

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**ESBOÇO GERAL SOBRE O TEMPO DO PROCESSO E SUA  
RELAÇÃO COM A TUTELA ANTECIPADA E A FUNGIBILIDADE DE  
MEIOS**

**Alex Junior Silva Souza**

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ESBOÇO GERAL SOBRE O TEMPO DO PROCESSO E SUA  
RELAÇÃO COM A TUTELA ANTECIPADA E A FUNGIBILIDADE DE  
MEIOS**

**Alex Junior Silva Souza**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gilberto Notário Ligerio.

**ESBOÇO GERAL SOBRE O TEMPO DO PROCESSO E SUA  
RELAÇÃO COM A TUTELA ANTECIPADA E A FUNGIBILIDADE DE  
MEIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

---

Dr. Gilberto Notário Ligerio  
Orientador

---

Dr. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago  
Rodrigues  
Examinador

---

Dra. Deborah Rocha Rodrigues Zola  
Examinadora

Presidente Prudente, 27 de setembro de 2012

Porque estou certo de que nem a morte, nem a vida, nem os anjos, nem os principados, nem as potestades, nem o presente, nem o porvir.

Nem a altura, nem a profundidade, nem alguma outra criatura nos poderá separar do amor de Deus, que está em Cristo Jesus, nosso Senhor.

Romanos, Cap. 8, vers. 38-39

Dedico este trabalho ao meu Senhor Jesus, que até aqui tem me sustentado, e a minha família, minha maior alegria.

## AGRADECIMENTOS

Obrigado meu Deus por suas infinitas misericórdias sobre minha vida, e porque até aqui o Senhor tem sido fiel.

Agradeço a minha família por todo o incentivo que sempre me deram, especialmente, aos meus pais, Giselle e Cezar, que na simplicidade me proporcionaram muito amor, carinho e fizeram de tudo para que eu pudesse me formar. Ao meu pai Luis, que mesmo não estando mais aqui, sei que ficaria muito feliz, porque é um sonho meu e dele se realizando.

Agradeço aos professores da Faculdade Toledo de Presidente Prudente por contribuírem com a minha formação profissional, mas, especialmente, ao Professor Gilberto Notário Ligerio que me aceitou como seu orientando, e dedicou o seu tempo, durante todo o ano, me auxiliando e instruindo para que esse trabalho fosse concluído. Agradeço por sua sempre presente disponibilidade e boa vontade, de inclusive emprestar livros particulares, e me atender em seu escritório, muito obrigado, professor.

Agradeço também ao Professor Daniel Colnago pelas excelentes aulas de processo civil, que inclusive, contribuíram muito para a produção deste trabalho. Agradeço ainda por sempre se dispor a me ajudar, e por aceitar ser meu examinador. O senhor é um ótimo professor e sei que ainda fará muito sucesso.

Por fim, agradeço a Dra Deborah Rocha, por todo o seu conhecimento jurídico e simpatia que a fazem uma das melhores advogadas da nossa região. Obrigado por aceitar o meu convite de ser a minha examinadora, é uma grande honra para mim.

## RESUMO

O presente trabalho procura desenvolver o raciocínio jurídico no tocante à importância de se conhecer as lesões derivadas da morosidade processual, assim como explicar meios que auxiliem na prestação da tutela jurisdicional, para que se conheça o dever estatal de propiciar socorro aos que nele buscam, objetivando, com isso, o desenvolvimento social e a aplicação de justiça. Neste mesmo raciocínio, buscou-se aprofundar o tema analisando as tutelas de urgência, em especial o instituto da tutela antecipada, que foi criado pelo legislador com a finalidade de possibilitar a parte interessada fruir antecipadamente do próprio bem da vida, quando houver riscos de ineficácia em esperar uma sentença de mérito, sendo que, para a elaboração desta pesquisa, foi realizada uma diferenciação entre os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar, e analisada a possibilidade de fungibilidade entre ambas, bem como foram abordadas algumas questões polêmicas que abarcam os dois institutos.

**Palavras-chave:** Razoável duração do processo. Instrumentalidade processual. Tutela cautelar. Tutela antecipada. Fungibilidade.

## ABSTRACT

The present work comes to debate about the lesions derived from processing delays, as well as explain ways that assist in providing legal protection to not suffer prejudice, aiming with this, the development and application of social justice. In this same reasoning, we sought to deepen the theme analyzing the urgency's tutelage, especially early tutelage, which was created by the legislature in order to allow the interested party, not suffer prejudice, when risk ineffectiveness expect a judgment on the merits. We performed a differentiation between the urgency's tutelage, and discussed the possibility of fungibility between then, as well as discuss some controversial issues that span the two institutes.

**Keywords:** Average processing time. Procedural instrumentality. Precautionary tutelage. Early tutelage. Fungibility.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 O TEMPO E O DIREITO PROCESSUAL</b> .....	11
1.1 O processo como instrumento de concretização de direitos ameaçados ou violados .....	11
1.2 O tempo do processo .....	13
1.2.1 O direito fundamental à razoável duração do processo .....	14
<b>2 DA TUTELA JURISDICIONAL</b> .....	17
2.1 Definição de tutela jurisdicional .....	17
2.2 Tutela jurisdicional como direito fundamental .....	18
2.3 Classificação da tutela jurisdicional.....	19
<b>3 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA</b> .....	24
3.1 Tutela cautelar – definição .....	24
3.1.2 Natureza jurídica da tutela cautelar .....	25
3.1.3 Características da tutela cautelar .....	26
3.1.4 Pressupostos da tutela cautelar .....	28
3.2 Tutela antecipada – definição .....	30
3.2.1 Natureza jurídica da tutela antecipada .....	32
3.2.2 Requisitos para a concessão da tutela antecipada .....	33
3.2.2.1 Requerimento da parte .....	34
3.2.2.2 Probabilidade do direito da parte .....	35
3.2.2.3 Fundamentação .....	36
3.2.2.4 Reversibilidade do provimento .....	38
3.2.3 Espécies de tutela antecipada .....	39
3.2.3.1 Tutela antecipada baseada na urgência .....	40
3.2.3.2 Tutela antecipada baseada na evidência .....	41
3.2.3.3 Tutela antecipada do pedido incontroverso .....	43
3.3 Revogação da tutela antecipada .....	46
3.4. Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada .....	48
<b>4 A FUNGIBILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA</b> .....	51
4.1 Conceito de fungibilidade .....	51
4.2 A Satisfação da tutela antecipada e o caráter acautelatório da tutela cautelar ..	52
4.3 Estudo do § 7º do artigo 273 do CPC – a aplicação do princípio da fungibilidade na tutela cautelar e na tutela antecipada .....	54
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	58

## INTRODUÇÃO

O Estado foi constituído de soberania e poder para através das esferas executiva, legislativa e judiciária, administrar, mitigar e resolver os conflitos oriundos dos seus entes, sendo, portanto, o gestor responsável pelo bom andamento da sociedade.

A esse Estado aprouve por bem, visando à aplicação justiça e pacificação social, avocar para si o poder de exercer uma prestação jurisdicional, e conseqüentemente, proibir a autotutela, inclusive, punindo quem tentasse por seu âmago de justiça fazer um exercício arbitrário de suas próprias razões.

Nesse jaez, o Estado se tornou o responsável por criar uma estrutura judiciária, com um ordenamento jurídico eficaz e escolher, democraticamente, os representantes da justiça. A máquina estatal, chamada agora de Poder Judiciário, se obrigou a analisar e conceder uma resposta efetiva a todos os casos que lhe forem propostos, ainda que houvesse preclusão ou decadência de direitos, ou de qualquer forma fosse impossível algum tipo de tutela. Desta forma, promulgou-se, através do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), que sempre haverá uma resposta fundamentada em contrapartida a uma demanda pleiteada.

Ocorre que a excessiva morosidade processual em conceder tutelas a quem de direito, tem se transformado em um dos grandes problemas do Poder Judiciário, senão, o maior. Por um lado está a parte que necessita do bem da vida e cuja demora em consegui-lo trás prejuízos de grande monta, senão a total ineficácia em obtê-lo de forma tardia, o que além de um descrédito na justiça, gera insegurança jurídica para toda a sociedade. De outro lado encontra-se o pólo inverso, a outra parte que, durante anos, se vê na iminência de ter sua situação fática alterada, mas que não pode seguir em frente a sua vida, sem antes saber qual será, realmente, a decisão prolatada. Enfim, de ambos os lados, a demora excessiva para se conceder uma resposta jurisdicional, só traz prejuízos.

Muitas reformas já foram feitas nesse sentido, visando trazer mecanismos que desburocratizem o processo, embutindo-se, inclusive, como princípio constitucional, a Duração Razoável do Processo (artigo 5º, inciso LXXXVIII), entretanto, a morosidade ainda assim, continua como um grande

problema a ser enfrentado pelos juristas e por todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para a solução de lides.

Neste contraponto, o legislador criou no ano de 1994, um instituto capaz de trazer maior celeridade e principalmente efetividade aos processos, chamado de Tutela Antecipada. Tal benesse permitiu que o juiz, assim que recebesse os autos, ou a qualquer momento do trâmite deste, pudesse, de antemão, desde que preenchidos determinados requisitos, antecipar um ou alguns dos pedidos formulados pelas partes.

Com o advento desta criação legislativa muitas críticas e sugestões doutrinárias e jurisprudenciais foram sendo feitas, até que no ano de 2002, ocorreu uma reforma benéfica nesse instituto, o qual ficou conhecido como um facilitador do acesso à justiça e salvador dos direitos urgentes, dos direitos evidentes e dos direitos incontroversos.

Nesse ínterim, nas questões de ordem prática, muito se confundiu o antigo instituto da tutela cautelar, com o novo da tutela antecipada, haja vista que ambos, apesar de terem requisitos diferentes, e servirem para coisas diferentes, tratam de tutelas de urgência. Assim, houve uma necessidade jurisprudencial de se estudar e trabalhar com o instituto da fungibilidade para a concessão de tais tutelas, para que se evitasse afrontas aos princípios da Igualdade *lato senso*, da Igualdade das Decisões e da Segurança Jurídica.

De grande valia é o estudo do tempo do processo, do instituto da tutela antecipada e do sincretismo processual porque apesar dessa inovadora criação legislativa, e das reformas processuais constantes, a morosidade ainda é um problema que persiste em nosso Poder Judiciário, e a melhor forma de se buscar soluções para tal desídia, é o conhecimento aprofundado da matéria processual.

Para a elaboração do presente trabalho foi realizada uma intensa pesquisa doutrinária e jurisprudencial a fim de conhecer os posicionamentos dos juristas brasileiros sobre o tema, utilizando-se dos métodos indutivo e dedutivo.

## **1 O TEMPO E O DIREITO PROCESSUAL**

### **1.1 O processo como instrumento de concretização de direitos ameaçados ou violados**

A convivência do homem em sociedade torna imprescindível a existência de regras jurídicas que possam disciplinar a vida da população, pois há uma resistente permanência de conflitos de interesses que não proporcionam apenas tensão entre os envolvidos, mas sim, insegurança e desestabilização para toda uma coletividade.

A necessidade de regras de conduta e comportamento fica mais evidente quando há o surgimento de fatos relevantes, frutos de uma evolução ideológica e da ineficácia dos meios de superação de conflitos clássicos.

Assim, diante de novas situações em que não haja regulamentação jurídica, caberá ao Estado, em uma de suas múltiplas facetas, oriundas de um poder soberano que lhe foi concedido, exercer tanto a função legislativa, quanto a de posterior jurisdição.

O juiz, ente público, imparcial, autônomo e independente, é a autoridade estatal que através de um instrumento, cognominado de processo, aprecia, tutela, declara e extingue direitos, cuja decisão terá como dentre muitas características, a proibição de controle por órgãos que não pertençam ao poder judiciário, a imutabilidade e a possibilidade de poder julgar conforme o seu livre convencimento, não estando vinculado a julgar conforme a lei, desde que fundamente todos os seus preceitos (MARINONI e ARENHART, 2003, p.58).

