

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Luiz Fernando Grassi

Presidente Prudente/SP
2004

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Luiz Fernando Grassi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Silas Silva Santos.

Presidente Prudente/SP
2004

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

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

Prof. Silas Silva Santos
Orientador

Prof. Eduardo Gesse
Examinador

Prof. Francisco José Dias Gomes
Examinador

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2004

Nossa maior fraqueza está em desistir. O caminho mais certo de vencer é tentar mais uma vez.

Thomas Edison

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por viver e gozar de uma saúde perfeita.

Agradeço também à minha família, que mesmo distante, sempre me apoiou e incentivou nos estudos, especialmente a meus pais, Anésio e Inêz, que na simplicidade souberam transmitir-me a educação e os ensinamentos indispensáveis para a minha formação como ser humano, bem assim à minha namorada, Mariana, que esteve ao lado durante todo o curso, sempre presente nos momentos mais difíceis, dedicando-me sua atenção, carinho e amor.

De um modo geral, agradeço a todos meus amigos e aos professores da Faculdade Toledo de Presidente Prudente, que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão deste trabalho e, de forma especial, ao Professor Silas Silva Santos, que no decorrer de todo o ano dedicou parte de seu tempo para orientar-me, disponibilizando, inclusive, seus livros particulares para auxiliá-me nas pesquisas.

Agradeço ainda ao Professor Eduardo Gesse, por aceitar fazer parte da minha banca examinadora e por todos os ensinamentos a mim transmitidos nas aulas de Direito Civil.

Finalmente, agradeço ao Professor Francisco José Dias Gomes, por ter aceitado o meu convite para também compor a banca examinadora deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisa a questão da fungibilidade das tutelas de urgência, estabelecida pela lei 10.444 de 07 de maio de 2002 e descrita no § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, foram abordadas algumas questões processuais, úteis para a melhor compreensão do objetivo central da pesquisa. O autor focou, ainda, o problema que o tempo pode causar ao processo, mas a sua indispensável ocorrência para a garantia constitucional do devido processo legal, dando destaque ao papel da cautelar e da antecipação de tutela (as chamadas tutelas de urgência) na função de prevenir o mal do tempo na tramitação processual. Foram feitas também algumas considerações acerca da necessidade de uma prestação jurisdicional mais efetiva, útil e eficaz.

Num segundo momento, o autor analisa, separadamente, o processo cautelar e a antecipação de tutela. São tratadas algumas questões, tais como características, pressupostos, procedimentos e campo de incidência de cada um dos dois institutos, buscando ressaltar suas distinções e semelhanças.

Posteriormente, o autor adentra à questão da fungibilidade. Inicialmente são feitos alguns apanhados sobre a função da fungibilidade no direito. Em seguida, é feito um maior aprofundamento acerca dos requisitos da antecipação de tutela e da cautelar para, então, analisar o verdadeiro alcance da fungibilidade das tutelas de urgência. Para tanto, o autor expõe os posicionamentos doutrinários sobre o assunto e passa a indicar seus possíveis acertos e erros. Por fim, é abordada a necessidade de uma mudança legislativa sobre o tema tratado.

PALAVRAS-CHAVE: fungibilidade; cautelar; antecipação de tutela.

ABSTRACT

The present task analyses the question of the possibility of substitution of the urgency tutelage, established by the law 10.444 of May 07th, 2002 and described in the seventh paragraph of the article number 273, of the Code of Civil Suit.

At first, some processual questions were treated, that are useful to the best comprehension of the main objective of the research. The author still focalized the problem that time may cause to the process, but its indispensable occurrence to the constitutional guarantee of the owing lawful process, emphasizing the role of the carefulness and the tutelage anticipation (the called "urgency tutelage") in the function of prevent the maleficence of time in the processual course. Some considerations about the necessity of a jurisdictional instalment more effective, useful and efficacious were also done.

In a second time, the author analyses, part by part, the carefulness process and the tutelage anticipation. Some questions are treated, like characteristics, presupposed, procedures and incising field of each one of the two institutes, searching to protrude their distinctions and similarities.

After that, the author starts to discuss the question of the possibility of substitution. First, some abstracts are done about the function of the possibility of substitution in the law. Following, a profound study of the requisites of the tutelage anticipation and the carefulness is made to analyze, later, the real reach of the possibility of substitution of the urgency tutelage. For this, the author exposes the doctrinal positionaments about the subject and passes on indicating their possible adroitness and mistakes. In the end, the necessity of a legislative changing about the subject treated is discussed.

KEYWORDS: possibility of substitution; carefulness; anticipation of tutelage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
1.1 Jurisdição	11
1.2 Direito de Ação	12
1.3 Condições da Ação	12
1.4 Processo e Procedimento	14
1.5 Espécies de Processo	14
1.5.1 Do processo de conhecimento.....	15
1.5.1.1 Espécies de sentenças proferidas no processo de conhecimento.....	16
1.5.2 Do processo de execução.....	18
1.5.3 Do processo cautelar.....	19
1.6 Tempo e Processo	19
1.7 A Efetividade do Processo	21
1.8 A cognição	23
2 O PROCESSO CAUTELAR	25
2.1 Breves Considerações	25
2.2 Objetivos e Objetos do Processo Cautelar	25
2.3 O Poder Geral de Cautela	26
2.4 Características do Processo Cautelar	27
2.4.1 Instrumentalidade.....	27
2.4.2 Acessoriedade.....	28
2.4.3 Autonomia.....	28
2.4.4 Provisoriedade.....	29
2.4.5 Revogabilidade.....	30
2.5 Requisitos da Cautelar	31
2.5.1 <i>Fumus boni iuris</i>	31
2.5.2 <i>Periculum in mora</i>	32
2.6 Momento e Forma de Pleitear a Cautelar	34
2.7 As Chamadas “Cautelares Satisfativas”	35

3 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	37
3.1 Delimitação do Tema.....	37
3.2 Fundamentos da Tutela Antecipada.....	38
3.3 Objeto da Antecipação de Tutela.....	40
3.4 Momento e Forma de Pleitear a Antecipação de Tutela.....	43
3.5 Características da Tutela Antecipada.....	44
3.5.1 Urgência.....	45
3.5.2 Revogabilidade.....	45
3.5.3 Satisfatividade/provisoriedade.....	46
3.5.4 Instrumentalidade.....	47
3.6 Pressupostos da Tutela Antecipada.....	47
3.6.1 Pedido da parte.....	48
3.6.2 Prova inequívoca e verossimilhança.....	48
3.6.3 Fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação.....	51
3.7 O Perigo de Irreversibilidade do Provimento Antecipado.....	52
3.8 Tutela Antecipada, Cautelar e Liminar.....	53
4 A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	55
4.1 Intróito.....	55
4.2 A Função da “Fungibilidade” no Direito.....	58
4.3 A Cautelaridade da Tutela Antecipada e a Satisfatividade da Cautelar: Um Aprofundamento Sobre os Requisitos da Cautelar e da Antecipação de Tutela.....	59
4.4 O Alcance da Fungibilidade Preconizada Pelo § 7º do Artigo 273 do Código de Processo Civil.....	64
4.4.1 A resistência à aplicação da fungibilidade em seu duplo sentido.....	70
4.5 O § 7º do Artigo 273 e o Fim do Processo Cautelar Incidental: A Disciplina Insuficiente e a Necessidade de Mudanças.....	76
5 CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82
ANEXO.....	85

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso abordou a problemática existente em torno do manejo das tutelas de urgência, assim consideradas a medida cautelar e antecipação de tutela prevista no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil.

A antecipação de tutela é um instituto considerado novo em nosso ordenamento jurídico, já que foi introduzida pela lei 8.952 de 1994. Após a sua criação, a antecipação de tutela juntamente com o processo cautelar passou a servir de instrumento para tutelar situações urgentes. A primeira com o fim de conferir ao jurisdicionado, antecipadamente, os efeitos ou um dos efeitos da própria sentença de mérito (portanto, satisfativa). A segunda apta a possibilitar a concessão de provimentos assecuratórios, com o fim de, tão somente, garantir a eficácia de um outro processo.

Não obstante tenham praticamente as mesmas finalidades (impedir a ação do mal do tempo no processo, garantindo uma prestação jurisdicional mais efetiva e eficaz), os dois institutos têm objetos diferentes porquanto um é satisfativo e o outro acautelatório. Mas doutrina e jurisprudência admitem que não é fácil, diante de uma situação concreta, identificar com precisão se a medida a ser pleiteada é satisfativa (antecipação de tutela) ou acautelatória (cautelar).

Essa dificuldade acabava por gerar o indeferimento de medidas urgentes por serem pleiteadas de forma equivocada (já que são processadas de formas distintas). A medida cautelar por vezes era pleiteada como antecipação de tutela e vice versa.

A lei 10.444, de 07 de maio de 2002, inseriu o § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, instituindo a *fungibilidade* entre a cautelar e a antecipação de tutela por estarem elas na chamada “zona cinzenta”, possibilitando ao magistrado conceder um provimento por outro, quando requerido equivocadamente e presentes os respectivos pressupostos.

A partir daí surgiu um tormentoso debate na doutrina acerca do verdadeiro alcance da *fungibilidade das tutelas de urgência*. Como a lei é atualíssima

(juridicamente falando), não foi possível coletar as tendências jurisprudenciais sobre o assunto. Na doutrina, verificaram-se basicamente dois posicionamentos: o primeiro, interpretando literalmente o dispositivo legal, defende a fungibilidade em uma só direção (de antecipação de tutela para cautelar); o segundo sustenta a aplicação da fungibilidade em seu duplo sentido. Como um desdobramento desse segundo posicionamento, há quem só admita a fungibilidade em sentido inverso (de cautelar para antecipação de tutela) se a cautelar for incidental, não sendo cabível quando preparatória.

Em razão disso, por meio do método dedutivo, buscou-se examinar as razões expostas por cada seguimento doutrinário, fazendo-se, posteriormente, as considerações pertinentes acerca das dificuldades interpretativas decorrentes da aplicação de cada um.

No primeiro capítulo, foram feitas algumas considerações iniciais necessárias para a melhor compreensão do trabalho, abordando assuntos sobre jurisdição, espécies de processos de que se utiliza a jurisdição, efetividade da prestação jurisdicional entre outros. No segundo e terceiro capítulos, passou-se à análise, separadamente, das tutelas de urgência. Primeiramente tratou-se acerca das medidas cautelares, não de forma exaustiva, mas o suficiente para a compreensão do resultado final do trabalho. Em seguida, no terceiro capítulo, falou-se sobre a antecipação de tutela, restringindo-se à hipótese do inciso I, do artigo 273, que é o dispositivo legal que permite a concessão de provimentos satisfativos urgentes. No quarto e último capítulo, adentrou-se à questão da fungibilidade. Foram feitas algumas considerações sobre o papel da fungibilidade para o direito e analisadas as tendências doutrinárias sobre a *fungibilidade das tutelas de urgência*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Jurisdição

No início da civilização dos povos, não existia um Estado como hoje se conhece, soberano e autoritário, suficientemente forte para impor o Direito acima dos interesses individuais. Não havia, tampouco, as leis que regulassem a conduta dos indivíduos. Dessa forma, cada um defendia seu interesse da maneira que dispunha, sem que houvesse a interferência estatal.

Foi a época da justiça privada, em que o interesse do mais forte sempre prevalecia sobre o do mais fraco, já que a “justiça” era feita com as próprias mãos. Por certo, a pacificação social desejada nunca era atingida; ao contrário, o sentimento de injustiça era dominante.

A sociedade evoluiu, o Estado se fortaleceu e se aperfeiçoou, surgindo então o verdadeiro Estado de Direito. A partir daí, o Estado passou não só a ditar as regras de convivência social, mas a interferir na solução dos litígios, atribuindo a cada indivíduo o direito que por lei pertencia-lhe.

Substituiu-se, então, a justiça privada pela justiça pública, assumindo o Estado o encargo de definir e realizar o Direito diante das situações concretas que lhe fossem apresentadas.

Mais que um encargo, o Estado chamou a si o poder de dizer o direito, estabelecendo assim a jurisdição¹, função desempenhada por meio do Estado-juiz. Esse poder é exercido única e exclusivamente pelo Estado, detentor, portanto, do Monopólio Jurisdicional.

Como o Estado passa a interferir nas relações privadas, uma das características do Estado-juiz é a imparcialidade. A jurisdição é, por isso, uma atividade pública desinteressada, que só é exercida quando provocada por aquele que se sente preterido no exercício do seu direito.

1.2 Direito de Ação

Como a jurisdição é inerte, cabe ao jurisdicionado requerer a intervenção do Estado-juiz quando estiver diante de um conflito de interesses.

O meio posto aos cidadãos para provocar o poder jurisdicional do Estado é o direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal². Esse dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o que significa dizer que o poder do Estado de dizer o direito constitui-se num dever de solucionar os litígios que lhe são apresentados.

É necessário observar que o direito de ação é um direito subjetivo do indivíduo, não se confundindo com o direito material em litígio. Esse direito subjetivo constitui-se num direito de obtenção do pronunciamento jurisdicional, seja ele favorável ou desfavorável ao requerente.

“Direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação” (NERY JR., 2001, p 97).

Assim, aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito poderá provocar o poder jurisdicional do Estado, utilizando-se do seu direito de ação. Nesse caso, preenchendo o requerente as condições da ação e presentes os pressupostos processuais³, o Estado terá o dever de se pronunciar.

1.3 Condições da Ação

¹ “Jurisdição. Do latim *jurisdictio*, ou seja, prerrogativa de dizer o direito, decidir, enfim” (ACQUAVIVA, 2000, p. 770).

² “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente nos 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;”

³ “Pressupostos são, como o nome indica, algo que deve anteceder, em razão do prefixo **pre**. Deve existir para que se forme ou instaure a relação processual, sem as quais a relação não se aperfeiçoará. Alguns são considerados pressupostos de existência, tais como, a existência de jurisdição, a citação, pedido do interessado, capacidade postulatória, e outros considerados de

A lei processual civil exige a ocorrência de três condições para que se possa obter do Estado-juiz o provimento jurisdicional que se pleiteia. São as denominadas condições da ação: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e legitimidade de parte.

