a medida cautelar pela antecipação de tutela.

A rigor da literalidade do dispositivo legal analisado a conclusão a que se chega é que o legislador pensou na fungibilidade em única direção, ou seja, de antecipação de tutela por medida cautelar, denominada de fungibilidade regressiva, do mais para o menos.

Em relação à questão exposta, existem, atualmente, duas orientações firmadas. A primeira admite a fungibilidade apenas na expressão da norma, ou seja, em mão única.

Essa corrente é defendida, por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “A princípio, não vemos autorização legislativa para a fungibilidade

‘progressiva’, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo do que procedimento comum [...] de conhecimento”. (DIDIER JR., 2008, pp. 526-527)

Argumentam que a nova disposição não autoriza a fungibilidade do procedimento, permitindo sim, o processamento de um pedido por determinado rito que, a princípio, não lhe era cabível, bem como em nenhum momento autorizou a utilização de procedimento cautelar para a obtenção de provimento satisfativo.

Acrescentam que, quando quis permitir a utilização do procedimento cautelar para fins não-cautelares, não poupou esforços o legislador, como demonstra a existência dos procedimentos específicos da caução, da exibição e dos alimentos provisionais.

Há, contudo, doutrina que aponte para uma fungibilidade ampla entre as medidas urgentes, de mão dupla, ou recíproca, denominado de duplo sentido vetorial.

Tal é o caso de Humberto Theodoro Júnior, para quem, a melhor doutrina seria a que recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justificam com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional. (THEODORO JR., 2007, p. 743)

Argumenta que não poderia deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito, mas a natureza mesma da medida.

Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento somente será deferido se presentes os requisitos do art. 273, e não apenas do art. 798 do Código de Processo Civil

No entanto, para Luiz Guilherme Marinoni, a questão está mais relacionada à ocorrência de dúvida objetiva, pelo quê, seria admissível a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que tenha sido postulada com o nome de cautelar desde que havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela pleiteada.

Segundo ele “[...], o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento nada tem a ver com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a idéia e fungibilidade (presente no art. 273, § 7º)”. (MARINONI, 2004, p. 154)

Aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, seria correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que não existindo erro grosseiro do requerente.

Contudo, Alexandre Freitas Câmara, adepto da fungibilidade ampla, critica a posição de Luiz Guilherme Marinoni, argumentando que é possível por mera opção do demandante obter tutela antecipatória no processo de conhecimento ou em processo cautelar. (CÂMARA, 2008, pp. 448-449)

Para Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, somente seria possível aplicar a fungibilidade “progressiva” desde que acompanhada da conversão de procedimento: “É razoável defender-se a fungibilidade ‘progressiva’ dos provimentos de urgência, desde que acompanhada de uma mudança (conversão) do procedimento”. (DIDIER JR., 2008, p. 527)

Seria uma solução intermediária, sugerida principalmente para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), de maneira que o juiz deveria intimar o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu.

Essa medida poderia ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, Código de Processo Civil, de maneira que em hipótese alguma deveria determinar a extinção do feito, sob a rubrica da ausência de interesse de agir.

A conversibilidade do procedimento seria uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, tratando-se de adaptação fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental.

No entanto, Luiz Gustavo Tardin, adepto da fungibilidade ampla e irrestrita, opta por solução diversa, entendendo não ser apropriada a conversão procedimental: “Essa aplicação do § 7º do art. 273 do CPC, qual seja em mão dupla, guarda sintonia com a norma constitucional que garante aos jurisdicionados o acesso a ordem jurídica justa (CF, art. 5º, XXXV)”. (TARDIN, 2006, p. 172)

Nessas circunstâncias seria admissível a existência de uma verdadeira ação sumária satisfativa, seguindo o rito do procedimento comum cautelar.

Assim, concedida a tutela antecipada no bojo da ação autônoma inicialmente intitulada de cautelar deveria o demandante, com lastro no art. 806 do Código de Processo Civil, promover a propositura da ação principal no prazo de 30 dias a contar da

efetivação da medida, cumprindo ao magistrado imprimir à ação sumária satisfativa o rito do procedimento cautelar comum, previsto nos arts. 796 a 811.