Desta feita, para melhor análise, Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 309), diz que processo “é método de atuação do Estado-juiz, e o mecanismo pelo qual o direito material controvertido tende a ser realizado e concretizado”.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 178) trás a teoria da instrumentalidade do processo, e explica que o processo só pode ser concebido como um instrumento do direito material. Ele, inclusive, vai além e diz que o processo apenas terá utilidade se preenchidas certas finalidades, denominadas de “escopos”, quais sejam: social (o ideal de justiça e paz social); político (firmar o

poder e a autoridade do Estado-juiz) e jurídico (trazer uma releitura teleológica dos dois primeiros escopos).

O processo, esse instrumento para se chegar à jurisdição, com as oportunas mudanças legislativas da década de 80, passou a ser idealizado pelo legislador pátrio como meio de acesso à justiça.

A criação do Tribunal das Pequenas Causas permitiu que o acesso ao Poder Judiciário fosse livre para todos, e não apenas para uma elite, com interesses restritos e particulares. A possibilidade da população se achegar ao âmbito judiciário, além de trazer respostas para os que buscam à justiça, também trouxe ao ordenamento jurídico uma maior variedade de conteúdo, e campos para serem explorados e estudados.

Neste escopo, importante frisar que a jurisprudência previu a necessidade de tutelar não apenas direitos já violados e que, portanto, teriam como o bem o da vida, uma tutela tardia, genérica e patrimonial, mas que a mera ameaça a direito também deveria ter uma resposta jurisdicional, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, da efetividade processual, da dignidade da pessoa humana, e tantos outros insculpidos em nossa Magna Carta (MARINONI e ARENHART, 2003, p.227).

O direito deve estar sempre pronto para oferecer tutela a quem dele necessite. Assim, poderá exigir o demandante do processo, desde que preenchidos os requisitos processuais, e houver o efetivo direito material alegado, que o Estado lhe conceda um brocardo favorável a sua pretensão. Inclusive, poderá o litigante solicitar que seu pedido, em razão da gravidade da possível lesão, seja analisado e deferido antes do contraditório, sem ferir o princípio constitucional da ampla defesa, haja vista a base constitucional para tanto, conforme esculpe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao relatar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito (MARINONI e ARENHART, 2003, p.227).

Importante frisar que em razão da impossibilidade de hierarquia e prevalência entre os direitos inerentes à pessoa humana, e havendo um aparente conflito entre direitos fundamentais, utiliza-se do postulado normativo da proporcionalidade, que sopesará os direitos e ditará qual deve ser aplicado ao caso concreto. Desta maneira, já é pacífico o entendimento que a mera ameaça a direito é

possível ser tutelada, sem que haja ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa (MARINONI e ARENHART, 2003, p.227).

Diz Cássio Scarpinella Bueno (2011, p.82), que:

[...] não se trata, apenas, de verificar em que condições o direito material será realizado concretamente, mas, muito mais do que isto, verificar em que condições o Estado-juiz pode impor com autoridade a solução para o reconhecimento do direito controvertido, tenha ele sido já lesionado ou ameaçado

Assim, através de tantas características e utilidades do processo, é possível vê-lo como um instrumento de efetividade jurisdicional, capaz de concretizar direitos, procedimentos e expor vontades.

## **1.2 O tempo do processo**

O tempo como elemento a ser considerado no processo jurisdicional, pode ser visto sob dois primas: de um lado é a forma encontrada pelo Estado-juiz para que todas as formas de provas e o contraditório sejam trazidos aos autos, para que o magistrado possa decidir o caso com segurança e tranqüilidade, sem a incerteza de que tenha realizado um mal julgamento; e do outro as partes que muitas vezes são obrigadas, durante anos, a conviver com a ansiedade e a expectativa de terem uma efetiva resposta jurisdicional positiva ou não (ARRUDA, 2006, p.126).

A conhecida demora na entrega de um julgamento definitivo tem sido alvo de duras críticas pelos operadores do direito, assim como pela sociedade. Certos procedimentos têm extrapolado o limite de tempo razoável para serem executados e trazidos descrença e o sentimento de injustiça para os que dela dependem.

De acordo com Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 284), “não há justiça social quando o Estado, por meio do Poder Judiciário, não consegue dar uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas”.

Assim, analisando o Estado como portador de uma função social, qual seja, exercer jurisdição em tempo razoável, ao deixar de tal maneira praticar, não haverá justiça sob o ponto de vista social.

Neste adjacente, vê-se que o próprio Estado pratica injustiça ao realizar uma prestação jurisdicional deficiente. Dispõe Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p.285) que:

É preciso ter em mente que a prestação jurisdicional para que seja injusta não requer, necessariamente, que esteja eivada de vícios, ou de ter o juiz agido com dolo, fraude ou culpa quando da não decisão. O não-julgamento quando devido, ou o seu atraso demasiado, também se constituem em prestação jurisdicional deficiente e injusta.

Nesse jaez, é possível prever que ao necessitar de um socorro imediato do Poder Judiciário, o agente, conhecendo a fama da demora jurisdicional, temerá que não seja socorrido em tempo satisfatório e tentará, indevidamente, praticar justiça pelas próprias mãos.

Alessandra Mendes Spalding ao analisar as fases do processo pelo procedimento comum ordinário deduziu que o tempo suficiente para uma resposta jurisdicional efetiva, contados da petição inicial, até a sentença de mérito, é de 131 dias (2005, p. 38).

Vê-se que apesar de todas as modificações realizadas até hoje pelo legislador, incluindo a criação de Tribunais Especiais visando à celeridade processual, este número de dias ainda é utópico na realidade brasileira, em razão da grande demanda que todo dia chega às varas judiciais, ao precário número de servidores e aos mecanismos processuais excessivamente burocráticos. Desta feita, a mudança exigida para que haja um tempo adequado vai muito além do que apenas a criação de um Código de Processo Civil (BEZERRA, 2005, p.478).

### **1.2.1 O direito fundamental à razoável duração do processo**

Neste passo, é essencial analisar que o processo deve ter um período de vida razoável, e para tanto foram empreendidas muitas medidas a visar à celeridade processual, como: a criação de juizados especiais, a simplificação de

procedimentos, a criação de tutelas de urgência e as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que se congregou ao rol dos direitos fundamentais, através do artigo 5º, inciso LXXVIII e consagrou como princípio, o que até então era visto como expectativa derivada do princípio do devido processo legal, o direito à razoável duração do processo (BEZERRA, 2005, p.477):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Pacto de San José da Costa Rica, que através da publicação do Decreto nº 678, de 09 de novembro de 1992, adentrou nosso ordenamento jurídico, argüi em seu artigo 8º, § 1º que:

Artigo 8º - Garantias Judiciais

§ 1º - toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

[...]

Desta feita, pode-se analisar que embora até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 não havia o princípio do direito à razoável duração do processo, a expectativa desse direito já estava imersa em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina em geral estabeleceu três critérios para avaliar a duração razoável do processo, quais sejam: complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional (BEZERRA, 2005, p. 469).

Com base nessas variáveis, que também são aceitos pela Corte Européia do Direito do Homem, se analisará entre os três critérios qual a razão da demora na prestação de tutela jurisdicional. Contudo, se deve ter em mente que apenas esses critérios são insuficientes para essa aferição da razoabilidade porque existem fatores externos que também podem atuar sobre o processo (BEZERRA, 2005, p.477).

No entanto, não se pode confundir a duração razoável do processo, com celeridade processual, a ponto de mentalizar que uma boa resposta jurisdicional é um processo rápido, pois o tempo no processo também serve para amadurar a causa. De acordo com Márcia Fernandes Bezerra (2005, p. 470):

A duração razoável do processo, portanto, deve ter em conta o tempo suficiente para a adequada instrução processual com as garantias processuais mínimas às partes. Isto porque, pior do que o processo moroso é a decisão precipitada que desconsidera o postulado da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, o status constitucional desse direito a uma lide em tempo razoável, concede ao agente um direito subjetivo de requerer que nada de maneira extraordinária venha trazer obstáculos e morosidade ao seu anseio de obter o seu bem da vida, seja por terceiros, pela parte contrária ou pelo próprio Estado.

Isso ocorre porque a demora na resposta jurisdicional sempre causa de alguma forma, seja direta ou indiretamente um prejuízo às partes litigantes. Assim disciplina Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 285):

A morosidade da justiça, além de ofensa a direito fundamental do ser humano ao acesso à justiça, aqui entendido como o direito à prestação da justiça de maneira efetiva – justa, completa e eficiente, pronta e objetiva -, é a causa de inúmeros outros ônus sociais, como os encargos contratuais, as dificuldades de financiamentos e investimentos e as lesões aos direitos do consumidor.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade de responsabilização civil do Estado quando este for o responsável pela morosidade jurisdicional, tendo como embasamento os princípios da legalidade, do direito à razoável duração do processo, e o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 (BEZERRA, 2005, p. 473).

Contudo, é necessário averiguar bem o nexos de causalidade entre o dano e a conduta do Estado, bem como a ocorrência de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima, para que não haja enriquecimento sem causa de alguns que viriam a por qualquer advento contrário responsabilizar o Estado (BEZERRA, 2005, p.477).

## 2 DA TUTELA JURISDICIONAL

### 2.1 Definição de tutela jurisdicional

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, trás o princípio da efetividade da jurisdição, e assim, fundamentadamente, é necessário o estudo da tutela jurisdicional.

Luiz Guilherme Marinoni conceitua a tutela (2008, p. 28):

Em uma perspectiva mais rente ao direito material, é possível equiparar a “tutela” a um “bem da vida”, uma vez que o jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um “bem jurídico” ou a “tutela” do direito que afirma possuir.

Cássio Scarpinella Bueno da mesma maneira transcreve seu conceito de tutela jurisdicional (2011, p. 309):

[...] “Tutela jurisdicional” é a proteção, a salvaguarda, que o Estado deve prestar naqueles casos em que ele, o próprio Estado, proibiu a “autotutela”, a “justiça pelas próprias mãos”. A “tutela jurisdicional” neste sentido, deve ser entendida como a contrapartida *garantida* pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares na exata medida em que uma tal atribuição faça-se necessária por alguma razão.

Alessandra Mendes Spalding concede seu parecer sobre o significado de tutela jurisdicional (2005, p.32):

Entendemos que a tutela jurisdicional tem como finalidade manter a paz jurídica, o que pode ser alcançado com a atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Desta sorte, ela garante aos cidadãos que, em caso de violação ao direito objetivo, os mesmos tenham a seu dispor meios de fazer valer a vontade da lei e, acima de tudo, a aplicação do respectivo preceito sancionatório.

Assim, segundo o magistério de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 107):

Resumidamente, a tutela jurisdicional é conferida ora ao autor e ora ao réu, não necessariamente àquele; ela é sempre conferida a pessoas e não a

direitos, podendo ser dada a um dos litigantes precisamente para negar que existam direito e obrigações entre ele e o adversário.

Desta feita, é possível analisar que o conceito de tutela jurisdicional não é uniforme, mas é possível majorar que se trata do poder conferido ao juiz, para através do processo, compor as partes e conceder uma efetiva resposta jurisdicional.

Assim, percebe-se que há um poder conferido ao julgador para solucionar as lides que lhe são entregues, sendo que, este mesmo poder é amparado pelo Estado, e encontrará limites dentro do próprio ordenamento jurídico criado por seus representantes, podendo, inclusive, de acordo com o melhor entendimento, o magistrado decidir *contra legem*, desde que muito bem fundamentado e claramente exponha as razões de sua posição sobre o caso, haja vista que, este, está tutelado pela própria Lei Maior, através do Princípio do Livre Convencimento Motivado.