Por *possibilidade jurídica* do pedido, entende-se a possibilidade de o jurisdicionado pedir tudo o que não foi excluído pelo ordenamento jurídico, isto é, o pedido deve ser viável diante do direito positivo vigente.

Um exemplo citado pela doutrina de impossibilidade jurídica do pedido é a cobrança de dívida de jogo, vedada expressamente no artigo 814, do Código Civil. Um outro exemplo clássico era o pedido de divórcio anterior à lei que o instituiu.

O *interesse de agir* não se traduz pelo seu significado etimológico. Juridicamente, pode-se dizer que o interesse existe quando há necessidade de um pronunciamento judicial, que tenha sido pleiteado de forma adequada.

O interesse de agir, então, está pautado no binômio “necessidade” e “adequação”.

A necessidade existirá quando não se puder obter a satisfação do direito invocado, sem a intervenção do Estado-juiz. A adequação “é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado” (CINTRA, 2004, p. 259).

Já a *legitimidade* é aferida mediante a análise das partes no processo, isto é, de quem integra o pólo ativo da demanda e a de quem integra o pólo passivo. A legitimidade ativa é a identidade entre aquele que propõe a ação e aquele que se diz titular do direito material invocado. Já a legitimidade passiva é a identidade entre aquele contra quem se propõe a ação e aquele a quem se atribui a qualidade de titular da obrigação.

Não concorrendo essas três condições, obsta a que o juiz analise o caso e dê um provimento jurisdicional, favorável ou desfavorável ao autor. Portanto,

validade, como a presença da competência, capacidade processual, imparcialidade do juiz (juiz natural) e ausência de impedimento” (SOUZA, 1998, p. 68).

ausente uma das condições da ação, o processo será extinto sem o julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

1.4 Processo e Procedimento

Verificou-se que o Estado é quem detém o monopólio da jurisdição, ou seja, é ele que tem o poder de resolver os conflitos de interesses em busca da pacificação social.

Como a jurisdição é inerte, colocou-se à disposição do jurisdicionado o direito de ação, que é o meio apto a tirar o Estado-juiz de sua inércia, desde que estejam presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

O processo, nesse contexto, é o instrumento de realização da jurisdição, é o meio pelo qual se exerce o direito de ação. Segundo Theodoro Jr. (2002, p. 39), o Estado, no exercício da sua função jurisdicional, subordina-se a um método ou sistema de atuação, que vem a ser denominado processo.

Processo pode também ser conceituado como uma “série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição” (CALAMANDREI, 1945 apud THEODORO JR., 2002, p. 39).

Não se pode, todavia, confundir processo com procedimento. Enquanto o processo é um método, o procedimento é a manifestação desse método. O procedimento dita as regras pelas quais o processo vai caminhar e desenvolver-se.

Diferenciando processo de procedimento, Santos (2001, p. 26) explica que “O primeiro é soma de atos que tem fim determinado, não importando a marcha que toma para atingi-lo. O segundo é o modo pelo qual o processo se forma e se movimenta, para atingir o respectivo fim”.

1.5 Espécies de Processo

O processo sempre será tido como um instrumento de realização da jurisdição. Todavia, a sua finalidade será distinta de acordo com a tutela jurisdicional que por meio dele se busca.

Em razão disso, dividiu-se o processo em três espécies: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

O Código de Processo Civil brasileiro disciplina as três espécies de processo em três livros distintos. O Livro I, já a partir do artigo 1º, trata do processo de conhecimento. O Livro II disciplina o processo de execução, a partir do artigo 566 e, finalmente, o Livro III trata do processo cautelar a partir do artigo 796.

Então, a espécie de processo a ser adotado levará sempre em conta o tipo de provimento que se almeja.

1.5.1 Do processo de conhecimento

O processo de conhecimento é também conhecido como processo de cognição. É por meio desse processo que o poder jurisdicional do Estado manifesta-se com maior intensidade.

Não que aqui a tutela jurisdicional concedida seja maior ou mais importante, mas a atividade do Estado-juiz é mais intensa porque tem por fim, exatamente, dizer o direito.

Diante de uma lide, que se caracteriza pela existência de uma pretensão resistida, a parte traz ao conhecimento do juiz a existência de um fato, sustentando que sua ocorrência tenha gerado-lhe um direito, assim definido em lei material.

Em vista disso, o juiz inicia uma atividade de conhecimento dos fatos. Chama a parte adversária a se defender das alegações, confere às partes a oportunidade de produzir provas que corroborem suas assertivas e, ao final, dá um provimento jurisdicional dizendo se o autor tem ou não o direito alegado.

Pode-se, então, afirmar, que a atividade jurisdicional no processo de conhecimento é de definição do direito. Nesse sentido preleciona Theodoro Jr. (2002, p. 297) que:

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de *conhecimento* ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor.

Por isso que se disse que a atividade do juiz é aqui mais intensa. Como se verá, no processo de execução já há definição do direito e a parte vai buscar apenas sua satisfação. Já no processo cautelar não se busca nem definição e nem satisfação de direito, mas uma medida assecuratória, que garanta a efetividade de um outro processo, por meio do qual buscar-se-á ou a definição ou a satisfação do direito.

1.5.1.1 Espécies de sentenças proferidas no processo de conhecimento

O processo de conhecimento sofre uma subclassificação de acordo com a natureza do provimento (sentença) que por meio dele se busca. Tradicionalmente, classificam-se as sentenças em *meramente declaratórias*, *constitutivas* e *condenatórias*, denominando-se esta classificação de “trinária” ou “tripartição”. Modernamente tem-se falado ainda em outras duas espécies de sentenças, a *mandamental* e a *executiva lato sensu*, formando a chamada classificação “quinária” ou “quíntupla”.

Sentença *meramente declaratória* é aquela destinada à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento. Um exemplo de sentença meramente declaratória é a proferida em ação declaratória de inexistência de débito. A possibilidade de um pedido meramente declaratório está amparada pelo artigo 4º, do Código de Processo Civil.

Mas a grande maioria dos provimentos almejados pelas partes são os de natureza *condenatória*. Por meio de uma sentença condenatória, o juiz não só

declara a existência de um direito, como também impõe uma sanção, ou seja, uma condenação ao indivíduo que violou a norma. Se o pedido condenatório for improcedente, a sentença não será condenatória, mas declaratória negativa.

A sentença condenatória sempre impõe ao réu uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, possibilitando-se a instauração de um processo de execução caso o réu não cumpra espontaneamente a obrigação imposta. É “a única que participa do estabelecimento, a favor do autor, de um novo direito de ação (*ação executiva*, ou *executória*), que é o direito à tutela jurisdicional executiva” (CINTRA, 2004, p. 304).

Por seu turno, a sentença *constitutiva* tem por fim a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica. É exemplo a sentença de procedência proferida em ação rescisória de contrato, porque põe fim à relação jurídica que existia entre as partes. Na mesma situação está a sentença que decreta a separação de um casal.

A sentença constitutiva diferencia-se da declaratória porque seus efeitos não se exaurem na simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica. Além de declarar, constitui, modifica ou extingue a relação jurídica. É diferente também da condenatória, porque “as sentenças constitutivas prescindem de uma ação executória posterior para realizarem completamente a pretensão posta em causa pelo autor...” (SILVA, 2002, p. 183).

Como um desdobramento da sentença condenatória, a doutrina mais moderna fala ainda, como acima dito, em sentença *mandamental* e *executiva lato sensu*.

Sobre a sentença *mandamental*, Cintra (2004, p. 302) ensina que:

É o caso da sentença que concede mandado de segurança, ou da proferida contra oficial do registro público para retificação de nome, ou para o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer. Para o descumprimento da ordem emanada pela sentença mandamental, o ordenamento prevê sanções de natureza material e processual, chegando até a eventual configuração do crime de desobediência (com a necessidade, para sua caracterização, de processo criminal revestido de todas as garantias do devido processo penal).

Já a sentença *executiva lato sensu* é uma espécie de sentença condenatória auto-executória, isto é, não necessita de uma ação de execução subsequente. A sentença proferida no processo de conhecimento tem uma eficácia superior à sentença condenatória propriamente dita, capaz de gerar efeitos executórios dentro do próprio processo. São exemplos as ações possessórias e a ação de despejo.

Então, dependendo da espécie de provimento que a parte pleiteia, o processo de conhecimento poderá ser classificado como declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo *lato sensu*.

1.5.2 Do processo de execução

Pela distinção que se fez acima entre as espécies de processo, foi possível notar que no processo de execução já há a definição de um direito e a providência buscada pela parte é apenas de satisfação.

O direito pode ter sido definido por meio de uma sentença judicial, proferida num processo de conhecimento (título executivo judicial), ou ainda estar definido em lei e representado por um documento que se denomina “título executivo extrajudicial”.

Sobre o assunto, preleciona Santos (2001, p. 24-25):

Estabelecido em sentença preceito condenatório, o condenado não tem mais nada a discutir. Deve cumprir o que a sentença lhe determinou. Ou então, o particular, apesar de nenhuma condenação, se vinculou em título extrajudicial que a lei considera como tradutor de um acerto de direito *inter partes* (nota promissória, por exemplo). Não realizado o pagamento, não há lide, ou litígio, a se compor. Na primeira hipótese, a sentença já o fez; na segunda, a lei mesma considerou o acerto extrajudicial. Resta, portanto, a realização prática do direito, através de Processo de Execução.

No processo de execução, portanto, o autor ingressa com um pedido de satisfação de seu direito e a parte adversária, em vez de ser chamada a se

defender, o é para cumprir uma obrigação, à qual se vinculou por uma sentença condenatória, ou por um título extrajudicial.

1.5.3 Do processo cautelar

A primeira idéia que se poderia ter sobre o processo cautelar, e que já foi acima mencionada, é que por meio dele se busca um provimento de natureza assecuratória.

Se a natureza do provimento cautelar é assecuratória, pode-se então afirmar, que por meio dele não se poderá buscar nem a definição e nem a satisfação de um direito.

É bastante discutida na doutrina a existência ou não de cautelares satisfativas. Mas essa discussão será enfrentada em capítulo seguinte, quando se tratar mais profundamente do processo cautelar.

Por ora, deve-se ficar apenas com a noção de processo cautelar como um instrumento de garantia contra o perecimento de um outro processo, seja o de conhecimento ou de execução, por meio dos quais, ou se buscará a definição ou a satisfação de um direito.

1.6 Tempo e Processo

Já se disse exaustivamente que o processo é o instrumento utilizado pelo Estado para o exercício do seu poder jurisdicional. Porém, essa atividade estatal não se restringe apenas à função de dizer o direito, mas sim a uma atividade de prestação jurisdicional que seja rápida e adequada, de modo que se possa tutelar com efetividade o direito material estabelecido.

O propósito da lei, todavia, muitas vezes não é alcançado face à demora na tramitação processual, derivada de uma série de fatores.

Segundo Tucci (1997, p. 99), as causas da demora da tutela jurisdicional em nosso país podem ser agrupadas em três fatores, quais sejam, os

institucionais, os de ordem técnica e subjetiva e os derivados da insuficiência material.

Problemas de ordem institucional (demora na tramitação de leis) e derivados da insuficiência material podem ser combatidos com a agilização do processo legislativo na aprovação de leis e com investimentos na construção de instalações mais modernas do Poder Judiciário, com a investidura de mais juízes e a contratação de mais serventuários da justiça.

Agora, o mal do tempo no processo está voltado principalmente à necessidade de se respeitar as garantias constitucionais impostas, sem as quais o processo não teria validade.

Assim, para se ter o devido processo legal, necessário observar o contraditório e a ampla defesa, institutos exigidos pela própria metodologia do processo. Tempo e processo, então, são indissociáveis, porquanto há uma demora fisiológica que é própria da tramitação processual. Essa demora deve ser razoável, isto é, o processo não pode ser muito demorado, mas também não muito rápido⁴.

Embora o tempo seja necessário para uma melhor maturação do processo, a demora no seu transcurso pode tornar ineficaz a prestação jurisdicional operada ao final ou pode ocorrer o desaparecimento do próprio direito da parte durante a tramitação processual.

Para combater esses males do tempo, o legislador conferiu aos jurisdicionados dois instrumentos que possibilitam garantir a eficácia da tutela almejada ou ver antecipada essa tutela antes que seja proferida a sentença de mérito. Trata-se dos institutos da tutela antecipada, com previsão no artigo 273, do Código de Processo Civil, e do processo cautelar.

⁴ “O *fator tempo* é hoje presença constante e angustiante em qualquer debate sobre o processo, isto não só no Brasil, mas no mundo. O processo sem dúvida é um instrumento, o *meio* de se obter o que no direito material é assegurado, razão pela qual é do Estado e, por fim, do Poder Judiciário a grande responsabilidade de *concretizar* o que na lei está previsto. Chocam-se sempre a *qualidade do julgamento* e o *tempo necessário* para concretizar este ideal. Já se concluiu que se o tempo for exagerado, na grande maioria dos casos, de pouco ou de nada adiantará a *qualidade do julgamento*, já que o tempo provavelmente terá aniquilado qualquer pretensão de concretização do direito, consequência e objetivo do julgamento e da própria razão de existir do processo. Por outro lado, muitos sustentam que um julgamento rápido pode ser tão ou mais prejudicial em razão do pouco tempo de maturação do processo, que pode impedir um julgamento com razoável probabilidade de correção” (FERREIRA, 2002, p. 06).

Esses dois institutos, embora distintos na essência, para Dinamarco (2003, p. 55) têm por finalidade o combate do *tempo-inimigo*:

Bem analisado o Código de Processo Civil e submetido seu novo art. 273 a uma interpretação sistemática no contexto da disciplina das medidas urgentes, não é tão importante a busca da precisa distinção entre cautelares e antecipações. A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o *tempo como fator de corrosão dos direitos*, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo.

É possível asseverar, portanto, que a antecipação da tutela e o processo cautelar estão voltados ao combate dos males do tempo na tramitação processual.

1.7 A Efetividade do Processo

Superada a fase do *sincretismo* jurídico, época em que se confundia o direito processual com o direito material, e proclamada a *autonomia* do direito processual, reconhecendo-o como uma ciência, o processualista moderno preocupa-se agora com o aprimoramento do sistema processual. Nunca se falou, como hodiernamente tem-se falado, sobre a efetividade do processo, sempre visando a um processo que seja capaz não só de servir como instrumento para a jurisdição, mas como um verdadeiro instrumento da pacificação social, desvincilhando-se da natureza eminentemente técnica que o caracteriza e buscando produzir resultados úteis e eficazes para quem realmente dele necessita⁵.