Sua proposta encontra lastro no Projeto de Lei do Senado 186/2005 que modifica os §§ 4º e 5º do art. 273 e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao Código de Processo Civil, principalmente para permitir a estabilização da tutela antecipada, faz menção à antecipação de tutela em procedimento antecedente.

Nos termos do art. 273-A, “a antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”. O art. 273-B, por seu turno, dispõe que “aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I, deste Código”.

Pessoalmente, entendo que permitir a fungibilidade de pedidos, sem alteração procedimental, seria incentivar o uso da ação cautelar satisfativa e, conseqüentemente, a parte se beneficiaria de uma medida mais gravosa (não cautelar), sem que houvesse preenchido os requisitos para tanto.

De outro modo, o ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária, desnecessárias e onerosas, contraria os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa.

Assim, entendo que não se pode conceder provimento antecipatório requerido como se cautelar fosse a não ser que pese dúvida objetiva, quanto à medida judicial a ser utilizada e não se trate de erro grosseiro, sob pena de privilegiar a má-fé.

Importa destacar que quando o legislador quis uma fungibilidade ampla o declarou de forma clara, como ocorreu, *ad exemplum*, com o art. 920 do Código de Processo Civil, que trata das ações possessórias.

Este aspecto parece importante na medida em que fosse o caso de se estabelecer uma fungibilidade de “mão dupla” entre cautelar e antecipação, fácil teria sido introduzir esta menção no dispositivo.

Logo, salvo melhor juízo, a omissão foi intencional, e implica em estabelecer que o contrário do disposto, vale dizer, pedido de medida cautelar em lugar de tutela antecipatória, não terá por corolário o deferimento de uma tutela por outra.

Nada obsta, todavia, a que o legislador adote o rito do processo cautelar para casos concretos específicos que a seu ver, a solução definitiva somente pode ser dada

após cognição exauriente, tal é o caso das ações possessórias.

6.4. DO PROVÁVEL FIM DAS MEDIDAS CAUTELARES AUTÔNOMAS.

Outra consequência causada pelo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil seria a provável redução de processos cautelares autônomos, vez que se agora é possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, seria admissível a adição dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental.

Essa tese é defendida, sobretudo por José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual:

Se agora é possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, não seria admissível a adição dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental? Não estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas? Parece que sim, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento. ((BEDAQUE, 2006, p. 389)

Dessa forma, estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas, diante da possibilidade genérica de atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento.

No entanto, como já exposto, o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, como bem destacado por Luiz Guilherme Marinoni, não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar ser requerida no processo de conhecimento.

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

Por isso, o processo cautelar não deixará de existir em razão da fungibilidade

entre as modalidades de tutela de urgência, vez que esta foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para somar, e não, para destruir todo o procedimento entalhado no Livro III do Código de Processo Civil.

VII – CONCLUSÃO.

De todo o exposto, pode-se dizer que o tempo é o principal impedimento à atuação da jurisdição de forma efetiva, o que inviabiliza a célere e justa resposta do litígio a ela apresentado, gerando, por consequência, o descontentamento daquele que necessita de um provimento judicial para o reconhecimento e satisfação de seu direito.

Por outro lado, a prestação jurisdicional em prazo razoável, sem dilações indevidas, a partir da Constituição Republicana de 1988, passou a constituir um dos corolários do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

Contudo, a pouca efetividade do processo em razão da demora na prestação jurisdicional, causada pela delonga do processo ordinário, fez com que os operadores do direito passassem a se utilizar de medidas cautelares de natureza preventiva, com objetivo nitidamente satisfativo, com base no poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Em razão da indevida utilização do processo cautelar com cunho satisfativo, o legislador, através da Lei nº 8.852 de 13 de dezembro de 1994, introduziu no Código de Processo Civil, o instituto da antecipação de tutela, dando-se nova redação aos arts. 273 e 461, possibilitando assim, a antecipação dos efeitos do provimento judicial perseguido em todo e qualquer processo de conhecimento.