## 2.2. Tutela jurisdicional como direito fundamental

Preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Extraí-se desse artigo, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, conhecido como garantidor do acesso à justiça. Tal princípio “garante a realização concreta de todos os demais direitos, e exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva” nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p.71).

Assim, ao olhar doutrinário, há uma tutela jurisdicional adequada, quando no caso concreto, há um amoldamento entre o direito material e o

procedimento; haverá uma tutela tempestiva quando o processo tem uma duração razoável; e haverá uma tutela efetiva quando ela concretamente poder realizar os direitos e não apenas declará-los ou condená-los (MARINONI e ARENHART, 2003, p. 74).

Essa proteção estatal é vista como direito fundamental porque em virtude da expressa proibição à autotutela, ao retirar do cidadão o poder de fazer justiça com as próprias mãos, o Estado assegurou o compromisso de lhe prestar uma proteção ampla, efetiva e adequada aos casos conflitivos que lhe forem encaminhados.

Sendo importante frisar que o Estado-juiz, em função do princípio constitucional da inércia jurisdicional, apenas irá atuar quando for provocado para tanto, mas uma vez que chamado, tomará todas as providências necessárias para dar uma resposta de mérito à demanda.

Acrescenta Sérgio Antonio Fabris (2002, p.34):

[...] afinal, ao Estado incumbe o dever de prestar a tutela jurisdicional, ao Estado também incumbe o dever de fazê-lo de forma eficiente, tempestiva e adequada, eliminando toda situação de ameaça ou de lesão afirmada em juízo.

Contudo, é manifesto que a tutela jurisdicional apenas será concedida na medida do possível, onde infelizmente se depende de uma organização judiciária muitas vezes duvidosa, com número insuficiente de magistrados, servidores e auxiliares da justiça, além de precárias instalações.

### **2.3 Classificação da tutela jurisdicional**

Para fins metodológicos, a doutrina trás diversas classificações da tutela jurisdicional, contudo, de uma forma clássica, será apresentada a classificação de Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 320).

Nesse ínterim, a classificação realizada por Cássio Scarpinella mostrou-se a mais efetiva, pois através da divisão “quinária” das tutelas jurisdicionais

possibilitou uma maior compatibilidade com as necessidades jurídicas cotidianas e com o ordenamento jurídico atual.

Sendo assim, é de mui valia entender que para obter uma tutela jurisdicional eficaz, diante do caso concreto, é necessário que se observe qual tutela é a adequada, e qual o procedimento apropriado, visando sempre que a celeridade é ponto fundamental ao tentar reparar direito lesionado ou proteger a ameaça a direito.

1) Quanto à consumação do dano, a tutela poderá ser:

1.1) Preventiva: pretende a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a mera ameaça já seja suficiente para ensejar uma devida intervenção judicial, e uma conseqüente resposta jurisdicional, haja vista que depois de lesionado, ainda que futuramente reparado, é impossível voltar ao *status quo ante*, e é nessa perspectiva que surge a idéia de tutela preventiva (SCARPINELLA, 2011, p. 322).

Luiz Guilherme Marinoni refere-se a esta tutela pelo nome de tutela inibitória (2003, p. 34).

A tutela preventiva vem exclusivamente evitar o ilícito, antes que ele se torne dano, assim há uma diferenciação entre esses dois institutos, onde ilícito é a mera transgressão do ordenamento jurídico, e dano é a conseqüência de eventual ilícito (SCARPINELLA, 2011, p. 322).

1.2) Repressiva: diferentemente da tutela preventiva, a repressiva vem proteger uma situação de dano efetivo, uma violação concreta aos direitos de uma pessoa, não se contentando apenas com uma mera ameaça de lesão (SCARPINELLA, 2011, p. 327). A reparação do dano ocorrerá de duas maneiras, através da tutela específica ou genérica:

1.2.1) Tutela específica: “[...] deve ser entendida a maior correspondência possível entre o resultado da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão de direito no plano material” (SCARPINELLA, 2011, p. 329).

1.2.1) Tutela genérica: “[...] deve ser entendida como aquela situação em que o inadimplemento da obrigação gerará para o obrigado direito a mera indenização, às ‘perdas e danos’ [...]” (SCARPINELLA, 2011, p. 329).

2) Quanto ao momento de sua prestação, a tutela poderá ser:

2.1) Antecipada: “[...] é aquela que se verifica em todos os casos em que a liberação da eficácia (da própria tutela jurisdicional, portanto) antecede, por deliberação judicial, o instrumento procedimental pré-valorado pelo legislador.” (SCARPINELLA, 2011, p. 334). Desta maneira, esse tipo de tutela permite ao juiz valorar em que momento concederá a proteção, podendo, inclusive optar por antes do contraditório, desde que estejam presentes os requisitos processuais para tanto, sem que assim haja afronta ao princípio da ampla defesa (SCARPINELLA, 2011, p. 334).

2.2) Ulterior: ocorre “[...] quando seus efeitos práticos são verificados nos instantes procedimentais reservados nos casos valorados pelo próprio legislador” (SCARPINELLA, 2011, p. 334). Assim, essa tutela já possui eficácia para produzir efeitos após a sentença judicial e antes de eventual recurso de apelação (SCARPINELLA, 2011, p. 334).

3) Quanto à necessidade de sua confirmação, a tutela poderá ser:

3.1) Provisória: “[...] é prestada provisoriamente no sentido de que ela, de alguma forma, será confirmada ou, o contrário disto, substituída ao longo do procedimento [...]” (SCARPINELLA, 2011, p. 337).

3.2) Definitiva: é a tutela que não depende de confirmação por outra decisão jurisdicional (SCARPINELLA, 2011, p. 337).

4) Quanto à atividade desenvolvida pelo juiz, a tutela poderá ser:

4.1) Cognitiva: “[...] atos eminentemente intelectuais, de reconhecimento do direito.” (SCARPINELLA, 2011, p. 340).

4.2) Executiva: “[...] atos eminentemente materiais, de reconhecimento do direito.” (SCARPINELLA, 2011, p. 340).

5) Quanto à sua eficácia, de acordo com a visão “quinária”, a tutela poderá ser:

5.1) Declaratória: “Por tutela declaratória deve ser entendida aquela em que o juiz, ao declarar o direito a uma das partes, protege-o suficientemente. Ela elimina, de maneira fundamental, a crise certeza existente no plano do direito material (SCARPINELLA, 2011, p. 345).

5.2) Constitutiva: “ A tutela constitutiva volta-se à criação, extinção ou modificação (total ou parcial) de situações jurídicas preexistentes. São casos em que a intervenção jurisdicional justifica-se para a modificação do que existe fora do processo” (SCARPINELLA, 2011, p. 347).

5.3) Condenatória: “[...] a tutela condenatória, além de estabelecer a certeza quanto a um direito, cria condições necessárias para que haja a reparação daquele direito ou para empregar lição tradicional e bem aceita [...]”(SCARPINELLA, 2011, p. 348).

5.4) Executiva: “A tutela executiva é realizada, portanto, mediante técnica sub-rogatória que não depende da vontade do devedor, mas que atuação mediante expropriação de bens [...]”(SCARPINELLA, 2011, p. 356).

5.5) Mandamental: é “[...] a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento voluntário da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, cumpra a obrigação, tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada [...]”(SCARPINELLA, 2011, p. 357). Esse tipo de tutela não age por sub-rogação, mas por coerção psicológica à sua vontade (SCARPINELLA, 2011, p. 357).

Assim, mister se faz o estudo sobre as classificações das tutelas jurisdicionais, para o conhecimento de qual procedimento é o adequado diante de situações concretas de lesão ou ameaça a direito material.

É necessário observar que para cada direito violado ou ameaçado haverá uma subsequente tutela apropriada, e que o operador do direito deverá tomar todas as medidas possíveis dentro do procedimento específico para trazer celeridade na prestação jurisdicional, pois o processo ao ultrapassar seu limite razoável de tempo torna-se inimigo das partes e de toda a sociedade.

Nesse jaez, o juiz, ao se deparar com situações em que não consiga vislumbrar qual a via apropriada para a concretização do direito, e cometer falhas ao conceder a tutela, além de toda a responsabilidade por tal ato, e o prejuízo da parte, haverá para a coletividade mais descrença no Poder Judiciário e a subsequente limitação do acesso à justiça.

Ainda que se divida a tutela em classificações de maneira a facilitar o caminho processual, haverá casos em que é difícil a constatação de qual o caminho certo a seguir e qual a verdadeira pretensão do autor. Contudo, a jurisprudência deve ter sempre em mente que ainda que o autor não tome o correto procedimento para alcançar sua tutela, deve haver uma instrumentalidade ativa que ainda assim possibilite a ele ter uma prestação jurisdicional rápida e efetiva. A busca legítima do direito da parte deve estar sempre à frente da burocracia imposta pelo legislador processual.

### 3 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Em razão de certos bens da vida necessitarem de uma tutela emergencial, rápida e efetiva, porque correm o risco de se deteriorarem, se perderem, ou se tornarem ineficaz com o passar do tempo, o legislador processual criou certos institutos emergenciais para socorrerem que deles necessite. São as tutelas de urgência, quais sejam: tutela cautelar e tutela antecipada, que serão objeto de estudo, a seguir.

#### 3.1 Tutela cautelar - definição

A tutela cautelar encontra-se prevista no Livro III do Código de Processo Civil, e possui dois Capítulos, quais sejam: “Das Disposições Gerais” e “Dos Procedimentos Cautelares Específicos”, que estão disciplinados entre os artigos 796 a 889 deste mesmo *Codex*.

A tutela cautelar é concedida através de um processo cautelar, que possui seu próprio procedimento, e por si é um processo autônomo, com a finalidade instrumental, ou seja, é um processo incidental, preparatório, antecipatório, a fim de garantir que o processo principal não se torne ineficaz, ou seja, o processo cautelar é o instrumento do instrumento.

Essa espécie de tutela visa, de antemão, conceder uma resposta jurisdicional efetiva, para que não haja perecimento, deterioração, desvio, perda da coisa, do direito ou do estado da pessoa. Podendo ser instaurando antes ou no curso do processo principal.

Humberto Teodoro Júnior trás o seu conceito de tutela cautelar (2000, p.329)

[...] consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de “assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil”.

Luiz Guilherme Marinoni acrescenta com seu posicionamento (2008, p.107)

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo.

Luiz Orione Neto complementa (2004, p.92):

[...] a ação cautelar corresponde ao direito de a parte provocar o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini concedem seu parecer sobre o significado de tutela cautelar (2010, p.43):

Trata-se de processo em que, com base na verificação de que há *fumus* e *periculum*, se preserva a parte do risco de ineficácia do processo principal.

Diante do exposto pela doutrina pátria, é possível extrair que o processo cautelar é um processo incidental que existe, exclusivamente, em razão de um processo principal, que poderá ser utilizado nos casos em que houver indícios de prejuízo iminente e irreparável que poderão tornar ineficaz uma possível tutela tardia.

Apesar de ser um instituto antigo trazido pelo Código de Processo Civil de 1973, ainda há muita importância em seu estudo, haja vista que, a sua utilização ainda é essencial para que não haja perecimento de direitos.

### **3.1.2 Natureza jurídica da tutela cautelar**

A tutela cautelar tem como natureza jurídica ser Assecuratória e Preventiva, ou seja, ela trabalha com a idéia da antecedência, de que o processo principal para conseguir uma boa prestação jurisdicional, necessita de antemão, que se resgatem provas ou bens, que possam perecer antes de ser examinado o mérito da ação de conhecimento ou execução futuras.

Essa tutela consiste em meio colateral para auxiliar o direito principal.

Afirma Wilson de Souza Campos Batalha (1996, p. 94):

A ação cautelar não visa ao reconhecimento de um direito de maneira a assegurar-lhe a execução. Não tem caráter de principalidade. Visa a uma providência provisória e tem caráter de instrumentalidade.

Em razão disso, o julgamento de uma ação cautelar pelo juiz é não-satisfativa, o juiz deve analisar apenas o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do direito para tomar suas decisões, haja vista que, a urgência de tal provimento requer esse tipo de medida, bem como o *periculum in mora*, que demonstre os danos que uma resposta tardia pode gerar ao interessado na causa.

Nesse ínterim, apenas na ação principal é que o juiz fará uma cognição exauriente, onde se esgotará o contraditório, bem como todos os meios de provas e dúvidas que possam surgir.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 109):

Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo, a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

Desta feita, é possível analisar que o processo cautelar servirá como instrumento, ou seja, uma via incidental para o processo principal, de maneira que o magistrado ao analisar a fumaça do bom direito e o perigo na demora de uma resposta jurisdicional, deverá conceder a ordem cautelar, sem a necessidade de uma cognição completa e exauriente, pautando-se que, futuramente, a análise da questão de mérito no processo vindouro esclarecerá o sinistro.

### **3.1.3 Características da tutela cautelar**

A doutrina pátria trás diversas características provindas da tutela cautelar, mas para o presente estudo, foram escolhidas as características apresentadas por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p.45), haja vista que, mostram-se de modo prático como essenciais e efetivas.

1) Autonomia: o processo cautelar é autônomo, tem razão e objetivos próprios, diferentes do processo principal, ou seja, é um outro processo (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 45). É um processo que enquanto não viabilizado o processo principal, correrá isoladamente, contudo, após a existência deste, serão ambos apensados, contudo, o processo cautelar continuará sendo autônomo.

2) Acessoriedade: o processo cautelar, apesar de ser autônomo, existe em razão do processo principal (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 45). É um processo que estará diretamente ligado a um processo futuro, que discutirá o mérito do direito alegado, e analisará a necessidade ou não de continuar a tutela cautelar.

3) Instrumentalidade: o processo cautelar labuta em favor do processo principal para que o decorrer do tempo não frustre a realização do provável direito do autor (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 45).

4) Sumariedade: o processo cautelar segue o procedimento sumário, ou seja, é simplificado e breve, capaz de produzir, se preenchidos os pressupostos, efeitos imediatos (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 45).

5) Cognição Não-Exauriente/Sumária: no processo cautelar o magistrado não fará uma profunda análise do direito em questão, e nem decidirá nada acerca do direito da parte, mas apenas verificará se estão presentes os requisitos do *fumus boni iures* (fumaça do bom direito), analisando a probabilidade do direito da parte, e o *periculum in mora* (perigo na demora), ao constatar que uma demora na prestação jurisdicional poderá prejudicar o direito do autor (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 46).

6) Provisoriedade: a eficácia da decisão cautelar é provisória, sendo destinada a durar apenas o tempo necessário para tutelar uma situação de emergência. Desaparecendo a urgência ou a plausibilidade do direito da parte, a tutela cautelar poderá ser revogada, pois a sentença só produz coisa julgada formal (WAMBER e TALAMINI, 2010, p. 46).

Desta feita, o processo cautelar mostra-se como importante ferramenta em favor da parte que necessita de urgência para que um bem ou prova que será utilizado em processo futura seja protegido.

A sumariedade de cognição permite que de maneira ágil possa o magistrado ser efetivo na sua prestação jurisdicional não prejudicando o interessado. Além do que, caso, posteriormente, no processo principal analise-se que não há mais necessidade da cautelar, poderá esta ser desfeita, tendo em vista que a decisão cautelar não faz coisa julgada material, apenas formal, exceto se o juiz analisar a ocorrência de decadência ou prescrição do direito da parte a ser examinado, no processo de conhecimento ou execução, artigo 810 do Código de Processo Civil.

### **3.1.4 Pressupostos da tutela cautelar**

A tutela cautelar para que possa ser concedida exige a presença de dois pressupostos, também chamados de requisitos, por uma parte da doutrina, quais sejam, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, conforme afirma Humberto Theodoro Júnior (2000, p. 332):

[...] as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda a ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz.

Desta maneira, imprescindível é a presença desses pressupostos para a concessão desse tipo de prestação jurisdicional.

O “*fumus boni iuris*” é uma palavra em latim que significa a “fumaça do bom direito”, ou seja, a plausibilidade do direito alegado. A alegação deve demonstrar de maneira objetiva de que realmente há necessidade em se tutelar determinado bem jurídico, e que sem essa tutela, o autor terá seu direito futuramente prejudicado.

Reis Friede (1997, p.76) conceitua o “*fumus boni iuris*”:

Probabilidade plausível (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do direito do autor (requerente ou impetrante), não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar.

Essa fumaça está intimamente ligada ao conhecimento da pretensão pela cognição sumária realizada pelo juiz, onde não será feito um juízo de totalidade ou aprofundado, mas apenas superficialmente, de maneira perfunctória, o magistrado analisará a alegação do autor e a necessidade de resposta jurisdicional imediata.

Por outro lado, o “*periculum in mora*” é uma palavra em latim que significa “perigo na demora”, que demonstra que poderão haver graves conseqüências ao autor se de maneira ágil não lhe for concedido tutela jurisdicional, ou seja, que poderá haver perigo de dano irreparável, ou de difícil reparação, atingindo assim a eficácia do direito alegado na ação principal.

Reis Friede (1997, p. 76) leciona o melhor significado de “*periculum in mora*”:

[...] fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do mandado de segurança, e de outras ações que admitiu o provimento liminar, aferindo através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado.

Para obter a medida cautelar, deverá a parte interessada realmente demonstrar ao magistrado que haja risco de deterioração, perecimento ou desvio da coisa, do bem, da prova ou do estado das pessoas, e que por isso necessita de uma tutela de urgência.

Desta maneira, é unânime a doutrina em concordar que esses dois requisitos são o mínimo indispensável para a propositura de uma ação visando uma medida cautelar, conforme relata Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2012, p. 43):

De fato, o *fumus boni iures* e o *periculum in mora* são requisitos para a propositura da ação cautelar; são requisitos para a concessão cautelar; e são também, requisitos para a obtenção de sentença de procedência.

Nesse jaez, é imperioso que o autor da ação demonstre a necessidade do *fumus boni iures* e do *periculum in mora* para o que magistrado receba o processo cautelar, sob pena de tal liminar não ser concedida por carência da ação.

### **3.2 Tutela antecipada – definição**

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela foi inserido no Código de Processo Civil brasileiro através da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que concedeu uma nova redação ao artigo 273 desse mesmo *Codex*.

Entretanto, mesmo antes dessa Lei adentrar em nosso ordenamento jurídico, em alguns tipos de ações, como as de alimentos provisionais, ações possessórias, e de busca e apreensão, já eram proferidas decisões que antecipavam de maneira efetiva os efeitos da tutela (MELO, 2010, p. 27).

Com o advento da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, houve a modificação da redação do artigo 273 do nosso Código Civil Processual. Tal mudança foi fundamental, e trouxe grande evolução a esse instituto da tutela antecipada, regulamentando a sua utilização, trazendo mais acessibilidade, gerando maior credibilidade ao poder judiciário em razão de uma maior celeridade na prestação jurisdicional e, acima de tudo, assegurando uma maior segurança jurídica.

O instituto da tutela antecipada ao ser criado foi criticado pela doutrina da época que alegava afronta ao princípio da igualdade de tratamento, haja vista que, o magistrado ao antecipar o pedido do autor, estaria prestigiando este em detrimento do réu.

Contudo, ao se analisar a Constituição Federal de 1988, viu-se que tal instituto era perfeitamente constitucional, inclusive tendo fundamentos constitucionais, como o postulado normativo do Devido Processo Legal (artigo 5º, LIV), o princípio da Inafastabilidade (artigo 5º, XXXV) em razão da proteção a mera ameaça a direito e o princípio da Duração razoável do Processo (artigo 5º, LXXVIII) introduzido pela emenda constitucional nº 45 de 2004.

Descreve o artigo 273 do Código de Processo Civil:

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

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

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

Assim, a tutela antecipada permite que, quando a requerimento de uma das partes, e preenchidos os requisitos legais, de maneira efetiva e célere, se antecipe integral ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 42):

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito.

O professor João Batista Lopes (2003, p. 50) leciona a respeito do instituto:

Trata-se, portanto, de decisão interlocutória (e não de sentença), por via da qual o juiz concede ao autor o adiantamento de defeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo.

De igual modo, os grandes nomes da doutrina são unânimes em conceituar a tutela antecipada, como o fazem Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 365):

[...] a tutela antecipada é aquela que é concedida no curso do procedimento, como forma de viabilizar a tutela de urgência e/ou a tutela de evidência. Funda-se num juízo de cognição sumária e, por isso mesmo, é provisória.

A tutela antecipada é um instituto de muita importância em nosso ordenamento jurídico, haja vista que, em razão da grande quantidade de tempo que um processo leva para ser julgado, certas pretensões tornam-se inócuas ou até possíveis de trazerem prejuízos aos litigantes quando julgadas em tempo demasiadamente tardio.

A demora para conceder tutela aos que se socorrem ao poder judiciário leva, inevitavelmente, a descrença na justiça e cria o sentimento de que,

infelizmente, a via mais rápida é a autotutela, tão severamente punida por nosso ordenamento jurídico.

Em razão disso, vê-se a necessidade de estudar esse instituto que busca a efetividade do processo e capaz de aumentar o acesso à justiça, sem, contudo, trazer insegurança jurídica, ou ferir princípios básicos como o do contraditório e do devido processo legal.

A tutela antecipada é um instrumento criado pelo legislador para que a justiça consiga prestar, de maneira eficaz, proteção para aquele que precise de socorro e, precise com urgência.

### **3.2.1 Natureza jurídica da tutela antecipada**

A doutrina tem entendimento majoritário no sentido que a tutela antecipada tem natureza jurídica de decisão satisfatória, ou seja, totalmente diferente da tutela cautelar, que é assecuratória, não podendo jamais ser comparada ou tratada como medida cautelar.

O professor Cândido Rangel Dinamarco mostra seu posicionamento quanto à natureza jurídica da tutela antecipada ser satisfativa (1995, p.146):

[...] as medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los como se dá com as cautelares.

Desta forma analisa-se que na tutela antecipada o caráter satisfativo permite uma fruição do próprio direito. Assim, o que se concede a parte requerente do direito antecipado, é a própria fruição, ainda que provisória, do direito que apenas seria almejado na sentença, no final do processo.

Contudo, há uma corrente minoritária, como a do professor, José Roberto dos Santos Bedaque, que acredita que a tutela antecipada possui natureza jurídica de tutela cautelar, ou seja, assecuratória (1998, p. 287):

Não vejo motivo para criação de forma autônoma de tutela, com todas as características da cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou

pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito.

Todavia, conforme já mencionado, essa posição é minoritária no nosso ordenamento jurídico, portanto, não é aplicada.

A cognição realizada na tutela antecipada é apenas no plano vertical, ou seja, é uma cognição sumária, onde o juiz não terá analisado todas as provas que demonstrem a veracidade dos fatos constitutivos do direito, para julgar com plena convicção. É apenas realizada uma análise superficial, conduzida por um juízo de verossimilhança, e realiza apenas coisa julgada formal.

Luiz Guilherme Marinoni explica a técnica de cognição sumária (2008, p.32):

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

É, portanto, diferente da tutela exauriente que concede sentença de mérito, apenas após a realização de um completo contraditório e permitir que o juiz, ao se manifestar, o faça com certeza e convicção. A tutela exauriente, em razão disso, produzirá coisa julgada material, porquanto, a tutela sumária, via de regra, produzirá apenas coisa julgada formal.

### **3.2.2 Requisitos para a concessão da tutela antecipada**

Para a concessão da tutela na modalidade antecipada mister se faz o preenchimento de certos requisitos genéricos que estão determinados no artigo 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que,

existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

De acordo com o mencionado artigo, podemos extrair quatro requisitos que servirão como embasamento para a concessão da liminar.

### **3.2.2.1 Requerimento da parte**

O *caput* do artigo 273 se consubstancia no princípio da inércia jurisdicional, onde o juiz não poderá de ofício conceder uma tutela de antemão, se a ele não foi requisitado, por uma das partes, urgência no provimento. Contudo, uma pequena parte da jurisprudência têm aceito a possibilidade do juiz decretar de ofício a antecipação dessa tutela quando o direito material assim o exigir, como no caso dos direitos personalíssimos, como a ação de alimentos em favor do menor.

O texto é claro em dizer que o juiz concederá “a requerimento da parte”, portanto, a norma engloba os dois principais sujeitos do processo, tanto o autor, como o réu.

O autor deverá deixar claro na petição inicial, assim como citar na parte petítória o requerimento de antecipação de tutela, pois será o único momento processual oportuno para a realização deste pedido.

O *caput* do artigo 273 menciona que a “parte” poderá requerer a tutela antecipada, portanto, assim que surgiu o instituto houve uma polêmica na doutrina se o réu poderia ou não também requerer a tutela antecipa.

Desta feita, apesar de uma corrente minoritária ter um entendimento diferente, é majoritário atualmente o entendimento que o réu também poderá fazer pedido de antecipação de tutela através da reconvenção, onde fará os pedidos e dentre eles requererá a liminar; também poderá assim o fazer nas ações dúplices, como a ação revisional de aluguel; e na contestação através do pedido contraposto no procedimento sumário (MARINONI, 2008, p. 23).

### 3.2.2.2 Probabilidade do direito da parte

O *caput* do artigo 273 descreve que o magistrado concederá a tutela antecipada “desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

O comum em um processo é que o magistrado apenas conceda o bem da vida após aquele passar por todo o crivo do contraditório, por isso, ao se tratar da tutela antecipada, estava o legislador trabalhando na via da exceção, e este se preocupou em trazer tranquilidade e segurança para julgador ao conceder uma liminar.

Nesse diapasão, as palavras “prova inequívoca” e “verossimilhança” foram muito criticadas pela doutrina, haja vista que “prova inequívoca” é aquela que deveria trazer um juízo de certeza e não de mera verossimilhança.

Afirma Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 168):

A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade. A intenção da parte, ao produzir a prova, é sempre de convencer ao juiz.

Assim, a melhor interpretação desse texto é que “prova inequívoca” é aquela que serve exatamente para provar aquilo que se destina, aquela que dá convicção ao julgador, mas que por si não é uma prova absoluta, e em razão disso o juízo que será realizado no julgador será o da verossimilhança, ou seja, um juízo de probabilidade, um juízo de convencimento.

Nesse jaez, haverá uma probabilidade de certeza, de verossimilhança da alegação, quando os motivos convergentes foram maiores, em aspecto quantitativo, do que os motivos divergentes.

Leciona Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 169):

A verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode ser colocada no mesmo plano da convicção, pois existe convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhança.

Portanto, é preciso também sublinhar a distinção entre convencimento (que pode ser de verdade ou de verossimilhança) e verossimilhança em sentido filosófico. O juiz, para decidir ou sentenciar, deve sempre preocupar se

convencer, ainda que, em outro sentido, a sua decisão ou sentença nunca vá se afastar da verossimilhança.

Dessa maneira, o juiz analisará a prova juntada pela parte interessada nos autos e no seu consciente formará um convencimento que permitirá conceder a tutela requerida. Podendo assim, inclusive, uma prova inequívoca não gerar no magistrado um juízo de verossimilhança de alegação, como por exemplo, um documento que serve para provar a compra de um carro, juntado como prova em uma ação de obrigação de fazer requerendo medicamentos, caso em que, por óbvio, não se concederá a antecipação da tutela.

### 3.2.2.3 Fundamentação

Preceitua o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Dessa feita, conforme explícito pelo texto constitucional, é *conditio sine qua non* que a sentença para ser válida necessita de fundamentação. É dever do juiz motivar todas as suas decisões para evitar a arbitrariedade e nulidade dos atos decisórios.

Sendo assim, aparentemente, mostra-se desnecessário o legislador haver redigido o § 1º do artigo 273 do Código de Processo Civil, reiterando a necessidade de motivação da decisão que concede a tutela antecipada, nos seguintes termos:

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

Contudo, conforme já mencionado, a tutela antecipada é um instituto que está no campo da exceção, é uma benesse que não é a regra do nosso

ordenamento jurídico, e, portanto, toda vez em que for trabalhado no campo da exceção, o legislador taxativamente reconfirmará a necessidade de fundamentar as decisões, assim como fez no § 1º do artigo 273.

Assim, deverá o julgador fundamentar tanto a decisão que concede a tutela antecipada, quanto a decisão que inferir o seu pedido.

Uma observação importante é a regra do artigo 165 do Código de Processo Civil, qual seja:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

A motivação fornecida pelo magistrado deverá sempre ser precisa, detalhada, clara, mas excepcionalmente, em razão da cognição da tutela antecipada ser sumária, e tratar-se de uma decisão interlocutória, poderá o juiz decidir de modo conciso, conforme demonstra o mencionado artigo.

Uma questão discutida pela doutrina é se a decisão que concede a tutela antecipada tem caráter discricionário, ou seja, se o juiz pode inferir o pedido da parte quando assim entender inoportuno. O entendimento predominante, como nos ensina o professor João Batista Lopes (2003, p. 78) é que o pedido, preenchendo os requisitos da lei, deverá ser concedido, sob pena de ferir o princípio da efetividade do processo:

A redação do art. 273 do CPC (“o juiz poderá...”) parece sugerir mera faculdade do julgador na concessão da medida, mas tal interpretação, atrelada à literalidade da lei, não atende aos escopos do instituto e à efetividade do processo.

Não se cuida, na verdade, de mero poder do juiz, mas de poder-dever, uma vez que a atividade jurisdicional não é, ao menos em regra, discricionária.

Portanto, ao se analisar a interpretação teleológica do texto, vê-se que o instituto foi criado para beneficiar quem dele necessite, logo, preenchidos os requisitos, é obrigação do julgador conceder esse tipo de tutela.

### 3.2.2.4 Reversibilidade do provimento

Afirma o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil:

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

O instituto da tutela antecipada tem como características a provisoriedade e a revogabilidade, haja vista se tratar de uma decisão interlocutória, e sempre haver a possibilidade de se reverter a decisão concedida, através do recurso de agravo de instrumento.

A razão de ser desse parágrafo segundo é demonstrar que para a concessão da tutela antecipada, não poderá ocorrer uma irreversibilidade fática, no mundo dos fatos, haja vista que no plano do direito tudo é reversível. Desta maneira, para a concessão desse benefício, é *conditio sine qua non* que a concessão da tutela não crie fato definitivo, mas sim, que seja possível no, plano dos fatos, voltar ao *status quo ante*.

Ensina-nos João Batista Lopes (2003, p. 80):

Cabe registrar, à partida, a impropriedade técnica do dispositivo: o provimento antecipado (decisão interlocutória) é sempre reversível, seja porque cabível contra ele recurso (agravo de instrumento), seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável.

Sendo assim, a irreversibilidade do procedimento é um pressuposto negativo para a concessão da antecipação da tutela, ou seja, essa irreversibilidade fática não deve estar presente, sob pena do indeferimento do pedido.

Contudo, ao olhar da doutrina, esse requisito não é absoluto, mas que deve ser mitigado, em razão do postulado normativo da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proporcionalidade. Leciona João Batista Lopes (2003, p.83):

Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.

A luz do melhor entendimento, caberá ao juiz analisando o caso concreto, verificar qual o direito que está em jogo que deve prevalecer sobre os demais, como em caso de colisão de direitos fundamentais (como a vida, saúde, etc.) e direitos patrimoniais, devendo prevalecer, através de uma flexibilização da norma, os tutelados pela Constituição Federal, e em caso de conflito entre direitos fundamentais, o que mais tutelar a dignidade da pessoa humana.

Imperioso relatar que essa flexibilização apenas poderá ocorrer em casos excepcionais, haja vista que a regra é a não irreversibilidade do procedimento.

O professor Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 193) tem uma posição diversa e minoritária em relação ao que seria o requisito negativo da reversibilidade de procedimento, para ele o que o legislador está tutelando é a antecipação da constituição em certas relações declaratórias e constitutivas.

Afirma Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 196):

A provisoriamente da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material.

[...]

Quando o art. 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento*.

Embora respeitosa a posição do professor Marinoni, este trabalho defende o entendimento majoritário da doutrina, defendido por João Batista Lopes, haja vista que o legislador não restringiu o texto da lei apenas para certas ações, como a constitutiva e a declaratória, mas a norma é ampla e genérica.

### 3.2.3 Espécies de tutela antecipada

Preenchidos os requisitos genéricos do *caput*, parágrafos 1º e 2º, do artigo 273 *caput* do Código de Processo Civil, poderá o julgador conceder três tipos diferentes de tutela antecipada: seja a do inciso I, baseada no dano irreparável ou de difícil reparação, também chamada de tutela de urgência; inciso II, baseado no abuso do direito de defesa do réu ou propósito protelatório, conhecida também como

tutela de evidência; ou a do parágrafo 6º, chamada de tutela do pedido incontroverso.

### 3.2.3.1 Tutela antecipada baseada na urgência

Afirma o artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil:

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

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

Essa espécie de tutela funda-se no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, contudo, de maneira reiterada a doutrina tem criticado essas expressões por serem vazias e genéricas, são os chamados “conceitos vagos”. Tais conceitos por não possuírem uma definição e delimitação trazida por lei ficam a critério de o julgador pautar-se na melhor exegese possível.

Parte-se, via de regra, do pressuposto que todo dano material é reparável, contudo, é necessário fazer uma divisão entre irreparabilidade absoluta e a relativa.

Irreparabilidade absoluta ocorre quando não é possível extrair uma indenização para o prejuízo causado ao bem da vida, como no caso de um valioso vaso antigo que foi quebrado, onde nenhuma indenização será capaz de reparar a sua perda.

A Irreparabilidade relativa ocorre quando ainda que não se consiga retornar ao *status quo ante*, uma justa indenização seria capaz de recompor o prejuízo sofrido pela vítima.

Contudo, apesar da possibilidade de eventual perdas e danos, o juiz deve se pautar na possibilidade de conceder *in natura* o bem da vida, ou seja, no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação *in natura* do prejuízo, apenas de maneira excepcional, tentar lograr êxito em uma recomposição patrimonial.

Desta feita, o legislador abarca a idéia de que o dano não precisa ser irreparável, uma mera ameaça de que a reparação seja difícil, já possibilita o indeferimento do pedido da antecipação da tutela.

Luiz Guilherme Marinoni explica o dano de difícil reparação (2008, p. 157):

O dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.

Maria Rita de Carvalho Melo acredita que o dano de difícil reparação é o *periculum in mora* da tutela antecipada (2010, p. 46):

[...] o dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão da tutela antecipada também é o mesmo *periculum in mora*, requisito para a obtenção das demais tutelas de urgência, e representa a existência de sério risco à parte necessitada.

Nesse jaez, é imprescindível que caso a parte interessada necessite de uma tutela de urgência, que ela demonstre de maneira objetiva ao magistrado as suas necessidades em face de um possível prejuízo com conseqüências irreparáveis ou de difícil reparação.

### **3.2.3.2 Tutela antecipada baseada na evidência**

Afirma o inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil:

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:

[...]

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

Essa espécie de tutela antecipada caracteriza-se pelo abuso de direito de defesa ou o manifesto protelatório do réu, ou seja, desde que preenchidos os

requisitos genéricos, e não for o caso de urgência, poderá a parte interessada requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando vislumbrar que a parte contrária está postergando, de maneira desnecessária, o andamento do processo.

A doutrina majoritária, da qual faz parte João Batista Lopes (2003, p. 73), defende o posicionamento de que o abuso de direito ocorre quando há um exercício anômalo, irregular, não efetivo do direito, com o fim de prejudicar a outra parte. Não necessariamente está ligada a questão da má-fé, nos ditames do artigo 17 do Código de Processo Civil, mas que de certa forma, haja um propósito de retardar a prestação jurisdicional, como nos casos de se tentar rediscutir direito precluso, impetrar recurso já improvido, reter indevidamente os autos, dentre outras formas possíveis de postergar o processo.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, trás o princípio constitucional à ampla defesa, princípio este que abrange as idéias de auto-defesa e defesa técnica, conferindo ao cidadão uma defesa adequada à natureza da lide, e não uma defesa ilimitada. O direito à ampla defesa também possui limites, ele não é um direito absoluto, e de acordo com o posicionamento majoritário, deverá ser concedida a antecipação da tutela todas as vezes que preenchidos os requisitos da tutela genérica, se verificar a intenção do réu de retardar a prestação jurisdicional, contudo, isso não servirá como uma sanção para o réu, mas sim, como uma forma de trazer efetividade à resposta jurisdicional.

Imperioso mencionar que um dos requisitos genéricos da tutela antecipada é o requerimento da parte, por isso, não poderá o juiz de ofício conceder tutela antecipada quando notar que o réu está usando seu direito de defesa apenas para protelar o processo.

Leciona João Batista Lopes (2003, p. 75):

A análise da figura prevista no inciso II do art. 273 haverá de ser feita no plano objetivo, isto é, atendendo às circunstâncias de cada caso, sem necessidade de investigação do *animus* do réu. É, em última análise, a concepção dominante na doutrina atual (exercício anormal e anti-social do direito).

Assim, haverá abuso do direito de defesa quando este se desvincular do motivo para o qual foi criado, ou seja, conceder o direito de resposta e permitir um julgamento efetivo.

Por outro lado, existe um outro entendimento minoritário, seguido pelo professor Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 280), em que para ser concedida a tutela antecipada baseada na evidência, é necessário que a parte apresente uma defesa de mérito indireta e inconsistente e peça a produção de provas. Dessa maneira ficará incontroversa a defesa de mérito direta, e com a finalidade de repartir o ônus do tempo do processo entre as partes, já que, de acordo com o autor, é injusto esse ônus ficar incumbido apenas a parte autora, o juiz concederá essa tutela antecipada. Mas, importante frisar que a defesa de mérito indireta deve ser inconsistente. Assim, o juiz, para conceder a antecipação de tutela fará um juízo de cognição exauriente sobre os fatos incontroversos, e um juízo de cognição sumária sobre os fatos que o réu deverá provar.

Marinoni sustenta seu entendimento (2008, p.280):

Quando se põe, como requisito para a tutela antecipatória, a exigência de que a defesa indireta seja infundada, evidencia-se que o objetivo dessa técnica antecipatória não é simplesmente repartir o tempo do processo, mas sim distribuir esse tempo na medida em que o réu pode abusar do seu direito de defesa, apresentando uma defesa de mérito indireta *infundada* para protelar o momento da realização do direito do autor.

Desta feita, vê-se que apesar de minoritário, o entendimento do professor Marinoni é de boa técnica, e dispensa o elemento subjetivo do réu, onde de maneira mais clara e com convicção do julgador, será possível uma maior utilização da antecipação de tutela.

### **3.2.3.3 Tutela antecipada do pedido incontroverso**

Essa espécie de tutela foi criada pelo legislador em razão de uma proposta feita pelo doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, de uma forma de cognição e prestação jurisdicional semelhante ao existente no ordenamento jurídico italiano. Descreve o parágrafo 6º, do artigo 273 do Código de Processo Civil:

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Desta maneira, quando houver cumulação de pedidos, e um ou parcela deles se tornar incontroverso, poderão tais pedidos serem concedidos pela via antecipada.

Primeiramente é necessário saber o significado da palavra incontroverso. É sabido que o pedido mostra-se incontroverso quando não contestado ou ainda quando parcialmente reconhecido, contudo, há casos em que apesar de contestado o pedido, poderá o julgador tê-lo como ponto incontroverso na demanda.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 331 do Código de Processo Civil, o juiz ao realizar a audiência preliminar, dentre outras atividades, fixará os pontos controvertidos, haja vista que o magistrado pode entender que com base nos fatos narrados por ambas as partes, que determinadas situações fáticas não necessitam serem esclarecidas por provas, portanto, são incontroversas.

Luiz Guilherme Marinoni conceitua pedido incontroverso (2008, p. 289):

Em resumo: *incontroverso* é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, *imediata tutela*. É nesse sentido que se diz que o § 6º é a base para a tutela dos *direitos evidentes*.

Após a consciência do que venha a ser o pedido incontroverso, mister é analisar que poderá ser concedida a antecipação de tutela, sempre quando houver pluralidade de pedidos e um, alguns ou ainda, parcela deles forem incontroversos. Dá-se como exemplo um acidente de carro, onde o autor pleiteia danos materiais e danos morais, e o réu contesta apenas o dano moral, tornando incontroversos os danos materiais, assim, é permitido antecipar *um* dos pedidos alegados na exordial. Outro exemplo, é o mesmo caso do acidente de carro, em que o autor pleiteia danos materiais e morais, e o réu contesta os danos morais e apenas alguns valores dos danos materiais, não impugnando-os na sua totalidade, apenas *parcela* deles, portanto, tornando-se os valores não impugnados incontroversos.

Um ponto polêmico sobre esse tópico é a obrigatoriedade ou não do juiz conceder esse tipo de tutela, quando um dos pedidos se tornarem incontroversos. A doutrina majoritária entende pela não obrigatoriedade, haja vista que, o juiz deve ter no caso em concreto uma visão futurista, que apesar de incontroverso o direito, a demanda deverá ao seu final, conceder uma procedência integral do pedido, como ensina Maria Rita de Carvalho Melo (2012, p. 73):

Primeiramente, cabe dizer que o fato do réu não contestar um ou mais pedidos não obriga o juiz a conceder obrigatoriamente a tutela antecipada ou que a ação seja julgada automaticamente procedente, eis que é necessário verificar se os fatos e o direito afirmados pelo autor, e não contrariados pelo réu, podem ensejar necessariamente as conseqüências jurídicas pretendidas.

Por outro lado, existe um posicionamento defendido por Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 288) que havendo pedidos incontroversos, deverá o juiz conceder a sua tutela antecipada, haja vista que, de acordo com o mesmo, seria uma forma de castigar o autor, ele possuir um direito incontroverso e ter que esperar até o final da demanda para poder usufruir desse bem da vida. Afirma Marinoni (2008, p. 288):

*[...] a técnica antecipatória do § 6º parte da premissa de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que se tornou incontroverso no curso do processo. Pouco importa que tal direito tenha sido contestado, uma vez que é inegável que um direito, apesar de contestado, pode se tornar incontroverso no curso do processo.*

A doutrina majoritária é do entendimento que a cognição realizada pelo julgador, nesse caso, é exauriente, em razão de que para tornar um ponto incontroverso, deve o juiz saber a completa verdade sobre aquele ponto, e não uma mera verdade superficial.

Contudo, há outra questão polêmica na doutrina sobre o caráter da decisão que concede esse tipo de tutela antecipada, se é decisão interlocutória ou sentença. Conforme já mencionado, apesar do entendimento majoritário ser que o juiz faz uma cognição exauriente para considerar incontroverso o pedido, também é majoritário o entendimento que a decisão que antecipará esse tipo de tutela será interlocutória, contra a qual caberá o recurso de agravo, na modalidade instrumento, ou seja, esse tipo de tutela está sujeito ao regime da revogabilidade, e portanto, fará apenas coisa julgada formal, conforme leciona a professora Maria Rita de Carvalho Melo (2003, p. 76):

Assim, sob a nossa visão, repita-se, a decisão que antecipa a tutela, com base no parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, tem conteúdo de sentença, apesar do legislador ter optado formalmente pela decisão interlocutória.

[...]

Ao nosso ver, mesmo no caso de pedido incontroverso, continua a existir a provisoriedade da decisão, pois é ainda passível de modificação posterior, em algumas hipóteses e condições.

De outro ver, o doutrinador responsável pela criação desse tipo de tutela, Luiz Guilherme Marinoni, tem um entendimento diferente do que o disposto pelo legislador, acreditando que a decisão da tutela antecipada do pedido incontroverso é sentença e faz coisa julgada material, contra ela cabendo assim, recurso de apelação (2008, p. 295):

Portanto, a interpretação do § 6º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz coisa julgada material.

Desta forma, Marinoni acredita que o parágrafo 4º do artigo 273 não se aplica a tutela antecipada do pedido incontroverso, mas apenas as hipóteses de urgência ou evidência.

É possível extrair que o melhor entendimento é o da corrente majoritária, em que a decisão será realizada com base em uma cognição sumária, mas mantendo sua forma de revogabilidade, conforme quis o legislador no parágrafo 4º do artigo 273, sendo, portanto, uma decisão interlocutória.

Mister é também mencionar que ocorrendo revelia, não será caso de antecipação de tutela em razão de pedido incontroverso, mas sim, julgamento antecipado da lide, no molde do artigo 330, inciso II do Código de Processo Civil, em conformidade com o caso concreto.

### **3.3 Revogação da tutela antecipada**

O instituto da tutela antecipada permite ao juiz conceder essa liminar por *inaudita altera parte*, ou seja, antes que a parte contrária seja ouvida, e se manifeste nos autos. Contudo, uma decisão concedida após um contraditório, mesmo que pequeno, dará ao juiz a possibilidade de um melhor convencimento. Sendo assim, é possível analisar que a antecipação dos efeitos da tutela poderá ocorrer a qualquer momento do processo, seja na fase postulatória, durante todo o trâmite do processo, ou até na sentença. Cabendo, inclusive, de acordo com a

doutrina em sede de recurso no Tribunal de Justiça, sendo endereçado ao juiz relator (Paim, 2012, p. 138).

Uma vez concedida ou não a tutela antecipada, o processo seguirá até o fim de seu julgamento, ou seja, não servirá essa decisão interlocutória como obstáculo para o prosseguimento da ação, conforme descreve o parágrafo 5º do artigo 273:

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Desta feita, a tutela liminar possui as características da provisoriedade e da reversibilidade do procedimento, que determina a possibilidade de a qualquer momento o julgador poder reverter a situação e desfazer a decisão anteriormente concedida. Contudo, a decisão que revoga a liminar não deve ser arbitrária, devendo ser muito bem fundamentada, pois apenas poderá haver essa revogação quando ocorrer alteração fática, *rebus sic standibus*, e também nos casos em que aparecer um elemento novo, não necessariamente um fato, como um novo conjunto probatório. Leciona João Batista Lopes (2003, p. 97):

A revogabilidade da medida está em perfeita harmonia com sua provisoriedade e reversibilidade e pode ocorrer sempre que se modificar a situação fática que justificou a providência ou novas provas a serem apresentadas.

Afirma o parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil:

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Sendo assim, poderá o magistrado a qualquer tempo além de revogar, fundamentadamente, a tutela antecipada, também modificá-la, aumentando ou diminuindo seus efeitos, desde que apareça um novo fato ou elemento, que em razão da situação emergencial, necessite de tanto.

### 3.4 Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada

Em razão de ambos os institutos pertencerem à mesma espécie, qual seja, tutelas de urgência, há atualmente, um conflito de entre os dois institutos, posto que ambos trabalham com a finalidade de trazer efetividade ao processo.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 798 permitiu ao juiz determinar medidas provisórias adequadas quando um fundado receio de uma parte pudesse causar ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação, antes do julgamento da lide. Esse artigo trouxe, portanto, o processo cautelar ao nosso ordenamento jurídico, onde juiz através de uma cognição sumária, de acordo com o legislador, buscaria assegurar um resultado prático em um processo futuro, por isso, essa tutela seria acautelatória.

O que ocorreu com o passar do tempo foi que, em razão de outras espécies de processo não possuírem tutela liminar, com exceção das ações de busca e apreensão, reintegração de posse, nunciação de obra nova e outras, que eram consideradas na época ações elitizadas, eles se tornaram ineficazes, pois a resposta jurisdicional para todos os casos, inclusive os que necessitavam de urgência, era tardia. Foi então que a jurisprudência da época criou a “ação cautelar satisfativa”, chamada de “ação cautelar inonimada”, uma aberração incompatível com a cognição e o tipo de procedimento, para suprir as lacunas da lei.

Essa criação jurisprudencial perdurou até 1994, onde a reforma do Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 273 a possibilidade de antecipação da tutela, isso ocorreu não apenas por causa da demora inefetiva na prestação jurisdicional, mas também porque os próprios tribunais e a doutrina não aceitavam mais essa tutela sumária satisfativa.

O instituto da tutela antecipada, desde então, é considerado genérico, aplicando-se aos mais diversos casos e aos procedimentos comum ordinário e sumário, execução e aos especiais naquilo que não foram contrários as previsões específicas.

Na questão de ordem prática, ocorre algumas vezes, dificuldade em separar um instituto do outro, haja vista que, possuem certas características em comum, tais, como: ambas são tutelas de urgência; de acordo com a doutrina majoritária, são exercíveis de cognição sumária; possuem as características da

provisoriamente, modificabilidade e revogabilidade, seja pelos artigos 805 e 807 ou artigo 273, parágrafos 4º e 5º do Código de Processo Civil; e não produzem, de acordo com o legislador processual, coisa julgada material.

Essas características, aparentemente, tornam os dois institutos parecidos, mas na realidade, os dois são bem diferentes, pelas seguintes características:

A tutela cautelar, conforme já explicado em tópicos passados, visa, de antemão, conceder uma resposta jurisdicional efetiva, para que não haja perecimento, deterioração, desvio, perda da coisa, do direito ou do estado da pessoa. Podendo ser instaurado antes ou no curso do processo principal, através de um processo autônomo e independente. Ela não tutela o direito, mas a instrumentalidade para tutelar o direito, ela busca a viabilidade de uma ação principal, não sendo possível esse tipo de tutela antecipar tutela de conhecimento (MARINONI, 2008, p. 108).

Essa tutela trabalha com os pressupostos do *fumus boni iures* e do *periculum in mora*, que demonstram, respectivamente, a plausibilidade do direito alegado e o perigo na demora da prestação jurisdicional, não sendo necessário aplicar o princípio da congruência entre o processo principal e o cautelar, haja vista que, os dois tratam de diferentes anseios ao bem dia vida.

Não há previsão legal no que se refere ao abuso do direito de defesa para o processo cautelar, mas apenas o requisito de urgência. Apesar de uma parte da doutrina entender possível, tal hipótese não foi prevista pelo legislador.

Por outro lado, o instituto da tutela antecipada foi criado pelo legislador através da reforma do Código de Processo Civil em 1994 com a finalidade de democratizar o pedido liminar, e conceder um maior acesso à justiça, através de uma antecipação do próprio direito que a parte alega possuir. Na tutela antecipada há a fruição do próprio direito, logo ela é uma tutela satisfativa. Esse instituto visa que o tempo não se torne inimigo do direito postulado pela parte, diferente da cautelar em que tempo é inimigo do processo principal.

A tutela antecipada pressupõe como requisitos prova inequívoca, que gerará no julgador um juízo de verossimilhança de alegação, portanto, a cognição realizada, apesar de continuar sumária, será mais robusta do que na tutela cautelar, porque esta necessita apenas de uma aparência do “bom direito”, enquanto aquela obrigatoriamente deve gerar uma probabilidade de certeza.

Não há instrumentalidade na tutela antecipada porque ela não visa um processo futuro, mas será de tal forma realizada dentro do próprio processo, sendo, portanto incidental, enquanto a cautelar poderá ser incidente ou antecedente.

O princípio da congruência entre o pedido e a sentença é conteúdo obrigatório da tutela antecipada, haja vista que, trata-se do fruir do direito pleiteado e não de viabilidade para tal, como é o caso da tutela cautelar.

A tutela antecipada pode ser concedida fundada nos requisitos da urgência, do abuso do direito da parte (evidência), inclusive quando há cumulação de pedidos e um ou mais destes forem incontroversos, diverso da cautelar que só admite a urgência para conceder a medida.

Diante do exposto, é possível analisar que apesar de parecidos os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada, ambos possuem requisitos, características e aplicabilidades diferentes, sendo importante a sua diferenciação nos casos em concreto para a correta aplicação deles.

## **4 A FUNGIBILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA**

### **4.1 Conceito de fungibilidade**

No nosso ordenamento jurídico processual, o melhor conceito que temos de fungibilidade, é o descrito pelo legislador no artigo 85 do Código Civil de 2002, onde se afirma que fungível é tudo aquilo que pode ser substituído por outros de mesma qualidade, espécie e quantidade. Sendo assim, a fungibilidade se trata de uma comparação entre duas coisas muito semelhantes, ou seja, ela apresenta a finalidade de uma substituição.

No direito material tal ideal comparativo pode se apresentar tanto em relação a bens, como em relação a obrigações, desde que as substâncias essenciais fiquem inalteradas e não haja prejuízo para nenhuma das partes.

Já no direito processual civil, a idéia de substituição por coisas iguais, surgiu com o Código de Processo Civil de 1939, onde era trabalhada a fungibilidade em relação aos recursos, principalmente em cima do revogado artigo 810, onde, salvo má-fé, ou um erro grosseiro, caso a parte interpusesse um recurso, e o Tribunal entendesse que aquele recurso não era o instrumento viável para impugnar a decisão, o Tribunal seria obrigado a receber o recurso, processá-lo e julgá-lo, como se fosse o recurso correto.

De modo diverso, o Código de Processo Civil não reproduziu o mencionado artigo, contudo, é unânime na doutrina que a fungibilidade ainda continua presente em nosso Código, mas de uma maneira implícita. Com a necessidade de dirimir as dúvidas dos mais complexos casos que surgem no dia-a-dia, tem-se admitido a fungibilidade como um princípio, sendo este corolário do princípio da instrumentalidade das formas.

A fungibilidade além de um princípio também pode ser vista como um postulado normativo em razão de sua grande aplicabilidade para a aplicação de algumas normas. O julgador deve-se valer da fungibilidade, quando a lei assim o permitir, para situações onde houver dúvida quanto à forma e aplicabilidade de alguns ritos. Deve prevalecer a idéia de uma maior integração entre o direito

processual e material, com um olhar ativo na eficiência da norma, de forma a tornar o processo mais útil.

Complementa a definição de fungibilidade o professor Guilherme Freire de Barros Teixeira (2008, p. 94):

Para o direito material, a fungibilidade é uma qualidade de um bem ou de uma prestação que pode ser substituído (a) por outro (a). Já no direito processual civil, a fungibilidade pode ser definida como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo de medida inapropriada pela parte, adotando-se como premissa para o seu emprego a idéia de que a forma não deve prejudicar o exercício do direito.

No que tange a aplicabilidade da fungibilidade, leciona Jean Carlos Dias (2003, p. 63):

O princípio da fungibilidade se aplica, assim, para suprir determinadas necessidades estritamente especificadas, e, sempre, relacionadas à deficiência de operacionalidade do próprio sistema. Desse modo, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade está ligada à demonstração de existência de certas situações que demandam a aplicação desse princípio residual, para tornar possível, cabível e adequada a atuação jurisprudencial.

Assim, buscando uma efetividade do processo é que o legislador também permitiu a fungibilidade entre as tutelas de urgência, que é um dos temas deste trabalho. Os ritos, as formas, nunca devem prevalecer sobre o direito, ou criar obstáculos para o cumprimento deste. Essa é a razão de ser do princípio da fungibilidade, integrar norma adjetiva e norma substancial.

#### **4.2 A Satisfação da tutela antecipada e o caráter acautelatório da tutela cautelar**

Conforme já preteritamente mencionado neste trabalho, a tutela antecipatória e a medida cautelar possuem certas características em comum, o que causa, muitas vezes, confusão entre os dois institutos.

Ambos lutam contra os efeitos do tempo do processo, e, via de regra, alguns de seus requisitos se assemelham nas questões de ordem prática e também processual. A doutrina, da melhor forma, ao tentar separar os dois institutos, analisando, principalmente, os requisitos de urgência, ou seja, artigo 273, inciso I e 796 e seguintes do Código de Processo Civil, afirma que a tutela antecipada trabalha com a idéia da prova inequívoca que convença ao julgador da verossimilhança (juízo de probabilidade do direito alegado), enquanto a tutela cautelar com o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, sendo aquele gerador de satisfatividade e este de cautelaridade.

Entende-se por satisfatividade a fruição do próprio bem da vida que seria entregue apenas na sentença de mérito, e não apenas a satisfação antecipada da vontade da parte. Se assim o fosse, a tutela cautelar também seria satisfativa, porque o magistrado também concede, liminarmente, no processo cautelar o que uma parte reclama.

Já a cautelaridade corresponde a idéia de instrumentalidade, ou seja, de viabilização, de assegurar a realização de direitos. Nesse ponto, jamais, de acordo com Marinoni, poderia se dizer que uma tutela cautelar satisfaz direitos porque se cairia em uma contradição. Nos ensina Marinoni (2008, p.109):

Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo, a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

De acordo com o autor, se permitir que a tutela cautelar, tenha em si resquícios de satisfatividade, não haverá mais razão de existir o provimento cautelar, pois a tutela chamada por ele de sumária, que em si é a antecipação de tutela, já possui conteúdo satisfativo e a finalidade dela justamente é conceder liminarmente o bem da vida antes da sentença.

Contudo, existem posições contrárias a tese defendida por Marinoni, que afirmam que as medidas satisfativas também possuem um cunho cautelaratório, assim como as medidas cautelares têm cunho satisfatório. A doutrina cita um exemplo de uma ação cautelar que visa à concessão liminar do seqüestro (artigo 824 do Código de Processo Civil) em que o requerente age como depositário do bem, e a posse deste bem será disputada em uma ação autônoma. Após a

concessão da liminar, o requerente consegue a posse o bem, antes mesmo que lhe seja entregue por sentença definitiva de mérito, ou seja, o bem da vida já está com o requerente, possuindo assim, a tutela cautelar um cunho de satisfatividade do direito alegado.

Confirma este posicionamento a professora Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 60):

Esta postura identifica nesses pressupostos – *fumus boni iures e periculum in mora*, que correspondem à finalidade de que se antes falou – a *essência* das medidas cautelares. Portanto, necessariamente verifica-se presente na hipótese que trata o art. 273, I do CPC certa “carga” de cautelaridade.

Outros exemplos com esse mesmo entendimento da doutrina ocorrem nos casos de sustação de protesto e ação de separação de corpus.

Em razão disso, vê-se a grande divergência doutrinária, e inclusive jurisprudencial, sobre a exclusividade ou não do provimento cautelar ser assecuratório e o antecipatório ser satisfativo, o que causa uma grande desestabilidade jurídica, e levou o legislador a instituir o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, que será visto a seguir.

#### **4.3 Estudo do § 7º do artigo 273 do CPC – a aplicação do princípio da fungibilidade na tutela cautelar e na tutela antecipada**

Afirma o artigo 273, parágrafo 7º do Código de Processo Civil:

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

Em conseqüência as críticas doutrinárias, e a insegurança jurídica que os entendimentos jurisprudenciais conflitantes estavam causando, sobre quando era caso de se entrar com ação cautelar e quando era caso de processo de conhecimento com pedido liminar, o legislador adotou o princípio da fungibilidade, que até então era utilizado, principalmente, para as questões dos recursos.

Imperioso mencionar, que com esta reforma legislativa, no ano de 2002, através da Lei nº 10.444, o legislador estabeleceu que realmente há diferenças entre uma tutela cautelar e uma tutela antecipada, e que em razão disso, poderão as duas serem coligadas, ou, nas palavras de Marinoni, “confundidas” (2008, p. 131).

Assim, quando pleiteado um direito pela via da antecipação de tutela, quando originalmente seria uma cautelar, o juiz não mais inferirá o pedido por faltar uma das condições da ação, ou seja, o interesse de agir, mas poderá conceder a medida cautelar como caráter incidental no mesmo processo, o que significa que a parte interessada não precisará fazer um pedido cautelar em uma ação autônoma. Esse princípio veio democratizar os dois institutos, haja vista, a até então constante afronta aos princípios da igualdade das decisões judiciais e da segurança jurídica.

O professor Marinoni afirma que para o juiz poder utilizar dessa fungibilidade é necessário que haja dúvida fundada e razoável quanto à natureza do procedimento, sob pena de indeferimento do pedido (2008, p. 131). Importante frisar que esse suposto requisito seria uma dúvida jurisprudencial quanto ao procedimento correto, e não do interessado na lide.

Ao se fazer uma interpretação gramatical do presente artigo vislumbra-se que o magistrado apenas poderia utilizar do princípio da fungibilidade caso, erroneamente, o direito deveria ser pleiteado por processo cautelar, mas o foi por processo de conhecimento através de liminar. Contudo, existem posições doutrinárias que admitem o contrário, ou seja, que o provimento correto seria de antecipação de tutela mais foi realizado processo cautelar, desde que se estivessem presentes os requisitos da tutela antecipada. De acordo com esse entendimento, a tutela antecipada tem duplo sentido vetorial, não necessitando estar expresso no parágrafo 7º do artigo 273 que se admite o contrário, porque a fungibilidade está implicitamente esculpida na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, sendo assim, não pode o legislador criar barreiras para a aplicação de institutos que visam trazer efetividade ao processo, e que a Constituição expressamente veda esse comportamento (TEIXEIRA, 2008, p. 182).

De outro lado há um entendimento que a fungibilidade deve ser aplicada por apenas uma via de direção, ou seja, seria apenas uma fungibilidade de mão única, porque o legislador não descreveu a conduta que permitisse tal possibilidade, e a lei processual deve ser interpretada de maneira restritiva, além do

que, os requisitos da tutela antecipada são mais reforçados do que os da tutela cautelar, haja vista o procedimento antecipatório ser considerado *mais* do que o cautelar (TEIXEIRA, 2008, p. 180).

Este trabalho entende como correto o posicionamento da fungibilidade de mão dupla, porque este princípio é corolário do princípio da instrumentalidade das formas, onde o rito, a forma, a burocracia legislativa, não podem servir como barreira para frustrar o direito alegado pela parte. Desta maneira, as regras processuais devem sempre visar à efetividade do processo, prevalecendo o conteúdo sobre a forma.

Deve-se olhar, sobretudo, a finalidade com que o ato processual foi praticado, e não qual a forma correta pelo qual ele deve ser alegado, sob pena de prejuízo em relação ao direito material que a parte postula.

Outra divergência atual em relação ao parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, ocorre quando há o equívoco de pleitear o bem da vida requerendo tutela antecipada, e o correto é o ajuizamento de um processo cautelar, mas juiz admita incidentalmente a medida cautelar, e havendo futuras necessidades cautelares, se serão estas admitas ou não incidentalmente no processo, ou será necessário o ajuizamento de novas ações cautelares?

Existem recentes entendimentos de que não será de mais valia o ajuizamento, nesses casos, do processo cautelar autônomo, em razão do princípio da isonomia processual, porque se desde o início alguma cautelar já está em caráter incidental, não há porque dar um tratamento diferente para as futuras questões que necessitem igualmente de tutela no mesmo processo, sendo este também o entendimento do presente trabalho.

Contudo, conforme alhures explicado, essa ainda é uma questão recente na doutrina, e que possui poucos posicionamentos. Sendo que, os estudiosos do direito, são pacíficos no sentido que esse instituto da fungibilidade nas tutelas de urgência ainda precisa ser devidamente estudado e regulamentado pelo legislador.

Questões como a possibilidade ou não da fungibilidade de mão dupla e, qual atitude deve o julgador tomar diante da necessidade de novas cautelares dentro de processo que já tem cautelar incidental, têm causado decisões conflitantes, que causam incertezas e desestabilizam a segurança jurídica, princípio este tão tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse jaez, a fungibilidade de meios mostra-se como instrumento fundamental para a resolução dos problemas de morosidade processual, que, conseqüentemente, repercutirão no tempo do processo.

O olhar prático da fungibilidade permite a desburocratização da forma, trazendo menos desgaste para todos os sujeitos do processo, principalmente para o julgador, que, entendendo já haver um desfecho para a causa, poderá decidi-la, sem que haja um impedimento formado pelo rito do processo.

Assim, é imprescindível a utilização da fungibilidade como instrumento para que prevaleça o direito material sobre a formalidade, ou seja, que através deste instituto se possibilite a instrumentalidade das formas, haja vista que, conforme melhor entendimento, este tem sido o objetivo máximo dos juristas: conceder resposta jurisdicional rápida e eficaz.

## 5 CONCLUSÃO

Através do presente estudo constatou-se que o tempo é necessário ao processo para que, através dele, se percorra o caminho do contraditório, onde as partes e, inclusive, os terceiros interessados, se manifestarão nos autos e produzirão todas as provas possíveis, para que o magistrado, com convicção, produza um julgamento motivado e efetivo.

Analisou-se que o problema está, na verdade, no tempo demasiadamente moroso para o Poder Judiciário conceder uma tutela jurisdicional, sendo esta concedida, muitas vezes, de forma tardia, e, portanto, ineficaz.

Ainda que o Estado tenha se preocupado essa questão, e tomado providências, como: a criação dos Tribunais de Pequenas Causas, atuais Juizados Especiais; tenha trazido aos Códigos institutos que visem a celeridade processual; e inclusive, adotado a Duração Razoável do Processo como princípio constitucional, através da Emenda Constitucional nº 45, a morosidade do processo continua sendo um problema freqüente para todos os que buscam socorro no Poder Judiciário. Ademais, é possível ver tal desídia apenas analisando quantos anos um processo fica parado em um escaninho nas varas judiciais, ou parado para a marcação de uma simples perícia, ou para extração interna de cópias.

Contudo, a culpa desta desorganização não pode ser colocada nos servidores públicos. É o Estado através do Poder Executivo que não contrata servidores da justiça, e, portanto, não possui serventuários suficientes para atender a crescente demanda que todo dia lota os fóruns, além da estrutura física forense, principalmente no interior, ser precária. Outro motivo para essa morosidade processual está no fato do nosso Código de Processo priorizar, na maioria das vezes, a forma, ao invés da finalidade do ato processual, o que causa ainda mais lentidão na tramitação dos processos.

Desta feita, o estudo das tutelas jurisdicionais também é necessário como meio de acesso à justiça, para esclarecer que o Estado na condição de guardião de direitos tem a obrigação de proteger quem se encontra sob mera ameaça ou já tenha sido lesionado, bem como de prestar a tutela adequada ao direito material no caso concreto.

O instituto da tutela antecipada, em especial, que serviu de estudo para a presente pesquisa, foi criado pela Lei nº 8.952/1994, e instituído no Código de Processo Civil, através de artigo 273, teve por objetivo trazer de modo antecipado, uma fruição do próprio direito, nos casos em que se necessitar de urgência, ou que a parte contrária, mostrar-se, manifestadamente, com intuito protelatório, ou algum dos pedidos se mostrarem incontroversos, gerando assim, uma possibilidade de eficácia na prestação jurisdicional.

Essa espécie de tutela foi criada para atender as críticas da doutrina sobre a até então utilizada ação cautelar satisfativa, considerada uma aberração jurisprudencial que era usada para suprir a lacuna existente nas tutelas de urgência.

Ocorreu que, com o surgimento desse segundo instituto, duas tutelas muito parecidas começaram a disciplinar os casos de urgência no Código de Processo Civil: a tutela cautelar que trazia uma medida cautelatória, e a tutela antecipada que possibilitava a satisfação do próprio direito liminarmente. Ambas com requisitos parecidos na prática, mas que deveriam ser usadas em situações diferentes. Tal situação causou grandes transtornos jurídicos, porque cada estudioso do direito possuía o seu próprio entendimento de quando a ação correta era um processo cautelar, e quando se deveria na própria ação principal, se fazer um pedido de tutela antecipada.

Para por fim a crescente insegurança jurídica, o legislador, através da Lei nº 10.444/2002, adicionou o parágrafo 7º ao artigo 273, que trouxe a fungibilidade para as tutelas de urgência. Tal questão, juntamente, trouxe grandes polêmicas, como: se é ou não admitida a fungibilidade de mão dupla; e se uma vez feita a fungibilidade, e havendo a necessidade de outros pedidos cautelares, estarão eles incluídos no processo principal, ou será necessária uma nova cautelar autônoma.

Através dos estudos feitos nessa pesquisa, posicionou-se pela possibilidade da existência da fungibilidade de mão dupla e pela inclusão das futuras cautelares no mesmo processo principal, pois a razão de ser da fungibilidade é justamente trazer efetividade ao processo, não permitindo que questões de ordem processual sejam barreiras e nem causa de impedimento de acesso à justiça as partes

Nesse jaez, após toda a pesquisa, conclui-se que urge a necessidade de reformas processuais que viabilizem a efetividade e celeridade do processo,

adotem os princípios da fungibilidade e a instrumentalidade das formas, e culminem com a extinção de expedientes protelatórios que todos os dias crescem em nossas varas judiciais. Que o instituto da tutela antecipada deve ser estudado e mais regulamentado pelo legislador, principalmente porque há um novo Código de Processo Civil em aprovação no Congresso Nacional, onde essas questões polêmicas não poderão mais trazer insegurança jurídica devido a importância prática das tutelas de urgência. De igual maneira, urge uma postura do Poder Executivo, que é o responsável pela administração judiciária, de viabilizar o acesso à justiça com a contratação de um maior número de servidores e auxiliares da justiça, bem como de magistrados, para suprir a demanda que continuamente aumenta, e construir instalações adequadas para tanto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito à Razoável Duração do Processo**. 1ª ed. Brasília, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Cautelares e Liminares**. 3ª ed. São Paulo. Editora LTR, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 5ª ed. Editora Saraiva

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência: Princípio Sistemático da Fungibilidade**. Curitiba. Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14ª ed. São Paulo. Malheiros Editores LTDA, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo. Malheiros Editores LTDA, 1995.

FABRIS, Sérgio Antonio. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. 1ª ed. Porto Alegre, 2002.

FRIEDE, Reias. **Medidas Liminares e Providências Cautelares Ínsitas**. 1ª ed. Editora Forense Universitária, 1997.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 2º**. Editora Podivm, 2008.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, Maria Rita de Carvalho Melo. **Aspectos Atuais da Tutela Antecipada**. 1ª ed. São Paulo. Editora Verbatim.

NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**, 1ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da Tutela Antecipada**, 1º ed. Editora Livraria do Advogado, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo Civil e Interesse Público**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade**, vol. 13. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol. 03. 10ª ed. São Paulo, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes; FISCHER, Octavio Campos; e FERREIRA, William Santos. **Reforma do Judiciário**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.