⁵ “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais dos que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, **para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir os resultados práticos desejados**” (grifou-se) (DINAMARCO, 2001, p. 21/22).

A reforma processual civil de 1994 foi um grande avanço em prol desse objetivo. Visou a simplificação e maior rapidez no procedimento. Conferiu um novo instrumento de combate ao tempo com a antecipação de tutela. Sem dúvidas, almejou dar mais efetividade ao processo. Segundo Ferreira (2002, p. 23):

A primeira fase da “reforma processual” trouxe, inquestionavelmente, grandes avanços. O processo sofreu alterações que não só tornaram-no mais racional, mas principalmente ficou patente o que “do processo se espera”; em suma, tecnicamente até a interpretação de regras processuais recebeu um reforço extra para sempre analisar-se a regra, com um método de pensamento ligado ao acesso à ordem jurídica justa, a instrumentalidade e a efetividade do processo.

O autor refere-se à primeira fase da reforma processual, porque depois da lei 8.952/94 vieram outras leis, principalmente a 10.352 de 26/12/2001; a 10.358 de 27/12/2001 e a 10.444 de 07/05/2002, que passaram a ser mencionadas como a “segunda fase da reforma processual” ou também como a “reforma da reforma”, que mais uma vez preocuparam-se com o ideal da efetividade e da instrumentalidade do processo civil.

Quando aqui se fala em instrumentalidade, não se está referindo ao caráter *instrumental* do processo, tampouco ao princípio da *instrumentalidade das formas*, mas sim, à instrumentalidade preconizada por Dinamarco (2001, p. 23), como sendo “o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário...”. Para o autor:

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo).

Mas alerta Dinamarco (2001, p. 24) que essa visão instrumentalista do processo tem que se dissipar, sendo “indispensável que também o *intérprete* fique

imbuído desse novo *método de pensamento* e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem”.

É um verdadeiro clamor pela desburocratização do processo, arraigado em técnicas processuais que muitas vezes apresentam-se tão rígidas, a ponto até de exceder as regras do próprio direito material e, principalmente, à finalidade maior do direito que é a pacificação social. Mas essa “pacificação social” dificilmente se alcançará se o provimento jurisdicional não for justo, no sentido de se traduzir numa resposta adequada, rápida, com resultados úteis e eficazes, enfim, capaz de tornar efetivo o que no direito material é assegurado.

1.8 A Cognição

Em breves palavras, pode-se definir a cognição como a atividade desenvolvida pelo juiz, de *conhecimento* da matéria que se lhe apresenta, a fim de formar sua convicção antes de proferir uma decisão.

Quando se tratou acima acerca das espécies de processo, foi dito que no processo de conhecimento o juiz define o direito, na execução satisfaz e, na cautelar, assegura o direito a ser definido ou satisfeito.

Ao tratar da cognição e, principalmente, de sua classificação, leva-se em conta também as espécies de processo, isto é, a atividade exercida pelo juiz no julgamento de cada um desses processos.

Como no processo de conhecimento o juiz tem que definir o direito, então sua atividade é mais intensa, porque terá que analisar todos os fatos diante do contexto probatório que se formou para, ao final, *dizer o direito*. Por outro lado, quando se trata de um processo de execução, como a finalidade é de satisfação, a atividade é bem menos intensa, porque o direito já está definido.

Essa atividade cognitiva que se chamou de “cognição” é então classificada tendo em vista a espécie de provimento jurisdicional que deva ser pronunciado.

Watanabe (1999, p. 111-113) classificou a cognição em horizontal e vertical, levando-se em conta, respectivamente, a sua extensão e profundidade. Explica o autor que a cognição horizontal tem por limite os elementos objetivos do

processo, que são as questões processuais, as condições da ação e o mérito. Nesse plano, subdivide a cognição em plena (quando não há limitação da matéria discutida nos autos, como se dá no julgamento de um processo de conhecimento) e limitada (quando há limitação, como ocorre nos embargos do devedor cuja execução se funda em título judicial, estando a defesa limitada ao que dispõe o artigo 741 do CPC).

Mas a classificação que para este trabalho mais interessa é a feita no plano vertical, que pode ser exauriente ou sumária de acordo com a profundidade do conhecimento do juiz acerca dos fatos. Será exauriente quando o conhecimento que o juiz tiver do processo, ao julgá-lo, for completo, como ocorre no processo de conhecimento. Será sumária quando o conhecimento for incompleto ou superficial, como acontece nos casos das cautelares e antecipações de tutela:

Mas a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécies os processos cautelares, na antecipação da tutela em todo o processo de conhecimento (art. 273, CPC), e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem, por expressa previsão legal, a concessão de provimentos antecipatórios (o que hoje seria dispensável diante da regra geral do art. 273)” (WATANABE, 1999, p. 132-133).

É possível afirmar por essa explanação, que a medida cautelar e a antecipatória de tutela são tratadas como institutos idênticos no que tange à cognição (ambas exigem apenas uma cognição sumária), assim como também foram igualados quando se referiu às suas finalidades, considerando-os como instrumentos de combate ao mal do tempo no processo.

Nos capítulos que se seguem, estudar-se-á o processo cautelar e a antecipação de tutela separadamente, analisando seus objetivos, características e requisitos para, ao final, analisar a fungibilidade estabelecida pelo § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil.

2 O PROCESSO CAUTELAR

2.1 Breves Considerações

O estudo do processo cautelar é muito amplo e complexo. É uma matéria extensa que já foi estudada por muitos autores em obras dedicadas só a esse tema. Como o propósito deste trabalho não é estudar o processo cautelar em si, mas a sua fungibilidade com a antecipação de tutela, este capítulo restringir-se-á à teoria geral do processo cautelar e, ainda assim, não de forma exaustiva, mas o suficiente para inserir o leitor no tema e fornecer-lhe elementos tendentes à compreensão do resultado final deste trabalho.

2.2 Objetivos e Objetos do Processo Cautelar

O processo cautelar não serve à definição ou satisfação de um direito, mas somente à efetividade de um outro processo, seja o de conhecimento ou o de execução. Seu resultado sempre estará voltado ao processo e não ao direito material da parte.

Por essa razão é que se chama a cautelar de instrumento do instrumento, porque sua finalidade é assegurar, garantir a eficácia de um provimento que se busca ou buscará no processo principal. O arresto, por exemplo, previsto no artigo 813 do CPC, consiste na apreensão judicial de bens do suposto devedor, para garantia de eventual execução que contra ele se venha a promover. Não satisfaz o direito do credor, mas assegura a existência de bens do devedor que venham a garantir a execução. Apenas na execução, com a conversão do arresto em penhora e, posteriormente, levando os bens a hasta pública é que, com o produto, ficará satisfeito o crédito do exeqüente.

Mas as cautelares podem ter outra finalidade. Para Theodoro Jr. (2002, p. 66), “as medidas cautelares não só garantem a efetividade ou a utilidade das decisões jurisdicionais, como procuram conservar as partes do processo (presente ou futuro) numa posição que seja necessária ou conveniente ao mesmo

processo”. Exemplo de medida que serve para conservar as partes do processo é a cautelar de separação de corpos, com autorização legal no artigo 888, inciso VI, do CPC, que possibilita o afastamento do cônjuge ou companheiro do lar, no curso da separação (ou dissolução da união estável) ou antes dela, quando a separação criar um ambiente de constrangimento ou até pôr em risco a integridade física ou moral do outro, principalmente nos casos de cônjuge (ou companheiro) ébrio.

O que deve ficar claro é que o processo cautelar nunca terá por fim a satisfação de um direito. Como bem ensina Barbosa Moreira (2002, p. 301) é exatamente nesse ponto que ele se diferencia do processo de conhecimento e do executivo:

“A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional *mediata*”.

É também por esse caráter instrumental, desprovido de qualquer carga de satisfatividade, que se diferencia, como se verá, a cautelar da antecipação de tutela.

Nessa função de garantir a utilidade do processo principal, a medida cautelar pode recair sobre bens, pessoas ou provas. O arresto e a separação de corpos acima referidas, são exemplos de cautelares que visam a assegurar, respectivamente, bens e pessoas. Já a produção antecipada de provas, com previsão no artigo 846 e seguintes do CPC, é exemplo de cautelar que tem por fim assegurar a existência das provas a serem produzidas no processo principal. Oportuno salientar, que há doutrina que classifica as medidas cautelares levando em conta exatamente esses objetos.

2.3 O Poder Geral de Cautela

O nosso Código de Processo Civil disciplina o processo cautelar no Livro III, e subdivide a matéria em dois capítulos. O capítulo I é destinado às disposições gerais e o capítulo II às cautelares específicas.

O legislador no capítulo II, a partir do artigo 813, arrola uma série de medidas cautelares, atribuindo-lhes nomes, daí porque a doutrina classificá-las como cautelares nominadas. Nesse rol pode-se citar como exemplos a cautelar de arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, além de outras.

Embora tenha especificado uma série de medidas que já considerou como sendo de caráter acautelatório, o legislador não tinha, como de fato não tem, condições de prever todas as situações que merecessem uma providência acautelatória. Em razão disso, inseriu no capítulo I, especificamente no artigo 798⁶, uma cláusula genérica conferindo ao magistrado o chamado *poder geral de cautela*, por meio do qual o juiz fica autorizado a conceder uma medida acautelatória, não especificada na lei, desde que presentes os requisitos autorizadores de qualquer cautelar, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (vide itens 2.5.1 e 2.5.2).

As medidas cautelares concedidas com base no poder geral de cautela são denominadas pela doutrina de “cautelares inominadas”⁷. A concessão de tais cautelares, porém, não fica limitada apenas à presença dos seus requisitos legais, mas também à sua função assecuratória. Assim, não se pode utilizar o *poder geral de cautela* para deferimento de medidas satisfativas, sob pena de desnaturar o instituto.

2.4 Características do Processo Cautelar

2.4.1 Instrumentalidade

⁶ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Não há mais o que dizer sobre essa característica que já não tenha sido falado. O que se viu até aqui sobre cautelar revela seu caráter instrumental, no sentido de servir à efetividade de outro processo.

Enquanto o processo de conhecimento e o de execução servem à composição da lide, o processo cautelar serve para garantir o bom resultado daqueles. “Enquanto o processo principal serve à tutela do direito, o processo cautelar serve à tutela do processo. Não faz atuar o direito; contenta-se em proteger o simples interesse da parte...” (THEODORO JR, 2002, p. 71).

A instrumentalidade, não sem razão, é vista como a principal característica do processo cautelar. Se o processo é o instrumento de realização da jurisdição e o processo cautelar é o instrumento desse instrumento, significa que é essa instrumentalidade que garante um provimento jurisdicional definitivo que seja eficaz e útil à parte.

2.4.2 Acessoriedade

O caráter acessório da cautelar está estampado no artigo 796 do CPC⁸, que aponta para sua dependência ao processo principal. Fica assente nesse dispositivo, para que não sobrevenham dúvidas, que o provimento conferido por meio da cautelar não tem cunho de satisfação, já que o direito será satisfeito no processo principal.

Essa acessoriedade fica ainda mais visível diante do que dispõe o artigo 806, do CPC, segundo o qual, a ação principal deve ser proposta em 30 (trinta) dias, após a concessão da medida cautelar (isso se a cautelar for preparatória). Se a ação principal não for proposta nesse prazo, a medida cautelar concedida cessará sua eficácia (art. 808, inciso I do CPC) e o processo será extinto.

2.4.3 Autonomia

⁷ “Por outro lado, da previsão de *medidas provisórias* feita pelo referido art. 798, fora da especificação das medidas típicas, decorre o surgimento de provimentos cautelares inominados, aos quais corresponde, também, a *ação cautelar inominada*” (THEODORO JR., 2002, p. 111).

O processo cautelar é autônomo no sentido de que seu resultado não está vinculado ao resultado do processo principal. Por essa razão é que a cautelar pode ser procedente e o principal improcedente, ou vice versa. Exemplificativamente, o arresto pode ser julgado procedente por preencher os requisitos exigidos na lei. Vindo a posterior execução ser julgada extinta pela procedência dos embargos do devedor.

Como bem ensina Marins (2000, p. 145), “a *autonomia* do processo cautelar é inegável, tal como deflui da técnica adotada pelo Código, reservando-lhe um Livro, o III, em que é erigido à categoria de terceiro gênero jurisdicional, ao lado dos processos de conhecimento e de execução”.

A regra da autonomia está prevista no artigo 810, do CPC. Nele é trazida a regra e as suas exceções. De acordo com tal dispositivo, o indeferimento da cautelar não influi no julgamento do principal “salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. Então, se é proposta ação cautelar onde se reconhece a prescrição ou a decadência do direito invocado, fica obstada a propositura da ação principal.

2.4.4 Provisoriedade

Como o processo cautelar é sempre dependente do processo principal (acessoriedade) a eficácia da cautelar perdurará somente enquanto não sobrevier o provimento principal.

O provimento cautelar (que servirá apenas para assegurar bens, pessoas ou provas, garantindo a eficácia de outro processo) não se identifica com o provimento principal (definição ou satisfação de direito). Em razão disso, o provimento principal nunca tornará definitivo o cautelar, porque eles não se identificam, são provimentos distintos. Por isso que a cautelar é sempre provisória e terá eficácia até que seja substituída pelo provimento definitivo.

⁸ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

“Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração *temporal limitada* àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo” (THEODORO JR., 2002, p. 72).

Se o provimento cautelar se identificar com o provimento principal, de modo que este torne definitivo aquele, então não será caso de medida cautelar, mas de típica antecipação de tutela.

2.4.5 Revogabilidade

A medida cautelar é concedida sob juízo de probabilidade e não de certeza. Em vista disso, o artigo 807, do CPC, possibilita a sua revogação ou modificação. Ademais, a concessão da cautelar é sempre fundada no perigo da demora, de modo que se não há mais esse perigo ou há modificações acerca desse perigo, perde o sentido manter a medida cautelar.