Só que a antecipação de tutela fora assimilada de forma incompleta de um modo geral pelos operadores do direito, vez que se continuou a utilizar do processo cautelar em situações onde visivelmente o caso seria de antecipação de tutela e/ou passou-se a fazer o inverso, utilizando-se da antecipação de tutela onde seria necessária medida cautelar.

Essa utilização do processo cautelar no lugar da antecipação de tutela e/ou a indevida utilização da antecipação de tutela no lugar do processo cautelar, levou o legislador, atento ao caráter instrumental do processo, a estabelecer a fungibilidade entre as tutelas de urgência por meio do § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.444/02.

No entanto, a nova disposição do § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar ser requerida no processo de conhecimento ou que a antecipação de tutela possa ser requerida no processo cautelar.

Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre tutela cautelar e antecipatória deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento e/ou processo cautelar nas hipóteses em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, se cautelar ou antecipatória.

Dessa forma, para aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a dúvida deve ser plausível, sob pena de privilegiar a má-fé, tendo em vista que o ajuizamento de uma ação cautelar implica o ônus das custas judiciais, bem como o pagamento dos honorários advocatícios à parte sucumbente, não se encontrando os aludidos dispêndios no pedido de antecipação de tutela.

Por outro lado, a concessão de antecipação de tutela requerida em processo cautelar, implica sempre no ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária, desnecessárias e onerosas, contrariando os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa.

Por fim, o processo cautelar não deixará de existir em razão da fungibilidade entre as modalidades de tutela de urgência, vez que esta foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para somar, e não, para destruir todo o procedimento entalhado no Livro III do Código de Processo Civil.

Impende ressaltar que o objetivo focalizado pelo legislador, quando da introdução do princípio da fungibilidade das medidas emergenciais, no ordenamento pátrio, por meio do acréscimo do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, foi de atender ao clamor dos operadores do direito em resolver o problema da distinção entre o pleito antecipatório e cautelar.

Por isso o referido dispositivo não pode ser usado como uma desculpa para a conversibilidade da antecipação de tutela em cautelar, sob pena de ser ressuscitada a antiga ação cautelar de cunho satisfativo, tão criticada pela doutrina.

Este aspecto parece importante na medida em que fosse o caso de se estabelecer uma fungibilidade de “mão dupla” entre cautelar e antecipação, fácil teria sido introduzir esta menção no dispositivo.

Logo, salvo melhor juízo, a omissão foi intencional, e implica em estabelecer que o contrário do disposto, vale dizer, pedido de medida cautelar em lugar de tutela antecipatória, não terá por corolário o deferimento de uma tutela por outra.

Nada obsta, todavia, a que o legislador adote o rito do processo cautelar para casos concretos específicos que a seu ver, a solução definitiva somente pode ser dada após cognição exauriente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, vol. 1, 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDURÚ, Maria Teles. Elaboração de trabalhos acadêmicos: normas, critérios e procedimentos, 3. ed., Belém: EDUFPA, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual, vol. 2, 2. ed., Salvador: Jus Podium, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação de tutela, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____,. Tutela inibitória (individual e coletiva), 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Rizzatto. Manual de monografia jurídica, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). Urgências de tutela – processo cautelar e tutela antecipada, Curitiba: Juruá, 2008.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual, vol 2, 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). Curso avançado de processo civil, vol. 1, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____,. Curso avançado de processo civil, vol. 3, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, 21/11/2008.

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php, 21/11/2008.

[1] Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

[2] 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:

[...]

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

[...]

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

[3] Art. 295. A petição inicial será indeferida:

[...]

V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou o valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal.

[4] Art. 273. [...]

§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

[5] Art. 219. A citação válida torna prevento o ajuízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[6] Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

[7] 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:

[...]

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

[...]

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

[8] Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no

Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

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

[10] Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Art. 807. 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.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante a o período de suspensão do processo.

[11] Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento da desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

[12] Art. 295. A petição inicial será indeferida:

[...]

V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou o valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal.