



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

RAQUEL CAROLINA PALEGARI

**FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA:
CAUTELAR E ANTECIPADA
(REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 7º, DO ARTIGO 273, DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

Londrina
2008

RAQUEL CAROLINA PALEGARI

**FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA:
CAUTELAR E ANTECIPADA
(REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 7º, DO ARTIGO 273, DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2008

RAQUEL CAROLINA PALEGARI

**FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA:
CAUTELAR E ANTECIPADA
(REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 7º, DO ARTIGO 273, DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
(membro da banca)

Londrina, 25 de fevereiro de 2008

AGRADECIMENTOS

À Deus pela companhia diária.

À minha família, pais e irmãos, que são cúmplices das dificuldades e alegrias da caminhada no mestrado.

A meu noivo querido, Thiago, companheiro de todas as horas, que foi compreensivo e motivador para o término desse curso de mestrado.

Ao professor Doutor Orientador pelos apontamentos de grande relevância para o desenvolvimento do trabalho.

Ao professor Doutor Adauto de Almeida Tomaszewski pela contribuição pontual e oportuna para o aperfeiçoamento do trabalho.

Aos professores de Curso pelo incentivo à pesquisa jurídica.

A todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

***“A grandeza não consiste em receber honras,
mas em merecê-las.”***

Aristóteles

PALEGARI, Raquel Carolina. **Fungibilidade entre as tutelas de urgência**: cautelar e antecipada (Reflexão sobre o parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil). 2007 134f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

RESUMO

Este trabalho de dissertação do Mestrado em Direito Negocial na área de concentração em processo civil da Universidade Estadual de Londrina estuda as tutelas de urgência compostas pela tutela cautelar dos arts. 798 e seguintes; e a tutela antecipada do art. 273, I, todos do Código de Processo Civil, ambas com finalidade preventiva para afastar a iminência de risco de dano. As tutelas em apreço têm características próprias as quais são objeto da discussão em capítulos específicos. O estudo particularizado das mesmas permite fixar melhor a identidade dos institutos, bem como as características que as distanciam. A tutela cautelar visa proteger o processo com vistas a garantir a utilidade e eficácia do provimento final. A tutela antecipada objetiva tutelar o direito mesmo, esta antecipa os efeitos práticos da sentença. Nesse sentido, a primeira prioriza a prevenção do dano, ao processo, a segunda, ao direito propriamente dito. Essa estreita relação entre as tutelas cautelar e antecipada é objeto de estudo do trabalho que pontua suas semelhanças e diferenças. Verifica-se certo embaraço quanto à sua aplicação diante do caso concreto. O Estado-juiz, no monopólio da Justiça, regulador das relações sociais deve estar atento à legislação para previsão de mecanismos processuais que entreguem uma resposta a tutela jurisdicional pretendida. Nesse mote de questões, com enfoque para as medidas preventivas, foi disciplinado o princípio da fungibilidade no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil para o auxílio dos operadores do Direito quanto às tutelas urgentes, para sua melhor aplicação no sistema processual civil.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Tutela cautelar e tutela antecipada. Efetividade do processo. Fungibilidade das tutelas urgentes.

PALEGARI, Raquel Carolina. **Fungibility (inter-changeability) between urgency protective measures**: provisional and anticipated (Reflection on paragraph 7th of article number 273 of the Code of Civil Procedures). 2007. 134f. Dissertation (Master's Program in Business Law) – Londrina State University, Londrina, 2008.

ABSTRACT

The purpose of this Master's Dissertation in Business Law in the area of Civil Procedures at Londrina State University studies the urgency protective measures consisting of the provisional protective measure in article 798 and following articles; and the anticipated protective measure in article 273, I, all from the Code of Civil Procedures; both protective measures have the preventive purpose of removing the risk of damage. Such preventive measures have their own characteristics, which are the object of discussion in specific chapters. The detailed study of such protective measures enables a better characterization of their identity, as well as to identify their differences. The provisional protective measure seeks to protect the legal process in order to guarantee the utility and effectiveness of the final sentence. The anticipated protective measure seeks to protect the right being discussed itself, by anticipating the practical effects of the sentence. Thus, the first has as its priority the prevention of damage to the process, and the second has as its priority the protection of the right itself. The narrow relationship between provisional and anticipated protective measures is the purpose of this study, which highlights their similarities and their differences. It was observed that there is a certain amount of confusion in their application in specific cases. The State, by the Department of Justice, which rules social relations, must attend to legislation so as to provide procedural mechanisms that offer suitable responses to the intended jurisdictional protective measure. Due to such issues, focusing on preventive measures, the principle of Fungibility was created in article number 273, paragraph number 7, in the Code of Civil Procedures, in order to assist legal staff concerning urgency protective measures, for a more appropriate application in the civil procedural system.

Keywords: Urgency protective measures. Provisional and anticipated protective measures. Effectiveness of the process. Fungibility of urgency protective measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – DIREITO E PROCESSO (EFETIVIDADE DO PROCESSO)	12
CAPÍTULO II – TUTELA CAUTELAR	21
2.1 CONCEITO	21
2.1.1 A doutrina clássica brasileira e a Tutela Cautelar	24
2.2 AÇÃO CAUTELAR E PROCESSO CAUTELAR	26
2.2.1 Mérito no Processo Cautelar	30
2.3 REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR	36
2.3.1 <i>Fumus Boni Iuris</i>	37
2.3.2 <i>Periculum in Mora</i>	39
2.4 CARACTERÍSTICAS	41
2.4.1 Provisoriedade e Temporariedade	41
2.4.2 Sumariedade	44
2.4.3 Instrumentalidade e Autonomia	47
2.4.4 Não Satisfatividade	50
2.4.5 Revogabilidade e Modificabilidade	53
2.5 PODER GERAL DE CAUTELA	54
2.5.1 Tutela Cautelar antes da Reforma de 1994 do Código de Processo Civil	58
2.6 TUTELAS CAUTELARES <i>EX OFFICIO</i>	61
2.7 PROCEDIMENTO	62
CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA	70
3.1 CONCEITO	70
3.1.1 Tutela Antecipada e Tutela Cautelar	72
3.2 COGNIÇÃO NA TUTELA ANTECIPADA	74
3.3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA	75
3.4 REQUERIMENTO DA PARTE	76
3.4.1 Partes legitimadas	78
3.5 PROVA INEQUÍVOCA DOS FATOS E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO	80

3.6 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.....	83
3.7 ABUSO DE DIREITO DA DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTRELATÓRIO.....	84
3.8 REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO	86
3.9 TUTELA PERANTE PEDIDO INCONTROVERSO.....	89
3.10 CARACTERÍSTICAS	92
3.10.1 Provisoriidade	92
3.10.2 Revogabilidade e Modificabilidade	92
3.10.3 Não Satisfatividade	95
3.11 PROCEDIMENTO.....	96
3.11.1 Natureza da Decisão.....	96
3.11.1.2 Decisão interlocutória / sentença	97
CAPÍTULO IV – PONTOS DE REFLEXÃO SOBRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA	102
4.1 SEMELHANÇAS ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA (ESPÉCIE DE TUTELA DE URGÊNCIA)	102
4.2 DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA	106
CAPÍTULO V – FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA.....	109
5.1 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	109
5.1.1 Precedentes Históricos.....	109
5.1.2 Art. 273 §7º, do Código de Processo Civil	113
5.2 PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR (VIA DE MÃO ÚNICA)	117
5.3 PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR E CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (VIA DE MÃO DUPLA).....	119
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho proporciona estudo analítico das tutelas de urgência, da qual são espécies: a tutela cautelar prevista nos arts. 798 e seguintes e a tutela antecipada em uma de suas hipóteses, leia-se a do art. 273, I, todos do Código de Processo Civil.

As tutelas urgentes têm expressa relação com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos XXXV e LIV), com destaque aos princípios da efetividade processual e da segurança jurídica, aos quais se dedicam as primeiras linhas no capítulo I intitulado Direito e Processo.

A tutela cautelar será objeto de estudo no capítulo II. Dentre os assuntos é relevante demonstrar sua origem no sistema legal, no Código de Processo Civil de 1939, enquanto “tutela acessória” e, depois, sua evolução com o advento do *codex* de 1973, que passou a regulá-la em seu Livro III.

Cumprir exaltar a doutrina italiana precursora da tutela cautelar, doutrina de grande influência sobre a legislação pátria, que tem por expoentes os autores Chiovenda, Calamandrei e Carnellutti.

Ainda, merece atenção, o mérito no processo cautelar e o poder geral de cautela. Este último abre “espaço” à discussão da tutela cautelar e o momento particular de sua existência, a “tutela provisória satisfativa”, ante à ausência de norma legal no período, que antecede a reforma do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.592/94.

A regulação social é tarefa do Estado, que detém o monopólio da Justiça e, portanto, cumpre-lhe bem prestá-la por ter substituído os particulares na resolução dos conflitos. Para o desempenho desta tarefa, pontua-se que o Direito e as relações que este pretende disciplinar, sofrem modificação advinda de vários fatores: o inchaço populacional, a expansão tecnológica, a globalização, entre outros que, sinteticamente, representam desafio cotidiano ao legislador e ao operador do Direito.

Diante desse quadro em constante evolução, circunstâncias são vivenciadas, que extrapolam os limites da simples tutela acautelatória, ou seja, situações que reclamam mais do que a garantia do processo a um resultado útil.

Assim, rumo ao equilíbrio, no anseio de uma realidade jurídica adequada, munida de instrumentos processuais eficazes é que o Estado-juiz está em constante movimento legislativo que culminam com reformas à lei vigente.

O Código de Processo Civil introduziu a tutela antecipada com o advento da Lei nº 8.592/94, disciplinando-a no artigo 273, do Código de Processo Civil, a qual será objeto no capítulo III.

Flagrante é o enriquecimento do sistema, sobretudo, das tutelas de urgência, que passam a contar, objetivamente falando, com uma tutela provisória e reversível sobre o bem pretendido, a tutela antecipada.

A pesquisa dedica-se a analisar cada uma das tutelas em apreço, isoladamente, apontando as características de maior destaque. O leitor verificará itens específicos no decorrer dos capítulos II e III, que examinam a tutela cautelar e a tutela antecipada, sob esse aspecto.

Constitui ponto fundamental de compreensão fixar algumas premissas. As tutelas urgentes por sua própria natureza serão sempre provisórias, sendo a medida cautelar concedida sob o manto da temporariedade. Ambas estão sujeitas à cognição sumária e, portanto, não têm o condão de produzir coisa julgada material do qual decorre sua revogabilidade e modificabilidade. Ainda, têm caráter não satisfativo, conforme será explorado nos capítulos já enumerados.

O estudo pretende o melhor conhecimento das características das tutelas urgentes, para enumerar a existência de pontos de identificação entre ambas (tutelas preventivas de um dano) e seus pontos de distanciamento, objeto do capítulo IV.

As tutelas cautelar e antecipada têm disciplina própria na legislação, mas, ainda, causam embaraço para sua aplicação diante de algumas circunstâncias concretas.

Assim, ao final, o estudo visa dar fundamento ao leitor para a compreensão do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, mote do presente trabalho, objeto do capítulo V, a aplicação do princípio da fungibilidade nas tutelas urgentes, de extrema importância no contexto vigente, *in verbis*: “Se o autor, à 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”.

O artigo em apreço desperta várias reflexões, como a ausência de requisitos expressos à aplicação do princípio da fungibilidade, sua aplicação na esfera das tutelas cautelares típicas e atípicas, a necessidade de adoção do procedimento da tutela adequada.

Sobretudo, o estudo do aludido dispositivo legal produz questionamento quanto à fungibilidade e seu emprego nos estritos termos de sua redação, requerida a tutela cautelar possível a sua substituição pela tutela antecipada, como via de mão única e, além, num segundo momento, se há o caminho inverso, requerida a tutela antecipada, de requisitos mais rígidos, poderá ser esta substituída pela tutela cautelar, como via de mão dupla.

Para a apreensão do tema, as indagações serão apreciadas à luz de doutrina balizada com destaque para Cândido Rangel Dinamarco, Teresa Arruda Alvim, José Roberto dos Santos Bedaque, Nelson Nery Júnior, Joaquim Felipe Spadoni e Paulo Alfonso Brum Vaz.

Nesse sentido, as reflexões sobre o art. 273, §7º são de extrema relevância para determinar os limites de sua aplicação no sistema legal a possibilitar a atuação das tutelas cautelar e antecipada no processo civil em atendimento a seus fins específicos: a tutela do processo e, respectivamente, do direito, de finalidade preventiva.

CAPÍTULO I – DIREITO E PROCESSO (EFETIVIDADE DO PROCESSO)

O primeiro tópico, para o êxito do trabalho, discorrerá sobre o direito material e o direito processual, com foco na efetividade do processo, que dominará toda sua redação. O posicionamento desses frente ao ordenamento jurídico melhor se apresenta por duas teorias, a Unitária e a Dualista.

Na concepção da Teoria Unitária (constitutiva), o direito objetivo não tem condições de disciplinar todos os conflitos de interesse, sendo necessário o processo, muitas vezes, para complementar os comandos da lei. O magistrado faz mais do que declarar o Direito. A atividade jurisdicional é a norma jurídica concreta. Para essa teoria não há distinção nítida entre direito material e direito processual, que integram o mesmo plano jurídico. É expoente dessa teoria, Calamandrei para quem a lei abstrata se individualiza por obra do magistrado, “a sentença é a lei, e a lei é o que o juiz tenha proclamado como tal”¹.

Para a Teoria Dualista (declaratória), o ordenamento jurídico cinde-se em direito material e direito processual. As regras se concretizam no exato momento em que ocorre o fato nelas previsto, sem participação do juiz. O processo visa, apenas, a atuação (a realização prática da vontade do Direito), não contribuindo para a formação das normas concretas. Filiam-se a esta teoria, Liebman, Chiovenda, dentre outros, fundamentando que a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz, apenas, declara ou atua a vontade da lei, supondo que essa vontade concreta já existe antes de ser chamado o julgador.

Para melhor compreensão das teorias, emprestam-se as palavras de BELLINETTI:

A questão diz respeito a ser função do processo fazer atuar meramente as normas abstratas, declarando o direito preexistente no ordenamento, estando por isso ‘fora’ dele, como um ordenamento à parte, um meta-ordenamento; ou então se o processo encontra-se integrado ao ordenamento, tendo função de completá-lo, constituí-lo.²

¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*, p. 164 e 69 *apud* BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 64.

² BELLINETTI, Luiz Fernando. *ibidem* p. 61/62.

Em vista ao exposto, considera-se mais adequada a Teoria Unitária em que o direito processual é parte integrante do ordenamento, em conjunto com o direito material que são partes indissociáveis. O fenômeno difundido da instrumentalidade do processo, ao contrário das primeiras impressões, não desprestigia em absoluto o direito material, mas, ao contrário, marca definitivamente sua importância.

Cumprir notar que a Teoria Unitária atende à norma fundamental, à Constituição Federal que, sem dúvida, prestigia a estrutura unitária ao prever garantias fundamentais de direito material e, ao mesmo tempo, a disciplina do instrumento utilizado, o direito processual.

Veja-se, o ato de realizar e bem guiar o direito material na esfera da prestação jurisdicional coube ao instrumento, o direito processual. O legislador tem que se armar de aparatos jurídicos para que a tutela jurisdicional seja satisfatória. Assim, a instrumentalidade jamais deixou de se relacionar com o direito material.

Escreve Luiz Guilherme Marinoni, que a noção de uma tutela descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo³. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Fala-se em tutela de direitos, expressão que revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo. Direito processual e direito substancial se interligam, não estão dissociados. Na verdade, o direito processual é imprescindível – em nível de efetividade – para a sobrevivência do próprio direito substancial.

Nesses termos o direito material correlaciona-se com o processo adequado, para que produza o resultado mais próximo do ideal e que se apresentaria no cumprimento espontâneo.

Situação oposta, de um direito processual civil inadequado ao direito material, bem como o fascínio pelo procedimento ordinário permitiu o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela de direitos, vez que a apologia a esse procedimento afetou o desenvolvimento das tutelas diferenciadas⁴.

Ora, no encaço de uma prestação jurisdicional adequada, que satisfaça a parte com a resolução do conflito, combinada aos novos desafios do

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1994. p.01.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *ibidem*, p. 13.

cotidiano, técnicas processuais devem surgir pelo legislador atento e estudioso das necessidades que se avizinham e reclamam tutelas específicas.

Exige-se do legislador que seja sensível às questões formuladas ao Estado-juiz, e, inexistindo normatização, que vele pela renovação dos instrumentos.

O direito formal desenvolve-se impulsionado pelas necessidades, que surgem no direito material e no próprio direito processual quando insuficiente. O cidadão sofre lesão na sua esfera particular, o que o autoriza a convocar o Estado-juiz para que aprecie e julgue a questão controvertida. Este, por seu turno, tem por obrigação o bom prestar, exaurindo todos os mecanismos disponíveis a fim de solucionar a lide, guiado pela legislação vigente.

O Estado, no desempenho da atividade jurisdicional, deve fazê-lo com o menor esforço e no menor tempo possível, afastando-se o perigo da demora que ocasione prejuízo.

Reportando-se ao tema sugerido na pesquisa, cumpre explorar a importância dessa combinação direito material e processual para as tutelas de urgência.

A problemática envolvendo os provimentos de urgência, desde sua classificação até o alcance de seus efeitos, não pode prescindir da situação da vida sobre que a tutela irá atuar. A solução adequada para essa intrincada questão processual depende fundamentalmente do direito material⁵.

Da importância do direito material, Bedaque⁶, objetivamente, dispõe “a exata medida da cognição e do tempo guarda íntima relação com as peculiaridades da situação substancial”.

Nesse sentido, tem-se que o direito material é o influenciador máximo para o desenvolvimento do processo. É a partir desse contato com o direito material, que o aplicador do direito denominará os instrumentos processuais que melhor se amoldam à discussão, dando “ritmo” a toda movimentação jurídica que compõe o *iter* processual.

Se o direito substancial reclama, deve o direito formal encontrar os meios adequados para o desenrolar do devido processo legal, e, assim, o é historicamente.

⁵ Segundo, BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Influência do Direito Material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros. 2003. p.139.

⁶ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *ibidem*, p. 142.

Nas civilizações antigas, os conflitos eram tratados sob a égide da vingança privada, a lei do talião “olho por olho, dente por dente”. Diversamente, quando o Estado chamou para si a *jus punitiois*, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos, regulamentando as relações sociais entre os homens.

Toda essa acomodação do Estado frente ao exercício da jurisdição teve lugar no Estado Moderno.

O Estado Moderno é quem deu início à concepção de um órgão prestador da atividade jurisdicional, tem por um de seus aspectos a luta por esse reconhecimento a todos igualmente distribuído de requerer a função jurisdicional do Estado, perante órgãos regulares e independentes, e por vias, normativamente traçadas⁷.

O processo, como instrumento para a prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida⁸.

Estabelece-se um “divisor de águas” na administração da Justiça. A toda lesão de direito corresponde um meio de solução para o conflito instalado. O Direito, então, vai se certificando como um sistema de leis e enunciados, contidos numa ordem maior, o denominado ordenamento jurídico, apto a reger as relações sociais.

Nesse quadro, a função jurisdicional como função cognoscente da Ciência do Direito (como dogmática) tomam do dado-de-fato (coisa do mundo, conduta, relação social) e regressam logo ao sistema para verificar se o dado-de-fato foi previsto normativamente⁹.

A despeito de uma ordem jurídica delineada que pretende responder a todas as aflições jurídicas, verifica-se a prática de atos e fatos sobre os quais o ordenamento, ainda, não atribuiu conseqüências jurídicas. O mundo das relações não pára de evoluir e, por isso a qualificante estática não combina com o Direito.

⁷ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. volume 2. São Paulo: AXIS MUNDI IBET. 2003. p 467.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva *in* Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva. 1980, *apud* MARINONI. Luiz Guilherme Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1994. p. 21.

⁹ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. volume 2. São Paulo: AXIS MUNDI IBET. 2003. p. 463.

Veja-se, nos tempos atuais de extrema celeridade, seja na vida privada ou nos negócios, as transformações sociais reclamam mecanismos legais mais consentâneos com essa realidade. O Estado, por meio de sua atuação jurisdicional, arrematou todo o campo de apaziguamento de conflitos e é cobrado pela sociedade para que entregue a tutela jurisdicional. Eis que surge a problemática da efetividade.

A questão da efetividade do processo tem difundido muita discussão na doutrina e no meio jurídico em geral. É expressão em evidência no cenário jurídico face ao anseio de uma sociedade que busca resultados em menor tempo possível, fator este relacionado exatamente à efetividade processual.

Dantes, em 1939, o sistema jurídico dispunha de uma construção dogmática processual, aperfeiçoada posteriormente, pela edição do Código de 1973, ambas concebidas sob o império da rigidez e da técnica, que se mantém por traços marcantes de um sistema clássico, com três processos estanques: tutela de conhecimento, de execução e cautelar.

No início, o Direito pretendeu ser exaustivo, compilando todo o tipo de resposta aos conflitos; contudo, ao longo do tempo, com a complexidade das relações humanas mostrou-se incapaz dessa previsão.

Situações de urgência são deflagradas, seja para asseguramento do processo, ou, mesmo, do próprio direito material. Há necessidade atual de respostas céleres, ainda que provisórias, face ao desenvolvimento das relações humanas, afetivas e, ou, comerciais, incompatíveis com o processo por inteiro, longo e moroso.

Dessa maneira, forçoso reconhecer que o direito processual civil acompanhado de perto pelo direito material necessita se adequar. Essa 'adequação' tem que estar afinada com a Constituição Federal que proclama a efetividade do processo e a segurança jurídica.

Além, tem-se que toda questão controvertida merece a apreciação e decisão judicial. Em destaque o princípio da inafastabilidade do controle judicial, art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, pela expressa referência a que toda lesão ou ameaça de lesão seja submetida ao Poder Judiciário.

Na esfera infraconstitucional, “O juiz não pode se furtar à função de proferir decisão judicial, o que equivaleria a uma decisão *non liquet*, o que é reconhecidamente vedado pelo sistema – art. 126, do Código de Processo Civil”¹⁰.

O Estado-juiz, ente atuante da jurisdição, viu-se diante do seguinte questionamento: como decidir uma situação não prevista pelo ordenamento? E, como deixar de regrá-la diante da impossibilidade de negar a apreciação pelo Poder Judiciário?

Conforme enumerado, há uma expectativa quanto à prestação jurisdicional capaz de resolver a questão controvertida. Quando o ordenamento jurídico se mostra omissivo, seja por não contemplar todos os atos e fatos que têm repercussão jurídica, ou pela falta de agilidade processual, isso provoca discussão na doutrina.

Nesses termos, o “tempo” despendido para a resolução do conflito é fator de importância para o requerente. Assunto tão debatido, Luiz Guilherme Marinoni pontua:

Floresce hoje uma tendência atenta à temática do acesso à justiça e, nessa perspectiva, podemos dizer que uma das questões mais preocupantes se revela no binômio “custo morosidade” a demonstrar a falência do processo civil tradicional. [...] o custo e a duração do processo, porém, igualmente obrigaram o processualista a partir em busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo. [...] talvez o problema da morosidade aponte para o sentido da ‘verdadeira efetividade do processo’¹¹.

A demora do processo pode levar à ineficácia do direito, sobretudo, quando o direito, bem da vida, perecer pela delonga da resposta judicial ou demora injustificada. São necessários instrumentos legais adequados à sua tutela.

Dessa maneira, o *codex*, então vigente de 1973, recebeu inúmeras mini-reformas, dentre as quais a introdução da tutela antecipada, sumária e provisória, para a entrega dos efeitos práticos da sentença pela inserção do artigo 273, incisos e parágrafos pela Lei nº 8.952/94 e, posterior modificação pela Lei nº 10.444/2002.

¹⁰ FERREIRA, Willian Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 112.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1994. p. 27

Diante da lesão ou ameaça de lesão ao direito, seja na esfera do processo a garantir sua utilidade, ou do próprio direito material, bem como na demora injustificada, o sistema se serve das tutelas cautelar e antecipada. O deferimento ou indeferimento das medidas prescinde, apenas, da cognição sumária e requisitos legalmente previstos, antes do exaurimento de todas as questões e debates realizáveis no processo.

Aludida cognição possibilita o atendimento da medida urgente em prol da efetividade processual sem ofensa à segurança jurídica. Caso contrário, o direito poderá padecer ou tornar inútil o resultado final do processo.

Para as tutelas urgentes, a cognição jurídica resta mitigada, uma vez que a legislação autoriza essas medidas, se presentes os requisitos específicos, independentemente da cognição plena, conquanto o contraditório, a produção de provas ficam, apenas, postergados para momento ulterior.

A exigência do processo por completo, demanda tempo razoável, por vezes incompatível com a situação sob perigo de dano. Assim, o emprego das tutelas cautelar ou antecipada ocasiona discussões pela aparente tensão entre segurança jurídica e efetividade processual, que denotam extrema relevância, porque elencadas no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal.

A segurança jurídica figura na Constituição Federal como um valor ao lado da efetividade do processo, a ser positivado pelo ordenamento. Sabe-se que os direitos fundamentais não se excluem, mas se harmonizam e, assim, coexistem. Teori Albino Zavascki, em feliz observação:

Ora no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal [...] direitos esses que constituem cláusulas do que genericamente se denomina devido processo legal e que podem ser agrupados em dois grandes conjuntos: primeiro, o conjunto de direitos fundamentais identificados, globalmente, como direito à efetividade da jurisdição, depois, os direitos formadores do conjunto que poderia denominar-se direito à segurança jurídica¹².

Para segurança jurídica vale pontuar exatamente o advento da tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil) que acabou afastando o emprego

¹²ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas Cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante Revista de Processo nº 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril - junho 1996. p. 59.

de mecanismo impróprio, a medida cautelar 'satisfativa', que anteriormente era utilizada para prestação de tutela preventiva do direito propriamente dito. Assim, a previsão do procedimento e características próprias conferiu total legitimidade às decisões que antecipem os efeitos práticos da sentença.

A previsão legal da tutela antecipada foi confeccionada com vistas a realizar a harmonização entre a efetividade do processo, pela agilidade que confere aos procedimentos, e, a segurança jurídica, porque, antes do exercício de uma cognição plena, permite a produção dos efeitos práticos da sentença, pendente de confirmação final.

Veja-se que a antecipação de tutela disciplinada em dispositivo legal (art. 273, do Código de Processo Civil) ganhou "corpo" e "alma", definindo seus requisitos, delineando seus contornos de aplicação.

A força normativa da tutela antecipada, ora em comento, representa, além do artigo codificado, segurança jurídica ao ordenamento, aos aplicadores do direito. A decisão não faz coisa julgada, porque definido em lei, mas, permite-se adequar ao direito pleiteado, garantindo um resultado menos oneroso a ambas as partes, porque depende de confirmação em decisão final. Ou seja, permite-se que esteja revestida de segurança jurídica e que emane efetividade.

"A fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos"¹³. Situação diversa conduziria o direito a responder mal à prestação jurisdicional, porque à mercê de tornar inútil a tutela jurisdicional, ou impraticável o direito recebido tardiamente.

Nesse mote de idéias de total atualidade está o legislador no encaixo de concretizar a efetividade do processo e a segurança jurídica. Eis que medidas inovadoras, tais como a disciplinada na Lei nº 8.952/94 que trouxe a antecipação de tutela e seus reflexos, a seguir detalhadamente estudados, contribuem definitivamente com o sistema e perpetuam as garantias constitucionais.

O Direito vai se desenvolvendo gradualmente, normatizando hipóteses para melhor guardar a efetividade do processo que se harmoniza com a segurança jurídica. Aquele verifica a necessidade e vai se moldando, seja com

¹³ZAVASCKI, Teori Albino. Ibidem. p. 61.

interpretações ou novos dispositivos, observando a estrutura já existente. Assim, a evidência das tutelas de urgência no momento atual, e seu necessário estudo e aperfeiçoamento.

CAPÍTULO II – TUTELA CAUTELAR

2.1 CONCEITO

Para a conceituação da tutela cautelar, indispensável a verificação da doutrina italiana que embasa o direito processual civil, já presente na codificação de 1939, sob a denominação de ‘tutela acessória’ e, com maior transparência, na edição de 1973, com o novo *nomen iuris*, a atual ‘tutela cautelar’, disciplina em todo o livro III do Código.

Em destaque a contribuição de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

Na concepção de Chiovenda destaca-se a máxima “o processo se presta à realização da vontade da lei” e se processa perante o Estado¹⁴, sendo o mesmo adepto da natureza concreta do direito de ação, na sua versão potestativa, no qual não corresponde nenhum dever jurídico, mas tão-somente uma situação de sujeição do outro sujeito da relação jurídica, *v. g.*, revogação de mandato.

Das preliminares ora expostas, destaca-se que na doutrina de Chiovenda, a ação cautelar não constitui um direito da parte, mas, sim, um direito do Estado, criado para preservar a utilidade e adequação da função jurisdicional.

A tutela cautelar é considerada mera ação (*mere azioni*), porque tal como nas possessórias, a tutela jurisdicional era prestada sem que a sentença certificasse a existência de algum direito que lhe servisse de fundamento.

Quanto ao aspecto dos requisitos, para Chiovenda a providência cautelar é uma medida provisória destinada a afastar o temor de um dano jurídico: “se o dano é iminente ou não, cabe à verificação definitiva apurar”.¹⁵

Na doutrina, Castro Vilar profere crítica a Chiovenda, pela ausência de questionamento quanto à eminência do dano, “[...] muitas outras medidas utilizáveis durante o processo podem servir para evitar o dano jurídico, sem,

¹⁴ O Estado moderno, por consequência, considera como função própria e essencial a administração da justiça. Ao Estado reserva-se, exclusivamente, o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz “jurisdição”; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais) CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de Direito Processual Civil. volume 1. Campinas: Bookseller. 3ª edição. 2002. p. 58.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*. p. 333.

contudo, participar da categoria de medida cautelar”¹⁶.Veja-se, para que o entendimento em questão se torne completo, o perigo de dano assinalado por Chiovenda deve provir do perigo da demora na obtenção da tutela jurisdicional.