Sobre o tema, Marins (2000, p. 154) preleciona que:

A revogação ocorre a pedido ou de ofício, quando surgem fatos que desaconselham a continuidade da cautela implementada, seja em função das alegações do réu (provando, p. ex., a inoportunidade do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, seja em função de causa superveniente que faça desaparecer a situação perigosa anteriormente constatada, ou ainda por outra razão, como, por exemplo, a omissão do autor na prestação de caução ou na eventualidade de se verificar a insuficiência desta.

A revogabilidade é também uma característica da tutela antecipada e está prevista no § 4º do artigo 273 do CPC, que será tratado posteriormente.

Há autores que apontam outras características da cautelar além das acima elencadas, porém, estas são as necessárias para distinguir o processo cautelar das demais espécies de processo, bem como para que se comece a perceber as distinções existentes entre a cautelar e antecipação de tutela.

2.5 Requisitos da Cautelar

2.5.1 *Fumus boni iuris*

A locução latina *fumus boni iuris* traduz-se em “fumaça do bom direito”, significando, grosso modo, probabilidade da existência do direito invocado pela parte. Então, no processo cautelar, tem que haver demonstração de que é provável a existência do direito pleiteado ou a ser pleiteado no processo principal. Exemplificativamente, quando se requer uma cautelar de arresto, deve-se demonstrar a probabilidade do direito de se ingressar com uma ação de execução.

A questão fica em saber como demonstrar ao magistrado a existência desse direito. A doutrina diverge nesse ponto⁹, mas deve-se optar pelo entendimento que consagra a necessidade de se dar à medida cautelar um tratamento urgente, dispensando a exigência de se convencer o juiz, de forma plena, acerca da existência do direito a ser buscado no processo principal. Aliás, a tarefa de demonstrar cabalmente a existência do direito é objeto do processo principal, e não do cautelar.

Assim, para se aferir a existência do *fumus boni iuris*, basta que se demonstre pela narrativa dos fatos, que a parte tem direito à ação principal e que esta ação poderá ter seu pedido acolhido, isto é, que da narrativa se possa extrair a idoneidade da pretensão da parte. Nesse sentido preleciona Theodoro Jr. (2002, p. 83):

⁹ “Já houve quem afirmasse que o requisito do *fumus boni iuris* não exige do julgador apenas o reconhecimento da possibilidade de sentença favorável ou de deferimento da execução, mas o convencimento pleno, apenas que provisória e sem nenhuma influência no processo próprio. De outro lado, porém, em face do entendimento de que definitiva seria apenas a decisão final, há juristas, como é o caso do saudoso Ronaldo Cunha Campos, que identificam o *fumus boni iuris* apenas como direito da parte ao processo, isto é, desde que, para o processo de conhecimento ou de execução, a que se refere a cautela, haja possibilidade jurídica, legitimidade e interesse, o requisito estaria satisfeito, sem maiores indagações. Ambas as soluções, na verdade, pecam pelo excesso. Se se trata de cautela, não se pode, nos estreitos limites do processo cautelar, exigir, para seu deferimento, o mesmo critério interpretativo do processo de conhecimento ou de execução, sob pena de frustrar-se a própria finalidade da cautela, que é provisória. Mas, se o juiz, em tese, em face das provas apresentadas, ou sendo a questão apenas de direito, concluir, com juízo de completa certeza, pela improcedência da pretensão, não deve deferir a cautela, ainda que satisfeitas estejam as condições da ação dita principal” (SANTOS, 2002, p. 300).

Naturalmente, se pela própria narração da pretensão geradora da lide se deduz que o autor não irá ganhar a ação principal, o pedido deve ser considerado juridicamente inadmissível, e por isso não caberá a tutela jurisdicional de mérito (o caso será de indeferimento liminar da petição inicial da ação principal, segundo a regra do art. 295, parágrafo único, nºs, II e III). Carecendo da ação principal, como é óbvio, não fará jus também à tutela cautelar. Para decidir, portanto, sobre o *fumus boni iuris*, a análise do juiz tem de se concentrar nos fatos que o autor arrola com o fundamento da ação principal e sobre sua idoneidade, em tese, para sustentar a pretensão material. Em caso afirmativo haverá *fumus boni iuris*. Não haverá se da narração dos fatos não decorrer, lógica e juridicamente, o direito invocado contra o réu.

Se assim não for, corre-se o risco de se negar a própria razão de ser do processo cautelar, que é dar uma resposta urgente com vistas a neutralizar, exatamente, a ação do mal do tempo no processo. Ademais, a cautelar pode ser revogada a qualquer tempo e pode também o magistrado, para conceder a medida, exigir uma contracautela (prestação de caução – artigo 804, do CPC), a fim de assegurar o ressarcimento de danos que o requerido possa vir a sofrer.

2.5.2 *Periculum in mora*

O Código de Processo Civil, ao tratar do poder geral de cautela do juiz no artigo 798, refere-se ao *periculum in mora* como sendo o “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. É exatamente a demonstração de que a demora na tramitação do processo principal possa causar à parte um dano grave e de difícil reparação, de modo que se tiver que aguardar o provimento definitivo, este será inútil e ineficaz.

Mas não é qualquer receio que legitima a concessão da cautelar, mas sim um *fundado* receio de dano. Por outro lado, dado o caráter emergencial da medida, não se pode exigir prova da certeza do perigo. Nas palavras de Santos (2002, p. 301):

...para que se reconheça a existência do requisito, basta a possibilidade da existência da lesão, o que deve ser analisado dentro de critérios objetivos que permitam ao julgador, ainda que por meros indícios, concluir pelo risco de danos ou prejuízos.

Discorrendo sobre o tema, Theodoro Jr. (2002, p. 85) fala em *plausibilidade* do direito, que seria um meio termo entre a simples alegação de receio de dano e a necessidade de provar o perigo. Segundo o autor, não se pode reclamar prova (certeza), mas justificação (plausibilidade). E conclui:

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispensa a fundamentação ou motivação de seu reconhecimento; mas isso se dará com muito maior liberdade de ação do que na formação de certeza que se exige no processo definitivo.

Analisando a questão do *periculum in mora*, Silva (2000)¹⁰ assevera que o magistrado fica diante de duas alternativas igualmente insatisfatórias. Se optar em proteger a aparência, corre o risco de oferecer a proteção a quem se verifique, posteriormente, não ser o titular do direito. Por outro lado, se se recusar à concessão da tutela com base apenas em um provável direito, a sentença definitiva certamente se tornará inútil e tardia, já que o direito exigia proteção imediata por estar exposto a um dano irreparável.

Então, diante da alternativa de se proteger aquele que não era titular do direito ou de deixar que se torne inútil e ineficaz a tutela jurisdicional, deve-se optar pela concessão da medida, que não se pode olvidar ser provisória e revogável a qualquer tempo.

¹⁰ “...as circunstâncias geradoras de uma situação de *urgência*, que reclame uma forma de tutela imediata, coloca o Estado, a quem incumbe o dever de prestar jurisdição, entre duas alternativas igualmente insatisfatórias, impondo uma opção sempre perigosa, entre proteger a *aparência*, correndo o risco de oferecer proteção a quem, depois, se verifique não ser titular do direito que o magistrado inicialmente supusera existente, provocando incômodos e prejuízos àquele que haja sofrido a *proteção imediata da aparência*; ou então, preferindo o ordenamento jurídico seguir a outra alternativa, recusando a tutela imediata com base apenas no provável direito protegido, para somente decidir quando o julgador dispuser de todos os elementos capazes de propiciar-lhe um *juízo de certeza* sobre a existência do direito, certamente fará com que a sentença se tenha tornado inútil e tardia, dado que o direito, que exigia proteção imediata, por estar exposto a um dano irreparável, ao encerrar-se a demanda, provavelmente não terá mais condições de realizar-se concretamente” (SILVA (2000, p. 55).

Em algumas hipóteses de cautelares nominadas, o próprio legislador já indicou quais as situações que caracterizam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, como fez no arresto. Para esta cautelar, as hipóteses de *periculum in mora* estão arroladas no artigo 813, incisos I e II, já as hipóteses de *fumus boni iuris* constam no artigo 814, ambos do CPC. Nos casos em que as situações caracterizadoras da medida cautelar não foram indicadas pelo legislador, sua viabilidade deve ser aferida mediante a análise do caso concreto.

A presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* são indispensáveis para a concessão de qualquer medida cautelar, sejam as nominadas pelo Código (arresto, seqüestro, produção antecipada de provas, etc) ou as inominadas (aquelas fundadas no poder geral de cautela do juiz).

2.6 Momento e Forma de Pleitear a Cautelar

Embora corriqueiramente utilize-se o termo “medida cautelar” ou simplesmente “cautelar”, não se pode olvidar que a cautelar é um processo. A *medida cautelar* é o provimento jurisdicional que por meio do *processo cautelar* se busca. Por ser um processo, deve ser proposto através de uma petição inicial, com observância de todos os requisitos dos artigos 282 (gerais) e 801 (específicos), ambos do Código de Processo Civil, seguindo-se o procedimento cautelar, com a citação do réu, prazo para contestação, instrução, se necessário, e sentença. Por tutelar situações emergenciais, possibilita-se a concessão da medida cautelar liminarmente ou após justificação prévia¹¹.

Como não se pode prever em que momento será necessário uma medida acautelatória, a lei possibilita a instauração do processo cautelar antes ou no curso do processo principal (art. 796) ou, ainda, quando o processo principal já estiver no Tribunal, em grau de recurso (art. 800, parágrafo único).

¹¹ Na verdade, a razão de ser do processo cautelar é exatamente a possibilidade de se conceder uma providência liminarmente, isto é, no início do processo, porque se tiver de aguardar todo o andamento do processo cautelar, ouvindo-se a parte contrária, facultando-se a produção de provas e, posteriormente, proferindo a sentença, a própria medida cautelar poderia se tornar ineficaz. Todavia, há situações em que não se consegue demonstrar de pronto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por essa razão, possibilita-se a *justificação* prévia do alegado, que é uma audiência onde o requerente pode demonstrar com prova oral a veracidade de suas alegações.

Levando-se em conta esse momento de instauração, a doutrina classifica o processo cautelar em *preparatório*, quando o processo principal ainda não foi instaurado, ou *incidental*, quando manejado no curso do processo principal. Em qualquer uma das hipóteses, o processo cautelar ficará sempre apensado ao principal.

2.7 As Chamadas “Cautelares Satisfativas”

O legislador não fez uma sistematização adequada do processo cautelar, inserindo no Livro III do Código, hipóteses que não se pode denominar de processo cautelar. Essa situação é sempre alvo de muitas críticas por parte da doutrina, que por vezes chega a pregar a existência de cautelar satisfativa, isto é, aquela que tem fim em si mesma, dispensando a existência de um processo principal.

Mas aceitar essa espécie de instituto seria negar a própria natureza do processo cautelar, que tem fim meramente preventivo e garantidor da eficácia de um outro processo. Mas como saber se o que consta no Livro III do Código é ou não processo cautelar?

Pela simples análise que se faz acerca das características do processo cautelar, é possível distingui-lo de qualquer outro instituto jurídico. O processo só será cautelar quando for instrumental, acessório, provisório e com finalidade de assegurar a eficácia de um outro processo, seja o de cognição ou de execução. Quando a medida tiver fim em si mesma, isto é, satisfazer a necessidade do jurisdicionado independentemente de uma outra providência, então não será um processo cautelar, mas uma medida com procedimento cautelar.

Então, embora o Livro III seja intitulado “do processo cautelar”, nele inseriram-se providências com procedimento cautelar, mas que não se constituem em processo cautelar. Souza (2002, p. 08) bem explica a distinção:

Entretanto, existem procedimentos cautelares (sem processo) que não formam nova relação jurídica por não configurarem processo, como a justificação (arts. 861/866, CPC), as notificações, as interpelações e os protestos. São procedimentos simples, que não chegam a integrar a

categoria 'processo'. Não há sucumbência, não há julgamento e nem coisa julgada e não há lide a ser dirimida.

Por essa razão, é errônea a afirmação de que há processos cautelares satisfativos, já que se trata apenas de procedimentos.

Mas a questão não se encerra aí. A doutrina aponta ainda a existência de processos cautelares, e esses sim verdadeiros processos, mas que trazem em si uma carga de satisfatividade peculiar da antecipação de tutela. São os exemplos da separação de corpos e da sustação de protestos. Essa questão, porém, será enfrentada mais adiante, depois de ser analisado o instituto da tutela antecipada, no capítulo seguinte.

3 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

3.1 Delimitação do Tema

O instituto da antecipação de tutela foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da lei 8.952 de 1994, que tratou da chamada “reforma do Código de Processo Civil”, determinando a redação do artigo 273 e seus parágrafos, vindo posteriormente a sofrer alterações e acréscimos pela lei 10.444 de 07 de maio de 2002.

A tutela antecipada foi tratada sob dois aspectos distintos. O primeiro, disciplinado no inciso I do artigo 273, tem por fim a concessão de medidas satisfativas urgentes antes que seja prolatada a sentença definitiva de mérito, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. É, pois, ao lado da cautelar, um instrumento de combate ao mal do tempo no processo e juntos formam o que se denomina de “tutelas de urgência”.

O segundo, previsto no inciso II do artigo 273, consiste em antecipar os efeitos da sentença de mérito quando ficar caracterizado o abuso de defesa ou o propósito manifesto do réu em protelar o processo. A finalidade aqui não é a de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte, isto é, não se trata de uma medida urgente tendente a neutralizar o perigo da demora. Por outro lado, não se pode negar que ela também combate a demora do processo, mas não por haver risco de dano grave ou irreparável à parte, mas por ser desnecessária a demora diante do propósito do réu em prolongar o processo.

É fácil de se perceber que a natureza da antecipação de tutela prevista no inciso II do artigo 273 é completamente distinta da prevista no inciso I. Quando a doutrina busca fazer distinções entre a tutela antecipada e a cautelar, ou ainda, quando se referem às tutelas de urgência do Código de Processo Civil, restringem-se à antecipação de tutela prevista no inciso I do artigo 273, porque é por meio dela que se almeja providências urgentes tendentes a evitar que o perigo da demora cause danos à parte.

Como o objetivo deste trabalho é estudar a fungibilidade das tutelas de urgência, portanto, a medida cautelar e a antecipação de tutela do inciso I do artigo 273, tudo o que for referido neste capítulo sobre antecipação de tutela, não englobará a hipótese do inciso II do artigo 273, mas restringir-se-á à hipótese do inciso I.

3.2 Fundamentos da Tutela Antecipada

O propósito de se instituir a antecipação de tutela, como vem expressamente descrito na lei, foi de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à parte. É mais uma arma posta em favor do jurisdicionado para evitar que o tempo torne inútil ou ineficaz a providência definitiva almejada.

Mas esse também é o propósito do processo cautelar. Então, a princípio, dá a impressão de existir dois institutos que buscam a mesma finalidade. Porém, apenas aparentemente há identificação entre os dois institutos, pois a antecipação de tutela tem objeto próprio e distinto do processo cautelar.

Aliás, foi também para dar um tratamento correto ao processo cautelar que se inseriu a antecipação de tutela em nosso ordenamento jurídico. Quando no capítulo anterior foi tratado acerca do processo cautelar, foi dito que a lei disciplina procedimentos cautelares específicos, que se denominaram de cautelares nominadas, mas também previu uma cláusula genérica atribuindo ao magistrado o chamado *poder geral de cautela*, que também se refere à possibilidade de se conceder uma medida cautelar, mas que por não estar expressamente especificada na lei denominou-se de cautelar inominada.

Esse poder conferido ao magistrado passou a ser utilizado de forma indiscriminada. É que em muitos casos, a providência judicial que demandava um pronunciamento urgente, trazia em seu bojo uma carga de satisfatividade que não é peculiar das cautelares, já que estas servem apenas para concessão de medidas assecuratórias cuja providência não se confunde com a definitiva buscada no processo principal. Segundo Bedaque (2001, p. 290), esse expediente afrontava o contraditório e a ampla defesa:

O poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do estatuto processual, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse previsão cautelar específica, passou a ser utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Assim, pela via cautelar acabava-se adotando solução satisfativa e irreversível para o conflito, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

A questão tornou-se complicada. De um lado o deferimento de medidas cautelares satisfativas extrapolava os limites do processo cautelar. Por outro lado, o indeferimento de tais medidas por questão de técnica processual acabava por frustrar o propósito do próprio direito (que busca a pacificação social), já que ao tempo do pronunciamento judicial definitivo, poderia este se tornar ineficaz pela ocorrência de danos graves ou de difícil reparação à parte.

Com a finalidade de autorizar a concessão de medidas urgentes de caráter satisfativo sem que fosse necessário o uso equivocado do processo cautelar, foi então que surgiu em nosso ordenamento jurídico o instituto da antecipação de tutela. A respeito, comenta Marinoni (2000, p. 124):

Vale a pena frisar que a reforma tornou possível a tutela antecipatória, e não a tutela cautelar, no curso do processo de conhecimento. Na verdade, a reforma eliminou a necessidade da ação cautelar para a obtenção da tutela antecipatória, possibilitando a correção dos equívocos que eram cometidos...

Neste contexto, pode-se afirmar que a instituição da antecipação de tutela foi fundada em dois propósitos: o primeiro foi criar um instrumento de combate ao mal do tempo, em busca da efetividade do processo. O segundo, e talvez o primordial, foi pôr fim ao uso equivocado do processo cautelar, evitando assim as denominadas “cautelares satisfativas”.

Mas a questão não é tão fácil como parecia. A partir da coexistência da cautelar e da antecipação de tutela, começaram a surgir dúvidas quanto ao instituto a ser utilizado diante da situação concreta. Teoricamente é simples afirmar que na cautelar a medida é só assecuratória, diferente da antecipação de

tutela cujo provimento é satisfativo. Mas em certas situações práticas, essa diferenciação torna-se muito tênue e suscita muitas dúvidas acerca do instrumento a ser utilizado. Essa questão será enfrentada no capítulo seguinte quando for tratado acerca da fungibilidade.

3.3 Objeto da Antecipação de Tutela

Foi dito acima que através da cautelar busca-se uma medida assecuratória, diferentemente da antecipação de tutela cuja providência é satisfativa. Mas é preciso saber o que vem a ser uma medida satisfativa, isto é, qual é o objeto da antecipação de tutela.

Como é sabido, o juiz quando julga um processo ele acolhe ou rejeita, total ou parcialmente, o pedido formulado pelo autor (considerando que estejam presentes as condições da ação além dos pressupostos processuais, sem os quais fica impossibilitado o conhecimento do pedido). É certo também que o autor pode fazer mais de um pedido no mesmo processo, contra o mesmo réu, conforme prevê o artigo 292, do Código de Processo Civil.

Ao analisar o pedido ou os pedidos do autor e prolatar uma sentença, acolhendo ou não a pretensão inicial, diz-se que o juiz resolve a lide, isto é, julga o mérito da causa e o faz por meio de um provimento que se denomina “sentença definitiva de mérito”¹².

Quando se afirma que a antecipação de tutela confere à parte uma providência satisfativa, significa dizer que o objeto da antecipação é exatamente o efeito ou um dos efeitos práticos da sentença de mérito, isto é, antecipa-se a

¹² O nosso código de processo civil menciona a palavra “lide” e “mérito” como sinônimas. Essa afirmação é extraída do item 06 da exposição de motivos do Código de Processo Civil: “6...O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. Então, diz-se “sentença definitiva”, porque houve julgamento do mérito e, por isso, apta a formar coisa julgada material. Quando não se julga o mérito, isto é, não resolve a lide (e isso pode ocorrer, por exemplo, quando ausente uma das condições da ação), a sentença é chamada “terminativa”, porque só faz coisa julgada formal, ou seja, dentro do processo, possibilitando ao autor intentar novamente a ação.

providência que seria conferida ao jurisdicionado apenas por ocasião da sentença de mérito.

Assim, há uma coincidência entre a providência antecipada e a definitiva, como bem assevera Dinamarco (1998, p. 141-142):

Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.

Dessa explanação, pode-se extrair a seguinte conclusão: se antecipar a tutela significa conferir à parte os efeitos ou um dos efeitos práticos da sentença, que lhe seria atribuída somente por ocasião da sentença de mérito, então não se pode pleitear a título de antecipação de tutela um provimento que não seria objeto de apreciação na sentença definitiva, ou seja, tem que haver uma coincidência entre o pedido antecipado e o definitivo.

Para a concessão da antecipação de tutela, todavia, além da observância dos pressupostos legais (analisados no item 3.6), é necessário que a medida antecipada seja viável. Em outras palavras, que a antecipação consista em conferir à parte os efeitos ou um dos efeitos *práticos* da sentença.

Segundo a doutrina, efeitos práticos são os efeitos *executivos*, em sentido amplo, que possam ser extraídos da decisão antecipatória:

A antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela sua natureza, se tratar de efeitos (a) que *provoquem* mudanças ou (b) que *impeçam* mudanças no *plano da realidade fática*, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma forma, *execução*. Execução em sentido o mais amplo possível: pela via executiva *lato sensu*, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita. Somente nesses casos a antecipação de efeitos será compatível com o princípio da necessidade. Aliás, também em se tratando de tutela *condenatória*, o que se antecipa não é a condenação (que não comporta provisoriedade), e sim **os efeitos executivos** que dela decorrem (grifou-se) (ZAVASCKI, 1997, p. 83).

Pelo que se expõe, não é cabível antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. Essas duas espécies de provimentos são

incompatíveis com a idéia de provisoriedade. Contudo, como o que se antecipa é efeito ou efeitos da sentença de mérito, pode ser possível antecipar algum efeito da sentença declaratória ou constitutiva, conexo com o pedido principal. Exemplificativamente, numa ação declaratória de inexistência de débito, nenhum efeito prático surtirá a declaração provisória de que o débito inexistente (trata-se apenas de efeito normativo). Por outro lado, nessa mesma ação é possível a antecipação de um efeito conexo, como a permissão para que se retire o nome do autor do rol de inadimplentes.

A situação é a mesma quanto à antecipação de efeitos de sentença constitutiva. Segundo Marinoni (2004, p. 262) o efeito constitutivo poderá ser antecipado quando por possível extrair dele alguma utilidade prática para quem o requer. Mas ressalva que *“deve-se descartar de plano a possibilidade de constituição provisória nas ‘causas’ relativas ao estado e à capacidade das pessoas”*.

O problema maior é a antecipação dos efeitos da tutela condenatória. É que a decisão antecipatória terá de ser efetivada no próprio processo de conhecimento, daí porque se afirmar que só será viável antecipar efeitos *executivos lato sensu e mandamentais*. Sendo necessário ao autor propor uma nova ação (execução) para tornar efetiva a decisão antecipatória (de cunho condenatório), ficará frustrado o propósito do instituto da antecipação de tutela, que é possibilitar uma resposta rápida e eficaz, o que dificilmente será conseguido no processo de execução, que é muito demorado. Ademais, a lei não fala em execução provisória, mas em efetivação.

Sobre a antecipação de tutela em face de sentença condenatória, preleciona Marinoni (2004, p. 261):

Quando se pensa na tutela antecipatória em face da sentença condenatória, somente é possível pensar em tutela que possa ser efetivada no curso do processo, já que de outra forma teremos uma tutela concedida, mas que não pode ser utilmente efetivada, *o que é o mesmo que transformar a tutela antecipatória em uma “tutela pela metade”, ou em tutela que não traz nenhum resultado útil.*

Neste contexto, pode-se afirmar que a antecipação de tutela será cabível em qualquer espécie de provimento, seja mandamental, executivo *lato sensu*, condenatório, constitutivo ou declaratório, mas desde que a decisão antecipatória traduza-se num efeito prático, que possa ser efetivado no curso do processo de conhecimento, por meio de um provimento mandamental ou executivo *lato sensu*.

3.4 Momento e Forma de Pleitear a Antecipação de Tutela

O legislador disciplinou a antecipação de tutela em apenas um artigo e sete incisos do código e, obviamente, não tratou de forma satisfatória a matéria, atitude esta sempre alvo de muitas críticas pela doutrina.

Por certo, não cuidou o legislador de estabelecer um momento exato de se pleitear e de apreciar o pedido de antecipação de tutela, tampouco mencionou a possibilidade de ser requerida a qualquer tempo.

Como o legislador não fez restrições nenhuma ao momento de se pleitear a antecipação de tutela, não cabe ao intérprete fazê-lo. Desse modo, forçoso concluir pela possibilidade de se requerer a antecipação de tutela a qualquer tempo. “Cabe observar que os provimentos antecipatórios do art. 273, não sendo, como realmente não o são, sempre medidas liminares, nada impede que eles sejam concedidos pelo juiz nas fases subseqüentes do procedimento...”(SILVA, 2002, p. 145).

Comumente requer-se a antecipação de tutela liminarmente, na própria petição inicial, mas o magistrado pode concedê-la só após a oitiva do réu ou do início da instrução.

Pode-se ainda deferir a antecipação de tutela por ocasião da sentença. Frequentemente o pedido de antecipação e a decisão que a concede ou indefere, ocorre antes da sentença. Assim, é concedida ou indeferida a antecipação por meio de uma decisão interlocutória, contra a qual é cabível o recurso de agravo, nos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil. Quando a antecipação de tutela for apreciada por ocasião da sentença, o recurso contra ela cabível não

poderá ser o de agravo, mas o de apelação. É o que dispõe o artigo 513 do CPC, segundo o qual “da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”.

De acordo com os ensinamentos de Nery Jr. (2003, p. 650), não será possível, nesse caso, agravar da decisão no que tange à antecipação de tutela e apelar com relação ao mérito. É que no sistema processual vigente, não é permitido interpor dois recursos contra o mesmo pronunciamento judicial:

Se o ato é sentença, não pode ser impugnado, simultaneamente, por apelação, quanto ao mérito, e por agravo quanto à tutela antecipada nela concedida, pois isto contraria o *princípio da singularidade* dos recursos. A solução correta, de acordo com o sistema do CPC, é a impugnabilidade dessa sentença apenas pelo recurso de apelação.

Oportuno salientar, que nada impede que a antecipação de tutela seja concedida após a sentença, enquanto pendente recurso. Na lição de Moreira (2002, p. 88), “é concebível que se requeira a antecipação da tutela na pendência de causa da competência originária de tribunal, ou na de recurso que a comporte”.

Quanto à forma, nada também foi prescrito a respeito. A única exigência é que haja pedido expresso da parte, conforme prevê o *caput* do artigo 273, do CPC (vide item 3.6.1). Quando não for requerida na própria petição inicial, juntamente com o pedido ou pedidos principais, surgindo posteriormente a necessidade de pleiteá-la, basta expor os fatos e fazer o pedido por simples petição nos autos. Dispensa-se a necessidade de um outro processo, com nova citação, contestação, instrução e sentença, como ocorre no processo cautelar.

3.5 Características da Tutela Antecipada

Como forma de distinguir a tutela antecipada de qualquer outro instituto jurídico, notadamente a cautelar ou, ao contrário, fornecer elementos para que se possa perceber que a sua distinção para a cautelar não é tão notória, mas realmente muito tênue, é que se indicará algumas das características presentes na antecipação de tutela.

3.5.1 Urgência

Talvez nem fosse necessário mencionar a urgência como uma característica da tutela antecipada, até porque sua própria razão de ser é exatamente a de dar uma resposta urgente à parte que teme pela ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, que possa ocorrer antes que se lhe conceda a tutela definitiva.

Ainda que seja manifesta essa característica, a menção a ela é necessária porquanto a outra faceta da tutela antecipada, prevista no inciso II do artigo 273, não a exige.

3.5.2 Revogabilidade

Assim como a medida cautelar, o provimento antecipado também poderá ser revogado ou modificado. É o que se extrai do § 4º do artigo 273, segundo o qual “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

E não poderia ser diferente. Como se viu anteriormente quando se tratou da cognição (item 1.8) e como se verá adiante quando forem analisados os pressupostos da antecipação de tutela (item 3.6), o magistrado ao concedê-la faz uma cognição sumária do caso, fincada num juízo de probabilidade e não de certeza.

É óbvio, principalmente nos casos de antecipação liminar da medida, que no decorrer do processo possam surgir fatos novos que demonstrem a desnecessidade em mantê-la, ou ainda, que o seu deferimento não deveria ter ocorrido ou não na proporção em que ocorreu. Daí porque, ser ela revogável ou modificável a qualquer tempo.

Em ocorrendo hipóteses de revogação ou modificação da tutela antecipada, o mesmo dispositivo acima citado exige que o juiz o faça por meio de uma decisão fundamentada¹³.

3.5.3 Satisfatividade/provisoriedade

A característica marcante da antecipação de tutela que permite a afirmação de que não pode ela ser confundida com a cautelar, reside exatamente na idéia de que a providência antecipatória é satisfativa, enquanto a cautelar é assecuratória.

Quando se referiu ao objeto da antecipação, constatou-se que a satisfatividade ocorre porque a providência antecipada é exatamente aquela que *provavelmente* será concedida por meio da sentença de mérito. Isso não ocorre com a cautelar, já que a medida acautelatória não se identifica com a definitiva do processo principal.

Conquanto as medidas antecipatórias revistam-se de satisfatividade, não perdem elas o caráter da provisoriedade. “Mesmo que as medidas antecipatórias do art. 273 não sejam necessariamente liminares, serão sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa, portanto realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência” (SILVA, 2002, p. 137). É, pois, uma medida satisfativa provisória.

E é possível indicar três idéias que justifiquem a afirmação de ser a medida antecipatória, satisfativa e provisória ao mesmo tempo. Primeiro que há possibilidade de ser revogada e modificada a qualquer tempo. Segundo porque é concedida com base em juízo de probabilidade e não de certeza. E terceiro que a medida antecipatória precisa ser confirmada na sentença definitiva, o que pode não ocorrer se a sentença for de rejeição do pedido, conclusão que se chega

¹³ É certo que o § 4º do artigo 273 do CPC, nem precisava mencionar a necessidade de fundamentação da decisão que revoga ou modifica a tutela antecipada. A fundamentação das decisões judiciais é preceito constitucional obrigatório, cuja ausência conduz à nulidade. Assim prescreve o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal: “Art. 93 (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

após uma cognição exauriente do processo o que permite formar um juízo de certeza e não mais de probabilidade.

3.5.4 Instrumentalidade

Pode até causar estranheza, mas a instrumentalidade não é característica apenas da medida cautelar, mas também da antecipação da tutela. A cautelar serve para garantir a eficácia de um outro processo, daí porque a instrumentalidade ser sua característica marcante.

A antecipação dos efeitos da tutela definitiva ocorre para que se possa garantir a sua própria utilidade, já que se isso não ocorresse antecipadamente, a sua concessão, ao final, tornar-se-ia inútil diante da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Em vista disso, não se pode negar que a antecipação de tutela é um instrumento destinado a garantir a efetividade do processo, isto é, da própria tutela a ser tornada definitiva.

Oportuno aqui, invocar a lição de Bedaque (2001, p. 307), que discorrendo sobre o tema afirma:

Nessa medida, antecipar efeitos práticos constitui meio para assegurar a efetividade jurídica do provimento, destinado a eliminar com eficiência a crise de direito material, proporcionando ao autor situação mais próxima possível daquela que lhe é conferida pela regra substancial e que deveria ter sido alcançada espontaneamente, pelo cumprimento voluntário do dispositivo legal. A tutela antecipatória atua como instrumento da tutela final, que, por sua vez, é instrumento do direito material.

Não há como negar o caráter instrumental da tutela antecipada. Antecipa-se aquilo que seria concedido posteriormente, no momento oportuno (sentença definitiva de mérito), exatamente porque poderá tornar-se ineficaz ou inútil se tiver de aguardar o transcurso do tempo. É, pois, repita-se, ao lado da cautelar, um *instrumento* para se garantir a eficácia do provimento definitivo.

3.6 Pressupostos da Tutela Antecipada

A lei exige que se observe a presença de certos pressupostos para que se possa antecipar o efeito ou um dos efeitos da tutela. Assim, nos termos do artigo 273, inciso I do CPC, o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo *prova inequívoca*, convença-se da *verossimilhança* da alegação e haja *fundado receito de dano irreparável* ou de *difícil reparação*.

Necessário se faz a análise de cada um desses pressupostos ou requisitos.

3.6.1 Pedido da parte

A lei condicionou a concessão da tutela antecipada ao pedido da parte. Como se referiu genericamente a “parte”, levanta-se a hipótese de estar também o réu autorizado a requerer a antecipação de tutela. Em regra, como o réu não faz pedido na contestação, não teria ele como requerer a antecipação de tutela. Por outro lado, poderá fazê-lo na reconvenção e nas denominadas “ações dúplices” (onde se admite que o réu faça pedidos na contestação). A doutrina discute essa questão, mas para o tema que se propõe é suficiente que fique registrado a necessidade de haver pedido da parte, seja do autor ou do réu.

3.6.2 Prova inequívoca e verossimilhança

Prova inequívoca e verossimilhança formam um único pressuposto, já que se exige a prova inequívoca para convencer o juiz acerca da verossimilhança da alegação. Um complementa o outro.

Verossimilhança, etimologicamente, significa “aparência de verdadeiro”, que pode traduzir-se também no *fumus boni iuris* exigido para a concessão da medida cautelar. Só que no caso da antecipação de tutela, não basta que se demonstre pela narrativa dos fatos que a parte tem direito à ação principal, isto é, que da narrativa seja possível extrair a existência das condições da ação, como é

suficiente para a cautelar. É necessário prova inequívoca da verossimilhança, ou seja, prova de que o direito a ser antecipado existe.

Já o termo “inequívoco” é algo evidente, claro, que não oferece dúvida, então, prova inequívoca é aquela prova capaz de demonstrar certeza.

Para Dinamarco (1998, p. 145), a lei utilizou termos contraditórios, já que se refere a aparência de verdade (verossimilhança), mas que seja demonstrada por prova inequívoca (certeza), que segundo o autor “é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de mera verossimilhança”.

Realmente parece que o legislador utilizou-se de termos contraditórios, pois se a prova é clara, não oferece dúvidas, então a alegação da parte é verdadeira e não aparentemente verdadeira. Mas se fosse preciso provar cabalmente o direito para ser antecipado, não seria caso de antecipação de tutela, mas de julgamento antecipado da lide por prescindir de outras provas. Parece que não foi essa a intenção do legislador.

A antecipação de tutela insere-se nas espécies de medidas de cognição sumária, para as quais é necessário apenas um juízo de probabilidade acerca da veracidade do direito que se pretende antecipar. Mas essa probabilidade seria *mais* que a necessária para concessão da cautelar e *menos* que a exigida num julgamento de cognição exauriente, em que se busca ter certeza de que o autor realmente é merecedor do provimento jurisdicional. É exatamente nesse sentido a lição da doutrina:

Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva.

A concessão de cautelar geral dependeria apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que inexistente prova a respeito. Já para obter antecipação da tutela, necessário que o requerente instrua o pedido com elemento probatório suficiente para a formação do convencimento do julgador (BEDAQUE, 2001, p. 317).

Então, a antecipação de tutela por conferir à parte uma medida satisfativa é *mais* que a cautelar, cuja providência concedida é só assecuratória. Em razão

disso, a probabilidade do direito deve ser maior na antecipação do que na cautelar.

Mas a questão está ainda em saber o que seria exatamente essa probabilidade e como fazer para demonstrá-la ao magistrado. Para Dinamarco (1998, p. 145), probabilidade “é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes”. Quer isso significar que a probabilidade existirá para o juiz, quando diante dos fatos e provas apresentadas, em sua consciência pesar mais favorável as razões que permitam a antecipação da tutela, que aquelas que lhe desaconselhariam, diferentemente da cautelar, onde basta uma situação de equivalência.

A prova inequívoca, que implica em demonstrar ao juiz que é provável a veracidade das alegações, não necessariamente precisa ser documental, afinal, não se trata de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança. Nos dizeres de Marinoni (2000, p. 162-163):

O autor, ao requerer, na petição inicial, a tutela antecipatória, pode se valer de prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada e de laudos ou pareceres de especialistas, que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. O autor ainda pode requerer sejam ouvidos, imediatamente e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), testemunhas ou o próprio réu, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440 do Código de Processo Civil.

Quando a doutrina admite a possibilidade de prova testemunhal, quer parecer que busca respaldo nas regras estabelecidas para o processo cautelar, onde é expressamente admitida a possibilidade de justificação do alegado. E isso parece muito razoável diante da insuficiência da disciplina do instituto da antecipação de tutela. Ademais, sendo a medida antecipatória de natureza urgente, cuja finalidade é de evitar danos irreparáveis e de difícil reparação à parte, exigindo o legislador *prova inequívoca*, deve-se permitir que essa prova seja realizada da forma mais ampla possível, sob pena de se tornar um instrumento de difícil utilização.

3.6.3 Fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação

O fundado receio de dano é exatamente a demonstração de que a demora na tramitação do processo possa causar à parte um dano irreparável ou de difícil reparação, de modo que se tiver de aguardar até o momento da sentença de mérito, esta será inútil e ineficaz. Trata-se, pois, do *periculum in mora*, o mesmo que se exige para a concessão da tutela cautelar. Aliás, as expressões são até quase idênticas. No artigo 798 o legislador referiu-se a *fundado receio* que possa causar *lesão grave e de difícil reparação*. No artigo 273 falou em *fundado receio de dano irreparável* ou de *difícil reparação*. Silva (2002, p. 141) alerta, que a utilização do mesmo pressuposto para os dois institutos, não deve ser motivo para considerar a antecipação uma cautelar:

A conclusão de que as “antecipações” do art. 273 não são cautelares não deve invalidar-se com a referência feita no inc. I desse artigo ao pressuposto de que igualmente se vale a tutela cautelar, qual seja a existência de “fundado receio de dano irreparável”.

Discorrendo sobre as duas possibilidades em que é admitida a antecipação da tutela (a urgência ou a injustificada resistência do réu), Dinamarco (1998, p. 147) também se reporta ao *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* como sendo o *periculum in mora*, ordinariamente posto em relação à tutela cautelar.

Não há controvérsia em afirmar-se que o pressuposto em análise é o mesmo que o *periculum in mora* da cautelar. O que a doutrina aponta como diferenças principais para distinguir a tutela antecipatória da cautelar restringe-se à necessidade de haver prova inequívoca na antecipação, o que não ocorre com a cautelar e, principalmente, que a antecipação de tutela presta-se à concessão de providências satisfativas, o que não é cabível na cautelar. Não se pode olvidar que a forma de processamento também é distinta.

Quanto ao significado das expressões *dano irreparável* e *difícil reparação*, cabe aqui invocar as lições de Marinoni (2000, 137-138):

Há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessário para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo).

Há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia.

...

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.

Aí estão, portanto, os requisitos que devem estar presentes para que o juiz possa antecipar o efeito ou um dos efeitos da tutela. Mas não é só isso. Há ainda um requisito, que se pode chamar de negativo, cuja presença obsta à antecipação da medida, que é o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, questão que se passa a analisar.

3.7 O Perigo de Irreversibilidade do Provimento Antecipado

Para o deferimento da tutela antecipada não basta apenas a prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O § 2º do artigo 273, impede que se conceda a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Quis o legislador com isso, proteger o réu da eventual improbabilidade do direito invocado pelo autor, quando esse direito, sendo antecipado, não puder retornar ao estado anterior. Mas essa situação parece incongruente com o instituto. Se a antecipação de tutela pode ser concedida quando há prova inequívoca acerca do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como conciliar a existência, de outro lado, de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado? Como bem menciona Silva (2002, p. 145) “Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória”.

Somente pela análise do caso concreto poderá o magistrado avaliar se há perigo de irreversibilidade do provimento a ser antecipado. Em caso positivo, terá de enfrentar uma questão difícil entre tutelar um provável direito do autor, sem o qual sofrerá dano grave ou de difícil reparação e, ao mesmo tempo, assegurar ao réu a possibilidade de reversão do que será antecipado. Não há como não sacrificar um direito em detrimento de outro, ou melhor, um improvável direito em detrimento de outro que pareça ser provável. “Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado” (MARINONI, 2000, p. 177).

Mas há uma forma de harmonizar a necessidade da antecipação com o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, e isso é trazido pelo próprio artigo 273 em seu § 3º, quando remete a efetivação da tutela antecipada ao que dispõe o artigo 588 do CPC, que trata da execução provisória.

De acordo com o disposto no artigo 588, *mutatis mutandis*, o autor responsabiliza-se em reparar os danos que o réu venha a sofrer; poderá o juiz exigir caução idônea do autor em certas situações e eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. Então, sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da antecipação com o perigo de irreversibilidade “cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções etc.)” (DINAMARCO, 1998, p. 149).

3.8 Tutela Antecipada, Cautelar e Liminar

Já se sabe perfeitamente o que é a tutela antecipada e a cautelar. Sabe-se também que esses dois institutos formam o que chama de *tutelas de urgência*, por vezes também referidas como *tutelas sumárias*. Mas a lei fala também em *liminar* e por isso podem surgir dúvidas envolvendo essas três expressões.

Etimologicamente, liminar significa limiar, no início, aquilo que está em posição inicial. Juridicamente pode-se dizer que liminar está ligada ao momento em que se concede uma providência à parte, ou seja, no início do processo.

Antes do instituto da tutela antecipada ingressar em nosso ordenamento jurídico, a lei previa, como de fato prevê em algumas ações, como são exemplos o mandado de segurança, as possessórias, a ação civil pública entre outras, a possibilidade de o juiz antecipar, conceder liminarmente uma providência que só seria concedida no final do processo, quando preenchidos os requisitos legais. Nada mais são do que previsões específicas de antecipação de tutela¹⁴.

O artigo 273 veio para tornar genérico o instituto da antecipação de tutela, agora cabível em qualquer processo de conhecimento quando a parte o requerer e desde que observados os requisitos legais. Da mesma forma como o legislador especificou algumas medidas cautelares (nominadas) e também estabeleceu uma cláusula genérica (inominadas – poder geral de cautela), pode-se assim dizer que em certas ações o legislador especificou a possibilidade de antecipação de tutela (liminares), mas também estabeleceu uma hipótese genérica (artigo 273 do CPC).

Mas é errônea a utilização do termo *liminar* como indicativo de um provimento jurisdicional. A palavra *liminar* indica a possibilidade de se conceder uma providência no início do processo. Então, o magistrado não concede uma liminar, concede um provimento, uma medida, uma providência *liminarmente* (no início).

Como bem ensina Bedaque (2001, p. 293), “a expressão revela, portanto, o momento em que o provimento judicial é proferido, não seu conteúdo”. Exatamente por indicar apenas o momento da concessão da medida, é que se pode perfeitamente referir-se a *liminar cautelar* ou *liminar antecipatória*, porque ambas as providências podem ser concedidas no início do processo.

¹⁴ “Previsto como incidente do processo de conhecimento em geral, a medida antecipatória se apresenta, em regra, como **liminar**, a exemplo do que já se passava em ações especiais como as possessórias, a ação civil pública, o mandado de segurança, a nunciação de obra nova, as revisionais e renovatórias de locação, a ação de alimentos, a ação popular, a ação declaratória de inconstitucionalidade” (THEODORO JR, 1999, p. 86).

4 A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

4.1 Intróito

O *tempo*, como fator de corrosão dos processos, instrumento pelo qual se possibilita obter o que no direito material é assegurado, é motivo de muita preocupação para os operadores do direito, sempre em busca de um processo de resultados que seja efetivo e eficaz a quem dele necessite.

Como instrumento de combate ao mal que o tempo pode causar ao processo, colocou-se à disposição do jurisdicionado o processo cautelar, com a finalidade única e exclusiva de por meio dele buscar uma providência assecuratória, de garantia a um outro processo onde se pretenda a definição ou a satisfação de um direito.

O processo cautelar teve alguns procedimentos especificados em lei, onde o próprio legislador já estabeleceu as hipóteses em que eram cabíveis medidas acautelatórias (as cautelares nominadas). Mas como não era possível vislumbrar todas as situações onde seria necessária uma medida preventiva, o legislador, então, instituiu um poder geral de cautela, possibilitando ao magistrado, diante de um caso concreto e mediante a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conceder a medida cautelar ainda que não especificada em lei (as cautelares inominadas).

Mas em certas ocasiões, a medida urgente requerida com base no poder geral de cautela não tendia simplesmente a assegurar a eficácia de um outro processo, mas se traduzia numa medida satisfativa no sentido de que a providência requerida tinha o mesmo efeito ou um dos efeitos da providência definitiva, que seria concedida somente por ocasião da sentença de mérito.

Questões de ordem técnica e formal não poderiam impedir que se tutelasse uma situação urgente que pudesse causar uma lesão grave, irreparável ou de difícil reparação à parte, de modo que se passou a conceder tais medidas, que a doutrina chamou de “cautelares satisfativas”.

Esse expediente passou a ser alvo de muitas críticas porque os provimentos cautelares satisfativos extrapolavam os limites do processo cautelar, fugindo à finalidade para a qual havia sido instituído.

Para corrigir os equívocos no uso do processo cautelar, veio a lei 8.952/94 e introduziu o instituto da antecipação de tutela em nosso ordenamento jurídico, disciplinando-o no artigo 273, do Código de Processo Civil. Por meio da antecipação de tutela, possibilitou-se a concessão de medidas satisfativas, outorgando à parte, antecipadamente, o efeito ou uns dos efeitos da sentença de mérito.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, passou a ter dois instrumentos distintos de combate ao mal do tempo no processo: a antecipação de tutela, que possibilita o deferimento de medidas satisfativas, e o processo cautelar, por meio do qual se concede providências assecuratórias que garantam a eficácia de um outro processo, ambos os institutos condicionados à existência de um receio de dano grave, irreparável ou de difícil reparação à parte.

A natureza do provimento buscado em cada um desses institutos é diversa. Teoricamente é fácil de distingui-las, mas a realidade fática por vezes torna a diferenciação muito difícil¹⁵. Costuma-se citar dois exemplos que bem retratam essa situação, que são as cautelares de separação de corpos e de sustação de protesto. Ambas servem para assegurar uma posição de igualdade das partes no processo e, por isso, seriam cautelares.

Mas, por outro lado, a separação de corpos e a sustação de protesto são, respectivamente, um dos efeitos da sentença da ação de separação judicial e da

¹⁵ O próprio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 202740/PB, relatado pelo Ministro Castro Filho, decisão datada de 25/05/2004, reconhece a dificuldade da distinção: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO. ARTIGO 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a regra do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção do recurso especial, admite temperamentos, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. II - Apesar de se ter deferido, em caráter liminar, a intervenção na pessoa jurídica, cujo pedido foi formulado em autos de processo de conhecimento onde se postulou a nulidade de assembléia, já à época em que proferida a decisão, doutrina e jurisprudência vinham admitindo a fungibilidade das medidas urgentes, tendência que culminou com a inserção do § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444/02. III - *Tal providência se justifica em atendimento ao princípio da economia processual, haja vista que nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Trata-se, diversamente, de duas categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes.* Recurso especial não conhecido" (grifou-se).

ação declaratória de inexistência de débito. São, portanto, exemplos de situações que se situam na chamada “zona cinzenta”.

Essa situação passou a surtir efeitos completamente distintos da finalidade para a qual a antecipação de tutela e o processo cautelar surgiram. Por vezes o pedido de antecipação de tutela é indeferido por entender o magistrado que se trata de hipótese de processo cautelar. Em outras situações, indefere-se o processamento do processo cautelar por entender ser o caso de medida antecipatória, a ser requerida no próprio processo principal. Com isso, tendo o direito processual dois instrumentos para evitar que a parte sofra um dano grave, irreparável ou de difícil reparação, como forma de se garantir a eficácia do processo, opta-se pelo indeferimento da medida por não haver consenso acerca de qual instrumento utilizar.

O próprio legislador percebeu a dificuldade em se identificar, em certas situações, qual a providência a ser requerida. Sentindo a necessidade de regulamentar melhor a utilização do processo cautelar e da antecipação de tutela, foi então que introduziu o § 7º ao artigo 273, por meio da lei 10.444, de 07 de maio de 2002, segundo o qual “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”. Estabeleceu-se a denominada *fungibilidade*, agora entre as tutelas de urgência do Código de Processo Civil.

Fazendo uma interpretação literal do dispositivo acima, é possível constatar que a fungibilidade pode ser aplicada quando a medida cautelar for requerida a título de antecipação de tutela. O contrário, isto é, a possibilidade de se deferir uma medida antecipatória quando requerida por meio de um processo cautelar, a princípio parece não ter sido permitida.

Em razão disso, o que deveria vir para solucionar de maneira definitiva toda essa celeuma que surgiu em torno do assunto, acabou por criar um cenário de mais discussões, agora em se saber qual o alcance do disposto no § 7º do artigo 273.

A dificuldade, em certas situações, de se identificar de forma exata qual provimento seria necessário para tutelar um caso emergencial, continua gerando

o indeferimento de cautelares. Adotando o entendimento de que a *fungibilidade* preconizada no § 7º do artigo 273 não tem *duplo sentido*, ações cautelares cujo provimento almejado tem natureza satisfativa (própria da antecipação de tutela) estão sendo indeferidas, frustrando, mais uma vez, o propósito de se ter um processo com resultados efetivos e eficazes. Daí porque a necessidade de se discutir o alcance da *fungibilidade* instituída pelo § 7º do artigo 273, o que se propõe a fazer nos tópicos seguintes.

4.2 A Função da “Fungibilidade” no Direito

A primeira noção de fungibilidade que se tem em direito é aquela referente à classificação dos bens, prevista no artigo 85, do Código Civil, para o qual bem fungível é aquele que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Essa noção de fungibilidade foi levada para o campo do direito processual, sendo aplicada nas hipóteses expressamente previstas em lei.

A fungibilidade é vista como um verdadeiro princípio e é utilizada, exemplificativamente, em matéria recursal e nas ações possessórias, situações que revelam dificuldades práticas em se saber, diante de um caso concreto, qual o instrumento processual a ser utilizado.

São casos em que o juiz, percebendo o equívoco da parte em qualificar os fatos, pode fazer uma adequação e processar o pedido pela forma correta. É também uma ferramenta em prol da efetividade do processo, possibilitando que o magistrado em vez de indeferir o pedido, corrija o equívoco e, por exemplo, receba o recurso correto ou conceda a medida possessória que se ajuste aos fatos narrados. Consagra a máxima *da mihi factum dabo tibi jus*.

Analisando a fungibilidade como um princípio, Dias (2003, p.63) afirma que:

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 jurisdicional.

As hipóteses de fungibilidade previstas em lei abrangem exatamente aquelas "zonas cinzentas", situações capazes de gerar dúvidas quanto à utilização e aplicabilidade de uma medida. Essas dificuldades são reconhecidas pelo próprio legislador que, então, permite ao magistrado, diante dos fatos, aplicar corretamente o direito, promovendo uma maior integração entre a norma adjetiva e a norma substancial, resultando daí um processo mais efetivo, útil e eficaz.

Sob essa ótica, oportuno invocar a lição de Wambier (2001, p.1090/1091) acerca da fungibilidade de "meios":

Assim, nas zonas de penumbra, deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a *operatividade do sistema*, como apta a gerar os fins para os quais foi criado.

Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para "dar" direitos a quem os tem: não para "inventar" direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um "fosso" entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente.

Provavelmente para garantir essa *operatividade do sistema*, é que se estabeleceu agora a fungibilidade entre as tutelas de urgência. As formas e técnicas processuais não podem tornar-se obstáculos de aplicabilidade dessa fungibilidade, pois o seu propósito, ao contrário, é flexibilizar a norma adjetiva a fim de possibilitar a aplicação correta do direito substancial. Em última análise, a *fungibilidade* consagra os princípios da "economia processual" e da "instrumentalidade das formas".

4.3 A Cautelaridade da Tutela Antecipada e a Satisfatividade da Cautelar: Um Aprofundamento Sobre os Requisitos da Cautelar e da Antecipação de Tutela

Como alhures já se teve a oportunidade de dizer, a antecipação de tutela prevista no inciso I do artigo 273 é a que se insere na categoria das tutelas de urgência, juntamente com a medida cautelar. Apesar de não serem institutos idênticos, não se pode negar que têm eles o fim de combater os efeitos que o mal do tempo pode causar ao processo. Suas características e requisitos são quase os mesmos. Aliás, a forma de processamento, a característica da satisfatividade e a exigência de prova inequívoca, são os que diferenciam a antecipação de tutela do processo cautelar, que se contenta com o *fumus boni iuris* para possibilitar a concessão de uma medida assecuratória.

A satisfatividade da antecipação de tutela não é assim considerada por satisfazer antecipadamente a vontade da parte. É imperioso reconhecer que a medida assecuratória concedida no processo cautelar também satisfaz a vontade da parte, porquanto o juiz concede exatamente o que se pleiteia. A satisfatividade, então, é assim compreendida por traduzir-se na mesma providência que seria concedida por ocasião da sentença de mérito. Não outro é o alcance dessa satisfatividade, que é provisória e pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, tal qual ocorre com a medida cautelar assecuratória.

Não é desarrazoada a lição da doutrina que afirma serem os dois institutos espécies do mesmo gênero. Veja-se a respeito o comentário de Bedaque (2001, p. 310):

Aliás, mesmo quem nega à antecipação natureza cautelar acaba afirmando haver semelhança entre as medidas autorizadas pelos arts. 273 e 798, pois ambas são espécies do gênero tutelas de urgência e se submetem aos mesmos princípios. Têm idêntica finalidade, visto que se destinam a evitar o dano. São estruturadas de maneira igual, pois provisórias, passíveis de revogação e modificação, tudo em razão da instrumentalidade. Por fim, a sumariedade da cognição se verifica em ambas, embora se possa exigir maior intensidade em uma do que em outra.

Com isso, a divergência passaria a ser meramente terminológica.

Quando se antecipa o efeito da tutela definitiva, o faz justamente para *assegurar* a sua própria eficácia quando confirmada ao final. Por isso, forçoso reconhecer que toda medida satisfativa tem fim acautelatório. Se assim não fosse,

não seria necessário antecipá-la. Sobre a cautelaridade da tutela antecipada, oportuna a lição de Wambier (2002, p. 60):

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

Por outro lado, às vezes exatamente para se garantir a possibilidade de eficácia plena da providência principal, é necessário que se adiante(m) à parte precisamente efeito ou efeitos *próprios do pronunciamento*, que se pleiteia(m) a final. E aí se terá a antecipação de efeitos da tutela – provimento, segundo alguns, “satisfativos” -, já que o que se adianta é efeito (ou efeitos) que se pretende(m) obter a final – mas, neste caso, com fortes traços de cautelaridade.

Da mesma forma que o provimento antecipatório tem certa carga de cautelaridade, o provimento cautelar, por vezes, também pode se apresentar satisfativo.

Então, a medida cautelar não só satisfaz naquele momento a pretensão da parte (conserva a eficácia da ação principal), como pode traduzir-se na própria providência almejada na ação principal. É o exemplo da cautelar de seqüestro prevista no artigo 822, inciso I, do CPC, que tem por fim a apreensão do bem (certo e determinado) cuja posse ou propriedade será disputada (ou já se disputa) em uma outra ação.

Nessa hipótese, havendo concessão liminar do seqüestro e sendo o próprio requerente nomeado depositário do bem a ser seqüestrado (como permite o artigo 824 do CPC), terá ele em suas mãos por força de uma medida cautelar, liminarmente concedida, o mesmo bem que lhe seria entregue somente ao final do processo principal. Ainda que provisoriamente e passível de revogação, não há como negar que a cautelar de seqüestro, concedida nas hipóteses acima, é um provimento satisfativo (assim como se entende ser a cautelar de separação de corpos e a de sustação de protestos).

A diferença é que para a concessão da medida cautelar de seqüestro (que não deixa de ser satisfativa), assim como para todas as outras medidas cautelares, não se exige *prova inequívoca da verossimilhança*, mas apenas *fumus boni iuris*. Se a medida antecipatória tem certa carga de cautelaridade e a medida

cautelar pode traduzir-se em medida satisfativa, fica difícil de se compreender a existência de requisitos diferenciados para a concessão dos dois institutos.