Na seqüência, ganha destaque a doutrina de Calamandrei que inova ao proclamar a instrumentalidade do processo cautelar sem, contudo, sua autonomia.

Diz este que as providências cautelares nunca constituem um fim em si mesmas, e, portanto, são não autônomas, desconhecendo-lhes a qualidade de *tertium genus*, ao lado dos processos de conhecimento e de execução.

Nesse sentido, a providência cautelar evidencia-se por sua instrumentalidade, servindo ao processo principal, para lhe assegurar o resultado prático. Erige-se a uma “[...] instrumentalidade qualificada, elevada, por assim dizer, ao quadrado, um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva”¹⁷.

Assim, não havendo autonomia, Calamandrei destaca que o ponto diferenciador da tutela cautelar reside na sua finalidade última de garantia, ou seja, a assegurar preventiva da tutela principal, que resulta seja eliminado o *periculum in mora* que paira sobre a tutela definitiva. Define a providência cautelar como antecipatória de certos efeitos da decisão definitiva.

Segue, para encerrar a trilogia italiana, Carnelutti para quem, em síntese, o “processo se presta à composição da lide”.

Para este, a providência cautelar não constitui mero incidente do processo de cognição ou de execução, mas, sim, um *tertium genus*, ou seja, um processo contencioso ao lado dos demais, já enumerados.

Contudo, pontua, ainda que contencioso, o processo cautelar não compõe a *litis*, ou, sequer, declara a certeza do direito como na cognição e execução, mas, a tem como pressuposto.

Desta maneira, para prosseguir em seu entendimento, Carnelutti se amolda ao disposto por Calamandrei que proclamou a instrumentalidade da tutela cautelar, destacando que o processo cautelar não existe por si só, mas, em relação ao processo de conhecimento e de execução.

¹⁶ VILAR, Willard de Castro. Medidas Cautelares, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1971 p. 52.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introducion al estudio sistemático de las providencias cautelares apud THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p 37/38.*

Assim, o processo cautelar, longe de compor a *litis*, se evidencia por sua finalidade preventiva, em que serve à tutela do processo, “como instrumento não só para garantir os meios do processo definitivo como, também, para garantir a utilidade prática do processo definitivo”¹⁸.

Foi Carnelutti, sem dúvida, que conseguiu liberar a tutela cautelar da imprópria conceituação. “Para ele, a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas, para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide”¹⁹.

A classificação do processo cautelar por Carnelutti na esfera da conservação é subdividida pelo modo em inibitório (processo cautelar inibitório), eliminação (processo cautelar restituitório) ou antecipação (processo cautelar antecipatório).

Sobre estes, mister é pronunciar que Carnelutti tinha por inibitórios, o processo cautelar de manutenção (art. 1170, Cód. Civil) e o seqüestro judicial (art. 670); por restituitórios, o processo de reintegração da posse (art. 1168 do Cód. Civil), e por antecipatórios, o processo do seqüestro conservativo (art. 671).

Nesse aspecto, Ovídio A. Baptista da Silva comenta que a classificação do processo cautelar de Carnelutti em procedimentos restituitórios e antecipatórios é imprecisa. Ainda, ao menos no que toca à tutela cautelar de natureza antecipatória, em igual equívoco incidiu Calamandrei, veja-se:²⁰

As conseqüências dessa imprecisão conceitual refletem-se, hoje, de modo extraordinário, particularmente na Itália, onde uma parcela considerável da doutrina defende o ponto de vista de que a essência da tutela cautelar é de índole de tutela antecipatória.²¹

Na doutrina pátria o Código de Processo Civil, sobretudo, pela edição da Lei nº 8.952/94, trouxe tranqüilidade quanto às tutelas de urgência: de um lado, a tutela cautelar de natureza preventiva a garantir a tutela principal e não satisfativa (art. 798 e ss do Código de Processo Civil) e, de outro lado, a tutela

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, p. 63 e ss, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005. p. 38.

¹⁹ *id.* Ibidem p. 39.

²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 09.

²¹ *Id.* Ibidem.

antecipatória, para a entrega provisória dos efeitos práticos da sentença (art. 273, do Código de Processo Civil).

De qualquer maneira, Carnelutti exerceu grande influência sobre a legislação processual civil: veja-se a doutrina clássica estampada no Código de 1973, com sua divisão estanque em três distintos processos, conhecimento, execução e cautelar.

Deste modo, vários são os doutrinadores que seguem seus ensinamentos. Não se deve vislumbrar na tutela cautelar qualquer tipo de acertamento da lide, nem mesmo provisório, mas, sim, “uma verdadeira tutela do processo”, a fim de assegurar-lhe unicamente a eficácia e utilidade prática. Uma tutela específica que busca, apenas, e tão somente, “evitar, no limite do possível, aquelas alterações no equilíbrio inicial das partes que possam derivar da duração do processo”²².

A tutela cautelar, enquanto tutela conservativa, prontifica-se a assegurar os elementos do processo (pessoas, coisas e provas) em condições de serem úteis para a prestação jurisdicional que a seu tempo advirem.

2.1.1 A doutrina clássica brasileira e a tutela cautelar

A legislação pátria sofreu grande influência dos autores italianos já mencionados. Tem-se que o advento do Código de Processo Civil, de 1973 (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973) representou inovação no campo da tutela cautelar, outrora, denominada tutela acessória, no Código de 1939.

A tutela cautelar vigente está disciplinada no Livro III (arts. 796 *usque* art. 889), sedimentando sua autonomia procedimental.

Galeno Lacerda comenta que a mudança de denominação de 1973 tem cunho científico, vez que “todo procedimento cautelar é, também, acessório”, mas, continua, “a recíproca não é verdadeira”. O que fez o novo código foi reduzir o objeto. O termo acessório imprimia uma extensão demasiada à tutela cautelar. Por consequência, “o novo legislador, como na realidade o fez, retirou do elenco das

²² CARNELUTTI, Francesco. Direito Processo Civil e Penal. volume I. Campinas: Péritas. 2001. p. 396.

medidas acessórias constantes do atual Código (1939) todas aquelas, que, na realidade, não são cautelares²³.

Desse ajuste quedaram disciplinados no Código, quatorze procedimentos cautelares de forma específica, denominadas tutelas cautelares típicas, a saber: arresto, seqüestro, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, caução, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, e protesto e apreensão de títulos. E, pelo poder geral de cautela (art. 798 do Código de Processo Civil) tem-se as tutelas cautelares atípicas ou inominadas.

A doutrina, assim, se comporta. Humberto Theodoro Júnior classifica-as como medidas de “a) poder geral de cautela (medidas inominadas) e b) medidas típicas, ou seja, medidas para assegurar bens, pessoas e provas, bem como medidas conservativas e outras não cautelares, apenas, submetidas ao procedimento cautelar”²⁴.

Galeno Lacerda, com vistas às disposições do Código, oferece classificação pessoal e diferenciada que compreende três dimensões.

a) as cautelas segundo a finalidade (obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou execução – quanto à prova, quanto aos bens – execução e antecipação provisória da prestação jurisdicional); b) segundo a posição processual e o caráter da medida (antecedentes e incidentes) e, c) segundo a natureza da tutela cautelar (jurisdicional ou administrativa).²⁵

Relevante a classificação de Galeno Lacerda para melhor estudo da tutela cautelar compreendidos a ação, o processo e a medida cautelar, a seguir destacados no item 2.2, deste capítulo.

²³ LACERDA, Galeno. Processo Cautelar. Revista Forense. nº 246. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974. p. 152.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005 p. 242.

²⁵ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, volume VIII, Tomo I, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 11 -15.

2.2 AÇÃO, PROCESSO E MEDIDAS CAUTELARES

A providência cautelar pode compreender a ação cautelar, o processo cautelar e a medida cautelar. Para melhor apreensão dos termos, faz-se menção a cada um deles ao longo deste, evidenciando suas peculiaridades.

A ação e o processo pertencem à clássica trilogia estrutural, jurisdição – ação – processo, de Ramiro Podetti.

A jurisdição, enquanto função do Estado (que entrega a prestação jurisdicional) compreende funções diversas, dentre as quais possibilitar o exercício do direito subjetivo de ação que é externado pelo processo.

A tutela cautelar, em qualquer das modalidades expressas, processo ou ação, apresenta com traço diferenciador face à cognitiva e executiva, o fim específico que é a prevenção. Aquela não persegue o direito material propriamente.

A tutela cautelar não almeja “a composição da lide, mas tão somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito”²⁶.

Transposta a tutela cautelar na jurisdição, passa-se ao processo. Este se qualifica como o instrumento a serviço do Estado para realização da jurisdição a satisfazer a tutela jurídica pretendida pelos cidadãos.

O processo subdivide-se em três espécies, cognitivo, executivo e cautelar. Este se mantém na clássica definição de série de atos ordenados, regulados pelo direito processual civil, através do qual se exerce jurisdição.

Para a verificação de um processo na ordem jurídica, necessária a provocação do Estado, detentor único da função jurisdicional, pelo exercício do direito subjetivo público, o direito de ação.

A ação consiste no direito à prestação jurisdicional e, não necessariamente, à tutela jurisdicional. O exercício do direito de ação é abstrato e independe da existência ou inexistência do direito substantivo pleiteado.

A ação se divide em três espécies conforme a natureza do provimento que se pretende no Judiciário. Transcreve-se inteiro teor a classificação de Liebman:

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 43.

a) ação de cognição que instaura um processo de cognição na busca de declarar o direito por meio de uma sentença; b) ação de execução que instaura o processo de execução, coativo, que visa satisfazer a parte vencedora nos termos do *decisum*, e, c) ação cautelar que desencadeia um processo cautelar, *de finalidade auxiliar e subsidiária perante as funções jurisdicionais de cognição e execução. Essa função cautelar do processo é dirigida a assegurar, a garantir o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas funções e concorre com isso, mediatamente, ao atingimento do escopo geral da jurisdição.*²⁷

Da assertiva é possível extrair que na ação cautelar, ainda que “auxiliar”, tem ela por pressuposto a lide, mas mediatamente. Desempenha uma função subsidiária ao processo cognitivo e executivo, estes últimos, sim, com finalidade à tutela de direito (composição da lide). O processo cautelar²⁸ serve a tutela do processo protegendo o direito.

Ronaldo Cunha Campos esclarece, se os outros gêneros, cognição e execução visam imediatamente compor a lide, o processo cautelar objetiva imediatamente tutelar o instrumento de composição (ou seja, o processo), e mediatamente, pois, também, visa compor as lides. Assim, esse gênero, pela sua finalidade mediata, está, também, compreendido na finalidade genérica do processo: a composição da lide²⁹.

Sendo a ação e o processo correlacionados, cumpre destacar a medida cautelar que figura como o de simples provimento do juiz sem conteúdo de ação.

Para o estudo da medida cautelar observa-se a doutrina de Galeno Lacerda que tratou com clareza a questão.

A classificação exposta por este autor, segundo sua finalidade e posição processual, evidencia a natureza da tutela cautelar como jurisdicional e, de outro lado, como administrativa que ainda se subdivide em voluntária e decretável de ofício (art. 797, do Código de Processo Civil)³⁰.

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile, ristampa della 2ª ed.* 1968, vol I n° 36 p.91 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibidem*. p. 19.

²⁸ Em síntese, o processo de cognição e de execução tem por finalidade a composição da lide; e o processo cautelar tem por finalidade a proteção do direito em pleito.

²⁹ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentário*, Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 4 p. 185, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *ibidem* p. 47/48.

³⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume VIII, Tomo I, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15-24.

Nesse contexto, importa que as medidas cautelares não são homogêneas; podendo ser identificadas como administrativas (poder-dever do magistrado diante do processo) ou jurisdicionais³¹.

Discursa ainda o autor, que no processo judicial, o magistrado ora desenvolve atividade jurisdicional, consoante resolver a lide e questões (Carnelutti) e, ora administrativa, de simplesmente ordenar o procedimento (Calamandrei).

Ovídio A. Baptista da Silva, de maneira menos aprofundada, acompanha Galeno Lacerda expondo:

Trata das Quando o art. 273 *caput* autoriza a antecipação dos efeitos contidos no “pedido”, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial.

medidas, sem conteúdo de ação. Jamais poderão ser preparatórias ou antecedentes. São invariavelmente incidentes e decretadas *ex officio* e, portanto, desprovidas de autonomia. São medidas do processo (Liebman) em que ocorrem não para integrar uma lide cautelar especial, como acontece com as verdadeiras ações cautelares.³²

Assim, para as medidas cautelares e sua natureza, ambos os autores remetem-se à necessária concepção de Carnelutti sobre lide, da pretensão resistida.

O provimento cautelar jurisdicional prescinde da lide ou dela deriva, presente a questão controvertida que requer um *decisum*, cabe o (in)deferimento no processo cautelar.

³¹ Para compreensão, Galeno Lacerda invoca a doutrina de Carnelutti que faz da lide a “pedra de toque” da distinção da atividade jurisdicional. Contudo, necessário sofra alargamento a referida concepção para abranger além do conflito de interesses privados, os interesses público ou de ordem pública. Continua o autor, “a verdade é que a jurisdição, como atividade específica do Poder Judiciário, existe por causa do conflito e para solucioná-lo [...] em contrapartida, onde não houver litígio, ou onde este não estiver diretamente em causa, o ato judicial não assume caráter jurisdicional e, sim, tão-somente, administrativo”. Id. *Ibidem* p. 16/ 17.

Galeno Lacerda atenta ainda que a jurisdição pode se inserir em procedimento administrativo como o é na jurisdição voluntária, sempre que esta requeira a atividade do juiz para dirimir questão controvertida. Para tanto destaca a concepção de Chiovenda, da jurisdição de caráter substitutivo e secundário, ainda que equivocada, que foi discípulo Calamandrei, que proclama a existência de atos judiciais, de natureza administrativa praticados no curso do processo jurisdicional. É o juiz no exercício a desenvolver um poder-dever de direção do processo.

³² SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 105 e ss.

A medida cautelar administrativa, delimitada pelas situações em que não existe lide, reclama do juiz medida de cunho não jurisdicional, porque se apresenta desacompanhada de 'questão', mas requer a segurança, v. g., medida cautelar de produção antecipada de provas, a justificação e o protesto.

Deste modo, a medida cautelar administrativa constitui ato ordinatório do magistrado, não podendo falar-se em ação cautelar, muito menos sentença jurisdicional. Origina um processo judicial administrativo que requer, apenas, homologação o que implica tão somente uma confirmação e não uma decisão.

A tutela cautelar que consiste na mera antecipação de atos, seja a antecipação de prova, intimação de testemunhas, homologação do penhor legal, não possui natureza jurisdicional, porque não envolve caráter decisório da questão, mas, sim, o dever-poder de direção do processo.

Na perspectiva da natureza administrativa da tutela cautelar, cumpre destacar no presente trabalho a medida decretada de ofício disposta no art. 797, do Código de Processo Civil³³ que constitui exceção à inércia jurisdicional quanto à tutela cautelar, objeto de estudo específico no item 2.6 deste capítulo.

Para Humberto Theodoro Júnior a tutela cautelar de ofício restringem-se às medidas cautelares (providência tomada para segurança do processo principal) e, não se estende ao processo e à ação cautelar. O artigo em comento compreende as medidas decretadas pelo juiz sem audiência das partes, seja autor ou réu, portanto, *ex officio* e, somente porque autorizada na legislação³⁴.

Cita-se como medida cautelar *ex officio* o disposto no art. 653, do Código de Processo Civil, da execução por quantia certa que determina sejam arrestados bens do devedor, caso o oficial de justiça não o encontre para a citação.

No caso específico do art. 797, do Código de Processo Civil, são medidas obrigatoriamente incidentes, denominadas anômalas, posto que não constituem processo, tampouco ação, são decretadas nos próprios autos principais pelo magistrado dentro de sua função de poder-dever de direção do processo, face ao *periculum in mora*.

³³ Art. 797. Só em casos excepcionais expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 88.

Diante das premissas ora alocadas, para determinar a atuação da tutela cautelar na esfera jurisdicional, seja sob o manto de ação, processo ou medida cautelar, mister também atentar para sua natureza.

2.2.1 Mérito no Processo Cautelar

Ponto de controvérsia na doutrina, o mérito no processo cautelar tangencia os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a indagar se seriam esses condição da ação ou parte integrante de seu mérito.

Para solucionar o referido impasse, importante discorrer sobre as teorias da ação que deságuam na teoria eclética de Liebman e as conhecidas condições da ação, partindo para o desfecho da questão do mérito no processo cautelar.

Num primeiro momento, consiste ação no direito de atuar diante do Estado a pretensão. Destacam-se os conceitos de alguns autores a começar por aquele que, sem dúvida, grande influência ocasionou na legislação. Para Liebman define-se ação como o direito subjetivo público reconhecido a todo cidadão de obter uma decisão de mérito (acolhendo ou rejeitando o pedido do autor) capaz de compor o conflito de interesses³⁵.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, “ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício); mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que, por sua vez, se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”³⁶.

Alexandre Câmara dispõe: “ação é o poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício pelo Estado, da função jurisdicional”³⁷.

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. vol. I. Tocantis: Intelectos. 2003 p.133 e ss.

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 247.

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 120.

A ação, nos termos expostos, tem natureza autônoma, mas, para tanto, trilhou longo caminho. A seguir, em destaque, as principais concepções doutrinárias que discorrem sobre sua evolução até a sedimentação atual. Vejam-se:

A Teoria Civilista ou Imanentista da ação (Savigny) apregoa a ação como o direito de pedir em juízo o que é devido a outrem. Idéia de que a ação e o processo eram simples capítulos do direito substancial (uma manifestação do direito material após sofrer uma lesão), negando seu caráter autônomo. A ação seria uma qualidade de todo o Direito reagindo a uma violação. A Teoria Imanentista da ação foi fonte do Código Civil de 1916 em seu art. 75 “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” que foi revogado, mas, permanece pela redação do Código Civil de 2002 nos arts. 80, I e 83, II e III, que cuida, dos bens imóveis e bens móveis e ações respectivas, hoje interpretadas como fonte de onde emana a garantia de tutela jurisdicional adequada.

Superada a primeira fase, surge a ação como um direito autônomo e concreto. Duas são as teorias.

A primeira, a ação é o direito concreto à tutela jurídica (Teoria Concreta da Ação/Teoria do Direito Concreto de Agir). Esta só pode ser alcançada por meio de proteção concreta com a sentença favorável, não pressupõe o direito subjetivo material violado ou ameaçado. Assim, a ação consiste em um direito autônomo e concreto vinculado a existência do direito subjetivo. É seu expoente Adolf Wach na Alemanha.

A segunda surge pela “dissidência” de Chiovenda que formula a construção da ação como direito potestativo, a ação como o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Destoa da concepção de Wach, vez que o direito de ação não é um direito subjetivo, porque não lhe corresponde uma obrigação do Estado, dirige-se ao adversário. Isto é, a lei confere a alguém o poder de, com a manifestação de sua vontade, influir sobre a condição jurídica de outra pessoa, sem o concurso desta, a qual não é obrigada a fazer nada, mas, sofrerá as conseqüências emanadas da vontade da lei ora proclamada.

Também, merece destaque a teoria da ação como direito autônomo e abstrato do alemão Degenkolb e do húngaro Plósz, para os quais o direito de ação é autônomo e totalmente independente do direito material. Vale dizer, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado; não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou, quando uma

sentença injusta o acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. (desse direito decorre que o Estado tem o dever de julgar, proferir a decisão; sua função jurisdicional independente do alcance do resultado).

Apesar da grande aceitação da teoria retro, impera no sistema jurídico pátrio a teoria eclética da ação difundida por Liebman consistente que a ação é autônoma, abstrata, mas, condicionada a certos requisitos. Esta teoria parte de normas processuais em relação às normas de direito material. Marcelo Lima Guerra dispõe:

Nessa perspectiva, o direito de ação é, antes de tudo, o pressuposto indispensável ao qual o direito processual condiciona o próprio exercício da atividade do órgão jurisdicional, isto é a função jurisdicional. Daí que o direito de ação, embora não possa ser considerado como um direito concreto (ou seja, um direito a uma sentença favorável) igualmente, não será um direito abstrato (um direito a uma providência jurisdicional qualquer), pois não é qualquer providência jurisdicional que manifesta o exercício da jurisdição. Para Liebman o direito de ação será o direito de obter uma providência sobre o pedido formulado pelo autor, acolhendo-o ou rejeitando-o, que emita a norma concreta disciplinadora da situação das partes. Em outras palavras, o direito de ação será o direito a uma sentença de mérito, seja favorável ou desfavorável àquele que a solicitou, mas não uma sentença qualquer.³⁸

Para Liebman, nem todos têm direito à ação; este proclama a existência de uma categoria estranha ao mérito da causa, as condições da ação, legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, as quais seriam requisitos de existência do direito de agir.

Referidas condições representam o vínculo entre o direito de ação e o direito material, ao menos, hipoteticamente, posto que a real situação existente entre as partes somente será confirmada com o deslinde da ação, com o julgamento de mérito, seja ele para acolher ou rejeitar o pedido do autor.

O mais correto é dizer-se que a análise das condições da ação se produz sob uma relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. “Tem ele que raciocinar como quem admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria (o juízo de

³⁸GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. Revista de Processo nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril-junho 1995. p. 194-95.

mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção da atividade instrutória”³⁹.

A importância das condições da ação dá-se porque, para Liebman, a ação é o direito a uma sentença de mérito (e não uma sentença qualquer). Ausentes às condições da ação (carência da ação), o juiz extingue o feito sem resolução de mérito que faz coisa julgada formal. Só existe o direito de ação, quando presentes as condicionantes. Então o magistrado estará apto a analisar e decidir o mérito da questão, proferindo sentença que gera coisa julgada material.

Na presente assertiva, possível detectar a teoria eclética na legislação processual civil conforme se verifica no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, quando este prevê ausente qualquer das condições da ação, a extinção do feito sem resolução de mérito.

De outro lado, colhe-se na doutrina entendimento diverso. Barbosa Moreira expõe que as condições da ação não são requisitos de existência daquele direito, mas, sim, do seu legítimo exercício. A carência da ação deverá ser vista não mais como “inexistência”, mas como abuso do direito de ação⁴⁰.

Alexandre Câmara entende-as como pressupostos de provimento final, uma vez que, mesmo quando ausente alguma das condições da ação, tem-se a prolação de sentença terminativa, a qual não contém resolução de mérito, mas terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação⁴¹.

Arruda Alvim sustenta um direito constitucional de ação sem colisão com a concepção liebmaniana de cunho eminentemente processual, apenas, uma visão diferenciada e deslocada para a Constituição Federal. Para Arruda Alvim, ainda que ausentes as condições da ação e, conseqüentemente a sentença de mérito, o Judiciário terá exercido atividade jurisdicional, com fulcro no art. 5º XXXV da CF/88, e, portanto, “o autor terá, legitimamente exercido o seu direito de ação

³⁹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Legitimação para agir, indeferimento da petição inicial *in* Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 1977. p. 200 *apud* GUERRA, Marcelo Lima. *ibidem*. p. 195.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Legitimação para agir, indeferimento da petição inicial *in* Temas de Direito Processual, Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1988 p 199 *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 118.

⁴¹ CAMARA, Alexandre Freitas. “Lições de Direito Processual Civil”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. vol I. 2004 p. 122.

lastreado no Direito Constitucional que é o próprio direito genérico de ação, sem que lhe tenha reconhecido o direito de ação no plano do sistema processual civil”⁴².

Referido autor reconhece a validade do conceito liebmaniano da ação no plano processual civil, embora postule, no plano constitucional, a existência de um “direito constitucional da ação”, independente das condições da ação.

Verificada a concepção da ação e o estudo das suas condições, mister pontuar que a prestação da tutela jurisdicional está condicionada a requisitos, dispostos em três planos. No plano do processo, encontram-se os pressupostos processuais de validade e regular desenvolvimento; no plano da ação, as condições da ação e, no plano do mérito, os requisitos que definem a própria concessão ou não da tutela jurisdicional, a procedência ou não procedência da ação, o que interessa na pesquisa.

Dessa maneira, para averiguação do mérito cautelar apresentam-se os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, indagando-se de sua inserção nesse terceiro patamar.

O mérito interessa à decisão mesma, ou seja, à concessão ou não da medida, que, na esfera da tutela cautelar, implica a análise da existência de seus requisitos. Portanto, o mérito compondendo-se do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a tutela cautelar busca a confirmação destes requisitos para sua concessão. Estes constituem, precisamente, a única matéria objeto da atividade instrutória desenvolvida no processo cautelar.

Sobre o mérito cautelar composto pelos requisitos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* se debruça Donald Armelin:

O perigo iminente (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito a ser questionado no processo de conhecimento (*fumus boni iuris*) constituem a fundamentação (mérito) do pedido de cautela, não podendo, destarte, serem confundidos com as condições da ação, sem embargo de várias e valiosas opiniões em contrário⁴³.

Marcelo Lima Guerra acompanha o autor:

Ora, se fossem condições da ação cautelar, ainda que “condições específicas”, a existência de tais requisitos implicaria tão somente a

⁴² ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990 p. 375.

⁴³ ARMELIN, Donald. Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 79. *apud* GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. Revista de Processo nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril-junho 1995. p. 200-201.

existência da ação cautelar, mas não asseguraria, em razão do que já se disse, a procedência dessa última, ou seja, a prestação da tutela cautelar solicitada⁴⁴.

Também em destaque, Ovídio A. Baptista da Silva:

[...] as condições da ação integram o mérito. Não temos, portanto, qualquer dificuldade em afirmar que os dois indicados pressupostos são matéria de mérito da ação cautelar. [...] É evidente que a sentença cautelar jamais poderá decidir o mérito da demanda principal (!) mas, naturalmente, não é sobre isto que se discute. Cuida-se de investigar qual o mérito da demanda cautelar. E negar que exista nela uma matéria que seja de mérito seria negar, até mesmo, a jurisdicionalidade de todo o processo cautelar, pois cabendo ao juiz dar por sua procedência ou improcedência, esta simples contingência torna indispensável a averiguação de seu próprio mérito.⁴⁵

Dessa maneira, em aplauso à doutrina dominante e com razão, tem-se o perigo iminente (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito a ser questionado no processo de conhecimento (*fumus boni iuris*) constituem a fundamentação (mérito) do pedido de tutela cautelar, não podendo, destarte, ser confundidos com as condições da ação, tampouco com o mérito da ação principal.

Humberto Theodoro Júnior dispõe que as preliminares (condições da ação) constituem-se pela análise da regularidade do processo ou da sentença e, os requisitos específicos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* que representam o mérito da ação cautelar, constituem-se nos requisitos de deferimento do pedido de segurança.⁴⁶

Ainda, deve-se observar que a análise das preliminares, as condições da ação, difere do exame dos requisitos após instrução. Instruído o processo, será desencadeado o julgamento de mérito, ou seja, a decisão não será de carência da ação, mas, de improcedência do pedido no mérito da tutela cautelar (sem interferência do mérito da principal).

⁴⁴ Ibidem, p. 200-201.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.181.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 59.

2.3 REQUISITOS DA TUTELA CAUTELAR

Os requisitos da tutela cautelar se identificam com seu mérito que comporta condições próprias e especiais e a sua natureza extraordinária, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. (conforme item precedente 2.2)

Para melhor compreensão seguem detalhadamente os requisitos em apreço.

I – um dano possível, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco que deve ser objetivamente apurável; e II – a *plausibilidade do direito substancial* invocado por quem pretenda segurança: *fumus boni iuris*.⁴⁷

Dessa maneira, requerida a medida e comprovados a plausibilidade do direito pela parte afirmado (*fumus boni iuris*) e a iminência de dano sobre esse direito (*periculum in mora*), presentes estarão os requisitos autorizadores da tutela cautelar.

Cumpra evidenciar sobre o tema, a sua origem e discussão ao longo dos tempos, que ganha atenção na obra de Ovídio A. Baptista da Silva, “Do Processo Cautelar”.

Os doutrinadores medievais já empregavam os conceitos em tela sob a denominação “*damnum irreparabile e de periculum in mora*” para distinção das medidas de urgência.

O *periculum in mora* dizia respeito a certas causas, que por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que se as tratasse por meio de um processo sumário, enquanto a tutela concedida nos casos de perigo de *damnum irreparabile* a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a natureza da causa, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer causa⁴⁸.

⁴⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p 59.

⁴⁸ SILVA. Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 14.

Para Ovídio A. Baptista da Silva, os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não são únicos e próprios a definir a tutela cautelar. A um, porque todo e qualquer processo de cognição sumária se liga inquestionavelmente à verossimilhança (*fumus bonis iuris*), pela cognição vertical menos profunda, e, não, especificamente, à tutela cautelar. A dois, o *periculum in mora* demonstra urgência diante da lentidão própria do procedimento ordinário.

Em verdade para a adequada concepção da tutela cautelar os requisitos específicos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* somam-se às demais características desta tutela, a temporariedade, a sumariedade entre outros, conforme item 2.4, para compor uma unidade. Os requisitos específicos são indispensáveis, mas insuficientes por si sós.

Outro ponto diz respeito a existência dos requisitos e a discricionariedade do juiz quanto à concessão ou não da providência cautelar.

Em destaque, a doutrina de Nelson Nery Júnior, por entendê-la mais adequada, que propõe, presentes os requisitos, é dever do juiz sua concessão:

É certo que existe certa dose de discricionariedade na aferição da existência dos requisitos objetivos. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois, não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.⁴⁹

Passadas algumas premissas importantes, segue a análise separada de cada requisito.

2.3.1 *Fumus Boni Iuris*

Na tutela cautelar, o *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade do direito alegado que “viabiliza” a ação principal a um julgamento de mérito. Não implica a existência ou inexistência do direito material pleiteado na inicial.

⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 943, n. 6.

Parte da doutrina deflagra-o na verossimilhança das alegações das partes, contudo, conforme se verificará (item 3.5) tem por mais acertado que esta conceituação técnica corresponda à tutela antecipada.

A fim de tornar claro o conceito, diz-se que o *fumus boni iuris* deve corresponder não à probabilidade da existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal – mas, a verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação, direito ao processo principal de ser tutelado.

Segue que a sumariidade, um dos aspectos caracterizadores da tutela cautelar (item 2.4), tem íntima relação com o requisito em tela, exatamente, porque a tutela cautelar não pode aguardar pela instrução processual completa, requer agilidade o que vai de encontro à proposta de uma cognição exauriente.

O juiz decide a existência do *fumus boni iuris* pela análise dos fatos e provas trazidas aos autos, preliminarmente, porque a tutela cautelar não comporta instrução que conduza à certeza, apenas, uma justificação (plausibilidade) que ocorre de maneira rápida e sumária.

Assim, a cognição sumária, não tão profunda, é adequada ao procedimento capaz de apreender se há plausibilidade dos fatos alegados, material bastante para a tutela cautelar.

De outra maneira não seria vez que a cognição exauriente tem por mote exame que esgote o universo particular do processo objeto. “Certo, portanto, se o julgador alcançar a indiscutível evidência do direito pleiteado, a resposta jurisdicional não deverá mais ser a tutela de simples segurança, e, sim, alguma forma de tutela definitiva e satisfativa”.⁵⁰

Nesse sentido, improvável, e sem exageros, impossível combinar a urgência da tutela cautelar com a cognição máxima do plano vertical, o que em verdade apresenta-se pacífico na doutrina⁵¹ pelas características próprias dos institutos.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 77.

⁵¹ Esta meditação foi objeto de notável e precisa síntese de Calamandrei: *Em un ordinamento procesal peramente ideal, em el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantânea, de modo que, em el mismo momento em que lê titular Del derecho presentase la demanda se lê pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para lãs providencias cautelares* (CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistemático de las providencias cautelares*. p. 44 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ibidem*. p. 78.

Com efeito, o *fumus boni iuris*, enquanto plausibilidade, não pressupõe a “simples aparência” do direito a ser tutelado, mas, exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível.

A análise de Calamandrei tem total pertinência para chegar ao alcance do requisito, *in verbis*:

Na contingência entre o fazer o bem, mas tardiamente, e o fazer o mal, porém em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer o mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça.⁵²

Sucedo, assim, o fundamento da tutela cautelar: é proferida sob o manto da plausibilidade, em prol da demanda que não pode esperar sob pena de sua inutilidade. E, sendo a urgência fator ineliminável a qualquer ordenamento jurídico real, a tutela cautelar surge como relevante instrumento na ordem processual.

Mas, atente-se que nem toda a morosidade estampada e vivenciada no processualismo moderno encontrará salvação numa única espécie identificada na tutela cautelar.

O requisito do *fumus boni iuris* está presente na tutela cautelar para salvaguardar a utilidade do processo, ainda que temporária, em prestígio a efetividade do processo.

2.3.2 Periculum in Mora

O segundo requisito *periculum in mora* caracteriza-se pelo iminente risco de dano de que alguns fatos inviabilizem o processo principal, leia-se risco de perecimento, destruição, desvio ou qualquer mutação das pessoas, bens e provas necessários para o bom e eficaz desenvolvimento do processo (provimento final do processo principal).

⁵² *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* n.8 esp. p. 20 *apud* DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 138.

O *periculum in mora* afasta-se da eventualidade, o dano deve ser ao menos provável, não basta a sua possibilidade. “O possível abrange, assim, até mesmo, o que raramente acontece, é tudo que pode ocorrer, as hipóteses mais abstratas e longínquas. A propabilidade é o que já se consegue alcançar na previsão. Já caminha na direção da certeza”⁵³.

Atenta-se, ainda, para o momento em que esse perigo de dano ecloda para o mundo jurídico.

O *periculum in mora* deve ser consentâneo ao direito material litigioso. As circunstâncias de perigo de dano que pré-existem ou coexistem com o nascimento da pretensão, não justificam a tutela cautelar. Os doutrinadores, apenas, fazem ressalva àqueles que por motivos de força maior não puderam conhecer as circunstâncias antes.⁵⁴

O perigo da demora não pode ser identificado como elemento capaz de isolar a tutela cautelar das demais medidas, como pretendia Cláudio da Costa Machado⁵⁵. O referido entendimento é de grande vazão após a edição da Lei nº 8.952/94 que trouxe ao mundo jurídico a tutela antecipada. Esta apresenta idêntico elemento nos termos do art. 273, I, do Código de Processo Civil.

Dessa maneira, útil o estudo das outras características da tutela cautelar hábeis à sua melhor definição.

Convém ter-se em conta que a cautelar fica marcada pela nota de seu conteúdo e dos efeitos que produz. Em outros termos, os aspectos por meio dos quais se pode traçar o perfil das cautelares são a provisoriedade ou temporariedade, a instrumentalidade ou referibilidade da medida cautelar relativamente ao processo principal, e a finalidade, consistente em assegurar a eficácia da decisão final, eliminando o risco de dano resultante da demora procedimental.⁵⁶

⁵³ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Medidas preventivas: medidas preparatórias - medidas de conservação. São Paulo: Sugestões Literárias S.A, 1966, p. 43.

⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. As cautelares e o novo código civil. Rio de Janeiro. 1974 p. 69 *apud* THEODORO JÚNIOR. Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 67

⁵⁵ MACHADO, Cláudio da Costa. Tutela antecipada, São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p 284, nota 36.

⁵⁶ MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 41. Em mesmo sentido, ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós” Revista de Processo nº 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março 2000 p. 89.

Ainda sobre o perigo de dano é necessário destacar a redação do art. 798, do Código de Processo Civil⁵⁷ que dispõe sobre o poder geral de cautela. Humberto Theodoro Júnior alerta para impropriedade do artigo *in fine* que expressa “fundado receio de dano *ao direito da outra parte*”, grifo da autora.

Na esfera da tutela cautelar não se pode falar em “direito da outra parte”. Antes do julgamento da lide principal, não se conhece à qual parte será entregue a tutela jurisdicional, ou, mesmo, se a alguma delas. Melhor seria dizer que o dano se refere ao interesse processual da parte em obter uma justa composição da lide.

O que se tutela na providência cautelar em qualquer de suas formas é, apenas, a eficiência e a utilidade do processo. Assim, o risco de dano a ser precatado não se refere ao direito da parte, mas, apenas, ao interesse posto *sub iudice*.

2.4 CARACTERÍSTICAS

As características da tutela cautelar apresentam-se por mais de um ângulo de observação na doutrina para sua exata compreensão.

Dentre as características, imprescindível destacar na tutela cautelar sua temporariedade, sumariedade, instrumentalidade e autonomia. Também se pesquisará sua autonomia e não-satisfatividade como nota diferenciadora das tutelas de urgência. E, não menos importante, a modificabilidade e a revogabilidade.

2.4.1 Temporariedade e Provisoriedade

A um, observa-se que a temporariedade merece destaque acompanhada da característica da provisoriedade.

⁵⁷ 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 ou de difícil reparação”.

A temporariedade contrasta diretamente com a definitividade e apresenta estreita relação com a provisoriedade. Para tanto, mister discorrer sobre cada uma delas.

A tutela cautelar não coaduna com a definitividade, é tutela auxiliar em correlação com a tutela principal, evidencia-se em face de um procedimento definitivo e com ele não se confunde. A medida cautelar já surge com a previsão de seu fim, tão logo cessem os motivos de dano irreparável que a fundamentaram, o que pode ocorrer ou não no *decisum* final.

A medida de natureza provisória igualmente foge ao conceito de definitividade, porque será substituída necessariamente pela decisão final. A provisoriedade reside em sua finalidade, no seu objeto que será a confirmação ou negação do que foi antecipado (item 3.10.1).

Teori Albino Zavascki emprega a provisoriedade indistintamente para as tutelas cautelares e antecipadas⁵⁸. Para o presente trabalho a providência cautelar é temporária, mas, apresentar-se-á o entendimento do referido autor para o enriquecimento da pesquisa.

Atenta o autor para a relação que guarda tutela provisória com a tutela definitiva, enquanto parâmetro ao real alcance daquela. Vale dizer, somente se poderá definir o que seja provisório diante do conceito de definitivo. O provisório estará sempre aquém do definitivo.⁵⁹

Destaca este que o limite temporal das tutelas provisórias está subordinado a dois critérios. O primeiro, da finalidade da tutela a existir até o atendimento de seu objetivo. O segundo, o critério da necessidade sendo a tutela o meio hábil ao afastamento do perigo de dano.⁶⁰

Nessa razão considera-se verdadeiramente definitivo o provimento que importe o julgamento final da causa, não os eventuais efeitos fáticos, ainda que irreversíveis.

Exemplo notório da presente assertiva são os alimentos provisionais, estes são temporários ainda que apresentem efeitos definitivos e irreversíveis, posto

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. Em mesmo sentido, SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997 p. 39 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 32 e ss.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 34 e ss.

⁶⁰ id. Ibidem.

que não retornarão, os alimentos auferidos são irrepetíveis, mas distintos dos alimentos decretados pela sentença definitiva.

Ovídio A. Baptista da Silva dispõe que a tutela cautelar é temporária, apontando dois fundamentos, a saber:

a) temporária porque deve durar enquanto perdura a situação de perigo a que esteja exposto o direito tutelado. A duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à prolação da sentença, podendo perdurar seus efeitos além, até a execução da sentença, momento em que se efetiva a penhora. A temporariedade deve obedecer o tempo que perdure o perigo sob pena de tornar-se *arbitraria e lesiva ao direito da parte que a suporta*.

b) temporário porque a sentença que o contém jamais poderá alcançar o *status* de indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material.⁶¹

As observações de Ovídio A. Baptista da Silva são de grande valia pela precisão que trazem ao conceito, delimitando-o no espaço. A tutela temporária não produz coisa julgada material. Está sujeita à situação fática que lhe deu origem e não ao *decisum* final, o que contribui, sem dúvida, para traçar a diferença entre o que seja temporário e provisório.

Eduardo Melo de Mesquita cita Calamandrei, que reforça essa diferença:

Piero Calamandrei faz a conhecida distinção entre provisoriedade e temporariedade, para concluir que o sentido dado ao termo provisório aplicado às cautelares quer apontar para uma relação existente entre uma providência antecedente e outra que irá suceder. Adite-se, ainda, que esta não substitui aquela, mas tão-somente a sucede, porquanto havendo substituição daquela por esta, tem-se antecipação de tutela e não medida cautelar.⁶²

Nesses termos, o temporário independe de outro evento, tem duração limitada e o provisório aguarda a substituição por outro evento.

A provisoriedade é característica da tutela antecipada. Nesta a medida é concedida em um juízo de probabilidade deflagrada pela cognição

⁶¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 86 *usque* 88.

⁶²MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 175.

sumária. Fica condicionada a decisão final que determina certo ou incerto aquilo que se tinha como provável. A medida provisória aspira tornar-se definitiva.

Como pondera Eduardo Melo de Mesquita “na antecipação de tutela, o conteúdo da medida, por vezes, é exatamente o mesmo, mas a substituição ocorre e deve ocorrer no plano puramente formal, em que há a convalidação daquela antecipação”.⁶³ Vale dizer, irremediavelmente há a substituição da medida antecipada, de provisória ao estado definitivo, seja ele de confirmação ou não.

O estudo realizado deixa evidente a falta de uniformidade da doutrina⁶⁴ quanto ao emprego dos termos, temporariedade e provisoriedade no âmbito das tutelas de urgência. Entretanto, o trabalho, conforme dito alhures, tem nítida predileção pela técnica da linguagem que atribui a temporariedade às tutelas cautelares e, a provisoriedade às tutelas antecipadas. Verifica-se que a conceituação oferecida possibilita o exato e coerente encaixe de cada um dos conceitos às respectivas tutelas de urgência, respeitadas as suas peculiaridades. Assim, se fixa esse ponto que receberá essa tratativa⁶⁵ ao longo do estudo.

2.4.2 Sumariedade

Tema de relevo, a sumariedade, é imprescindível pontuar-lhe o aspecto da cognição, tratado com excelência por Kazuo Watanabe em sua renomada obra:

a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁶⁶

⁶³ Ibidem. p. 417/418.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997 p. 39 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 32 e ss., atribuem à tutela cautelar a característica da provisoriedade.

⁶⁵ Temporariedade – tutela cautelar. Provisoriaidade – tutela antecipada.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3ª edição, São Paulo: Perfil. 2005. p. 67.

Em linhas gerais, o juiz, no desempenho da função jurisdicional, realiza ato de “conhecimento” das razões deduzidas em juízo por ambas as partes, investigando-as a partir dos elementos trazidos e colhidos nos autos, combinados à legislação, da norma abstrata ao caso concreto, destacando-se que o julgamento final que provê a entrega da tutela jurisdicional reclama que a cognição tenha sido exaustiva.

A cognição não se restringe a uma única modalidade de ato. Subdivide-se em cognição horizontal e vertical. Realiza-se em intensidade diversa a depender do procedimento encampado, conhecimento, execução e cautelar. Por isso é possível identificá-la como importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada.

Retornando à expressão empregada, o “ato de conhecimento” nada mais é do que o exercício da cognição que se pode fazer em dois planos distintos. A um, o plano vertical, de profundidade que se divide em cognição exauriente, sumária e rarefeita ou superficial, e, a dois, o plano horizontal, em extensão e amplitude, a cognição plena ou limitada.

A cognição horizontal (plena e limitada) debruça-se no denominado trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito⁶⁷. A ela não se deterá por não constituir o objeto do trabalho.

Já a cognição vertical interessa, visto que a tutela cautelar, por sua natureza de proteção ao processo em face de iminência de dano, evoca uma cognição sumária. Dentro da classificação (exauriente, sumária e rarefeita), a

⁶⁷ O objeto da cognição é um binômio formado pelos pressupostos processuais e pelas condições da ação. Para outros, é formado por um trinômio, a constar os pressupostos processuais, condições da ação e mérito, doutrina dominante (Dinamarco, Buzaid, Watanabe), e além, por referência a teoria do quadrinômio que adiciona ainda como quarto elemento os pressupostos processuais. Alexandre Câmara (Lições de Direito Processual Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004, p. 270/273) adota a teoria do trinômio contudo, enunciando-os como questões preliminares (toda e qualquer questão que deva ser apreciada antes do mérito, artigo 301 do Código de Processo Civil), questões prejudiciais (questão prévia de forte influência no mérito, porém que só é conhecida pelo juiz, antecedente lógico e necessário do julgamento do mérito) e mérito da causa (objeto do processo, julgamento do pedido do autor).

Kazuo Watanabe (Da cognição no processo civil. 3ª edição, São Paulo: Perfil. 2005.p 81/82) pontua a concepção de renomados autores. Dinamarco observa que a cognição do juiz, no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões, incluindo aquelas sobre a regularidade do processo mesmo (pressupostos processuais), as que versam sobre as condições da ação e, finalmente, as questões de mérito. A teoria do trinômio, informa Alfredo Buzaid, substituiu o binômio *iudicium* e *res in iudicium deducta* do primórdio da ciência processual e, também, o binômio pressupostos processuais e condições da ação da teoria da ação como direito concreto à sentença favorável. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa são elementos desse trinômio. É a teoria defendida por Liebman.

cognição sumária reserva-se aos procedimentos ágeis e rápidos, pelo desprendimento à instrução exaustiva. Esta não resta afastada, mas, ocorre após a concessão da medida, com o decorrer do trâmite processual.

Assim, a cognição da tutela cautelar delimita-se no plano vertical, especificamente na sumariedade. Apenas, para melhor compreensão, discorrer-se-á a seguir acerca de suas outras duas modalidades.

A cognição exauriente é aquela que o conhecimento jurisdicional foi ao máximo, percorrendo toda a instrução, provas, documentos, oitiva de testemunhas, contraditório, possibilitando ao magistrado decidir com base num juízo de certeza, o que justifica a formação de coisa julgada material. É a resolução definitiva da questão trazida ao crivo do Judiciário e que, portanto, não mais será objeto de cognição em outro processo.

Em outro extremo, tem-se a não muito ventilada cognição superficial ou rarefeita que se caracteriza por levar o juiz a um juízo de possibilidade. Para Kazuo Watanabe uma cognição eventual e escassa com ocorrência na execução⁶⁸. Para Luiz Guilherme Marinoni “cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária”⁶⁹.

Sobre a investigação da cognição sumária que interessa à tutela cautelar, tem como traço marcante o juízo de probabilidade (verossimilhança⁷⁰). A cognição dá-se face aos fatos afirmados pela parte e pelas provas permitidas na instrução sumária, quando houver, a fim de comprovar a plausibilidade do direito que autorize a concessão da medida. Lembre-se, contudo, que este não se confunde com a própria existência do direito, objeto da cognição exauriente.

Na cognição sumária há uma experiência de quase-certeza que autoriza a medida temporária com base na provável existência do direito (*fumus bonis iuris*). Por conseguinte, essa cognição não tem o condão de gerar a coisa julgada.

⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Ibidem*. p. 128.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p. 26.

⁷⁰ Em destaque a contribuição de Piero Calamandrei que discorre acerca das noções de *possibilidade*, *verossimilhança* e *probabilidade*. Este autor esclarece que *possível* é o que pode ser verdadeiro, *verossímil* é o que tem aparência de ser verdadeiro e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro. (*In Verdad y verosimilitud en el proceso civil. Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentis Melengo, EJEA, 1962, pp. 325-326 *apud* WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª edição, São Paulo: Perfil. 2005. p. 147.

No processo cautelar, a sumariedade significa que, conquanto o juiz possa aprofundar-se no exame das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes deve contentar-se com a plausibilidade do direito ou interesse alegado, em cognição sumária ou superficial, sem implicar cerceamento de defesa.⁷¹

Resta certo que a cognição sumária está presente nas tutelas de urgência, as tutelas cautelar e antecipada, ainda que estas assumam características diversas e particulares. Para melhor técnica, a doutrina de Piero Calamandrei define *plausibilidade* do direito invocado indicando a quase-certeza, portanto, terminologia utilizada na tutela cautelar e, a *probabilidade* do direito, mais próxima à certeza, utilizada na antecipação de tutela (art. 273, do Código de Processo Civil).

Após a análise da sumariedade, tem-se a questão da instrumentalidade do processo cautelar, conforme tópico a seguir.

2.4.3 Instrumentalidade e Autonomia

A instrumentalidade também, denominada acessoriedade, tem por seu precursor Piero Calamandrei que, ainda que negasse a autonomia da tutela cautelar, foi firme na concepção de seu caráter instrumental. Dizia ele tratar-se de uma *instrumentalidade qualificada ao quadrado*, posto que servia ao processo principal e, assim, o *instrumento do instrumento*.

O legislador pátrio no Código de Processo Civil de 1973 inseriu-a expressamente no contexto legal art. 796, *in verbis*. “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes, ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

O artigo em comento marca a característica da instrumentalidade da ação cautelar, seja ela precedente ou incidental à ação principal.

Outrossim, estranha a doutrina o termo dependente inserto no artigo, proferindo alguns autores a concepção de complementariedade.

⁷¹ MESQUITA, Eduardo Melo de Mesquita. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p. 208.

A crítica consiste em que o termo “dependente” destoa, “ao menos semanticamente ⁷²”, da apregoada autonomia da tutela cautelar que tem procedimento próprio. Seguem as contribuições para o acertamento da expressão que persiste, ainda, no dispositivo legal.

Liebman ensina que “a ação cautelar é sempre ligada a uma relação de complementariedade, a uma ação principal, já proposta ou da qual se anuncia a próxima propositura”⁷³.

Humberto Theodoro Júnior ao discorrer sobre a instrumentalidade da medida cautelar em sua obra, igualmente entende pela inadequação da expressão “dependente”. A tutela cautelar visa assegurar o processo para que produza um resultado útil e o processo principal visa o mérito, portanto, não existe dependência⁷⁴.

Para dar contorno final, Ovídio A. Baptista da Silva dispõe que “a instrumentalidade que existe entre o processo cautelar e o processo principal é a mesma que existe entre o processo em geral e o direito substancial, ou entre o processo de execução e o processo de cognição”⁷⁵.

Dessa maneira, a leitura do artigo 796, do Código de Processo Civil, deve ser realizada com atenção para que se interprete o termo “dependente” da forma correta, que indica a correlação e não subordinação ao processo principal. A medida cautelar, apenas, pressupõe a existência do principal ou sua possibilidade de existir.

Portanto, o termo “dependente” ora associado à instrumentalidade, nos termos do artigo 796, conduz que a tutela cautelar está vertida à defesa do processo principal que deve existir ou vir a existir e, por isso, a tutela cautelar será precedente ou incidente e, outra situação será este processo que tem por objeto o direito material constante na principal.

⁷² A acessoriedade não descaracteriza a autonomia do processo cautelar, exatamente pela existência da estrutura e finalidade próprias. Ressalta-se que acessoriedade e autonomia são termos que não possuem a mesma virtude semântica. (n. 48 Assim como podemos dizer os municípios são autônomos, mas não são independentes dos Estados e da União, o processo cautelar é dependente, conquanto, seja, também, autônomo). MESQUITA, Eduardo Melo de. *ibidem*. p. 207.

⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*, eg. 1968, vol. 1, p. 92 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005. p. 26.

⁷⁴ *Id.* *ibidem*. p. 85.

⁷⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense. 2001 p.103.

Assim, a busca pelo direito material que se revela no mais (processo principal), estará sendo velada, com o fim específico de garantia, pelo auxiliar (processo cautelar).

O que se pretende dimensionar é que a instrumentalidade do processo cautelar consiste em visar imediatamente à tutela do processo e não à composição da lide.

Processo principal objetiva a tutela do direito material, processo cautelar, a tutela do processo, a atividade puramente instrumental do escopo geral da jurisdição.

Como anteriormente ventilado, o tema instrumentalidade requer comentário sobre a autonomia proclamada do processo cautelar.

Tem-se por premissa a inegável autonomia técnica do processo cautelar que consta legalmente inscrito em livro próprio, Livro III do *códex* de 1973, que disciplina seu procedimento particular.

Retomando as origens, o processo cautelar foi consagrado como *tertium genus*, por Carnelutti. É processo contencioso que não se confunde com o processo de conhecimento e o de execução, mas a estes promove amparo, quando presente alguma evidência de dano iminente e o *fumus boni iuris*.

O processo cautelar autônomo não faz jus à sua existência por si mesmo, mas, apenas, e tão somente pela relação necessária que guarda com outro processo principal, isto é, de cognição ou execução, do qual serve de instrumento de segurança e eficaz atuação⁷⁶.

A autonomia da tutela cautelar encontra guarida no art. 810, do Código de Processo Civil⁷⁷ que estabelece que o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação principal, nem influi no julgamento desta.

O comando legal em tela enfatiza a autonomia da tutela cautelar, posto que sua efetivação ocorre independentemente da procedência ou não da ação principal.

O deslinde do processo cautelar que pretende a tutela de prevenção, não interfere no processo principal que vela pela solução da lide do direito material

⁷⁶ Nesse sentido MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 200, e SHIMURA, Sérgio. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997 p. 34.

⁷⁷ Art. 810 “O indeferimento da medida não obsta que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.

(seja ele processo de conhecimento ou de execução), e vice-versa, não há reflexos nem vantajosos nem prejudiciais sobre a decisão de mérito deste.

Ressalva existe na parte final do art. 810, na hipótese de alegação de prescrição e decadência na tutela cautelar, acolhida pelo juiz e, portanto, prejudicial de mérito da principal, caso em que haverá a necessária composição da lide, em homenagem ao princípio geral de economia processual.

Ainda, para estudo das características da tutela cautelar, necessário enumerar sua não satisfatividade.

2.4.4 Não satisfatividade

A satisfatividade se dá em nível de tutela jurisdicional⁷⁸. Esta recebeu classificação na doutrina de Luiz Fernando Bellinetti⁷⁹ onde se apresentarão dispostas como tutela satisfativa e não satisfativa.

Para Donaldo Armelin a tutela jurisdicional satisfativa basta em si mesma, sendo exaustiva e definitiva, sem qualquer complementação para atendimento da postulação da parte⁸⁰. Assim, se mostra a tutela cognitiva e executiva, na persecução do direito subjetivo posto em juízo.

A tutela cautelar que visa o mero asseguramento da lide principal sem objetivar a composição da lide não se configura satisfativa. Assim, dispõe Barbosa Moreira: “tem ele (processo cautelar) função meramente instrumental em relação às duas outras espécies de processo, e, por seu intermédio, exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata”⁸¹.

A questão em apreço levanta várias considerações, dentre elas a satisfatividade de cunho fático e jurídico.

⁷⁸ Interessa pontuar que a tutela jurisdicional compreende a proteção do Estado, com base no Direito, a direitos subjetivos envolvidos em conflito de interesses.

⁷⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela Jurisdicional Satisfativa. Revista de Processo nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

⁸⁰ A tutela, jurisdicional cautelar *apud* BELLINETTI, Luiz Fernando. *ibidem*, p. 99.

⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 301.

Cuida especialmente desse caráter Ovídio A. Baptista da Silva: “satisfazer o direito é declará-lo existente”⁸². Pretende o autor que há satisfatividade quando realizado o direito concreta e objetivamente no plano social. Nesse contexto enumera “O credor do mútuo tem seu direito satisfeito com o pagamento. O devedor deve, portanto, realizá-lo, pagando”⁸³.

Da assertiva depreende-se claramente que, para Ovídio A. Baptista da Silva, o direito se satisfaz no plano fático e não jurídico.

O processo satisfativo é preordenado ao acerto da lide. Essa é sua finalidade específica, ao lado de sua finalidade institucional de proporcionar uma adequada resposta do Estado à provocação do autor e realizar o direito objetivo.⁸⁴

Data vênia, a concepção há de ser verificada com ressalvas. A tutela satisfativa e não satisfativa, especialmente, no âmbito das tutelas de urgência, o que interessa é a satisfatividade jurídica. Assim, Eduardo Melo de Mesquita considera necessária a divisão da satisfação no plano fático e no jurídico:

É preciso divisar a satisfação no plano dos fatos e do direito, porquanto é inegável que a decisão provisória proporciona algum proveito material a uma das partes no curso do processo; nesse plano houve satisfação, mas em sentido lato. Quem se apodera de bem alheio, sem qualquer direito que lhe ampare, sem reação da outra parte, à evidência, tem algum proveito material, houve satisfação fática, mas não satisfação jurídica.⁸⁵

A leitura da concepção de Eduardo Melo de Mesquita deixa claro que há diferença entre satisfatividade fática e jurídica. Ainda que a tutela provisória traga algum proveito material à parte, esta não visa a responder o seu pedido principal; portanto, a satisfatividade não é jurídica. Somente o será a tutela que

⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 36.

⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil, vol III, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. p. 21.

⁸⁴ Id. *Ibidem*.

⁸⁵ MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 198.

cumpra, por si mesma, a entrega da prestação jurisdicional requerida pela parte, sem qualquer complementação.

Assim, quando se enumera a satisfatividade enquanto característica é a do plano jurídico.

O processo cautelar de função jurisdicional preventiva, visando a garantir o afastamento do dano iminente, não guarda em si a definitividade, está correlacionado ao processo principal e a este cumpre, seja o processo de conhecimento ou o de execução, satisfazer à tutela pretendida.

Na tutela cautelar, a parte não auferir satisfação no 'sentido legal' do termo, mas, apenas, aquela satisfação do plano fático, como na hipótese da tutela cautelar de seqüestro que objetiva preservar o bem temporariamente, até que o perigo de dano deixe de existir, ou que se tenha o *decisum* pela entrega definitiva ou não do bem.

A esta satisfação fática Eduardo Melo de Mesquita denomina "*satisfação em sentido lato*"⁸⁶ a qual se entende seja aquela satisfação prática (no seqüestro à indisposição do bem), porém, desprovida de certeza e, por isso, temporária até o momento em que as circunstâncias assim determinarem.

Nos termos expostos, para o direito, interessa a satisfatividade no plano jurídico, razão pela qual a tutela cautelar é não satisfativa. Assim, Ovídio A. Baptista da Silva que envereda pela satisfatividade já no plano fático, ainda que juridicamente provisória, não se apresenta adequado para o trabalho.

Veja-se: o processo cognitivo e executivo alcançam seu objetivo por si mesmos, independentemente de complemento. Estes são tutelas definitivas, passível de mutabilidade até o trânsito em julgado. Diversamente, a tutela cautelar apenas assegura à parte o direito a um resultado útil no processo.

Assim, considerando a tutela definitiva como satisfativa e que basta por si só sem qualquer complemento, ou aquela que entrega concretamente o direito, disso resulta a impossibilidade de satisfação jurídica pelas tutelas cautelares, uma vez ausentes essas características na tutela preventiva. Sua satisfatividade está adstrita ao plano fático sem repercussão no jurídico o que interessa ao sistema.

Para encerrar as características, apresentam-se a revogabilidade e a modificabilidade.

⁸⁶ Id. Ibidem.

2.4.5 Revogabilidade e Modificabilidade

A um, necessário retomar a característica da temporariedade, posto que a revogabilidade e modificabilidade estão vinculadas à alteração da situação fática.

A tutela cautelar será temporária, porque destinada previamente a encerrar-se quando da mudança da situação fática que elimine a situação de perigo e, concomitantemente, revogada se encontrará. Se a medida temporária, apenas, alterar-se diante de nova situação fática, persistindo o dano potencial, então, a circunstância é de modificação.

Lopes da Costa enumera que a medida cautelar é um estado de fato que pode permanecer o mesmo até o fim do processo principal, ou pode modificar-se, a ponto de fazer desaparecer a justificativa da providência⁸⁷, ou seja, a ponto de exaurir-se o perigo de dano.

A dois, necessário pontuar que a sentença proferida em processo cautelar não alcança o *status* de imutabilidade, não faz coisa julgada material.

Nos termos que preconiza a lei, art. 807, do Código de Processo Civil⁸⁸, a medida cautelar pode ser modificada ou revogada, quando cessado o motivo de sua concessão.

Para as tutelas cautelares não existe o empecilho da *res judicata*, pois, este recobre a coisa julgada material, a tutela definitiva e imutável. A tutela cautelar é temporária que tem no mérito os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, exatamente, o que pode sofrer alteração a desencadear a revogação e modificação.

A constrição de um bem pela concessão de medida cautelar de seqüestro, *v. g.*, pode ser revogada, quando a parte perfaz depósito de valor em pecúnia a garantir aquele débito em discussão, e desde que a parte adversária o aceite.

⁸⁷ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, Medidas preventivas: medidas preparatórias - medidas de conservação. São Paulo: Sugestões Literárias S.A, 1966, p. 55.

⁸⁸ Art. 807 "As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas".

Um traço a destacar é que a revogabilidade ou modificabilidade não constituem atos livres de forma, nem decisões de mero arbítrio do juiz.

Cabe a qualquer das partes comprovar a cessação ou modificação dos motivos, das circunstâncias que ensejaram a concessão da medida cautelar, portanto, não se dá *ex officio* ou a requerimento simples da parte. É um processo contencioso, uma ação cautelar em sentido inverso.

2.5 PODER GERAL DE CAUTELA

O Livro III do Código de Processo Civil regula os procedimentos cautelares típicos e o poder geral de cautela. Veja seu art. 798 “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 de outra, lesão de grave e de difícil reparação”.

Com o século XX, surgiu o ideário da efetividade no direito processual civil, e, conseqüentemente, a inovação das tutelas de urgência diferenciadas. A par das tutelas cautelares típicas, surge o poder geral de cautela, exercitável a qualquer momento.

Esse poder genérico da tutela cautelar já era disciplinado no Código de 1939, inspirado no art. 324 do Projeto de Carnelutti, cuja redação segue:

Quando do estado de fato da lide surgir razoável receio de que os litigantes cometam violências ou pratiquem antes da decisão atos capazes de lesar, de modo grave e dificilmente reparável, um direito controverso, ou, quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias que julgar adequadas para evitar que o dano se verifique.⁸⁹

Piero Calamandrei, outro autor que discorre sobre o tema, tinha-o no sentido de uma “polícia judiciária”, ou, como o grupo de poderes que o juiz exerce

⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.109.

para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final do resultado.

Da leitura do Código vigente (Livro III) resta clara a existência de três espécies fundamentais de provimentos cautelares “a) medidas cautelares de ofício (art. 797, do Código de Processo Civil), b) medidas cautelares a pedido das partes, art. 798, do Código de Processo Civil (poder geral de cautela) e c) verdadeiras ações cautelares, nominadas ou inominadas”⁹⁰.

O *códex* disciplina as tutelas cautelares típicas sem prejuízo das denominadas atípicas ou inominadas, o artigo em tela autoriza o juiz a deferi-las ou não pela aplicação do poder geral de cautela.

Para as tutelas cautelares nominadas ou típicas, seu regramento está estabelecido especificamente nos dispositivos legais, art. 813 e ss, do Código de Processo Civil⁹¹. Assim, de regulamentação específica, surge a questão quando interpor provimento cautelar distinto desses expressamente determinados em lei, ou invocar tais medidas em casos diferentes daqueles para os quais foram previstas segundo a doutrina tradicional. Sérgio Shimura expõe:

[...] havendo uma medida cautelar típica (ou nominada) com requisitos de admissibilidade predefinidos, com condições específicas para assegurar uma determinada situação (ou pretensão), o juiz não pode conceder uma atípica com esteio no poder geral de cautela⁹².

Igual pensamento tem Flávio Cheim Jorge. Entre os limites impostos ao poder geral de cautela, aponta a impossibilidade de o juiz conceder uma medida cautelar inominada no lugar de uma nominada. Se o credor, *v. g.* não tem direito ao arresto, pois, faltante um de seus requisitos, não pode usar de uma medida cautelar inominada e obter depósito de um bem do devedor⁹³.

⁹⁰ id. *Ibidem*. p. 111.

⁹¹ Art. 813 Do arresto, art. 822 Do seqüestro, art. 826 Da caução, art. 844 Da exibição, art. 846 Da produção antecipada de provas, art. 852 Dos alimentos provisionais, art. 855 Do arrolamento de bens, art. 861 Da justificação, art. 867 Dos protestos, notificações e interpelações, art. 874 Da homologação do penhor legal, art. 877 Da posse em nome do nascituro, art. 879 Do atentado, art. 882 Do protesto e apresentação de títulos.

⁹² SHIMURA, Sérgio. Arresto cautelar. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1997. p. 63.

⁹³ JORGE, Flavio Cheim. O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz. Revista de Processo nº. 87. Revista dos Tribunais: São Paulo. Ano 22, julho-setembro de 1997. p. 196.

Contudo, possível verificar entendimento diverso em que o magistrado concede medida atípica nos termos do poder geral de cautela, ainda que fosse prevista uma medida típica para a circunstância. O que importa é determinar qual a medida que o caso, de per si, está a exigir.

Nesse sentido, Eduardo Melo de Mesquita excursiona pelo direito processual da Pós Modernidade que tem por mote “o exercício pleno da cidadania, fundamento de nossa ordem constitucional”. Leciona o autor a concessão de medida cautelar amparada no princípio da proporcionalidade para “que se permita o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Que não se titubeie em encartar tal poder (poder geral de cautela), com a outorga do juiz de um ‘espaço livre’ para, valorando a situação ocorrente praticamente”, se não puder ser concedida com requisitos próprios o seja por medida similar, proporcionando a eficácia da ordem constitucional e evitando a negativa de acesso à Justiça⁹⁴.

Parece estar com razão Eduardo Melo de Mesquita, face ao atual movimento da efetividade do processo sem que, com isso implique esvaziamento do regramento próprio, leia-se, arts. 813, *usque* 887, todos do Código de Processo Civil.

O rito da tutela cautelar é específico, enquanto *tertium genus* não basta, como alhures exposto, que se identifique, apenas, na presença dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Deve o magistrado, diante da exposição fática e probatória, ainda que exígua, apreender seja concessão ou não de medida cautelar, privilegiando sua finalidade preventiva, que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução.

Como a tutela cautelar preza pela celeridade, o requerimento na sua forma atípica merece ser aceito; caso contrário, a parte enfrentaria procedimento moroso com abertura de prazo para proceder a emenda do pedido, o que parece impingir sacrifício desnecessário à parte e ofender o que a tutela urgente apregoa, a batalha contra o tempo pelos efeitos que pode ocasionar uma decisão tardia.

Além, questão ventilada na doutrina diz respeito a impropriedade do Código de Processo Civil, art. 798, ao enunciar em seu texto “antes do julgamento da lide”. A primeira vista, referida expressão conduz a tutela cautelar à esfera restrita da cognição, quando esta, também, emana efeitos na execução.

⁹⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 405.

O socorro vem de Carnelutti, a lide ocorre em ambos os processos, sendo que o processo de conhecimento corresponde a um conflito de interesses de pretensão contestada ou resistida e, na execução um conflito de interesse de pretensão apenas insatisfeita⁹⁵. Portanto, não há impropriedade na expressão do art. 798.

Igualmente merece destaque, art. 798 *in fine* “cause ao direito outra lesão de grave e de difícil reparação” (*grifo da autora*). Esclarece Sérgio Shimura, que apesar do cognitivo, os requisitos são alternativos. Defende o autor “não há necessidade, nos moldes do art. 798, de que a lesão seja grave e, também, de difícil reparação, basta que seja a lesão grave ou de difícil reparação”⁹⁶.

À cerca do poder geral de cautela há de se pontuar, ainda, os seus limites de aplicabilidade. Tal como se comporta na lei, o genérico poder de cautela é amplo e não restrito a casos predeterminados, o que não implica seja ilimitado e arbitrário.

A nota primordial reside na necessidade. “Só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida”⁹⁷.

A tutela cautelar genérica segue o procedimento delineado no Livro III. A tutela cautelar tem por fito assegurar a utilidade e eficácia do processo, ou seja, garantir a futura prestação jurisdicional satisfativa. Esta não se confunde com a antecipação do direito material, reservada a tutela antecipada nos termos do art. 273 e §§, do Código de Processo Civil, pelo advento da Lei nº 8.952/94.

Esta nota parece causar maior impacto quando do estudo do próximo item 2.5.1 que discorre do comportamento da tutela cautelar anterior, à Reforma do Código de Processo Civil, de 1994.

Dantes, a tutela cautelar já foi utilizada como ‘medida satisfativa’ ante a ausência de outro mecanismo de antecipação liminar da tutela jurisdicional. A medida do art. 798, do Código de Processo Civil era requerida para entrega antecipada do direito material, ainda que provisoriamente, o que está ‘fora’ dos objetivos da tutela cautelar.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005. p. 97/98.

⁹⁶ SHIMURA, Sérgio. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 103.

⁹⁷ Id. *Ibidem*. p. 103.

2.5.1 Tutela Cautelar antes da Reforma de 1994, no Código de Processo Civil

Do plano exposto, pretendeu-se delinear a tutela cautelar, por sua natureza, classificação e, sobretudo, características, para a diferenciar na perspectiva das tutelas de urgência.

Resta evidente que a tutela cautelar age em prol do processo, mostrando-se insuficiente para a satisfação material dos direitos subjetivos.

A tutela cautelar assumiu definitivamente sua identidade com o advento da tutela antecipada (Lei nº 8.952/94), de regramento previsto no art. 273 do Código de Processo Civil. Assim, se demarcaram as tutelas de urgência que têm por gênero a tutela cautelar e a tutela antecipada em seu art. 273, inc. I exclusivamente.

Cumprе ressaltar o desenvolvimento da tutela cautelar e sua consequente estabilidade na perspectiva proposta, que tem, na Reforma de 1994, o 'divisor de águas'.

A estrutura do sistema brasileiro modelou, inicialmente (código de 1939), o processo civil em três seguimentos estanques, cada qual com funções próprias, quais sejam, conhecimento, execução e cautelar, que restou muito aperfeiçoado na atualidade, no Código de 1973.

Ao que interessa ao trabalho, vale observar que a tutela cautelar na garantia de utilidade de uma futura atuação jurisdicional não produz satisfatividade. Entretanto, no período que antecede à Lei nº 8.952, de 13.12.94, a tutela cautelar difundiu uma espécie de tutelar "provisória satisfativa".

Ante a ausência de mecanismo legal que disciplinasse o pedido urgente sobre a própria lide, a tutela cautelar foi sendo requerida. O sistema clássico desperta críticas, sobretudo, pela sua não flexibilidade na interação de funções.

Há de se ter sempre presente que é ele visto como insuficiente, falando contemporaneamente, de forma acentuadamente crescente e emblematicamente, em efetividade do processo [...] Propugnaram-se por novos caminhos e aspira-se a finalidades mais efetivas, ofertando-se soluções melhores.⁹⁸

⁹⁸ ALVIM, Arruda. "Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós" Revista de Processo nº 97, estudos em homenagem ao Min. Silvio Figueiredo Teixeira. São Paulo: Revista dos Tribunais. janeiro – março 2000. p. 55.

Se não bastasse o modelo estanque das funções do processo de conhecimento, execução e cautelar, houve, também, a difusão de uma “neutralidade” onde os magistrados estavam limitados rigorosamente à lei (*la bouche de la loi*). “A definição da medida, do como e quando.”⁹⁹

Então, as mudanças das relações sociais de necessária disciplina pelo Direito, o constante apelo judicial nas mais variadas e crescentes demandas, aliada à previsão complementar do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988, impulsionaram a reforma legislativa.

A Constituição Federal vela pela proteção jurisdicional não, apenas, em caso de lesão, mas, também, em caso de “ameaça de lesão a direito”. As tutelas cautelar e antecipada ficam eleitas para garantir a inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário.

Porém, antes da Reforma de 1994 e da introdução da tutela antecipada, servia-se o sistema, das tutelas cautelares e, conseqüentemente, de um poder geral de cautela sobre o qual se verificou um dimensionamento além de seus delineamentos originais. Assim, a doutrina se dividiu.

Essa dessintonia doutrinária refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. A ação cautelar passou a ser aceita como instrumento para alcançar tutela de mérito que reclamasse solução urgente¹⁰⁰.

Nesse ínterim, a tutela cautelar desempenhava com propriedade o papel assecuratório, e, a despeito da lei, mas autorizado pela doutrina e jurisprudência, se prestava a satisfazer provisoriamente questões em conflito quando a situação de urgência o exigia.

Chegou-se a um ponto em que a doutrina, conferia maior extensão ao poder geral da cautelar ante a ausência de dispositivo legal próprio a garantir o resultado útil do processo. Assim J.J. Calmon de Passos, Galeno Lacerda, e outros, a exemplo, Humberto Theodoro Júnior, consideravam bem limitado o poder geral de cautela: “seu fito é, apenas, garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa”¹⁰¹.

⁹⁹ id. Ibidem p.68.

¹⁰⁰ ZAVASCKI: Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril – junho 1996. p. 55.

¹⁰¹ ZAVASCKI: Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril – junho 1996. p. 54.

Nesse quadro de inquietação do cenário jurídico, o direito processual civil positivou a tutela antecipada, instituto que vinha, há muito, sendo utilizado mascarado na figura da medida cautelar inominada, batizada por parcela da doutrina como tutela cautelar satisfativa.

Surgiu a tutela antecipada (Lei nº 8.952, de 13.12.94) que veio brindar o direito processual civil como instrumento de antecipação dos efeitos práticos da sentença, que visa o próprio mérito do direito, garantindo o acesso à justiça, fazendo valer a máxima constitucional do art. 5º, inciso XXXV. “Trata-se de ação que possibilita a realização do direito com base na verossimilhança, mas que não alcança a definitividade própria da coisa julgada material”¹⁰².

Aludida evolução fez-se necessária, pelo reclamo social. As relações privadas, as negociações comerciais desenvolveram-se, com ênfase na revolução tecnológica que hodiernamente possibilita contatos mais distantes num simples teclar, a era da informatização.

Num movimento natural de necessidade, surgiu a antecipação de tutela para ocupar definitivamente seu posto de tutela de urgência de entrega de efeitos práticos da sentença, ainda que provisória. “O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que, assim, readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o Direito sem satisfazê-lo”¹⁰³.

Nesse sentido que se ouça afirmar como nota marcante nas tutelas de urgência o advento de regramento da antecipação de tutela (art. 273), conferindo segurança à legislação para erradicar situação inadequada que precedentemente era ocupada pela tutela cautelar.

¹⁰² MARINONI: Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1994. p. 05.

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino: Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo n. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril – junho 1996. p. 56.

2.6 TUTELAS CAUTELARES *EX OFFICIO*

De regra, a ação cautelar só cabe quando da provocação da parte interessada. A ação cautelar, como qualquer outra ação, é caracterizada basicamente pela bilateralidade, isto é, pelo seu exercício por um sujeito em confronto com outro sujeito.

Verifica-se a relação tri-lateral onde o processo se realiza no interesse das partes, a saber, autor, réu e o Estado que, também, é sujeito do processo. Assim, tem-se as três “figuras” que velam pela ordem jurídica justa.

As tutelas cautelares podem dar-se *ex officio*, independentemente do impulso da parte, na hipótese de o Estado-juiz, enquanto sujeito do processo, sofrer lesão a direitos e poderes processuais ou postos em risco por desídia ou má-fé das partes.

Para tornar claro, Humberto Theodoro Júnior exemplifica, veja-se as reiteradas retiradas de autos do cartório, obstaculizando o trâmite processual que implica entrave ao interesse do Estado no célere desenvolvimento do processo e, autoriza nos limites do arts. 798/799, do Código de Processo Civil, que se determine a medida *ex officio* de interdição do advogado ímprobo de novas vistas fora do cartório.

Para velar por esses direitos preventivamente, cabe a medida cautelar *ex officio*, com fulcro na natureza administrativa da tutela cautelar (conforme item 2.1) em que o magistrado, imbuído no poder-dever de direção do processo, concede a medida independente de provocação das partes.

A medida *ex officio* não se confere o caráter preparatório ou incidental: este fica restrito à ação cautelar. Assim, não cumpre averiguar sua instrumentalidade; trata-se de medida excepcional e decorrente de lei.

A doutrina menciona, inclusive, que tem cabimento a medida, somente quando já houver propositura da ação, pois, ao magistrado é vedado que dê o impulso oficial à atividade jurisdicional.

Apregando a harmonia entre os arts. 02, 797, 798 e 799, todos do Código de Processo Civil, para respeitar o princípio da demanda, Nelson Nery Júnior defende que:

provocada a jurisdição, por meio de ação, no curso do processo, *ex officio*, poderá o juiz determinar medidas que assegurem a eficácia do processo de conhecimento ou de execução. O que não se admite é que o juiz possa independentemente de provocação da parte ou ajuizamento da ação, dar início à atividade jurisdicional, concedendo o provimento cautelar.¹⁰⁴

Dessa maneira, o juiz age de ofício, se já houver ação em andamento, sendo que a autorização contida na norma art. 797 só abrange as medidas (e não as ações) cautelares incidentais, não sendo possível o juiz iniciar, *ex officio*, ações cautelares preparatórias ou antecedentes.

2.7 PROCEDIMENTO

Sobre o procedimento atenta-se aos momentos de maior relevância, as “etapas” particulares à tutela cautelar.

Da legitimidade, nos termos gerais, são sujeitos do processo as partes (o autor, réu) e o juiz. Qualquer das partes, seja no pólo ativo ou passivo, pode manejar a ação cautelar.

Segue que o estabelecimento da relação jurídica processual se dá de duas maneiras, a) procedimento cautelar com citação prévia e cognição sumária, antes do deferimento ou indeferimento da medida, e b) procedimento cautelar com medida preventiva, *initio litis (inaudita altera pars)*, caso em que, antes da citação e da providência cautelar, pode haver ou não justificativa unilateral.

Sobre a competência, dispõe o art. 800, do Código de Processo Civil, medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal.

Lopes da Costa já advertia: a cisão da regra em duas proposições é inteiramente desnecessária, pois, tanto faz estar ajuizada ou por ajuizar a ação

¹⁰⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. Revista de Processo nº 53, p. 193 *apud* MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 398/399.

principal, a regra, em essência, é uma só: juiz competente para a ação cautelar é o juiz da ação principal¹⁰⁵.

Ponto de destaque é a competência excepcional em casos de urgência.

A norma rígida da competência parece ir de encontro a urgência da medida. Humberto Theodoro Júnior comenta:

Na gradação da urgência, os casos concretos podem chegar até a imperiosidade da medida instantânea. Assim o mestre questiona, [...] e como satisfazer a esse imperativo da tutela cautelar em caso em que o bem litigioso esteja situado fora da jurisdição do juiz competente para a ação principal?¹⁰⁶

Merece legitimar-se o conhecimento da pretensão assecurativa pelo juiz incompetente (incompetência relativa) em casos urgentes sob pena de concretização do dano.

Para Pontes de Miranda, diante de caso urgente esta seria a solução para não restar completamente sacrificada a prevenção. “[...] a regra do art. 692 (atual art. 810) não a elimina, porque o Código fora a incompetência *ratione materiae*, mantém a política da eficiência e conservação dos atos judiciais¹⁰⁷.

A relevância nesse fato extraordinário está que não se fixa prevenção perante juiz incompetente. A prevenção, apenas, fixa competência excludente de outras concorrentes, jamais se poderia cogitar de competência preventa do juiz que, não tendo a da causa principal, tomou conhecimento da medida cautelar, apenas, pela impossibilidade de ser o pedido, por sua urgência, formulado no foro adequado.

Tal como exposto no dispositivo de lei, arts. 800 c/c 108, ambos do Código de Processo Civil, a tutela cautelar como medida acessória e em correlação ao processo principal, esta é que atrai aquela e não vice-versa.

Humberto Theodoro Júnior reconhece a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar em juízo diverso, contudo, alerta para que a parte

¹⁰⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação. São Paulo: Sugestões Literárias S.A, 1966. p. 37.

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 111.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. VIII. Distrito Federal: Revista Forense. 1959. p. 417.

conste, expressamente, em seu pedido o protesto pelo ajuizamento da ação principal no foro adequado¹⁰⁸.

No que pertine ao art. 800, parágrafo único, faz-se alusão pela nova redação dada pela Lei nº 8.952/94, que determina, quando o processo já estiver em fase de recurso, a medida cautelar deve ser interposta perante o tribunal, tornando clara a questão sobre que, anteriormente, pairavam dúvidas.

Segue a regra do art. 800, parágrafo único, com a exceção do Recurso Extraordinário pendente o juízo de admissibilidade Súmula 634¹⁰⁹.

De outro giro, pacífica é a autuação própria do processo cautelar pelo seu caráter instrumental de objetos e ritos próprios.

A ação cautelar incidente ou antecedente, nominada ou inominada sempre dá azo à autuação própria e autônoma. Ressalva as medidas *ex officio* do art. 797, do Código de Processo Civil. Essas são por sua própria natureza, diligências integrantes do procedimento principal, como simples incidentes.

As medidas cautelares configuram-se ainda, quando provocadas pela parte junto à petição inicial, ou no decorrer do processo por simples petição. Humberto Theodoro Júnior expõe:

As reformas do Código de Processo Civil, focalizadas e a efetividade da tutela jurisdicional, estão assinalando a perda da relevância do maior tecnicismo, que preconizava a completa separação entre os procedimentos da ação principal e da medida cautelar. [...] caminha-se na verdade para a autonomia necessária do procedimento cautelar, apenas, nas medidas preparatórias, isto é, naquelas em que a medida preventiva antecede à propositura da ação principal. Nas incidentais, a preocupação com a economia processual irá, em futuro próximo, anular a separação de procedimentos, transformando a providência cautelar, *ad instar* da medida de antecipação de tutela, em simples incidente da ação principal.¹¹⁰

A autonomia da instrução do processo cautelar é comentada por Aguiar Silva. A medida cautelar se processa em autos apartados aos autos principais, ocorrendo ambos simultaneamente. Contudo, nada impede, sobretudo, na providência cautelar concedida *initio litis* coincida o momento da audiência de

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *ibidem*. p. 117.

¹⁰⁹ Súmula STF “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005. p. 124.

instrução, sendo unificada, bem como a sentença. Um brinde à economia processual sem nenhum prejuízo evidente às partes¹¹¹.

A petição inicial acompanha a regra geral do *códex*, art. 282, do Código de Processo Civil, mas com referência expressa e particular ao art. 801, do mesmo diploma legal.

São requisitos da petição inicial, as partes e a autoridade judiciária, a lide e seu fundamento (a lide que é interesse qualificado por uma pretensão resistida pertence ao mérito, portanto, a ação principal não é objeto imediato da ação cautelar, mas, sim, da ação de mérito).

Como a ação cautelar pressupõe um processo principal, exige o código que aquele que pretende a tutela instrumental demonstre a existência (tutela incidental) ou a probabilidade da ação de mérito (tutela preventiva).

Também, inserido no procedimento está a exposição sumária do direito ameaçado e receio de lesão em consonância à própria característica da tutela cautelar, que, diante de uma cognição não muito profunda, consegue acautelar o processo sua finalidade última.

Para tal mister, deve excluir-se o termo “ameaça de direito”, vez que somente a solução da lide principal conferirá ou não o direito substancial a uma das partes. “O cogitado na ação cautelar é o interesse processual tão-somente, isto é, o direito a uma atuação eficaz ou útil de tutela jurisdicional, que nada mais é do que o direito de ação”. Não basta o exercício do direito de ação, mas que atinja a eficácia última colimada por quem o utiliza.

Para o procedimento da tutela cautelar, a inicial se propõe mediante petição escrita, o juiz verifica sua regularidade, se há cabimento de liminar. Cita-se o requerido que, no prazo de 05 (cinco) dias, deve contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (art. 802, do Código de Processo Civil).

Outrossim, o legislador atento à finalidade última da medida preventiva, autoriza nos termos do dispositivo legal art. 804, do Código de Processo Civil, que o juiz conceda a medida cautelar, sem a oitiva do réu, quando as circunstâncias indiquem que, ele citado, poderá torná-la ineficaz.

A possibilidade de dano, requisito da medida cautelar, pode derivar da conduta do demandado ou de fato natural. Assim, a medida *inaudita altera pars*,

¹¹¹ SILVA, João Pestana Aguiar. Síntese informativa do processo cautelar. Revista Forense. nº 247. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974. p. 51.

ou seja, antes da citação, pode se dar por qualquer motivo. Tem cabimento nas medidas precedentes e incidentes e não dispensa a demonstração sumária dos pressupostos necessários para a tutela preventiva.

A medida *inaudita altera pars*, também denominada medida *initio litis*, sendo deferida, o juiz determina a execução da mesma e, conseqüentemente, a citação do requerido. (um único mandado ou dois mandados).

A medida *inaudita altera pars* não retira a contenciosidade do procedimento, apenas, prorroga o momento da intimação do réu para promover sua defesa. Referida medida cautelar desafia recurso de agravo por sua natureza de decisão interlocutória.

A defesa na tutela cautelar segue os padrões legais, mas, de forma mais limitada. Admite Humberto Theodoro Júnior a contestação e exceção nas ações cautelares¹¹². Dessa maneira, a reconvenção resta excluída do rol das defesas. Embora o comando legal só fale em contestação, os arts. 802 e 803 ambos do Código de Processo Civil, certa é a aplicação das exceções. Vejam-se exceções na forma dos arts. 304 a 314, todos do Código de Processo Civil, em petição separada apenas à medida cautelar.

A contestação se verifica na forma dos arts. 300 a 303, todos do Código de Processo Civil.

Não cabe defesa nas providências conservativas, interpelações, notificações (art. 871) protesto e apreensão de título (art. 882), indevida sua inclusão entre as medidas de processo cautelar.

A ausência de defesa implica a revelia que denota, os efeitos processuais do art. 322 c/c art. 803, ambos do Código de Processo Civil, a) os atos correrão independente de intimação e será julgado em 05 (cinco) dias, independentemente de instrução ou dilação probatória, e b) efeitos substanciais, todos os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, sem prejuízo de vir ao processo, recebendo-o no estado em que se encontra.

A instrução do processo cautelar depende fundamentalmente dos atos praticados pela parte adversa. Havendo contestação e necessidade de produzir

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 132.

provas, o juiz designa audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único), onde se realiza a tentativa de conciliação (art. 447), para proferir sentença.

Outrossim, se houver revelia, ou, apenas, questões de direito, haverá o proferimento de sentença independentemente de audiência.

O processo cautelar sempre se encerra por sentença. “É sentença de mérito, distinguindo-se das demais por assegurar sem satisfazer o direito que acautela”¹¹³.

Em síntese, é sentença mandamental que contém uma ordem judicial para que alguma coisa se faça, ou, para que seja omitida alguma conduta, sem alcançar a coisa julgada no mérito da ação principal.

Na sentença mandamental basta que o juiz ordene o que entenda deve ser cumprido pela parte, ordem que só pode ser emanada pelo juiz por sua estatalidade¹¹⁴.

A sucumbência em ação cautelar será fixada em favor do vencedor, nos termos do art. 20, do Código de Processo Civil.

Quanto à denominada contracautela (caução) o art.804, *in fine*, do Código de Processo Civil, preconiza prestar caução real ou fidejussória para eventual ressarcimento de danos que o réu possa vir a sofrer.

Tem feição de cautela *ex officio*, porque realizada por iniciativa do órgão judicial, sem provocação do interessado e sem outro processo ou ação, mas, incidentalmente a cautelar já iniciada¹¹⁵.

No que toca à caução real (bens móveis e imóveis) ou fidejussória (fiança), recai comumente em dinheiro, sendo o valor fixado pelo juiz em um determinado montante, por estimativa, para eventual ressarcimento de danos, podendo ser revista ao longo do processo pelo auxílio de provas como a perícia, a fim de representar real contracautela.

Veja-se, a contracautela prestada pela parte não conduz à automática concessão da medida. O oferecimento da cautela não afasta o convencimento do magistrado sobre a legitimidade da liminar.¹¹⁶

¹¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.182/183.

¹¹⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 423.

¹¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 141.

¹¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 188.

A contracautela tem por finalidade assegurar exatamente o ressarcimento em perdas e danos que, porventura, sofra a parte contra a qual se deferiu a tutela, mas, a prestação não isenta o requerente de demonstrar a necessidade da concessão antecipada da medida cautelar, bem como não o dispensa de alegar e provar satisfatoriamente a necessidade de decretar-se a liminar *inaudita altera pars*.

Quanto ao prazo de eficácia da medida cautelar, esta nasce sem o cunho de definitividade, porque temporária a serviço da eficiência do processo principal.

Quando a ação cautelar é preparatória, o prazo conta-se da concessão da medida, leia-se, da efetivação da medida nos termos do art. 806. O requerente tem exatos 30 (trinta) dias para a propositura da ação principal. Trata-se de prazo fatal ou peremptório, assim, improrrogável.

Transcorrido o prazo *in albis* a medida imediatamente perde sua eficácia independentemente de outra ação ou sentença para a revogar. Extingue-se *ipso jure*.

Referido procedimento de prazo para a propositura da principal não alcança as medidas cautelares de cunho meramente conservativo, como a antecipação de provas, interpelações, notificações.

Nas demais circunstâncias, ou, desde que observado o prazo do art. 806, sem atos de revogação ou modificação, a medida dura, enquanto pender o processo principal, art. 807.

Situação especial é a de suspensão do processo (cautelar ou principal), mas, que não afeta a eficácia das medidas cautelares já deferidas, salvo expressa decisão nesse sentido art. 807, parágrafo único.

Ato contínuo, necessário dispor acerca da extinção da medida cautelar. Pode se extinguir de maneira normal e de maneira anômala.

A extinção de forma normal é a exaustão da medida, o alcance dos fins objeto da medida, tal como ocorre na antecipação de provas. A forma anômala, também, diz respeito à sua própria natureza, quando da revogação ou modificação (art. 807); como o transcurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias para a propositura da principal (art., 808, I); falta da execução da medida deferida dentro de 30 (trinta) dias (art., 808, II); a extinção do processo principal com ou sem julgamento de mérito (art., 808, III).

As três situações do art. 808 são de extinção *ope legis* de eficácia da medida cautelar. Desnecessária sentença para declarar a ineficácia da medida que se dá *ipso facto*, ou seja, ao juiz restará declarar a perda da eficácia e determinar o levantamento da constrição ou restrição. Não há, também, na espécie julgamento de improcedência ou de carência da ação cautelar¹¹⁷.

A extinção da medida conduz a mesmo fim o processo cautelar, visto que coincidem em seu objeto.

Dentro dessa perspectiva, a inobservância do prazo da execução da medida, já proclamado de 30 (trinta) dias, a não efetivação da medida concedida de maneira precedente, no prazo legal, corresponde à falta de interesse da parte requerente, bem como o desaparecimento do ato atentatório do risco.

O prazo conta-se do primeiro ato executivo, posto que, deste em diante, já se verifica a efetivação da medida.

Outra questão diz respeito à extinção do processo principal. Este pode extinguir-se sem resolução de mérito e, conseqüentemente, se finda o processo cautelar. A medida preventiva desaparece e as partes são recolocadas no *status quo ante*.

Ainda, o magistrado pode terminar por sentença no processo principal a concessão do direito à parte requerente da medida e, assim, se converte em medida definitiva nos autos principais.

Veja-se, *v. g.*, o arresto converte-se em penhora; a caução real, *idem*; os alimentos provisórios, em definitivos, e, assim, por diante. Por esta razão, a perda da eficácia da medida cautelar somente se concretiza com a sentença de mérito desfavorável ao autor, salvo as hipóteses de revogação e modificação.

Existem providências não inseridas na ação, sequer no processo cautelar, que se exaurem definitivamente antes mesmo da propositura da ação principal, como a posse em nome de nascituro, exibição de coisas e documentos, interpelações e outras. São medidas conservativas arroladas indevidamente no Código, na seção das Cautelares.

Sobre as tutelas cautelares resta citar que, se, por algum motivo, a medida for cessada, está vedado o seu novo pedido, salvo por novo fundamento, art. 808 *in fine*, do Código de Processo Civil.

¹¹⁷SILVA, João Pestana Aguiar. Síntese informativa do processo cautelar. Revista Forense. nº 247. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974. p. 51.

CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA

3.1 CONCEITO

A tutela antecipada estampada no Código de Processo Civil, em seu artigo 273¹¹⁸, introduzida pela Lei nº 8.952/94 de 13.12.1994, que se convencionou chamar de “A Reforma do Código de Processo Civil”, foi grande inovação do sistema legal com o fim maior de regulamentar dispositivo que há muito vinha sendo utilizado pelos operadores do direito, sem contudo, ter um regramento definido.

A Lei nº 10.444/2002 de 7.5.2002 complementou o artigo 273 com a introdução dos §§ 6º e 7º, do Código de Processo Civil, trazendo importante inserção, a aplicação da tutela antecipada perante o pedido incontroverso, bem como a fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar no plano urgente (273, I, do Código de Processo Civil).

A tutela antecipada tem estreita relação com a Constituição Federal, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, que visa não, apenas, o acesso formal aos órgãos jurisdicionais, mas, assegura o acesso à justiça que propicie efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação desta, sobretudo, quando apresente risco de dano, lesão ou ameaça a direito (conforme Capítulo I).

Cumpra aos doutrinadores e operadores forenses o estudo profundo do instituto da tutela antecipada que se mostra ferramenta de grande valia para cumprir os valores da efetividade do processo.

O art. 273, do Código de Processo Civil surge trazendo a tutela antecipada que proporciona provisoriamente os efeitos práticos da tutela pretendida, distribuindo os ônus do processo entre as partes, quando houver probabilidade do direito pleiteado em casos em que apresente o perigo iminente de dano (tutela

¹¹⁸ 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” inc. I -“haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou” inc. II – “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

urgente, 273, I, do Código de Processo Civil) ou o abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório (273, II, do Código de Processo Civil).

São vários os autores que se ocupam do tema por sua inovação no sistema e, pelo que representa a tutela antecipada em termos de efetividade e tramitação processual, conforme se verificará ao longo dos próximos capítulos.

Empresta-se o conceito de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental que se efetiva mediante *execução "lato sensu"*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.¹¹⁹

O conceito imprime alguns contornos da tutela, mas, desde já merece esclarecimento que a tutela antecipada, enquanto "tutela satisfativa no plano dos fatos" não engloba a característica da satisfatividade que se dá, apenas, juridicamente. (conforme item 3.10.3).

"A satisfatividade fática não se confunde com a satisfatividade jurídica, visto que somente essa, por se tornar definitiva, tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto"¹²⁰.

Realizadas as considerações, a tutela antecipada é a prestada no bojo do processo de conhecimento, concedida com base em juízo de probabilidade (verossimilhança) pelo exercício da cognição sumária, que entrega tutela provisória, reversível e não satisfativa, porque expectadora de uma tutela definitiva, que a substituirá.

¹¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 453, nota 2.

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização) 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.p. 313.

A tutela jurisdicional que antecipa os efeitos da entrega do direito material já vinha há muito tempo sendo regulada em casos específicos no direito brasileiro, como nas ações possessórias (art. 928, do Código de Processo Civil)¹²¹.

Dessa maneira, o advento do art. 273 estendeu a solução excepcional da tutela antecipada, regulando sua forma genérica, tornando-a cabível perante qualquer procedimento, o comum (ordinário ou sumário) ou especial. Esta restou definida na legislação processual civil, permitindo ao operador do direito alcançar outras hipóteses, agora, com respaldo jurídico, prestigiando o princípio da segurança jurídica.

3.1.1 Tutela antecipada e tutela cautelar

A antecipação de tutela introduzida pela Reforma de 1994 operou, inquestionavelmente, a “purificação” da tutela cautelar que, assim, readquiriu sua finalidade clássica, de instrumento concessivo de medidas adequadas a tutelar o direito sem satisfazê-lo.¹²²

A doutrina atenta ao tema aponta o art. 273, do Código de Processo Civil como um “divisor de águas” a afastar o emprego da tutela cautelar para obtenção de tutelas satisfativas, o que se evidenciou, outrora, com a providência cautelar genérica – o poder geral de cautela (art. 798).¹²³

Nesse sentido a previsão legal da tutela antecipada fez-se necessária para conferir maior segurança jurídica ao sistema, que, dantes, se valia da “adaptação” da tutela cautelar o que não condiz com a proteção e garantia do direito substancial, mas, sim, do processo. Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier:

¹²¹ Liminar possessória - tem caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória. A concessão de liminar funciona como se o juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença. A única semelhança com a tutela cautelar é o atributo da provisoriedade já que o juiz pode revogar a liminar e concedê-la, novamente, se for o caso, ou a propósito do juízo de retratação, se for interposto agravo de instrumento. NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *ibidem*. p. 996.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo* n 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril-junho 1996. p. 56.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Melhoramentos. 2003 e ZAVASCKI, Teori Albino. *ibidem*.

o traço distintivo reside na finalidade da medida cautelar: precipuamente a de evitar ou minimizar o risco da eficácia do provimento final. A tutela antecipada pressupõe direito que, desde logo aparece evidente e que, por isso, deve ser tutelado de maneira especial pelo sistema. [...] Com a tutela antecipada há o adiantamento total ou parcial da providência final; com a tutela cautelar, concede-se uma providência destinada a 'conservar' uma situação até o provimento final.¹²⁴

Veja-se: na tutela antecipada, há coincidência entre o conteúdo da medida (pedido) e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor (em sentença). Na tutela cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva¹²⁵, o que significa dizer que os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado espontaneamente se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor.

Cada uma das tutelas tem finalidade própria, uma corresponde à antecipação dos efeitos da sentença e, portanto, relacionada diretamente ao direito material em pleito e, outra, destinada à segurança do provimento principal, mas, autônoma em relação a este.

Importante evidenciar a presença de requisito comum entre as tutelas, cautelar e antecipada, esta última em sua forma prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, o elemento indissociável das tutelas de urgência, o *periculum in mora*. Luis Fux evidencia:

Para a tutela cautelar o que corre risco de sofrer dano irreparável (ou de difícil reparação) é a efetividade do processo, do provimento jurisdicional. O direito substancial, na hipótese, não está em risco. Para a tutela antecipada o que corre risco de perecer é o próprio direito material. A tutela cautelar é uma modalidade de tutela do processo, enquanto a tutela antecipada é destinada a proteger o direito substancial.¹²⁶

Ainda, a tutela antecipada apresenta-se atuante sobre o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (art. 273, II, do Código de Processo Civil), distante do requisito do *periculum in mora*.

¹²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 334/335:

¹²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 57.

¹²⁶ FUX, Luis. Tutela de segurança e tutela de evidência (Fundamentos da tutela antecipada) São Paulo: Saraiva, 1996. p. 48-49.

O presente trabalho faz nítida distinção entre a tutela antecipada do art. 273, I, porque direcionada a evitar o dano irreparável ou de difícil reparação, e a tutela antecipada do art. 273, II, do Código de Processo Civil, que “sanciona” o abuso da parte adversa na delonga demasiada da defesa no processo.

A previsão legal do art. 273, I, tem finalidade preventiva, de evitar o dano e, portanto, tutela urgente, bem como as tutelas cautelares típica ou atípica, todas marcadas pelo *periculum in mora*.

Já, a tutela antecipada do art. 273, II, do Código de Processo Civil, se deve a aspectos puramente processuais. Se o direito é verossímil e a defesa do réu é inconsistente, com argumentos inaplicáveis ao caso concreto, não se justifica o retardamento indevido do provimento jurisdicional. Dessa maneira, a presente antecipação não se vincula ao perigo de dano, razão de sua distinção.

3.2 COGNIÇÃO NA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada de caráter provisório e reversível, demandando agilidade, distribuindo o ônus do processo entre as partes, basta-se com a cognição sumária.

A cognição sumária no plano vertical se dá em sua forma não plena, mas, suficiente a emanção de uma decisão provisória. O sistema favorece e reclama que, assim seja em atenção à sua natureza célere. Num primeiro momento o juiz somente tem acesso parcial aos fatos, fica adstrito à apresentação fática realizada pelo autor e, ainda, quando realizado o contraditório, que nesses moldes se dará superficialmente, a atividade cognitiva se desenvolve sumariamente¹²⁷.

A cognição exauriente, diversamente, demanda longo espaço de tempo, porque é completa. Esta regula vários atos com finalidade de uma tutela definitiva: os atos do procedimento, bem como os poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo. O contraditório efetivo e equilibrado realiza-se sempre antes do provimento, embasando decisão definitiva e imutável que adquire a qualidade da coisa julgada material.

¹²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p 116/17.

A tutela antecipada compatibiliza-se com a cognição sumária, seja aquela de contraditório mitigado e, portanto, postergado, ou mesmo, ausente, quando se terá as medidas *inaudita altera pars*.

A concessão da tutela antecipada não ofende o devido processo legal (contraditório), posto sua natureza provisória que conduz à necessária substituição da medida por decisão final que percorrerá o trâmite necessário e indispensável. Essa, sim, definitiva e sujeita a transitar em julgado.

Dessa maneira, fixadas as diferenças de cognição e observada a tutela antecipada e sua característica provisória, o emprego da cognição sumária impõe-se, tema pacífico na doutrina (conforme item 2.4).

3.3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Passa-se nesse capítulo a delinear o conteúdo da tutela antecipada por meio de seus requisitos.

Já, no *caput* do art. 273, do Código de Processo Civil se extraem os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança das alegações que, após uma rigorosa leitura e exame, se mostram antagônicos, tanto que parte da doutrina os trata conjugados na figura da probabilidade do direito.

Após definição dos requisitos do *caput*, seguem outros dois, porém, alternativos, que são disciplinados no art. 273, I e II, do Código de Processo Civil, respectivamente, do *periculum in mora* e do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Ainda, necessário é destacar os parágrafos de seu artigo que denotam outras características fundamentais à adequada concessão da tutela antecipada.

Destaca-se a decisão fundamentada no art. 273, § 1º, do Código de Processo Civil, que expressa seja o *decisum* claro e preciso para a concessão ou não da tutela, que se pauta no princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (CF/88, 93, IX).

Esta determinação que reafirma a exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais, sequer seria oportuna, se não fosse para

ênfatizar muito a grande cautela de que se há de precaver o juiz, antes de conceder essa medida excepcional.

O magistrado não deve dar caráter de ordinariedade às medidas extraordinárias: ele deve deixar muito claras as razões com base nas quais as concede¹²⁸.

O que resta evidenciado é a preocupação e cuidado do legislador, bem como, na esfera do Poder Judiciário, a aplicação da norma pelo magistrado. Outra questão diz respeito ao disposto no art. 273, § 5º, “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até julgamento final”. O parágrafo em questão reafirma o caráter provisório da medida e o necessário prosseguimento do processo de conhecimento na busca da tutela definitiva.

Para a entrega da tutela jurisdicional no processo de conhecimento, o juiz deve percorrer a cognição exauriente. Por esta razão, concedida ou não a antecipação de tutela, o processo deve prosseguir, para que alcance a tutela definitiva. A previsão legal em questão, apenas, ênfatiza que a tutela antecipada está inserida no processo de conhecimento, mas não o exaure.

O art. 273, § 5º detêm redação clara e objetiva, conteúdo lógico para o aplicador do direito, razão pela qual se dispensa maiores comentários.

3.4 REQUERIMENTO DA PARTE

A redação do art. 273 *caput* dispõe: “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” (grifo da autora).

A expressão em destaque “requerimento da parte” enseja debate na doutrina quanto à delimitação do requerimento da tutela antecipada pelo autor, restando inerte o magistrado em homenagem ao princípio dispositivo. Contudo, surge questionamento quanto ao cabimento das tutelas *ex officio*.

Destaque-se o entendimento de Calmon de Passos que enumera:

¹²⁸DINAMARCO. Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 1995. p 148.

[...] jamais poderá ser concedida de ofício. [...] o Estado de Direito Democrático tem como um de seus postulados a exigência da posição ‘super partes’ do magistrado [...] sustentamos, portanto, que a lei não oferece exceção, reclamando sempre a iniciativa da parte interessada.¹²⁹

Alexandre Câmara acompanha-o: este não admite a tutela antecipada *ex officio*, sequer na excepcionalidade, porque, em situações de concessão indevida, que, porventura, trouxesse danos irreversíveis à parte adversa, não se poderia responsabilizar o autor por um dano causado ao réu por decisão judicial que ele não pedira (o juiz só responde civilmente nos casos de dolo ou fraude – 133, do Código de Processo Civil)¹³⁰.

Outrossim, admite-a Bedaque em casos extremos, quando inerte a parte, a medida mostrar-se indispensável à antecipação dos efeitos práticos da sentença, posto que admitir o afastamento do juiz, deflagraria situações injustas. E continua: não se trata de violar o princípio dispositivo, o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido, sem ofensa ao contraditório, posto que a parte contrária será chamada para se manifestar posteriormente e a decisão da tutela é revogável¹³¹.

A doutrina, portanto, diverge sobre a melhor interpretação do cabimento da tutela *ex officio*. Contudo, parece acertado, dentro da inteireza do instituto da tutela antecipada, que esta possa vir ao mundo jurídico *ex officio*, quando presentes os requisitos autorizadores, porque a medida só é concedida nos limites do pedido da parte, para a garantia do direito material.

Ainda sobre o art. 273 *caput*, necessário explorar a expressão “o juiz poderá”, indagando se a concessão da tutela antecipada constitui dever ou faculdade do magistrado.

Quanto à discricionariedade judicial ou faculdade por parte do juiz, tem-na por inexistente. É dever do magistrado conceder a tutela antecipada nos

¹²⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p 32/33.

¹³⁰ CAMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 451.

¹³¹ BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização) 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 384/385.

casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão. “Trata-se de um ‘poder dever’ do juiz a que este não poderá se furtar”¹³².

Calmon de Passos se mostra mais enérgico e pontua que “democracia e arbítrio não se misturam, nem mesmo toleram conviver”. Admite, apenas, a tarefa hermenêutica de preenchimento dos conceitos indeterminados e dos tipos abertos. A expressão “poderá” incerta na redação do dispositivo, não indica faculdade deferida ao julgador e, sim limites aos riscos de seu arbítrio¹³³.

Sobre o tema cumpre que presentes os requisitos autorizadores da tutela, o magistrado cinge-se a examiná-los se realmente subsumem-se ao disposto em lei, momento em que nasce a imposição de proferir decisão quanto à concessão ou não da tutela antecipada, e não, uma escolha.

3.4.1 Partes legitimadas

Em seqüência, pertinente tratar das partes legitimadas ao requerimento da tutela antecipada que, expressamente, é o autor da demanda (art. 273 *caput*), e o magistrado, conforme o item precedente.

Em verdade, a temática surge para responder se o réu, também, estaria investido nessa legitimidade. Ele, por vezes, se coloca na posição de demandante, *v. g.*, quando tenha ajuizado demanda própria, seja na reconvenção, ou no pedido contraposto no rito sumário, em que assume posição semelhante ao autor. Assim se indaga se poderá este pleitear a antecipação da tutela jurisdicional, nestes casos específicos.

Nelson Nery Júnior comenta que a redação do artigo comporta pequeno reparo, pois, ela se utiliza do pleonasma “pedido inicial”, quando não há pedido que não seja deduzido por petição inicial:

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 75.

¹³³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 33.

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 (denúncia da lide), o oponente (oposição), ao autor da ação declaratória incidental (CPC 5º 325). O assistente simples do autor (CPC 50) pode desde que a isto não se oponha o assistido. O assistente litisconsorcial, quando no pólo ativo, pode requerer a tutela antecipada, independentemente da vontade do assistido. Salienta-se nesse caso o assistente não estará fazendo pedido em sentido estrito, mas, apenas, pleiteando seja concedida a tutela antecipada dos efeitos da sentença: o pedido já foi deduzido pela parte assistida.¹³⁴

E continua Nelson Nery Júnior: o réu, quando reconvém é o autor da reconvenção de modo que este pode pleitear a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial de reconvenção. Quando o réu age contra-atacando, transforma-se em autor, na ação declaratória incidental e, quando na contestação das ações dúplices (procedimento sumário), formula o pedido.¹³⁵

Dessa maneira, se há dedução de pedido em juízo, cabe o requerimento da tutela antecipada e o réu assume essa posição nos casos especificados, restando, portanto, legitimado. Quando o art. 273 *caput* autoriza a antecipação dos efeitos contidos no “pedido”, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial.

Além se observa a legitimidade do Ministério Público na sua condição de parte ou de fiscal da lei, respectivamente, arts. 81 e 82, ambos do Código de Processo Civil, para requerer a tutela, vez que este detém os mesmos poderes e os mesmos ônus das partes.¹³⁶

¹³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 454. nota 9.

¹³⁵ Em mesmo sentido, Luiz Guilherme Marironi. Antecipação da Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 181.

¹³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *ibidem*. p. 454, nota 10. v. g o Ministério Público que atue na defesa de incapaz, não está fazendo pedido em sentido estrito, pois este já fora feito pela parte, atuando o Ministério Público, apenas, na busca dos efeitos do pedido pleiteado pela parte.

3.5 PROVA INEQUÍVOCA DOS FATOS E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

No que pertine ao presente tópico, prova inequívoca dos fatos e verossimilhança das alegações, estas serão estudadas conjuntamente pela flagrante conexão.

A doutrina nacional tem manifestações diversas com destaque para aqueles que atestam a contradição do requisito englobado na expressão única, prova inequívoca dos fatos e verossimilhança da alegação.

Alexandre Câmara manifesta que as expressões seriam antagônicas, a prova inequívoca tem como aquela indene de dúvidas, ou seja, capaz de formular no julgador um juízo de certeza, e, de outro lado, a verossimilhança, como a mera aparência do direito.¹³⁷

Veja-se que a certeza advém da cognição exauriente, enquanto a verossimilhança possível se verifique na cognição rarefeita. Assim, para adequada compreensão do requisito tem-se um conceito intermediário entre esses dois que consiste na probabilidade observável pela cognição sumária.

Nesse sentido Nelson Nery Júnior aponta ser necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte que a verossimilhança, mas, não tão peremptório quanto a prova inequívoca.

[...] essa prova inequívoca é do “fato título do pedido” (causa de pedir). Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê, apenas, a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.¹³⁸

Contribui para o tema Teori Albino Zavascki: para a concessão da tutela antecipada, o que a lei exige não é, certamente, prova da verdade absoluta,

¹³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Lições de Direito Processual Civil”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p 454.

¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 457 nota 23.

que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas, uma prova robusta que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade¹³⁹.

Já, Barbosa Moreira segue por linha de raciocínio diferenciada discorrendo sobre a prova inequívoca.

O autor explora a palavra “inequívoca” e seu antônimo “equivoca”. Extraído o sentido léxico da palavra, “equivoco” significa aquilo que tem mais de um sentido, ou se presta a mais de uma interpretação. Um sinônimo de “equivoco” seria ambíguo e o antônimo perfeito “unívoco”. “Nessa óptica, será equivoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender, independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva”¹⁴⁰.

Nessa senda, a proposta do autor possibilitaria elucidar a qualidade de “inequívoca” como à que se possa atribuir, apenas, um sentido. Assim, a perquirição do magistrado se dispõe, a um, verificar se a prova inequívoca só comporta um entendimento e, a dois, com esse entendimento, se tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente.

Luiz Guilherme Marinoni não considera adequada a interpretação do termo inequívoca por seu significado léxico, vez que este não se preocupa com a finalidade da norma que encampa tal locução. A tese de Barbosa Moreira não explica, porque a prova que aponta para mais de um sentido não seria apta a gerar convicção. Pontua:

[...] o art. 273 aludiu à convicção de verossimilhança para dar ao juiz a possibilidade de formar a sua convicção em conformidade com as características do caso concreto [...] a prova que aponta em dois sentidos, também, pode formar convicção de verossimilhança, bastando apontar para o direito do autor de forma mais convincente.¹⁴¹

¹³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 76. O entendimento é pautado na conceituação de Calamandrei “*todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud. (...) Aun para el juez más escrupoloso y atento, vale el límite fatal de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. Na verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusion) de verdad - Estudios sobre el proceso civil.* Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1986 p. 317 319.

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. Revista de Processo nº 104. São Paulo: Revista dos Tribunais. dezembro 2001. p.104.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1994. p.215/ 216.

Assim Luiz Guilherme Marinoni admite seja a prova com mais de um sentido, passível de valoração que influencie na convicção do magistrado; este tem que aferir a credibilidade da prova.

O requisito gera, ainda, alguma discussão quanto à sua possível equiparação ao conhecido *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

Calmon de Passos veta essa aproximação, melhor colocando que “não há equiparar-se a verossimilhança (exigida na tutela antecipação) com a probabilidade ou plausibilidade (*fumus boni iuris*) da tutela cautelar”¹⁴². Ainda que sinônimos, plausível e verossímil, as palavras se revestem de particularidades.

Verifica-se que à concessão da tutela cautelar basta que ao requerente comprove a plausibilidade do direito de ação, de ser ele pretendente certo de um julgamento de mérito. Na antecipada, o requisito necessita ser mais evidente, fala-se em probabilidade, os autos devem oferecer elementos que permitam o convencimento do julgador quanto ao pedido incerto na demanda¹⁴³.

Assim o é, encarada a finalidade de cada uma das tutelas tratadas. A tutela cautelar visa a utilidade do processo final, o equilíbrio das partes. A tutela antecipada visa exatamente a antecipação dos efeitos práticos da sentença. A primeira não atinge ou concorre com o direito material, apenas, vela por ele; o segundo identifica-se em exatidão com a tutela pretendida.

Quanto mais profundo o envolvimento com o direito material que na tutela cautelar se dá de maneira indireta, maior a exigência da evidência do direito.

Importante a reflexão e ‘cruzamento’ dos requisitos das tutelas cautelar e antecipada para a utilização da melhor técnica, atendendo às peculiaridades de cada uma.

¹⁴²PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 41. Conforme se verifica ao longo do trabalho o termo plausibilidade está para a tutela cautelar e probabilidade, para a tutela antecipada. Nesse ponto, discorda-se do entendimento de Calmon de Passos que anuncia ambos para a tutela cautelar.

¹⁴³ “O núcleo é a prova inequívoca da possibilidade de a pretensão do autor vir a ser certificada como direito.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *ibidem*. p. 41/42.

3.6 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Além de ser provável a existência do direito do autor nos termos do dispositivo de lei, art. 273 *caput*, existe o risco de que tal direito sofra um dano de difícil reparação, *periculum in mora*, disposto no art. 273 ,inc. I, do Código de Processo Civil.

Existindo risco de que o direito material do autor, deduzido em juízo, sofra dano de difícil ou impossível reparação, deverá o juiz, atendidos os demais requisitos da medida, conceder a antecipação da tutela jurisdicional.

É preciso considerar as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo. No juízo equilibrado, o magistrado levará em conta o modo como a medida antecipada poderá atingir a esfera de direitos do réu, porque não é lícito “despir um santo para vestir outro”¹⁴⁴, ou seja, transferir, sem fundamento, os problemas do autor para o réu. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo certamente.

Na tutela cautelar já proclamada, o risco de dano há de ser concreto e atual para autorizar a concessão da medida, e não meramente eventual, posto que atinge princípios constitucionais (mitigação da segurança jurídica em prol da efetividade e, assim, somente se justifica diante do mais e não do menos, conforme Capítulo I).

Além, a medida há de ser indispensável ao alcance da pretensão. A isso atribui nome Teori Albino Zavascki em sua doutrina de “princípio da necessidade” que justifique a prevalência de um princípio fundamental sobre o outro¹⁴⁵. Essa assertiva, também, deve ser observada para as tutelas antecipadas.

Presente o receio de dano de difícil ou impossível reparação, sendo notória a impossibilidade de convivência simultânea e plena entre os direitos fundamentais, princípio da efetividade e princípio da segurança jurídica, justificar-se-á a concessão da medida pelo princípio da necessidade.

O requisito em questão tem finalidade preventiva de evitar o potencial dano e, nesse sentido, embasa tutela de urgência.

¹⁴⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003. p 145.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 74.

O perigo da demora já inserido no sistema pela tutela cautelar (conforme item 2.3.2), não demanda maiores esforços, razão pela qual se passa a tutela antecipada prestada nos termos do art. 273, II, do Código de Processo Civil.

3.7 ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO

O abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório, art. 273, inc. II, apresenta-se como segunda possibilidade de antecipação de tutela, requisito alternativo ao art. 273, inc. I, ambos do Código de Processo Civil, porque deste se distancia por não ter relação com o perigo de dano.

Para o deferimento da medida, deve-se observar a probabilidade de existência do direito do autor e o abuso do direito de defesa do demandado, o que não justifica impedir a antecipação dos efeitos da sentença.

O exercício do direito de defesa deve ser utilizado de forma legítima. A defesa oferecida sem fundamentos relacionados ao direito material, inconsistente, sem promover real impugnação, mostra-se manifestamente protelatória. O exercício abusivo não é tolerado pelo ordenamento jurídico.

Se o réu apresenta defesa com o propósito único de protelar a entrega da prestação jurisdicional, deve-se tutelar, antecipadamente, o direito substancial que, pela defesa abusiva, mais do que provável, já se mostra evidente.

Sobre o tema, destaca-se ponto não unânime na doutrina, quanto ao momento da concessão da tutela antecipada, nos casos do art. 273, II, do Código de Processo Civil, em relação ao oferecimento de contestação.

Para Dinamarco, a antecipação de tutela só cabe após a contestação, logicamente, porque só é possível se demonstrar que a defesa é abusiva, após a apresentação da peça em questão, ou seja, jamais, *inaudita altera pars*¹⁴⁶.

¹⁴⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003. p 145. A concessão da medida *inaudita altera pars* ocorre quando citado o réu este 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 pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Pode o juiz designar audiência de justificação prévia, devendo citar e intimar o réu, salvo se o conhecimento pelo réu puder tornar ineficaz a medida, caso que realizar-se-á com a presença do autor e de seu advogado.

Diferentemente, Teresa Arruda Alvim Wambier citada por Luiz Rodrigues Wambier não faz distinção e pontua que a tutela antecipada pode ser concedida *inaudita altera pars*, tanto na hipótese do inciso I, quanto na do inciso II¹⁴⁷.

Entretanto, não parece muito correto o entendimento da autora em apreço, vez que a tutela antecipada, tal como introduzida em nosso *códex*, já exprime grande valor ao trabalho do juiz, confiando-lhe medida que muitas vezes mitiga valores. Nesses termos, emprestando as palavras da própria Teresa Arruda Alvim Wambier, em outra passagem ela já dizia: “o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente [...]” e assim, se o fundamento para a medida é a defesa incoerente e meramente protelatória, nada mais certo que permitir ao menos que essa venha ao mundo jurídico para se verificar a verossimilhança das alegações da parte.

Sobre o art. 273, II, necessário apontar a litigância de má fé para os casos em que a demora da defesa será atribuída única e exclusivamente ao comportamento desleal do demandante, razão pela qual se deve aplicar o disposto nos arts. 16 a 18, todos do Código de Processo Civil, que cuidam da matéria.

Além, para segunda parte do art. 273, II, do Código de Processo Civil, “manifesto propósito protelatório”, menciona-se a doutrina de Calmon de Passos.

O abuso do direito de defesa cinge-se à atuação do réu. Já o manifesto propósito protelatório é passível de ser atribuído ao autor. “O intuito protelatório objetiva retardar a conclusão do feito. [...] quem postula sem fundamentos sérios, abusa do direito de demandar”. Assim, considera Calmon de Passos possível identificá-lo, ainda quando inexistiu o abuso do direito de defesa¹⁴⁸.

Certo e de maior importância que o presente requisito é alternativo ao perigo de dano e, uma vez somado a verossimilhança das alegações fundamenta a tutela antecipada.

¹⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 335.

¹⁴⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 45/46.

3.8 REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Norma de interpretação difícil, o art 273, § 2º, do Código de Processo Civil expõe acerca da não concessão da tutela jurisdicional antecipada quando esta puder produzir efeitos irreversíveis.

A locução efeitos irreversíveis, sem dúvida merece atenção. Por Ovídio A. Baptista da Silva¹⁴⁹, leia-se a irreversibilidade dos efeitos, não irreversibilidade do provimento, como consta no parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir efeitos no plano fático.

O provimento definitivo que faz coisa julgada material é irreversível, mas, diversamente, a tutela antecipada, enquanto decisão provisória, não será irreversível, apenas, seus efeitos no plano fático podem ser irreversíveis. A decisão antecipada está sujeita à substituição, à revogação.

“O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que se pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida¹⁵⁰”.

Em trabalho específico sobre a irreversibilidade do provimento antecipado, Luiz Fernando Bellinetti segue pela mesma linha de entendimento.

O art. 273 *caput* consiste na antecipação dos efeitos do provimento final, e não antecipação do mesmo Quando se fala de provimento final este poderá ter natureza satisfativa¹⁵¹, característica não presente na tutela antecipada. Esta comporta, por vezes, uma “satisfatividade no plano fático“, já que, juridicamente, todo provimento antecipado, provisório por natureza, deve poder ser revertido!”¹⁵².

Das assertivas acima se extrai: não se trata de irreversibilidade do provimento jurisdicional que antecipa a tutela, mesmo porque passível de

¹⁴⁹SILVA, Ovídio A. Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual contida na coletânea A Reforma do Código de Processo Civil. 1996. p. 142 *apud* BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado *in* Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. coord WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1997. p. 247.

¹⁵⁰SANTOS, Ernani Fidélis dos. Atualidades sobre o Código de Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 77/78.

¹⁵¹Cumprе ressaltar que Luiz Fernando Bellinetti (Tutela Jurisdicional Satisfativa. Revista de Processo nº 81. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 98-103) tem por entendimento a tutela satisfativa aquela que se basta em si, sendo exaustiva e definitiva, não dependendo de qualquer complementação para atendimento à postulação da parte.

¹⁵²BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. p 249.

modificação, revogação a qualquer tempo (art. 273, §4º, do Código de Processo Civil). A lei trata, em verdade, da irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada, o que denomina Carreira Alvim¹⁵³ de condição de requisito negativo de concessão da tutela jurisdicional.

Os efeitos jurídicos, jamais, serão irreversíveis nos termos do dispositivo legal. A tutela antecipada deve ser concedida, quando reversíveis os efeitos no plano fático.

Há, contudo, casos em que o indeferimento da tutela pela aplicação do art. 273, §2º, do Código de Processo Civil, enseje um dano mais grave do que aquele verificado se houvesse o deferimento. *v. g.* transfusão de sangue ou amputação de membro, ambos capazes de gerar provimentos irreversíveis, cuja a negativa da tutela antecipada conduziria à morte da parte, o que, sem dúvida, também, é irreversível.

Veja-se, portanto, que o cotidiano forense oferece circunstâncias de difícil trato, e o magistrado deve julgar o caso concreto à luz do sistema. São duas as correntes dentro da doutrina.

A primeira delas dispõe solução pelo confronto dos interesses em litígio e aplicação do princípio da proporcionalidade, possibilitando equacionar e resolver o problema.

Ao se deparar com a norma do art. 273, §2º, deve o juiz verificar qual o interesse que merece ser protegido dentre os que estão em jogo no processo. Cumpre ao magistrado proteger o interesse preponderante, aplicando o princípio da proporcionalidade, ainda que implique em conceder a antecipação de tutela em situações em que esta produza efeitos irreversíveis.

A corrente tem por expoente Teori Albino Zavascki que dispõe:

[...] em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória, é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo.¹⁵⁴

¹⁵³ ALVIM, J. E. Carreira. Código de processo civil reformado. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p 124.

¹⁵⁴ Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, contida na coletânea A Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 162-163 *apud* BELLINETTI, Luiz Fernando.

Dinamarco, também, evidencia que o direito não tolera sacrifício algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que, talvez, não exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável.¹⁵⁵

Fala o autor da coexistência do princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir o sacrifício do bem menos valioso, em prol do mais valioso. Continua este: mesmo com essa atenuante não pode o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vedado na lei vigente¹⁵⁶.

Ainda, possível evidenciar a possibilidade da tutela antecipada de efeitos irreversíveis, ou seja, impossível a reconstituição ao estado anterior, caso em que a questão se finda pela conversão da medida em pagamento de perdas e danos.

Contudo, a tutela antecipada de efeitos irreversíveis é inadmissível, cite-se Calmom de Passos que preconiza razoável a prestação de caução, para que essa reversão efetivamente possa ocorrer.

A segunda das correntes, de caráter mais restritivo, tem por expoente Luiz Fernando Bellinetti que perfaz análise de fito constitucional, em que o direito à adequada tutela jurisdicional une-se ao direito do devido processo legal e ao contraditório. Este reza que “deferir-se provimento irreversível ‘data vênica’ é sacrificar não só o seu direito envolvido no caso concreto, mas, principalmente suas garantias constitucionais”¹⁵⁷.

Por refletir diferencial, confere-se maior atenção ao supracitado autor, em especial pela conclusão. O legislador deixa uma lacuna na lei, a saber, a tutela de urgência satisfativa que seria o instrumento apto à resolução dos presentes casos, sob pena de burla ao art. 273, §2º, conclue:

Irreversibilidade do provimento antecipado *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. p 247.

¹⁵⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 144.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*.

¹⁵⁷BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. p 256/259.

Quem demora para agir sofre os efeitos de sua negligência. [...] Ainda que o direito afirmado pelo autor possa ser plausível e em situação periclitante, não se pode conceder a tutela antecipada se for ela irreversível, porquanto aí os direitos do réu – constitucionalmente estabelecidos - é que restariam sacrificados. E tal sacrifício não pode ocorrer com base em uma tutela provisória (reversível), mas somente com base em uma tutela final e satisfativa¹⁵⁸.

O requerimento que visa concessão de tutela urgente satisfativa se depara com a ausência de previsão legislativa, uma lacuna legal. Assim, diante de casos urgentes sobre os quais o provimento necessariamente será satisfativo, destina-se como solução uma tutela não provisória, mas, urgente, e que observa o contraditório.

A tutela antecipada na “forma satisfativa” só teria cabimento, se o magistrado possibilitasse à parte adversa, o direito ao contraditório, uma audiência de emergência, uma convocação imediata, compatível com a natureza do provimento urgente. Assim, oportunizada a manifestação à parte, mesmo que passada *in albis*, o devido processo legal teria sido observado.

Dessa maneira se comporta a doutrina, divergindo sobre a concessão de tutela antecipada nos casos em que a medida surta efeitos irreversíveis, sendo notável que a tutela antecipada é provisória e não satisfativa, limites que devem ser observados pelos operadores do direito.

3.9 TUTELA PERANTE PEDIDO INCONTROVERSO

A Lei nº 10.444/2002 que introduziu dois novos parágrafos ao art. 273, do Código de Processo Civil, dentre eles o parágrafo 6º, “a tutela antecipada poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso” deixou explícito o que o sistema já admitia implicitamente.

De redação confusa, o dispositivo em tela quer significar que, quando toda a “parcela” do objeto do processo (mérito) se tornar incontroverso,

¹⁵⁸ Id. Ibidem.

deverá o juiz, com relação a tal parcela, proferir imediata decisão, prosseguindo o feito, apenas, em relação ao que ainda é controvertido.

Dinamarco assevera sobre o parágrafo 6º: observar-se-á quando o objeto do processo é ‘composto’ (v.g. quando formulados dois pedidos cumulados) ou ‘decomponível’ (quando o juiz pode conceder ao autor toda a quantidade que ele pediu, ou nada, ou parte dessa quantidade).¹⁵⁹

Se o autor afirma um fato e o réu o nega, instaura uma questão de fato; uma controvérsia; se afirmado o fato e o réu não o nega, haverá questão alguma a respeito desse ponto, é assunto pacífico entre as partes que terão a seu favor a presunção de corresponder a verdade (art. 302, do Código de Processo Civil)¹⁶⁰.

A incontrovérsia do art. 273, §6º está inserida na ausência de questionamento de algum dos pontos de fato contidos na inicial. A hipótese pode decorrer da admissão de parte do pedido a qual Nelson Nery Júnior ¹⁶¹ denomina – *incontrovérsia absoluta* – mas, também, quando parte do pedido, embora contestada explicitamente pelo réu, é indiscutível, ou seja, há “prova inequívoca da verossimilhança das alegações (273 *caput*, do Código de Processo Civil) *incontrovérsia relativa*”.

Na prática, ainda que o dispositivo utilize o termo incontroverso em sentido estrito, como o ponto afirmado pelo autor na inicial, terá a mesma aplicação caso esteja comprovada (e o juiz se convença disso) a verossimilhança da alegação do autor, quanto ao ponto controvertido pelo réu, mas indiscutível (*incontrovérsia relativa*).

Interessante apontamento é de Alexandre Câmara que proclama o art. 273, §6º, como hipótese de tutela definitiva, produzida por cognição exauriente, capaz de declarar a existência ou inexistência do direito material, sujeita inclusive à autoridade coisa julgada material.

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003. p. 100/101.

¹⁶⁰ Da obra clássica de CARNELUTTI. *Ponto é fundamento*. Cada afirmação contida na petição inicial é um ponto. Quando um ponto das alegações de uma parte é contrariado pelo adversário, esse ponto deixa de ser pacífico, tornando-se controvertido e assim, erigindo-se em questão – donde se vê que a questão é sempre gerada pela controvérsia lançada por uma das partes ao negar o que a outra afirmara. Daí a clássica definição como ponto controvertido de fato ou de direito.

¹⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 459/460 nota. 44

[...] há pois verdadeira cisão do julgamento de mérito, após a introdução deste § 6º, sendo certo que agora tal julgamento pode ser feito de forma parcelada, julgando-se no curso do processo as parcelas incontroversas do mérito e se reservando para a sentença o julgamento, apenas, daquilo que tenha se mantido controvertido até o fim.¹⁶²

A fórmula da cisão do julgamento não é correta pelas particulares que encerram a própria tutela antecipada. Nelson Nery Júnior dispõe a decisão proclamada com fulcro no artigo em comento “é, provisória e revogável, não se confundindo com o julgamento antecipado da lide, cuja característica da definitividade basta por si só para distinguir ambos os institutos”¹⁶³.

Outro expoente de peso, diz Dinamarco, o julgamento antecipado com sentença de mérito ocorre, apenas e tão somente, quando a incontrovérsia for total, vale dizer, sobre todos os fatos relevantes do *meritum causae*¹⁶⁴.

O entendimento de Alexandre Câmara não encontra guarida no sistema legal que repele o julgamento parcial do mérito, ainda que os fatos sejam suficientes para fundamentar esse julgamento parcial. O que interessa é o julgamento da controvérsia plena que englobará, certamente, o pedido incontroverso já antecipado pelo art. 273, §6º e demais questões que dependam de produção de provas e cognição exauriente.

Prevalece, nesse sentido a incindibilidade do julgamento, sobretudo, porque a tutela antecipada, mesmo no pedido incontroverso, há de ser confirmada em decisão final.

¹⁶² CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2004. p. 459/461.

¹⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *ibidem* p. 454, nota. 4

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003. p. 95.

3.10 CARACTERÍSTICAS

3.10.1 Provisoriedade

A provisoriedade na esfera da tutela antecipada já foi objeto de reflexão por ocasião do estudo da característica da temporariedade na tutela cautelar (conforme item 2.4.1).

No capítulo já mencionado, restou evidente que à tutela cautelar se atribui a temporariedade, mais condizente com sua natureza, porque vocacionada a ter eficácia limitada no tempo, até que os fatos e ou provas que a autorizaram, persistam e não serão sucedidas, mas, apenas extintas.

A doutrina balizada de Ovídio A. Baptista da Silva, Teori Albino Zavascki e Piero Calamandrei¹⁶⁵, constituem base para a pesquisa, sendo o último deles quem trouxe irretocável conceituação sobre os temas provisório e temporário.

A tutela antecipada é caracteristicamente provisória, porque destinada a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, por um procedimento de substituição. Veja-se, concedida a medida antecipada, transcorre o regular trâmite do processo, e, por meio de cognição exauriente, profere-se *decisum* definitivo. Ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada somente se resolve com a tutela definitiva que irá sucedê-la, para sua confirmação ou exclusão, com eficácia semelhante.

3.10.2 Revogabilidade e Modificabilidade

Consta do art. 273, §4º, do Código de Processo Civil, as características da modificação e revogabilidade da tutela antecipada. De outra maneira não poderia ser face à cognição sumária exercida pelo juiz que concede

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 86 e ss. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 34 e CALAMANDREI, Piero citado por MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 175.

tutela provisória e, portanto, passível de alteração no tempo, em que se tornará definitiva, após cognição exauriente.

Os fatos ou mesmo as provas que evidenciam a situação de urgência e autorizam a concessão da medida antecipatória, podem sofrer alteração e, o obstáculo de outrora à efetividade da prestação jurisdicional desaparecer.

A alteração das circunstâncias que, anteriormente, fundamentaram a medida pode ocasionar que esta seja modificada, porque se tornou insuficiente ou inadequada, ajustando-a à nova situação, ou que seja revogada, porque não mais perdura aquela situação autorizante.

O art. 273, §4º será aplicado todas as vezes que surgirem novas circunstâncias de fato ou de direito capazes de alterar a convicção do juiz. A medida antecipada pode, ao longo do processo, deixar de ter fundamento, devendo cessarem seus efeitos, retornando as coisas ao estado anterior.

Apenas, para a adequada terminologia pontua-se: “alteração” da situação fática e “sucessão” da decisão.

Alerta Teresa Arruda Alvim Wambier “assim, mais rigorosamente, não se poderá dizer que a decisão terá sido alterada, mas o que terá havido é a prolação de outra decisão, para outra situação”¹⁶⁶.

Completa referida autora, “alterados os fatos e o quadro probatório em que se terá embasado a decisão, anteriormente, proferida, outra deverá ser prolatada em seu lugar”¹⁶⁷.

A própria característica da provisoriedade já evidencia uma necessária sucessão da medida antecipada. Esta há de ser confirmada por comando definitivo. Com razão seja esta passível de revogação e modificação, porque ausente a coisa julgada material.

Veja-se: a concessão da tutela antecipada se dá por meio de uma decisão fundamentada, mas, provisória, não se confundindo com a sentença de mérito sujeita ao trânsito em julgado. Outrossim, a medida antecipada, concedida na própria sentença constitui-se numa unidade e, assim, atacável por recurso que uma vez provido, implicará em reforma da decisão e não na revogação ora tratada.

¹⁶⁶ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997 p. 543.

¹⁶⁷ id. Ibidem.

Eis, então, que a revogação se cinge quando a concessão advém de decisão interlocutória e não da sentença definitiva seja ela de procedência ou improcedência da medida¹⁶⁸.

Em destaque, como na tutela cautelar, a revogação na tutela antecipada, também, exige requerimento da parte interessada, não podendo ser de ofício. Caberá às partes interessadas o conhecimento dos fatos que podem ensejar a revogação e, conseqüentemente, a invocação, face à inércia do juiz¹⁶⁹.

A corrente discordante é “encabeçada” por Calmon de Passos. Entende este que “há um princípio de que o juiz deve sentenciar tendo em vista o estado em que se encontram os fatos ao tempo de sua decisão, visto como seria iníquo desconhecê-los e sentenciar como se não estivessem provados nos autos”¹⁷⁰.

O autor admite a iniciativa do magistrado para a revogação, desde que não se cuide de uma retratação do que antes se decidiu, mas, sim, de uma avaliação de fatos novos ou novas provas que não puderam ser por ele consideradas, quando da concessão da medida antecipada, provas existentes nos autos, e, que, ainda, são por ele avaliáveis. Quer pela revogação de ofício ou mediante provocação da parte, certo que este ato depende de fatos novos que justifiquem a sua alteração ou mesmo exclusão.

Saliente-se aqui análise de Teori Albino Zavascki que dispõe serem duas as causas que deflagram a revogação ou a modificação da medida antecipatória, “(a) mudança do estado de fato, e (b) aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado de prova”¹⁷¹.

Nesse sentido, elucida o autor, nos casos da letra (a) o superveniente desaparecimento da urgência ou modificação do comportamento do demandado, por si só, não justifica o retorno do *status quo ante* notadamente se persistir o juízo de verossimilhança, quanto ao direito afirmado na inicial.

A revogação ocorre, se os requisitos que ensejaram a concessão da medida desaparecerem. Não basta, apenas, a exclusão da iminência do dano, que, naquele momento se mostrou imprescindível e, agora, não mais se vislumbra. No

¹⁶⁸ Embora o presente estudo considere inadequado o entendimento de Teori Albino Zavascki (Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 115), ilustra-se, o autor opina que a sentença de improcedência promove a revogação da medida antecipatória, imediatamente, com efeito *ex tunc*.

¹⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 341.

¹⁷⁰ PASSOS, José Joaquim de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 69.

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva. 2000. p.35.

máximo, o que parece coerente, será a revogação com efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas, a suspensão de efeitos futuros, sem qualquer relação com os efeitos já exauridos e desde que, sem ônus para, o autor beneficiado com a medida.

Outrossim, na hipótese da letra (b) o exercício da cognição aprofundada poderá resultar num juízo de inverossimilhança o que inegavelmente representa modificação tanto quanto, parcial ou total da medida.

A tutela antecipada, no cumprimento de sua função essencial de entrega provisória dos efeitos da sentença ao requerente, (verossimilhança das alegações combinada com iminência de dano ou de dano de difícil reparação e, alternativamente, abuso do direito de defesa) é medida excepcional e sobre a qual recaem cuidados especiais.

A tutela do art. 273, do Código de Processo Civil, tem caráter provisório a suceder-se por decisão final. Vige sobre o crivo de uma instrução a completar-se que possibilitará afirmar em sentença o direito material já deferido ou a reversibilidade da medida ao *status quo ante* sem prejuízo à parte contra a qual a concessão da medida antecipada surtiu efeitos.

A medida que antecipa visa o equilíbrio das partes, distribuindo o ônus do processo entre as mesmas. Assim, a revogação e a modificação são ferramentas compatíveis a qualquer manifestação de tutela provisória, porque garantem discussão da utilidade da medida diante de novos fatos, evitando que qualquer das partes sofra oneração indevida, constituída por decisão mutável.

3.10.3 Não-satisfatividade

A questão da satisfatividade na tutela antecipada igualmente requer a análise na esfera do plano fático e jurídico.

Para o Direito interessa a satisfatividade, enquanto característica da tutela antecipada, no plano jurídico, em que satisfazer o direito é declará-lo existente.

Dessa maneira, necessária apontar que a tutela antecipada confere efeitos práticos da sentença, cuida ela do próprio direito material controvertido, contudo, está sujeita a decisão definitiva.

A tutela antecipada é provimento provisório, ou seja, que necessariamente será substituído por decisão definitiva, esta capaz de tornar imutável o direito. A concessão da medida antecipada não satisfaz o direito posto que pendente de decisão final que pode confirmar a decisão liminar, ou revogá-la.

Bedaque evidencia a importância da diferença entre as satisfatividades fática e jurídica que não se confundem, “visto que somente essa, por se tornar definitiva, tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto”¹⁷².

Nesse sentido, a medida antecipatória, ainda que traga efeitos no plano da realidade social, conforme entendimento de Ovídio A. Baptista da Silva (conforme item 2.4.4) é provimento não satisfativo. Veja-se, *v. g.*, a antecipação de um pedido de revisão de benefício previdenciário, ainda que majore provisoriamente o salário de benefício do segurado, somente estará coberto pelo manto da certeza quando da decisão final que tem o condão de declarar a existência ou não do direito a revisão pleiteada. Assim, a concessão da antecipação de tutela no presente caso não gera satisfação no plano jurídico, e, conseqüentemente, a tutela antecipada é não satisfativa.

3.11 PROCEDIMENTO

A tutela antecipada tal como disposta no art. 273, do Código de Processo Civil é medida inserta no processo de conhecimento, não conta com maiores especificidades. A seguir, alguns destaques de relevo:

3.11.1 Natureza da Decisão

A interpretação do dispositivo de lei demonstra que a tutela antecipada, nas hipóteses do art. 273, I, do Código de Processo Civil, tutela urgente

¹⁷² BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização) 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 313.

que visa afastar o perigo de dano, poderá ser requerida a qualquer tempo, mesmo antes da citação, liminarmente, *inaudita altera pars*¹⁷³, ou, em sede recursal, basta a demonstração dos requisitos legais, isto é, verossimilhança e situação de perigo. A concessão *in limine* ocorre se a convocação da parte contrária demonstrar prejuízo à eficácia da medida.

Segue a hipótese do art. 273, II, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Para Bedaque somente pode ocorrer após a resposta. E, conforme já mencionado, por Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷⁴, a qualquer tempo.

Nesse sentido, a tutela cautelar poderá ser concedida já no início da demanda, o que se dará por decisão interlocutória, ou mesmo em sede de sentença.

Se a concessão da medida se der *in limine*, esta não comporta instrução. As provas para que se ateste a verossimilhança das alegações devem ser pré-constituídas nos autos para imediata apreciação do magistrado.

3.11.1.2 Decisão interlocutória e sentença

Nos casos em que a concessão da medida se dá por decisão interlocutória, esta enfrenta Agravo de Instrumento, na forma não retida, visto que a hipótese de tutela antecipada, seja concessiva ou denegatória, pode causar gravame à parte, configurando a exceção do art. 522¹⁷⁵ (redação dada pela Lei nº 11.187/05 em vigor 18.1.2006).

Contudo, o caso concreto é que permitirá o julgador conhecer se a decisão é suscetível de causar lesão de grave e de difícil reparação à parte, a

¹⁷³ Se já presentes os pressupostos legais no momento da propositura da ação, nada impede seja a antecipação concedida, antes mesmo do ingresso do réu no processo. Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável [...] pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para alterá-la. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3 edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 368.

¹⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 335

¹⁷⁵ Art. 522 Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida sua interposição por instrumento. *Grifo da autora.*

ensejar agravo de imediato processamento e julgamento, vale dizer, que o agravo seja interposto por instrumento¹⁷⁶.

Outrossim, há também a concessão da medida no bojo da sentença de 1º grau. Esta decisão não necessita ser proferida em decisão interlocutória em separado, mas dentre os capítulos da sentença que versam sobre os aspectos da relação material controvertida, sujeita a recurso de apelação. Interessante destacar entendimento de Nelson Nery Júnior:

Concessão na sentença. Recurso cabível. A decisão judicial de primeiro grau não pode ser cindida para efeito de recorribilidade. Ainda que nela o juiz resolva várias questões, recebe classificação única. Se o ato do juiz resolve questões preliminares, concede tutela antecipada e extingue o processo, é classificado pelo conteúdo mais abrangente, isto é a sentença. Todas as questões decididas nessa sentença terão de ser discutidas na apelação, que é o recurso cabível contra a sentença (513, CPC). Sendo assim, não pode ser impugnando por apelação e na parte da tutela antecipada por agravo de instrumento em atenção ao princípio da singularidade dos recursos.¹⁷⁷

A utilidade da tutela antecipada na sentença de 1º grau pode causar estranheza, contudo, como esse *decisum* está sujeito ao duplo grau de jurisdição, onde, de regra, o recurso de apelação tem duplo efeito (devolutivo e suspensivo), a tutela antecipada na própria sentença tem sua razão de ser.

A norma legal determina seja interposto recurso único em prestígio ao princípio da unicidade dos recursos. Se a tutela antecipada é parte integrante da sentença, o recurso será recebido, apenas, no efeito devolutivo, posto que a tutela do art. 273 antecipa os efeitos práticos da sentença, ainda que esta esteja em discussão. Vale dizer, permite a execução provisória da medida.

¹⁷⁶NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 757 nota 8, *Pode-se observar, entretanto, que essa circunstância venha ocorrer nas tutelas de urgência, como no Mandado de Segurança, tutela antecipada, medida cautelar e todas as situações em que se pleiteia a concessão de liminar, a) indeferida a tutela de urgência, a parte que tiver que suportar os efeitos do cumprimento da decisão pode interpor Agravo de Instrumento para que o Tribunal conceda a medida; b) deferida a tutela de urgência, a parte que tiver que suportar os efeitos do cumprimento da decisão pode interpor Agravo de Instrumento para que seja cassada a medida. É possível ainda que outras situações, além das tutelas de urgência possam ensejar a interposição do Agravo de Instrumento.*

¹⁷⁷NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 757 nota 28.

Nelson Nery Júnior noticia a mesma solução. O efeito meramente devolutivo deve ser dado à apelação de sentença que confirmar a tutela antecipada anteriormente concedida (art. 520, VII, do Código de Processo Civil)¹⁷⁸.

Concedida a tutela antecipada na própria sentença, o que deve equivaler no plano prático a uma decisão judicial, a apelação não será recebida no efeito suspensivo, passando a produzir, desde logo, todos os efeitos.

Entretanto a regra não é geral para todos os pontos da sentença. A tutela antecipada pode estar limitada a um dos capítulos da sentença. Assim, somente a este capítulo específico não recai o efeito suspensivo da apelação. Os demais temas decididos pelo *decisum*, não abrangidos pela medida de antecipação, continuam ineficazes, e, portanto, o recurso será recebido no duplo efeito.

Teori Albino Zavascki, discordando do retro explicitado discorre pelo cabimento de Agravo de Instrumento à tutela antecipada deferida em simultaneidade à sentença.

O ato do juiz que aprecia o pedido de antecipação de tutela é materialmente autônomo, distinto e inconfundível com o da sentença. [...] qualquer que seja o ângulo sob o qual é examinada, a decisão que aprecia pedido de antecipação de tutela, deferindo-o ou não, é por natureza, decisão interlocutória, mesmo que sob o aspecto formal, seja proferida simultaneamente com a sentença.¹⁷⁹

O entendimento não observa o princípio da unicidade dos recursos e, portanto, não merece prosperar. Nos termos da fundamentação exposta, a tutela antecipada proferida em sentença reclama o recurso de apelação.

Além, a tutela antecipada pode ser concedida no Tribunal, se já tiver sido proferida sentença de 1º grau de jurisdição, momento que acaba o ofício do juiz *a quo* e, até mesmo nos Tribunais Superiores, em fase de recurso especial ou extraordinário, desde presentes os requisitos.

Ato contínuo, após a decisão da medida, interessa verificar o art. 273, § 3º do Código de Processo Civil, que cuida da tutela antecipada e a execução provisória.

A lei determina que se apliquem, no que couber, as regras sobre execução provisória (art. 588, revogado pela lei 11.232/2005) que devem ser

¹⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Ibidem*. p. 757.

¹⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 113.

corretamente compreendidas, com aplicação subsidiária do art. 475-O, do Código de Processo Civil.

A recente alteração no Código de Processo Civil (Lei nº 11.232/2005) que revogou o art. 588, não adaptou o art. 273, §3º. O limite imposto pelo art. 588 inc. II, da legislação precedente que impedia a prática dos atos finais (levantamento de dinheiro, alienação de domínio) quando se tratasse de execução provisória, desapareceu.

Vigora, na atualidade, ser possível alcançar, com a execução provisória, todos os efeitos práticos da execução definitiva. O único requisito para que isso se dê, é a prestação, pelo exeqüente, de caução idônea.

O mesmo ocorre na antecipação de tutela que requer a prestação de “caução suficiente (bastante para preservar os direitos do executado de eventual insucesso do exeqüente, quanto ao provimento final) e idônea (capaz de assegurar o risco da provisoriedade da antecipação)”¹⁸⁰.

A execução provisória nada mais é do que resultado da produção dos efeitos da sentença condenatória sujeita a recurso. Ante a possibilidade de a execução causar dano injusto ao executado, o legislador prevê a necessidade do exeqüente assegurar a efetividade desse resultado possível, garantindo, mediante caução, a reparação de eventual prejuízo.

Os efeitos naturais da sentença se verificam independentemente do trânsito em julgado, o que não se confunde com a tutela antecipada. A execução provisória somente difere da definitiva em razão da limitação quanto aos atos de alienação.

A antecipação de tutela não satisfaz o direito, ou seja, não elimina a crise no plano material, mas, se limita a antecipar algum efeito executivo ou mandamental do provimento, para prevenir o dano. Já, na execução provisória, o escopo imediato é a satisfação do direito, muito embora o resultado se efetive com a execução definitiva¹⁸¹.

A tutela antecipada e a caução, esta última tutela cautelar, caminham num mesmo sentido, especialmente quando o direito pretendido na tutela

¹⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 659 - art. 475-O do Código de Processo Civil.

¹⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3 edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p 401/402.

antecipada é de expressão pecuniária e, assim, facilmente convertido em perdas e danos.

A caução constitui verdadeira contracautela, pois tem a finalidade de abrandar a violência representada pela invasão da esfera jurídica do requerido, sem a adequada cognição da situação descrita pelo requerente, reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes¹⁸².

A caução deverá ser exigida toda a vez que a antecipação possa gerar prejuízo a quem deve suportar seus efeitos. Será no caso de a plausibilidade do direito não se confirmar com a cognição exauriente e a proteção conferida ao titular da situação acautelatória revelar-se injusta.

Entretanto, pontua a doutrina, há situações em que a exigência de caução acaba por inviabilizar a tutela, quando o autor não possui condições mínimas de oferecê-la (significa impedir a cautelar), quando o pedido não tem conteúdo patrimonial (não assegurar àquele que suportou os efeitos da tutela cautelar o ressarcimento do dano).

Portanto, a prestação de caução parece instrumento compatível à antecipação de tutela pelo equilíbrio das partes, para não onerar em demasia o réu. Se não houver possibilidade de sua prestação, deve o magistrado agir com prudência, posto que a reversibilidade é ponto marcante da tutela e que não pode restar afastado.

¹⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3 edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p 397.

CAPÍTULO IV – PONTOS DE IDENTIFICAÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

4.1 SEMELHANÇAS ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA (ESPÉCIE DE TUTELA DE URGÊNCIA)

Preliminarmente é importante esclarecer que o presente capítulo, bem como o próximo serão redigidos com vistas às tutelas de urgência e, conforme pontuado no trabalho (item 3.1 e 3.6) o *periculum in mora* que caracteriza a medida urgente está presente nas tutelas cautelares, sejam elas típicas ou atípicas e, na tutela antecipada somente em uma de suas possibilidades a do art. 273, I, do Código de Processo Civil. Portanto, fica ressalvada a tutela antecipada prevista no art. 273, II, do Código de Processo Civil, que prevê o requisito do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório que não se justifica pela urgência.

O estudo pretende a reflexão sobre alguns pontos de identificação entre as tutelas cautelar e antecipada que se revelam interessantes no próximo capítulo.

Brum Vaz foi capaz de expressar objetivamente o aludido propósito utilizando-se da locução “zona de interseção” a apontar a comunicação entre as tutelas e sua utilidade prática, exatamente ao auxílio do operador do direito no dia-a-dia forense.

[...] se ao proceder à comparação for possível ao jurista destilar semelhanças, êxito pode-se considerar obtido, porquanto se estará, com base na resultante “zona de interseção”, caracterizada por traços comuns, viabilizando a comunicação dos regimes de manejo pragmático dos institutos, quando dúvida houver sobre qual deva ser adequado.¹⁸³

Nessa linha de raciocínio, continua o autor, a pretensão é legítima no campo do direito, visto que as tutelas cautelar e antecipada despontam no gênero

¹⁸³VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo nº 144. São Paulo: Revista dos Tribunais. fev-2007. p. 26.

das tutelas provisórias de urgência - cognição sumária que não alcança o mérito -, de fundamento constitucional idêntico (CF/88, art. 5º, inc. XXXV) “que autoriza se comuniquem seus regimes jurídicos, sempre que não haja incompatibilidade. E, firme-se que cada uma continua com seu campo de incidência bem definido e intangível”¹⁸⁴.

Em mesmo sentido, Joaquim Felipe Spadoni enumera o prestígio ao devido processo legal CF/88, art. 5º LIV na esfera das tutelas de urgência.

Assegura a tutela cautelar, portanto, o processo principal, ou melhor dizendo, o devido processo legal a que têm direito as partes litigantes. [...] Evidencia-se, com efeito, que o objeto principal dessa espécie de tutela de urgência (tutela antecipada) é, do mesmo modo, um direito constitucional processual do autor da demanda, sendo a satisfação do direito material nele discutido meio necessário para o alcance dessa tutela”¹⁸⁵. *grifo da autora*

Destarte, identificam-se nas tutelas de urgência o fato de tutelarem a efetividade do processo com guarida constitucional.

Sob esse conjunto de fatores, adiante melhor textualizados, vê-se que a sistemática das tutelas de urgência possibilita extrair uma legítima “zona de interseção”, revelando a proximidade das tutelas e a notória utilidade do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, na disciplina do princípio da fungibilidade para conferir segurança ao sistema legal por sua previsão.

Partindo para o estudo dos pontos de identificação, evidencia-se a provisoriedade e temporariedade de ampla discussão em tópicos próprios, seja quanto à sua definição no âmbito da tutela cautelar (item 2.4), ou na tutela antecipada (item 3.10.1).

O trabalho destacou a contribuição de Piero Calamandrei que norteou o desenvolvimento do tema pela sabedoria e atualidade.

Restou que a característica da temporariedade identifica a tutela cautelar, por sua autonomia e instrumentalidade ao processo principal (a concessão

¹⁸⁴ id. ibidem p. 26.

¹⁸⁵ Para tratamento dessas situações urgentes, que demandam imediata intervenção jurisdicional, sob pena de se concretizar a ineficácia do provimento final antes que o mesmo possa ser validamente proferido, foi criada a chamada tutela de urgência, que se utiliza, no direito brasileiro hodierno, de duas técnicas diferenciadas para a sua atuação: a tutela cautelar e a tutela antecipada. SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 74 e 79.

da medida cautelar independe do provimento principal), e sua finalidade de prevenção a garantir o resultado útil e eficaz do processo.

Por outro lado, a tutela antecipada, na sua particularidade é identificada pela característica da provisoriedade, concedida com estreita relação ao pedido deduzido e o julgamento final que deverá confirmá-la ou não, caso já não tenham ocorrido alterações na situação de fato e de provas capaz de modificar ou revogar a medida a qualquer momento.

A provisoriedade revela-se na necessária sucessão da medida por outra. A tutela antecipada será concedida já sabendo que, num futuro próximo, deverá ser substituída por decisão definitiva.

Ponto pacífico nas tutelas de urgência recai sobre seu caráter de modificação e revogação, expresso no texto de lei, tutelas cautelares, nos arts. 805 e 807 e tutela antecipada no art. 273, §4º, todos do Código de Processo Civil. Estas características compõem o sistema das tutelas em apreço, pela notória compatibilidade.

Se a tutela cautelar e, sobretudo, a tutela antecipada permitiram a harmonia da efetividade do processo e da segurança jurídica, princípios constitucionais de maior relevo, unânimes em proferir decisão provisória ou temporária não preponderante, sujeitas à decisão definitiva, certo que estariam acobertadas por dispositivo a dar seqüência lógica à sua função preventiva e não definitiva, que são a revogabilidade e a modificabilidade.

As tutelas acautelatória e antecipada estão sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a eventuais alterações fáticas e de cunho probatório no decorrer do processo em que influenciarão na medida já concedida, para sua manutenção, modificação ou até mesmo revogação¹⁸⁶.

Somente a tutela definitiva acobertada pelo manto da coisa julgada é imodificável. Nessa razão, os dispositivos legais já mencionados são perfeitos ao prever mecanismo de modificação e ou revogação, quando as causas autorizantes, que deram ensejo à medida excepcional, houverem sofrido alteração e, dessa maneira, a urgência cesse possibilitando o trâmite regular do processo.

Outro ponto de identificação de grande relevância, senão o mais evidente é o receio de dano irreparável ou de difícil reparação presente a autorizar a

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005. p. 54.

tutela cautelar, leia-se o *periculum in mora*, art. 798 e, na tutela antecipada o art. 273, I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, ambas são voltadas à prevenção da lesão de um direito. Brum Vaz enuncia:

Entre tutela cautelar e tutela antecipada deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma e outra se legitimam pela *função de prevenção de dano* – ainda que diversas as naturezas do *receio de lesão* – compondo ambas o gênero *tutelas de urgência*.¹⁸⁷

Dentro dessa perspectiva chama a atenção a tutela antecipada que não prevê o receio de dano na hipótese de seu art. 273, II, do Código de Processo Civil, mas o abuso do direito de defesa ou propósito manifestamente protelatório.

Verifica-se logo que esta hipótese da tutela antecipada (art. 273, II) que não engloba a prevenção de dano (conforme item 3.1). Assim, “a *urgência* não é elemento comum de todos os casos de antecipação de tutela [...] mas está presente em todas as hipóteses de acautelamento”¹⁸⁸.

Data vênia, esta constitui a assertiva correta quanto às tutelas de urgência e não a fórmula geral, muitas vezes propagada, que a estende a todo o gênero da tutela antecipada. Ou seja, a tutela urgente na tutela antecipada está restrita à hipótese de prevenção do dano do art. 273, I, do Código de Processo Civil.

As características ora comentadas, que o foram mais profundamente ao longo do trabalho, traçam uma linha diretiva a apontar a semelhança entre as tutela cautelar e antecipada.

Os conceitos projetados no papel dimensionam duas tutelas de características específicas, dispostas em lei e exaustivamente discutidas na doutrina que denotam a idéia de simples apreensão. Entretanto, somente a análise do caso concreto evidenciará qual a tutela mais adequada à efetividade do processo, com vistas às características próprias de cada uma.

O princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência se impõe em homenagem ao fim último das tutelas de urgência, o não perecimento do direito,

¹⁸⁷VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o principio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo nº 144. São Paulo: Revista dos Tribunais. fev-2007. p. 24.

¹⁸⁸MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. p. 570.

o equilíbrio das partes, bem como a distribuição dos ônus do processo. Nos termos do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil é instrumento capaz de salvaguardar o direito, em circunstâncias em que a propositura de nova demanda deflagraria o perecimento do mesmo por completo.

4.2 DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

O presente capítulo excursiona pelas tutelas cautelar e antecipada, “pinçando” suas características para efeito de demarcar as diferenças de maior evidência, a fim de auxiliar na aplicação do princípio da fungibilidade.

No que toca ao requisito do *fumus boni iuris* a que se convencionou nesse trabalho de plausibilidade do direito de ação e da verossimilhança das alegações, é relevante delinear inicialmente que as tutelas de urgência, nos termos do tópico precedente (item 4.1) se identificam na proposta constitucional na busca da tutela de um processo efetivo.

Assim, ambas as tutelas “têm o mesmo pedido mediato, procuram a proteção do mesmo bem da vida, que é o direito a um processo eficaz”¹⁸⁹.

Outrossim, o que as distancia é a diversidade de pedidos imediatos. Isso se vê claramente no indicativo de que a providência jurisdicional da tutela cautelar (de função conservativa do *status quo* necessário à efetividade e utilidade do julgamento) não coincide com a providência da tutela antecipada (que autoriza a imediata satisfação do direito material pretendido).

Os procedimentos das tutelas cautelar e da antecipada apresentam-se particularizados e, por conseguinte, seus requisitos, tal qual acontece com o *fumus boni iuris* e a verossimilhança das alegações.

A medida cautelar, por sua própria natureza, objetiva a conservação do estado de coisas, pessoas e provas, concede medida temporária e autônoma com base no *fumus boni iuris* em que basta a plausibilidade do direito de ação principal, a aparência do direito. “Deve ser analisada, portanto, apenas, a existência

¹⁸⁹SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 80.

do direito a um julgamento de mérito, favorável ou desfavorável, no processo principal, e o risco de sua ineficácia¹⁹⁰”.

Veja-se, *v. g.*, na tutela cautelar de sustação de protesto, basta que a exigibilidade do crédito que ensejou a restrição constitua o objeto de discussão da principal a deflagrar um direito de ação. O *fumus boni iuris* estará presente a legitimar a concessão da medida cautelar.

De outro giro, a tutela antecipada tem na verossimilhança das alegações que retrata, a prova inequívoca, melhor denominada de probabilidade do direito - uma quase-certeza do direito pleiteado, que fica num ponto intermediário entre os termos.

A verossimilhança é fator mais robusto se comparado ao *fumus boni iuris*, compatível à natureza da medida que vela diretamente pelo direito controvertido. Esta requer seja demonstrada a ocorrência dos fatos constitutivos do direito alegado.

Ilustra-se, pleito de benefício assistencial (Lei nº 8.742/93) destinado à pessoa idosa, a partir de 65 anos de idade e com renda *per capita* de 1/3 do salário-mínimo, em estado de miserabilidade. Verificados na inicial as condições ora requeridas, inclusive após manifestação da Autarquia-federal, o direito tem forte evidência de certeza a autorizar a concessão da medida evitando o perigo de dano de privar aquele do mínimo necessário.

Há uma linha tênue de proximidade entre as tutelas urgentes, ambas preventivas, mas, cuja intensidade dos requisitos é proporcional aos efeitos jurídicos que evidenciam.

A tutela cautelar (*fumus boni iuris*) envolve-se, apenas, indiretamente com o bem jurídico pretendido. Autônoma, tem uma correlação com o processo principal e sobre este surte efeitos de natureza garantidora sem qualquer influência ao mérito principal.

A tutela antecipada (verossimilhança + prova inequívoca) tem direta relação com o direito material controvertido, antecipando literalmente os efeitos práticos da futura decisão definitiva. Portanto, necessário ser mais rígido o requisito da probabilidade do direito.

¹⁹⁰SPADONI, Joaquim Felipe. *Ibidem*. p. 82.

Sem dúvida que o requerimento na esfera da tutela antecipada tem que se revestir de prova mais robusta, face ao caráter de entrega, total ou parcial, ainda que provisória, do direito material pretendido.

Necessário evidenciar, ainda, a autonomia presente com exclusividade na tutela cautelar. Exatamente por não depender da principal, esta segue apartada, cumprindo sua função acautelatória. A tutela cautelar erigiu-se a um *tertium genus* ao lado da cognitiva e executiva.

Em contrapartida, a tutela antecipada é requerida no bojo do processo cognitivo, sem a instauração de processo distinto, deferida por decisão interlocutória ou em sentença. Nesta, por meio de simples petição incidental, o magistrado deverá julgar o deferimento da medida, devidamente fundamentada por prova(s) que demonstrem os requisitos autorizadores. Aqui, mister evidenciar o princípio da congruência, onde a tutela antecipada denota vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e o da sentença, portanto dependente do processo principal.

CAPÍTULO V – FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA

5.1 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA DE URGÊNCIA

As tutelas cautelar e antecipada (art. 273, I, do Código de Processo Civil), espécies de tutela de urgência, apresentam pontos de identidade e de distanciamento. Dentro dessa perspectiva, o trabalho visa o estudo da fungibilidade dessas tutelas previsto legalmente no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, com o advento da Lei nº 10.444/2002 que disciplina, “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A aplicação do princípio da fungibilidade é patente, haja vista a proximidade dos instrumentos que têm finalidade preventiva, mas, distinta quanto a seu objeto. A tutela cautelar a garantir o resultado útil do processo e a tutela antecipada a possibilitar a execução provisória do direito pleiteado, antecipando os efeitos práticos da sentença.

Sobre o tema cumpre o estudo aprofundado para a aplicação da fungibilidade diante dos casos permitidos na legislação em homenagem ao princípio da efetividade do processo e economia processual.

5.1.1 Precedentes Históricos

O princípio da fungibilidade que retrata a idéia de troca, substituição, ora inserido nas tutelas de urgência, empresta muito da doutrina precedente que o disciplinava na esfera dos recursos. O *códex* de 1939 dispunha sobre sua aplicação

no art. 810¹⁹¹, que, embora não tenha sido reproduzido na versão de 1973, norteia até os dias atuais sua aplicação na ordem legal.

A ausência de expressa disposição no Código de Processo Civil vigente (1973) preocupa a doutrina quanto aos requisitos de admissão outrora enumerados para aplicação do princípio da fungibilidade na esfera dos recursos.

Para Alcides Mendonça Lima, Milton Sanseverino e Paulo Roberto Pereira de Souza¹⁹², bastaria a reprodução do Código de 1939 na redação de seu art. 810, que previa a inexistência de erro grosseiro e de má-fé.

Nelson Nery Júnior¹⁹³ e Flávio Cheim Jorge¹⁹⁴ enumeram-nos diversamente. Para estes são requisitos de admissibilidade da fungibilidade nos recursos a ocorrência de dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro, afastando a má-fé por considerá-la de difícil conceituação.

a má-fé não é elemento a ser considerado para a admissibilidade do recurso: ou há dúvida ou, alternativamente, inexistente erro grosseiro e se aplica a fungibilidade, ou não há um desses pressupostos e o princípio não incide. Havendo um dos pressupostos para a aplicação da fungibilidade e, nada obstante agisse o recorrente de má-fé deve ser alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18, do Código de Processo Civil, mas o recurso tem que se conhecido.¹⁹⁵

Além da definição dos requisitos (ocorrência da dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro), Flávio Cheim Jorge é categórico e entende que qualquer um destes, separadamente, enseja a fungibilidade. “Verificada a ocorrência de um desses requisitos, que, no nosso entendimento, para aplicação do princípio da fungibilidade, possuem o mesmo significado, o princípio deve ser aplicado”¹⁹⁶.

A referida identidade dos requisitos se daria, porque o pressuposto da dúvida objetiva consiste nas impropriedades terminológicas presentes no próprio

¹⁹¹ Art. 810 “Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”.

¹⁹² Autores citados por JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 221.

¹⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 116.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 222

¹⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 145.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 224.

Código e na divergência da doutrina e da jurisprudência, o que conduz igualmente para a configuração do erro grosseiro.

Se o operador do direito, seja pela legislação ou o entendimento dos Tribunais, não consegue identificar qual a medida mais adequada, não pode ser este penalizado. De outro modo, se os aparatos legais e as decisões reiteradas apontam para uma das medidas e o operador do direito utiliza-se de outra, configura-se o erro grosseiro.

Para Jean Carlos Dias, a existência de dúvida objetiva constitui requisito positivo (no sentido de necessária presença); já o erro grosseiro, é requisito negativo, ou seja, somente na sua ausência é que poderá haver a potencial aplicação daquele. Assim, é a jurisprudência recente dos Tribunais pátrios que tratam da questão¹⁹⁷.

A doutrina divide-se mas delimita a aplicação da fungibilidade recursal à inexistência de erro grosseiro, existência de dúvida objetiva, e outros, ainda, pela má-fé.

O requisito da má-fé¹⁹⁸ consiste no emprego de mecanismos ardilosos e por erro intencional da parte, para auferir vantagem sobre a parte adversa, como interpor recurso inadequado em prazo maior, recurso que proporcione maior devolução de matéria e, até mesmo, com finalidade de provocar divergência na doutrina¹⁹⁹.

A fungibilidade no sistema recursal serve de base à fungibilidade das tutelas de urgência que surge, tecnicamente na legislação, em função da “zona cinzenta”. Esta significa que algumas circunstâncias especiais de urgência, também,

¹⁹⁷ Processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração na Petição no recurso ordinário em mandado de segurança. Princípio da Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Pedido de reconsideração. Intempestividade. 1. "O princípio da fungibilidade recursal reclama, para sua aplicação, a inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva do recurso cabível, observando-se, ademais, a tempestividade da inconformismo." (RCDESP na RCDESP no Ag 750.223/MG, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/12/2006.) 2. '*omissis*' (STJ, 5ª T ADROMS, Proc: 200600691221 j: 12/06/2007 DJU: 06/08/2007 Relatora LAURITA VAZ) *grifo da autora*

¹⁹⁸ Nesse sentido se posiciona nosso Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental - Pedido de Reconsideração-Apresentação após o Transcurso do Prazo Recursal Pertinente-Fungibilidade Recursal -Impossibilidade - Interposição de Recurso Via Fac-Símile -Protocolização dos Originais - Necessidade - Agravo Improvido. 1. O pedido de reconsideração, apesar de não constar no rol dos recursos previstos na legislação processual civil, pode ser recebido como o recurso pertinente em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que comprovada a interposição tempestiva da irrisignação e não haja erro grosseiro ou má-fé do recorrente. (STJ, 4ª T AGRESP Proc: 200400973868 j: 14/08/2007 DJU: 27/08/2007 Relator(a) MASSAMI UYEDA) *grifo da autora*

¹⁹⁹ sobre o tema, ver VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7º, do CPC). Revista de Processo nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano out-dez 2003. p. 74.

causam embaraço ao operador do direito diante do caso concreto, conduzindo-o a erro quanto à tutela mais adequada.

Essa temática, a questão da dúvida quanto ao instrumento mais adequado, em verdade remonta a debate travado anteriormente, qual seja antes da vigência do artigo 273, do Código de Processo Civil, quanto ao emprego inadequado de tutela cautelar para tutelas de caráter satisfativo.

Assim o era, em prestígio a efetividade do processo, em que outrora chegou-se a pleitear judicialmente a tutela cautelar, com o fim de antecipar efeitos de uma sentença, adentrando a satisfação, ainda que provisória do direito material pretendido. E, isso tudo se desdobrava, sem caráter abusivo, ante a ausência de mecanismo legal que suprimisse a lacuna de tutela urgente satisfativa (que ainda persiste no sistema).

A efetividade processual e a segurança jurídica travaram duelo que, após o advento da tutela antecipada, art. 273, do Código de Processo Civil, permitiram-se harmonizar os princípios (pelo mecanismo da mitigação em prol do princípio preponderante) e que se atendessem juridicamente à situação de emergência.

Contudo, linha tênue resta entre as tutelas cautelar e antecipada fazendo com que o operador do direito, em muitas situações, se depare com um plano nebuloso, de imprecisão, quanto à medida a ser requerida e, conseqüentemente, aplicada.

Nessa expectativa o legislador veio com a Lei nº 10.444/2002 reforçar a disciplina da tutela antecipada e inseriu o parágrafo 7º que cuida da fungibilidade das medidas em apreço.

Com o princípio da fungibilidade possível a troca da tutela urgente requerida inadequadamente (seja a tutela cautelar ou tutela antecipada) por outra que seria correta para responder ao requerimento formulado.

A fungibilidade em tela, nos estritos termos de sua redação, deve ser entendida como a que autoriza a cumulação de pedido cautelar e de conhecimento, com o necessário desaguar de uma cautelar incidental, (da antecipada para a cautelar). Todavia, o dispositivo ocasiona várias reflexões à sua efetiva visualização prática.

Nesse sentido, o presente estudo, após o exame de cada uma das tutelas e verificação de seus pontos de coincidência e de distanciamento, converge

à proposta inicial de análise particularizada do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil.

5.1.2 Art. 273, §7º, do Código de Processo Civil

Dentro da perspectiva de tutelas de urgência (cautelar e antecipada) chama a atenção a tutela antecipada posto que esta não se restringe ao receio de dano esculpido em seu art. 273, I, de imediata referência ao *periculum in mora*, mas, também, preconiza hipótese do abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do art. 273, II, todos do Código de Processo Civil.

Nisto implica a primeira observação, a tutela de urgência compreende a tutela cautelar e a tutela antecipada preventiva de dano. Sobre a tutela antecipada há casos em que não se encontra presente o requisito da urgência, tal como ocorre na hipótese do inciso II do 273, que trata da tutela antecipada punitiva, e do §6º do mesmo artigo, que cuida da tutela de pedido incontroverso.

Assim, o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, tem aplicabilidade restrita à tutela antecipada de caráter urgente, prevista no art 273, I, do Código de Processo Civil, com um reparo: a tutela antecipada é não satisfativa juridicamente (item 3.10.3).

Outro ponto a notar, é que a redação do dispositivo, “requerer providência de natureza antecipada, poderá o juiz [...] deferir a medida cautelar em caráter incidental” aponta a fungibilidade para um único sentido. Na literal interpretação do artigo, indaga-se se a aplicação da fungibilidade estaria adstrita, apenas, no sentido tutela: antecipada – cautelar.

A discussão deságua exatamente no questionamento do presente estudo, a saber, se a fungibilidade das tutelas é uma via de mão única ou via de mão dupla.

Antes do questionamento central, necessário discorrer sobre as linhas gerais do princípio no esteio da sistemática do art. 810, do Código de 1939. A fungibilidade do sistema recursal apresentava alguns requisitos de admissibilidade, a inexistência de erro grosseiro do requerente na postulação do recurso e a má-fé.

A doutrina de Joaquim Felipe Spadoni entende que a legislação precedente aplica-se ao sistema processual como um todo e, assim, perante as tutelas urgentes ainda que o art. 273, §7º nada tenha disposto. Vale dizer, que mesmo diante do silêncio da lei, a demonstração do requisito da dúvida objetiva se impõe sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé da fungibilidade das medidas²⁰⁰.

Em sentido oposto, Lúcio Delfino entende não coerente o entendimento retro, vez que não se pode atribuir má-fé a todo e qualquer pedido formulado com erro grosseiro ou na existência de dúvida objetiva. Exemplo a derrubar a tese esposada seriam as famigeradas “ações cautelares satisfativas”, isto é, ações que, embora seguindo rito cautelar, possuem em seu bojo pedido liminar eminentemente antecipatório satisfativo²⁰¹, que vigeram por longo período para garantia da efetividade processual sem prejuízo ao sistema que não oferecia outra alternativa.

Sob a avaliação do autor, a aplicação do princípio da fungibilidade não se restringe à existência de dúvida objetiva e erro grosseiro. O silêncio do texto de lei que não prevê requisitos de admissibilidade somente fortalece esse entendimento. “Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-los a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente²⁰²”.

Ainda que relevantes os apontamentos de cada uma das conjecturas levantadas, tem-se que o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, em estudo, dispositivo novo de redação “aberta” por não prever os requisitos, encontra no princípio da fungibilidade recursal competente parâmetro a seu alcance.

Dessa maneira, os requisitos ausência de erro grosseiro, má fé ou existência de dúvida objetiva também cabem perante a fungibilidade das tutelas urgentes, *v. g.*, a sustação de protesto caso típico de ampla divergência na doutrina

²⁰⁰SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 85 e, acompanhado por Eduardo Talamini. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 367-368.

²⁰¹ DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Revista de Processo nº 122, ano 2005. Revista dos Tribunais. São Paulo.p.204.

²⁰² Id. Ibidem p. 205.

e jurisprudência²⁰³ a demonstrar a necessidade de aplicação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil.

Outro tópico surge, qual seja, o alcance da fungibilidade no âmbito da tutela cautelar, se abrangeria às tutelas típicas e atípicas que dentro do Livro III já recebem tratamento especial.

Joaquim Felipe Spadoni pontua ser incabível a fungibilidade no caso de tutelas cautelares típicas, posto que o Código de Processo Civil é exaustivo quanto às hipóteses de seu cabimento, coleciona-lhe os requisitos específicos e o procedimento adequado; portanto, não se pode sustentar existência de dúvida objetiva²⁰⁴.

Desse modo, para o referido autor, a fungibilidade só teria cabimento nos casos em que envolvesse tutela cautelar atípica ou inominada e tutela antecipada, excluídas as cautelares típicas. Em mesmo sentido Brum Vaz :

Portanto, pressupõe a fungibilidade que se trate de medida cautelar inominada. Admitir-se o contrário seria revogar o Código de Processo Civil no que diz respeito ao capítulo do Processo Cautelar que restaria desnecessário diante da inovação de tutela cautelar incidental no processo de conhecimento, não obstante a diversidade do rito²⁰⁵.

²⁰³ **1) CAUTELAR. PEDIDO PARA SUSPENDER INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO E PROTESTO DE TÍTULO. DISCUSSÃO DA DÍVIDA EM JUÍZO. PRETENSÃO CAUTELAR, DE MANTER O STATU QUO DIANTE DA SITUAÇÃO DE PERIGO. DENOMINAÇÃO (EQUIVOCADA) DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE (ART. 273, §7º). REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC. DISPENSABILIDADE. PRESENÇA DO "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA". DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.** (...) A pretensão postulada não é, portanto, antecipação dos efeitos da tutela, mas, medida de natureza acautelatória dos direitos da agravante, para evitar danos de difícil ou incerta reparação em face das restrições creditícias, que o apontamento junto aos órgãos pode causar, enquanto se trava discussão judicial a respeito da dívida que resultará no débito relativo à inscrição. Assim, para a concessão da medida cautelar, basta o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, não sendo de se exigir os pressupostos da tutela antecipada, mormente o da prova inequívoca do seu direito (TJ/PR, Apelação Cível nº. 385.893-5, 13ª. Câmara Cível, Relator Desembargador Arivaldo Stela Alves, julgado em 28.02.2007, publicado em 13.04.2007 no diário da Justiça nº. 7343). *Grifo da autora*

2) AÇÃO DECLARATÓRIA. INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SUSTAÇÃO PROTESTO. BOLETO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO DESPIDO DE CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS A TIPICIDADE CREDITÍCIA E CAMBIAL. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE PERMITAM O PROTESTO POR INDICAÇÃO. Inexistindo a comprovação da remessa e posterior retenção do título pelo sacado, não há proceder ao protesto, por indicação, nos moldes do art. 21, § 3º, da lei n. 9.492/97. (TJ/SC, A.I n. 2004.009025-0, de São Bento do Sul, j: 24/06/2004, Relator: Des. Salim Schead dos Santos.) *Grifo da autora*

²⁰⁴ Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 85.

²⁰⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o principio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo nº 144. São Paulo: Revista dos Tribunais. fev-2007. p. 30.

De outro giro, Lúcio Delfino ventila ser possível a aplicação ampla e irrestrita das tutelas cautelares, nominadas ou inominadas, porque “o art. 273, §7º regula a providência de natureza cautelar, o que não significa que o rito, também, deva ser observado”²⁰⁶, sem preocupação com os próprios procedimentos regulados no Livro III.

Após os apontamentos da doutrina que diverge, resta o convencimento de que independente da tipificação da medida cautelar, típica ou atípica, o fim maior da fungibilidade deve prevalecer, a efetividade do processo e a economia processual.

Presentes os requisitos específicos da tutela que se faz mais adequada (tutela cautelar o *fumus boni iuris* + o *periculum in mora* ou a tutela antecipada de verossimilhança das alegações + *periculum in mora*), é que caberá a aplicação da fungibilidade e, conseqüente, a análise do pedido a deferir ou não a medida²⁰⁷.

Outro aspecto diz respeito à necessidade de empregar o procedimento das tutelas cautelar ou da antecipada, que guarda suas particularidades, quando da aplicação do princípio da fungibilidade.

Ainda com espeque na doutrina anterior do sistema recursal, tinha-se que aplicada a fungibilidade, o procedimento a ser seguido deve ser aquele do recurso correto.

Para as tutelas de urgência, como o próprio nome denota, o procedimento é célere e visa exatamente a prevenção do dano o que torna incompatível requerimento judicial para a adequação do procedimento, antes da concessão da medida.

²⁰⁶Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Revista de Processo nº. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 205.

²⁰⁷ PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. SFH. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE MÚTUO. DEPÓSITO JUDICIAL DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS NO VALOR QUE OS MUTUÁRIOS ENTENDEM DEVIDO. INADIMPLÊNCIA DESDE FEVEREIRO DE 2001. PRETENSÃO DE IMPEDIR A DEFLAGRAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. NÃO INSCRIÇÃO DOS NOMES DOS MUTUÁRIOS EM CADASTROS DE INADIMPLÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO.

1. A nova redação do artigo 273, do Código de Processo Civil, com a inclusão do § 7º, prevê expressamente a fungibilidade das tutelas de urgência, sendo cabível ao juiz a concessão de cautelares de forma incidental no processo, ainda que tenha a parte requerido providência que denominou antecipatória da tutela, desde que presentes os requisitos da plausibilidade do direito invocado e o perigo decorrente da demora.

2. “*omissia*” (TRF 1ª REGIÃO, 5ª T. I G Proc: 200501000627156 UF: j; 1/2/2006 DJU: 16/2/2006, Relatora Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA) *grifo da autora*

O aludido requerimento ensejaria uma solicitação de ajuste do pedido do autor à tutela sob o manto do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, o que poderia retardar a apreciação do magistrado que sem dúvida vai de encontro à proposta de efetividade do processo.

“Ademais é explícita a manifestação dos autores do anteprojeto e projeto ao afirmarem que a adoção da “fungibilidade” do procedimento tende a evitar à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso.”²⁰⁸

Assim, Joaquim Felipe Spadoni preconiza inviável seja o autor intimado para que “emende” o pedido para providenciar uma tutela cautelar em processo apartado. Diz este que “o magistrado deverá decidir o pedido de ‘antecipação de tutela’, concedendo a medida cautelar, como simples pedido incidental do próprio processo principal, sem qualquer modificação no seu procedimento originariamente estabelecido”²⁰⁹.

O tema será melhor explorado nos tópicos a seguir, nas direções da aplicação da fungibilidade das tutelas, via de mão única ou via de mão dupla.

Para arremate Bedaque reforça a idéia de identidade entre as modalidades de tutela de urgência e provisória, seja ela conservativa, ou antecipatória. E continua, o princípio da fungibilidade segundo o qual pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante, eventual equívoco do requerente ao formular o pedido²¹⁰.

5.2 PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR (VIA DE MÃO ÚNICA)

Na expressa disposição do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, o requerimento de tutela antecipada realizado com equívoco, permite a fungibilidade para a tutela cautelar, desde que presentes os requisitos.

²⁰⁸SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 87.

²⁰⁹Ibidem. p. 87.

²¹⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3ª. edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p 381.

Há os que consideram a expressa orientação do artigo, em destaque Eduardo Melo de Mesquita:

Não se pode olvidar, porém que a jovialidade do instituto é fator que acena para uma maior tolerância, quando da dedução de pedido de antecipação da tutela e de fato tratar-se de tutela cautelar, *i.e.*, a denominada *fungibilidade* de institutos. A recíproca não é possível, porquanto não se pode antecipar a tutela através de processo cautelar autônomo, vez que este não se presta a antecipar efeitos próprios do provimento final, pois devem ser antecipados no bojo do processo principal.²¹¹

Propagador da concepção estrita da redação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, está Arruda Alvim:

Parece esta subjacente na *mens legis* que, por serem os pressupostos da tutela antecipada mais significativamente exigentes do que os da medida cautelar, ainda que aqueles não se encontrem presentes, com intensidade própria e necessária para concessão de tutela antecipada que esses mesmos, satisfaçam inteiramente, ao grau do calibre de cautelaridade, próprio de medida cautelar.²¹²

Arruda Alvim pondera o art. 273, §7º enumerando três interpretações. A ‘primeira’ circunscreve a hipótese de mero erro de nomenclatura, se o requerente solicitou medida cautelar com o *nomem iuris* de tutela antecipada.

A ‘segunda’, indaga se o texto legal em apreço envolveria poderes mais amplos para o juiz, como na hipótese de pedido de tutela antecipada não cabível, se o magistrado estaria autorizado a admiti-la como tutela cautelar, porque cabível. Nessa segunda hipótese, o autor envolve a regra do art. 798, do Código de Processo Civil, como pano de fundo pelo poder que confere ao magistrado de determinar a medida que julgar adequada:

O art. 798 enseja que o juiz possa “determinar as medidas provisórias que julgar “adequadas”, no que está inafastavelmente implicada, no campo do poder cautelar geral, *certa criatividade do juiz, no que diz com o conceber a medida cautelar* “que julgar adequada²¹³. *grifo da autora*

²¹¹MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 427.

²¹²ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da Antecipação de tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Revista de Processo nº 108. São Paulo: Revista dos Tribunais. out- dez 2002. p. 107/108.

²¹³ ALVIM, Arruda. Ibidem. p. 107/108.

Uma ‘terceira’ interpretação seria se a fungibilidade do parágrafo em comento se apresenta como uma via de mão dupla.

Para Arruda Alvim, esta última interpretação implica que o legislador teria dito menos do que desejava dizer (*dixit minun quam voluit*). Se requerida medida cautelar, mas, se em tudo e por tudo estiverem presentes os requisitos da tutela antecipada, o autor inclina-se pela possibilidade de o juiz vir a conceder a tutela antecipada, pois, se verificará, apenas, e tão somente, erro de nomenclatura.

Se a parte requerer medida cautelar propriamente dita e for hipótese de tutela antecipada, esclarece que a tutela cautelar tem envergadura menor do que aquela que poderia ter sido pedida no bojo de uma tutela antecipada. Por esta razão o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte. O juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada²¹⁴.

As manifestações da doutrina, assim, se apresentam, com poucos adeptos a justificar a teoria da via de mão única que tem por fundamento a literal interpretação do disposto no art. 273, §7º, apegados a rigidez formal.

5.3 PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR E CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (VIA DE MÃO DUPLA)

Questionamento central e de maior evidência no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, é a aplicabilidade do dispositivo no sentido inverso ao expresso no texto de lei, qual seja, requerida a tutela cautelar seja recebida como tutela antecipada, pela aplicação do princípio da fungibilidade.

Postula Bedaque que a fungibilidade opera nas duas direções, não está adstrita a fungibilidade de problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é a da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final.²¹⁵

Também, em nota, Nelson Nery Júnior dispõe que a fungibilidade é uma via de duplo sentido. Confira-se:

²¹⁴ ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da Antecipação de tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Revista de Processo nº 108. São Paulo: Revista dos Tribunais. out- dez 2002. p. 108.

²¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3ª. edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 389.

FUNGIBILIDADE. CAUTELAR INCIDENTAL. Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza de cautelar, não pode indeferir o pedido da tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido de cautelar incidental. Deve receber o pedido, portanto, como se fosse cautelar se presentes os requisitos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*).²¹⁶

FUNGIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. A recíproca é verdadeira. Transformar pedido de cautelar incidental em tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipatória o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que se adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só poderá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação.²¹⁷

O debate é intenso na doutrina e deve ser amplamente discutido.

Dinamarco afirma:

[...] não existe “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. Duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes. O §7º, 273, veio a contribuir ao desembaraço da aplicação das tutelas de urgência, sobretudo, da antecipatória, que conta com disciplinamento exíguo no *códex*, apenas o artigo 273, acabou incompreendido pela doutrina”.²¹⁸

Para o autor, a fungibilidade entre as duas medidas – cautelar e antecipada e vice-versa - deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas de urgência, ou seja, de que há muito na disciplina das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.

Veja que Dinamarco, inclusive, tece crítica à justificativa do projeto que culminou com a tutela antecipada ao dispor que não se fala de fungibilidade de

²¹⁶NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p 460, nota 48.

²¹⁷. id ibidem, nota 49.

²¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003. p. 90 *usque* 92.

procedimentos, posto que o procedimento pode até ser o mesmo, ou seja, a disciplina dos atos a realizar. Não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. Trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.

Joaquim Felipe Spadoni entende ser legítima a hipótese de dupla direção do art. 273, §7º, face ao princípio constitucional da isonomia, quando as partes diante da “zona de penumbra” quanto à tutela adequada, seja o emprego de tutela cautelar ou de tutela antecipada, merecem idêntico tratamento²¹⁹.

Observa-se, portanto, acirrado debate da doutrina, sendo não unânime a interpretação do dispositivo como uma via de mão dupla, apesar de maior posicionamento nesse sentido. E a jurisprudência tem dado mostras de igual entendimento²²⁰.

Ademais, a doutrina não se posiciona firme e claramente a respeito da aplicação prática do texto do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, o que implica o necessário amadurecimento da matéria, na esfera doutrinária e jurisprudencial para alcance de seus objetivos.

Joaquim Felipe Spadoni cinge consideração acerca do procedimento adotável frente à fungibilidade em apreço.

Na tutela cautelar requerida de maneira equivocada posto que adequada a regulação pela tutela antecipada, “deve o magistrado recebê-la como

²¹⁹ Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 88

²²⁰ APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL – FUNGIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS –RECURSO PROVIDO. I Presentes os requisitos, o art. 273, § 7º, do CPC, permite a fungibilidade de tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental, requerida a título de antecipação de tutela - e vice-versa. II Recurso provido para determinar a apreciação do pedido à luz do princípio da fungibilidade inserto no art. 273, § 7º do CPC.(TRF 2ª REGIÃO, AC – 320891, Proc: 200251015300049 j: 26/06/2007 DJU:13/09/2007, Relatora JUIZA LILIANE RORIZ) *Grifo da autora* PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR VISANDO UM NÃO-FAZER. TUTELA SATISFATIVA, APESAR DE BASEADA NA URGÊNCIA. §7º DO ART. 273 DO CPC. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM PROL DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PROVIMENTO DO APELO. I Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados, enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º, do art. 273 do Código de Processo Civil; V Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório. Instrumentalidade do processo; VI Apelo conhecido e provido. *Grifo da autora* (TRF 2ª REGIÃO, 4ª T, AC – 265793. Proc: 200102010202353 j: 03/06/2003 DJU:07/07/2003 Relator JUIZ JOSÉ ÂNTONIO NEIVA)

simples petição incidente do processo principal”, (sem determinar citação ou processamento em autos apartados). “Se assim estiver autuada deverá diligenciar pelo cancelamento do registro e autuação”. Contudo, em respeito a natureza urgente da medida, os atos de formalização da tutela antecipada deverão dar-se em momento posterior à análise do magistrado do teor do requerimento.

O autor vai além, preconizando, fielmente, o fim último do pedido antecipatório. O juiz se ocupa primeiro da análise do pedido e da presença de seus requisitos. Ocorre que diante da ausência de prova inequívoca (o autor preparara a medida com vistas à tutela cautelar de requisito mais brando), o magistrado deverá propiciar ao autor que emende o pedido, com prazo para que compareça aos autos com as provas suficientes. Caso contrário impor-se-á o indeferimento da medida por falta de um dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil²²¹.

Na hipótese do pedido cautelar ser substituído pela tutela antecipada (via de mão dupla), verifica-se que a medida cautelar pode ser antecedente ou incidente ao processo. Quanto à medida antecedente, a doutrina estudou a circunstância enumerando-a, nos termos abaixo.

Pela abrangência da tutela jurisdicional prestada na tutela antecipada, que visa tutela provisória que antecipe os efeitos da sentença de mérito e, portanto implica coincidência com o pedido inicial, entende-se imprescindível que o autor já tenha delimitado seu pedido na inicial.

Na fungibilidade pela via inversa, no sentido da tutela cautelar para tutela antecipada, depara-se com medida mais rígida em razão dos requisitos da tutela antecipada a causar possível incompatibilidade. Joaquim Felipe Spadoni questiona “como pode ser antecipada a tutela sem que se conheça ao menos, o que o autor pretende de forma definitiva?”²²²,

Conforme estudo anterior a tutela cautelar é autônoma e, apenas, correlacionada ao processo principal. Legitima-se com a evidência do direito do processo principal (*fumus boni iuris*), restando imaculado o direito material pretendido, situação oposta à tutela antecipada. Portanto, parece ponto sem solução.

²²¹ Nesse aspecto é acompanhado por Lúcio Delfino, Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Revista de Processo nº. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 206-207.

²²² SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 91.

Para a fungibilidade da tutela cautelar sentido tutela antecipada, deve o magistrado conhecer o pedido como se medida antecipada fosse, analisando-lhe os requisitos que deverão estar presentes (verossimilhança + *periculum in mora*), ou oportunizando à parte, prazo para que os ofereça, para, então, ventilar o indeferimento, observando que o prazo é exíguo para a utilidade da medida urgente.

Desse modo a fungibilidade só terá razão de ser processada se a parte, no momento da propositura do pedido, disponibilizar de todo conjunto probatório. Não há prazo para produção de provas, no máximo, prazo para a juntada das provas senão manifesta a impossibilidade do requerimento.

Por esta razão, ainda que o tempo seja mínimo, o autor conseguiria adequar o pedido da medida antecipada, sem perder o caráter da urgência e permitir sua viabilidade. Em complemento, Lúcio Delfino enumera que o aludido ajuste deve ocorrer “antes, obviamente, da citação do réu [...] face à técnica do saneamento difuso do processo, tendo como marco inicial o ato de convencimento da peça inicial”²²³, recebida somente se presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Dessa maneira, fixa-se a possibilidade, o procedimento e o momento, bastantes em si, para que se efetive a fungibilidade da tutela.

A fungibilidade das medidas como via de mão dupla apresenta-se coerente e viável dentro da perspectiva apresentada, pela adequação do procedimento, dentro da realidade das tutelas urgentes, ainda que em momento posterior.

Verificada a existência dos requisitos ensejadores da medida mais apropriada, fato certo que o magistrado deve aplicar o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, a fim de bem empregar o princípio e prestigiar a efetividade do processo, bem como a economia processual.

²²³DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Revista de Processo nº. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 217-218.

CONCLUSÃO

O trabalho em tela tratou de temas atuais e sobre os quais ainda há divergência, a tutela cautelar e a tutela antecipada.

O direito realmente se estrutura, e o Estado, no monopólio da Justiça, aparelha-se para bem prestar a tutela jurisdicional.

As necessidades do dia a dia impulsionam o incremento das relações humanas e a constante evolução do direito proporciona o enriquecimento do sistema.

Assim, se verificou com o sistema legal em relação às tutelas urgentes, procurando introduzir normas hábeis à resolução do conflito e, nesse caso, para garantia do resultado útil do processo e da tutela pretendida.

Dessa maneira, adveio a tutela cautelar presente no ordenamento, já, na edição do Código de 1939, ainda que firmada nos moldes atuais com o *códex* de 1973 e, a tutela antecipada que veio vinte anos mais tarde, pela Reforma do Código de Processo Civil - Lei nº 8.952/94, ampliada pela Lei nº 10.444/2002.

Apesar da distância temporal, é possível identificar um enriquecimento na disciplina das tutelas de urgência das quais são espécie as tutelas cautelar e antecipada, esta última na hipótese de seu art. 273, I, do Código de Processo Civil, exclusivamente.

O presente trabalho objetivou traçar um panorama, diga-se de “função comparativa”, despontando as semelhanças das tutelas urgentes, em destaque à tutela cautelar e à tutela antecipada.

Dimensionou os pontos que refletem a necessária identidade de cada uma delas, denominada pela doutrina de “pontos de interseção” e, de outro modo, fixou os pontos de distanciamento que contribuem à sua individualização e assimilação da dúvida à conclamada “zona de penumbra”.

O embaraço entre as tutelas, acenando para a imprecisão da medida urgente mais adequada à tutela do direito pretendida, ocorre, hodiernamente, para todos os operadores do direito, advogados e magistrados, sem distinção.

Verificando que a tutela de urgência vela pelo procedimento ágil e célere à proteção do direito ou de sua expectativa, a questão tormentosa da dúvida

quanto à aplicação da medida mais adequada, cautelar ou antecipada, vai de encontro à sua proposta.

O requerimento impróprio de uma medida urgente poderia fulminar o direito pretendido ante a ausência de tempo para a propositura de nova demanda. Sem mecanismos que tornem mais acessível sua aplicação, a medida urgente pode se tornar vazia e sem utilidade.

Nesse sentido, sob o manto do “melhoramento” do sistema surge a fungibilidade das tutelas, legalmente disciplinada pela Lei nº 10.444/2002, com a introdução do parágrafo 7º ao art. 273, portanto, de recentíssimo tratamento, que merece atenção dos estudiosos pela relevância jurídica.

O perigo da demora aflige o ser humano no seu íntimo. A discussão judicial já causa às partes uma sensação de frustração, vez que tiveram que “lançar mão” de instrumento de alto custo e, sobretudo, moroso, o processo judicial.

O fator tempo, como mencionado alhures é essencial ao bom desenvolvimento da discussão, que demanda a seqüência de atos necessários do processo, a cognição exauriente e entrega da tutela definitiva, observado inteiramente o devido processo legal. Nessa unidade extensa presume-se que as partes tenham exercido seu direito de pleito e de defesa e, certamente, que lhes foram oportunizados os momentos para tal exercício. Assim, a cognição plena pretende exaurir todos os pontos em conflito e confere segurança à decisão judicial, mas, apenas, ao final, após a longa jornada da argüição.

Sem dúvida que o equilíbrio das partes, oportunizado pela tutela cautelar a afiançar o resultado útil da demanda, bem como, a distribuição dos ônus do processo, na tutela antecipada, fazendo com que a parte detentora e capaz de demonstrar a verossimilhança de suas alegações por prova inequívoca e demais requisitos necessários do art. 273, do Código de Processo Civil, possa usufruir ainda que provisoriamente do bem pretendido (antecipação dos efeitos práticos da sentença) causaram revolução quanto à atual busca do direito, a efetividade do processo.

Assim, preocupa-se o legislador quanto aos instrumentos da tutela de urgência e seu concebido alcance jurisdicional, de tornar efetivo o processo.

Mister evidenciar a tutela cautelar. Veja-se: esta por longa data se pôs como único instrumento processual liminar ao atendimento de pedidos imediatos da tutela jurisdicional, mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988 que

despontou fortemente o sentido de efetividade processual, em seus dispositivos, sobretudo pela inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV).

A tutela antecipada aflorou anos mais tarde pela Lei nº 8.952/94, quando o direito já clamava por tutelas urgentes satisfativas. Inúmeros são os exemplos e, velada é a admissão da tutela cautelar, ainda que estranha à sua finalidade, marcadamente garantidora.

Apesar dos doutrinadores proclamarem a “purificação” da tutela cautelar com o advento da tutela antecipada, posto que esta ocuparia o lugar vago no sistema e, necessário às situações de emergência que requerem a antecipação dos efeitos da sentença, a questão não se desenrola tão facilmente.

Quando as relações sociais exigem uma tutela e o sistema se adapta ainda que precariamente (tutela cautelar satisfativa), o advento da regra justa (tutela antecipada), não apaga os contornos dados à questão antecedente e restam “raízes”.

Observa-se sistematicamente, no Código de Processo Civil de 1973, as medidas cautelares típicas passaram a conviver com um poder geral de cautela (art. 798). Essa medida cautelar genérica cedeu às circunstâncias urgentes que reclamavam por uma providência cautelar satisfativa, que foge à sua função preventiva. Então, diante do procedimento inadequado, o sistema processual veio e determinou competente a tutela antecipada do art. 273, para as demandas provisórias e não satisfativas: as tutelas cautelares se “purificaram”.

Enquanto tinta lançada no papel, o ciclo das tutelas urgentes parece simples e perfeito, cada qual ocupando seu devido lugar.

Contudo, as situações se entrelaçam, as questões e lides se complicam, a dúvida aparece.

Conclui-se que o motivo principal do tumulto no seio das tutelas de urgência se exprime com maior evidência em um só tema, qual seja que ambas têm por mote a prevenção do dano e esse, sem dúvida, move o emprego das tutelas urgentes no direito.

Dessa maneira, quando o caso concreto torna lúcido seja uma questão de prevenção de dano, o operador do direito se depara com duas hipóteses, tutela cautelar e tutela antecipada, devendo continuar o exame para achar os demais requisitos e definir a tutela mais adequada.

Todavia, por vezes, o *periculum in mora* é o requisito mais evidente, é quase soberano naquela situação de emergência que deve ser amparada.

Assim, necessário persistir na pesquisa dos demais requisitos. Vejam-se os pontos de distanciamento evidenciados no decorrer deste trabalho (*fumus boni iuris* e verossimilhança das alegações) que, realmente, guardam características próprias e podem diferenciar as tutelas. Mas nos termos ora apreendidos, podem eles se revestir de tímida aparência, o que causa dúvida no operador do direito.

Certo que a tutela é urgente, o operador do direito deve concretizar seu pleito, investigando ao máximo os requisitos, então, periféricos, mas, que têm importância na caracterização da tutela mais adequada à necessidade do requerente.

Requerida a medida e sendo esta imprópria à tutela preventiva, necessário que se alcance a real necessidade da demanda, extraindo melhor o conteúdo de uma prova, de um fato, e cumprindo a aplicação do princípio da fungibilidade para aproveitamento do pedido, tomando esse como correto.

Por esta razão resta claro que o princípio da fungibilidade é uma via de mão dupla, porque tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada na sua hipótese do art. 273, I, do Código de Processo Civil, coincidem no requisito da *periculum in mora* e podem trazer ao mundo circunstâncias nebulosas. Acenar para outra conclusão seria negar todo o estudo e o cerceamento da eficácia do dispositivo.

Ainda que a doutrina esposada sabiamente tenha se preocupado com a literalidade do dispositivo do art. 273, §7º do Código de Processo Civil, o procedimento a ser seguido após o emprego da fungibilidade, o alcance às medidas cautelares típicas e atípicas, precedentes e incidentais, que foi devidamente ventilado no capítulo V e, que, realmente, merece atenção, o presente trabalho teve por priorizar conhecer a nascente da questão, qual a importância do tema, e, conseqüentemente, fixar a aplicação da fungibilidade como via de mão dupla, o que vem sendo reiteradamente aceito nos Tribunais.

Veja-se: para melhor sinalização do art. 273, §7º, se perquiriu da fungibilidade no sistema recursal pátrio, orientações estas primordiais a fim de bem guiar seu emprego face às tutelas urgentes, com razão parte da doutrina que assim convencionou.

A fungibilidade permite o aproveitamento do pleito, pela substituição por outra medida, porque mais adequada ao requerimento e compatível com o fim

almejado, sem descuidar o art. 273, §7º da presença dos requisitos autorizadores da tutela específica e a boa-fé daquele que se vê obrigado ao emprego da fungibilidade.

Certo que a fungibilidade das tutelas urgentes não pode se tornar um instrumento iníquo, desvirtuando-se de sua finalidade primeira, qual seja, o acerto da medida urgente e economia processual, é que seu estudo se faz atual e necessário.

Questão latente na hipótese de via de mão dupla é que os requisitos da tutela antecipada, com destaque para a verossimilhança das alegações e prova inequívoca, erigem-se em condições mais robustas diante do *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

Assim, o é pela natureza da tutela antecipada, nesta os efeitos de sua decisão recaem sobre o próprio direito material em pleito, e há necessária relação com o pedido inicial e a sentença de mérito, enquanto, de não menos importância, mas, finalidade distinta, a tutela cautelar visa garantir o processo e somente por via indireta o direito material.

Veja-se, as conseqüências jurídicas em sede de tutela antecipada afligem em maior grau a esfera da outra parte se comparada à tutela cautelar. A parte requerida na tutela antecipada será mais penalizada em relação àquele que ocupa a mesma posição na tutela cautelar. Note-se que na tutela antecipada se sentirá desde a fase inicial os efeitos práticos da sentença. Já na tutela cautelar, que visa restabelecer o equilíbrio das partes com finalidade de alcance de uma decisão útil, a parte pode sofrer a constrição de um bem, sua indisponibilidade, mas sem atingimento do direito controvertido e pretendido pela parte acautelada.

Em notas conclusivas, o princípio da fungibilidade é aplicado como via de mão dupla, vez que as tutelas cautelar e antecipada têm por finalidade a prevenção do dano, ora ao processo e ora ao direito propriamente dito, como fundamento constitucional semelhante que privilegia a efetividade do processo que implica ao Estado-juiz resolver os litígios o mais próximo possível daquele desfecho que se teria se a parte tivesse cumprido espontaneamente a questão.

Pelo estudo do tema pode-se constatar que a fungibilidade disciplinada no art. 273, § 7º do Código só cumprirá sua verdadeira intenção legislativa se servir de instrumento a ambas as tutelas, para alcançar seu fim último, possibilitar pela substituição da medida urgente, que seja prestada tutela jurisdicional àquele que a reclama, e isso só se concretizará pelo emprego da medida adequada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós” Revista de Processo nº 97, estudos em homenagem ao Min. Silvio Figueiredo Teixeira. São Paulo: Revista dos Tribunais. janeiro – março 2000.

_____. Notas sobre a disciplina da Antecipação de tutela na Lei 10.444. Revista de Processo nº 108. São Paulo: Revista dos Tribunais. out- dez 2002.

_____. Tratado de Direito Processual Civil. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

ALVIM, J. E. Carreira. Código de processo civil reformado. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

BAUR, Fritz Tutela jurídica mediante medidas cautelares. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor. 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. Revista de Processo nº 104. São Paulo: Revista dos Tribunais. dezembro 2001.

_____. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Influência do Direito Material sobre o processo. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização) 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Sentença Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

_____. Tutela Jurisdicional Satisfativa. Revista de Processo nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

_____. Direito e Processo inserido obra Processo e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. Irreversibilidade do provimento antecipado *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1997.

CASTRO FILHO, Jose Olympio de. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. Revista Forense. nº 246. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. volume I. Campinas: Bookseller. 3ª edição. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Direito Processual Civil e Penal. Volume I. Campinas: Peritas. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Lições de Direito Processual Civil". Rio de Janeiro: Lúmen Júris. vol I e III. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. Revista de Processo nº 119. São Paulo: Revista dos Tribunais. janeiro 2005.

_____. A Reforma da Reforma. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

_____. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, vol.I. São Paulo: Malheiros. 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. Revista de Processo nº 108. São Paulo: Revista dos Tribunais. out-dez 2002.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. Revista de Processo nº 122. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

DIAS, Jean Carlos. Tutelas de urgência. Princípio sistemático da fungibilidade. Curitiba: Juruá. 2003.

FRIEDE, Reis. Medidas Liminares (e providências cautelares ínsitas). Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.

FERREIRA, Willian Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

FUX, Luís. Tutela de segurança e tutela de evidência (Fundamentos da tutela antecipada) São Paulo: Saraiva. 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. Revista de Processo nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril-junho 1995.

JORGE, Flávio Cheim. O Processo cautelar e o poder geral de cautela do Juiz. Revista de Processo nº 87. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 22 julho-setembro 1997.

_____. Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

LACERDA, Galeno. Processo Cautelar. Revista Forense nº 246. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil, volume VIII, Tomo I, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. volume I. Tocantis: Intelectos. 2003.

LOPES, João Batista. Efetividade do processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo do processo moderno – Justiça morosa? Revista de Processo nº 105. ano 27. São Paulo: Revista dos Tribunais. janeiro -março 2002.

LOPES DA COSTA. Alfredo de Araújo. Medidas preventivas: medidas preparatórias - medidas de conservação. São Paulo: Sugestões Literárias S.A. 1966.

MACHADO, Cláudio da Costa. Tutela antecipada, São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e Tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1994.

_____. Tutela Cautelar e Tutela antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

_____. Antecipação da Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MESQUITA, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. VIII. Distrito Federal: Revista Forense. 1959.

MORAES E BARROS. Hamilton de. Breves considerações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973. Revista Forense. nº 246. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Revista dos Tribunais: São Paulo. coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1997.

NERY JÚNIOR. Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. Atualidades sobre o Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

_____. Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Pons. 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. Atualidades sobre o Código de Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Do Processo Cautelar. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

_____. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 1992.

_____. Curso de processo civil, vol III, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Síntese informativa do processo cautelar. Revista Forense. nº 247. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. Revista de Processo nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Leud. 2005.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Revista de Processo nº 125. São Paulo: Revista dos Tribunais. julho 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo nº 144. São Paulo: Revista dos Tribunais. fev/2007.

VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. volume 2. São Paulo: AXIS MUNDI IBET. 2003.

VILAR, Willard de Castro. Medidas Cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1971.

VIANNA DE LIMA, Cláudio. O processo cautelar no novo Código de Processo Civil. Revista Forense. nº 246. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. julho/ago/set 1974.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7º, do CPC). Revista de Processo nº 112. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano out-dez 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante Revista de Processo nº 82. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril - junho 1996.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Perfil. 2005.

_____. Curso Avançado de Processo Civil. vol.1 São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

_____. Liminares: alguns aspectos polêmicos. *In* Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.