Todavia, é bastante disseminada na doutrina a idéia de que a cautelar é *menos* que a antecipação de tutela, que seria o *mais*, porquanto a medida antecipatória é satisfativa, exigindo um grau maior de probabilidade da existência do direito (prova inequívoca da verossimilhança da alegação).

Mas há entendimento afirmando que os requisitos para a concessão da cautelar e da antecipação de tutela (incluindo-se aqui a tutela antecipada relativa aos deveres de fazer e de não fazer prevista no artigo 461, § 3º, do CPC) são os mesmos.

Segundo Talamini (2003, p. 253-253), o legislador adotou diversas formulas ao disciplinar as tutelas de urgência do Código de Processo Civil, dando ensejo à criação, embora teórica, de um certo escalonamento dos requisitos, como se houvesse um grau maior ou menor de plausibilidade para a concessão de cada uma das várias tutelas de urgência previstas no ordenamento:

É bastante difundido o entendimento de que a própria lei, prévia e abstratamente, exigiria diferente grau de plausibilidade para a concessão de cada uma das várias tutelas previstas no ordenamento. O *fumus boni iuris*, como pressuposto da tutela cautelar do Livro III, significaria necessariamente exigência de probabilidade do direito menor do que a “prova inequívoca da verossimilhança”, que o art. 273, *caput*, põe como requisito para a antecipação de tutela em geral. Este, por sua vez, diferenciar-se-ia do “fundamento relevante da demanda”, previsto no art. 461, § 3º - e assim por diante (TALAMINI, 2003, p. 353-354).

Mas referido doutrinador discorda dessa idéia de gradação dos requisitos, sustentando que só seria possível admitir essa idéia, se a gradação prévia e abstrata dos requisitos estivessem relacionadas a uma prévia e abstrata definição da gravidade de cada uma das medidas de urgência. Em outras palavras, a prova inequívoca exigida para a concessão da antecipação de tutela do artigo 273, inciso I, seria mais intensa porque ampara situações mais graves que a medida cautelar que, por isso, exige apenas *fumus boni iuris*.

Como não é possível afirmar que a antecipação de tutela representa providência mais grave do que a cautelar (e isso é fácil de se perceber quando se

analisa o impacto na esfera jurídica do réu de uma medida antecipatória que manda retirar o nome do autor do rol de inadimplentes em comparação com as conseqüências que o réu vem a sofrer por conta de uma medida cautelar de arresto ou seqüestro), então, não se pode dizer que há um grau diferente de plausibilidade para a concessão dos dois institutos:

Tanto a medida conservativa quanto a antecipadora podem revestir-se de especial gravidade para o réu. A diferença entre as duas não está no grau de sacrifício que impõe ao requerido, mas no tipo de providência que outorgam ao seu beneficiário. Assim, inúmeras providências cautelares estritamente conservativas são tão ou mais gravosas e drásticas do que as providências de antecipação de tutela (ex.: o seqüestro dos bens constitutivos da garantia real vinculada à cédula de crédito rural, quando estes corresponderem à totalidade ou a grande parte da produção do devedor). ... A maior ou menor gravidade da medida de urgência dependerá das circunstâncias concretas – e não se vincula necessariamente à hipótese legal que a preveja. **Fica descartada, assim, a existência de gradação prévia e abstrata do requisito da plausibilidade em cada uma das hipóteses legais de tutela de urgência** (grifou-se) (TALAMINI, 2003, p. 354-355).

Neste contexto, pode-se dizer que o grau de probabilidade de existência do direito (*fumus boni iuri* ou prova inequívoca) é variável de acordo com a situação concreta a ser tutelada, seja por meio da cautelar ou da antecipação de tutela. *“Daí ser possível concluir que os requisitos para a concessão da medida de urgência nas várias hipóteses ora abordadas são essencialmente os mesmos”* (grifou-se) (TALAMINI, 2003, p. 355).

Dinamarco (2003, p. 64-65), também não concorda com as afirmações de que os requisitos da antecipação de tutela são mais intensos que os da cautelar. Analisando o conceito de “prova inequívoca”, Dinamarco afirma ser adequado entender ser a “prova convergente ao reconhecimento dos fatos pertinentes, ainda que superficial e não dotada de muita segurança”, devendo o juiz levar em conta ao analisá-la “os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida”. E, segundo o mesmo autor, isso deve ser levado em conta tanto para a concessão da medida cautelar quanto para a concessão da tutela antecipada:

Tal é o *juízo do mal maior*, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar; mesmo no campo das cautelares, convivem algumas que não causam mal algum, como a inocente produção antecipada de prova, e outras mais severas e invasivas, como o arresto, o seqüestro ou a busca-e-apreensão. **É por isso incorreto pensar que as antecipações de tutela dependam invariavelmente de uma probabilidade maior que a exigida para conceder cautelares**, ou, pior ainda, que seja necessário algo mais que a probabilidade. Eventuais diferenças de graus de probabilidade suficiente não infirmam o que é essencial, a saber, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas as medidas urgentes (grifou-se).

Embora esse posicionamento não seja o da maioria, não deixa de ser razoável e merecedor de muita atenção. Todavia, ainda que se afirme que os requisitos para a concessão das tutelas de urgência são os mesmos e considerando que tanto a antecipação de tutela como a cautelar tem basicamente as mesmas características, o certo é que o legislador tratou-os como institutos distintos.

Agora com a inserção do § 7º ao artigo 273, instituindo-se a fungibilidade, o legislador deixou mais evidente essa distinção, mas deixou claro também que reconhece a semelhança e a dificuldade de se diferenciar os dois institutos. Isso porque, como já dito anteriormente (item 4.2), as hipóteses de fungibilidade previstas em lei abrangem exatamente aquelas "zonas cinzentas", que são situações distintas, mas capazes de gerar dúvidas quanto à utilização e aplicabilidade da medida correta.

4.4 O Alcance da Fungibilidade Preconizada Pelo § 7º do Artigo 273 do Código de Processo Civil

Introduzido pela lei 10.444, de 07 de maio de 2002, o § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil, dispõe que: "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."

Verificando o legislador a dificuldade que os operadores do direito encontravam em identificar, em certas situações concretas, qual a medida urgente a ser pleiteada em juízo, se cautelar ou antecipação de tutela, acabou por inserir o § 7º ao artigo 273, instituindo o que a doutrina vem chamando de “fungibilidade das tutelas de urgência”.

Fazendo-se uma interpretação literal do dispositivo em questão, parece que a fungibilidade só é aplicada quando a parte, intitulando um pedido como “antecipação de tutela”, requer providência de natureza cautelar. Numa situação como essa, o magistrado pode deferir o pedido como cautelar incidental do processo ajuizado (dispensando-se a propositura de um processo cautelar), desde que presentes os respectivos pressupostos.

Mas e o contrário? Será que a propalada “fungibilidade das tutelas de urgência” pode ser aplicada quando a parte requerer, por meio de um processo cautelar, um provimento antecipatório da tutela? É ou não a fungibilidade uma “via de mão dupla”?

Após a inserção do § 7º ao artigo 273, vêm sendo muito debatidas na doutrina essas questões, dando ensejo a controvérsias.

Respondendo positivamente às indagações acima, preleciona Dinamarco (2003, p. 92):

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

Acertado é o ensinamento de Dinamarco¹⁶. Se o próprio legislador reconheceu que há uma zona cinzenta quando se trata de cautelar e antecipação de tutela, é desarrazoado dizer que a dificuldade só ocorre quando o pedido

¹⁶ José Luiz Mônaco da Silva, *in* Recentes Alterações do Código de Processo Civil. Editora de Direito, 2002, p. 30-31, bem como, José Rogério Cruz e Tucci, *in* Lineamentos da Nova Reforma do CPC. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.43-44, invocam os ensinamentos de Dinamarco ao tratarem do duplo sentido do § 7º do artigo 273.

intitulado de antecipação de tutela na verdade tratava-se de uma cautelar. Se a dificuldade existe, então ela também ocorre quando o pedido de cautelar tratar-se de típica antecipação de tutela. Por isso, de rigor que se admita a fungibilidade em seu duplo sentido.

Discorrendo acerca da fungibilidade, tanto das cautelares nominadas e inominadas, como destas com a antecipação de tutela, Wambier (2002, p. 61) fez a seguinte indagação: “Formulando a parte pedido de antecipação de tutela, pode o juiz conceder providência de índole cautelar? E Vice-versa?” E respondeu:

A resposta genérica que num primeiro momento se pode dar a estas perguntas é a de que razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou afinal, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução.

É indisputável que, como regra geral, *nas zonas de penumbra, se decida a favor dos valores fundamentais.*

Também favorável à fungibilidade em seu duplo sentido, Sant’anna (2003, p. 109) comenta:

Apesar de a cautelar e a tutela antecipada serem medidas urgentes, alguns juízes entendiam por indeferir o pedido inicial ao argumento de que a pretensão dita como antecipatória tinha, em seu núcleo, natureza cautelar (e vice-versa). Daí a razão da inclusão do novo § 7º no art. 273, eliminando esse problema, que a nosso ver era um verdadeiro absurdo.

Pela mesmíssima razão o inverso também deve ocorrer, isto é, se o autor, a título de medida cautelar, requerer providência de natureza antecipatória, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a tutela antecipada.

Na mesma linha de entendimento, Talamini (2003, p. 370) assevera que “embora a lei não indique expressamente, a fungibilidade também se põe no sentido inverso (pedido de tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar). Não faria sentido dar tratamento diverso às duas hipóteses”. Mas antes de assim concluir, salientou Talamini que anteriormente à Lei 10.444/2002, já era possível que se aplicasse a fungibilidade no caso de dúvida objetiva acerca da natureza da medida ou na hipótese de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave.

Agora, com a inserção do § 7º ao artigo 273, assevera Talamini (2003, p. 370) que “a lei 10.444/2002 consagrou expressamente a fungibilidade em termos até mais amplos do que antes podiam ser sustentados *de lege lata*.” Como se vê, não há mais necessidade de haver dúvida objetiva acerca da natureza da medida urgente pleiteada. O § 7º em nenhum momento a isso se refere. É certo que a função do magistrado não é corrigir equívocos de profissional inábil. Mas, de outra banda, um indivíduo que não possui condições econômicas de escolher aquele que lhe vai defender, não pode ser prejudicado por um erro grosseiro de um profissional despreparado.

Em sede recursal, a fungibilidade só é aplicada em casos de dúvidas objetivas. Todavia, o direito ao duplo grau de jurisdição, quando impossibilitado pelo erro na interposição do recurso, em tese, não parece gerar conseqüências tão drásticas quanto pode vir a ocorrer com o indivíduo que tem seu pedido de urgência indeferido por erro na forma de pleiteá-lo.

Mas a questão que se apresenta mais crucial é saber como que se processará, na prática, um pedido de antecipação de tutela concedido no processo cautelar, principalmente se se tratar de cautelar preparatória. Essa questão quase não é enfrentada por quem defende a fungibilidade em seu duplo sentido.

Contudo, Neves (2003, p. 131) indica uma resposta para a questão acima, capaz de tornar possível a concessão de provimento antecipatório, pleiteado sob as vestes da cautelar. Após externar sua concordância com a possibilidade de se aplicar a fungibilidade em sentido inverso, Neves faz a seguinte ressalva:

Caso se tratar de uma ação cautelar preparatória, a petição inicial seria dessa cautelar, e não da ação principal. Concedendo o juiz a tutela antecipada, até para não haver problemas procedimentais futuros, entendemos que deveria antes de mais nada conceder a tutela de urgência, e depois abrir prazo de 10 dias para que o autor possa providenciar a emenda da petição inicial, transformando-a em inicial de ação de conhecimento. (NEVES, 2003, p. 131)

A emenda da inicial é uma solução viável para resolver o problema da falta de disciplina suficiente acerca do tema. E, ainda, possibilita a correção do erro de forma a que a parte incorreu ao pleitear a medida urgente. Mas a emenda, como

bem observou Neves, deve ocorrer após a apreciação do pedido, pois, se tiver de aguardar que o pedido seja corrigido, o decurso do tempo pode tornar a medida ineficaz e inútil.

Contudo, se não estiverem presentes os requisitos do artigo 273 do CPC, aí a emenda da inicial deverá ocorrer antes, possibilitando ao jurisdicionado, no mesmo prazo, trazer aos autos os elementos necessários para que a medida urgente possa ser concedida.

Nesse contexto, é preciso que se diga que o aditamento da inicial é imprescindível para o prosseguimento do processo. Por meio do aditamento, o autor deverá observar todos os requisitos do artigo 282 do CPC, notadamente a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido (ou pedidos), bem assim o próprio pedido (ou pedidos) que almeja ser concedido a título de tutela definitiva.

Se o autor não cumprir a diligência, deverá ser indeferida a petição inicial, nos termos do parágrafo único do artigo 284 do CPC, de modo que eventual antecipação de tutela concedida será revogada. A fungibilidade prevista no § 7º do artigo 273 deve possibilitar a correção do equívoco a que o autor incorre em pleitear uma medida antecipatória por meio do processo cautelar, porquanto a importância do direito material invocado deve sobrepor-se às regras processuais. Por outro lado, a inércia do jurisdicionado em não corrigir o equívoco por meio do aditamento, não merece ser tutelada.

A possibilidade de emendar a inicial e transformá-la em inicial de ação de conhecimento, é também a proposta constante no esboço de anteprojeto de lei sobre medidas de urgência, antecipatórias e cautelares (vide ANEXO), elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, publicado no Caderno IBDP, Série Propostas Legislativas, volume III, em agosto de 2003, p. 63-66, que propõe mudanças no regime das tutelas de urgência (sobre o tema, vide item 4.5).

A proposta é no sentido de tratar a antecipação de tutela e a cautelar no mesmo Livro, sem, no entanto, unificá-las. Pelo anteprojeto, tanto uma quanto a outra passarão a ser processadas de forma idêntica e, quando antecedentes, o autor deverá emendar a inicial (sob pena de revogação da medida e extinção do procedimento) a fim de transformar o pedido cautelar ou antecipatório, em

principal. A respeito, veja-se como ficaria a nova redação do artigo 796 e do artigo 806, §§1º e 2º do CPC:

Art. 796. As medidas cautelares e as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela (arts. 273 e 461, § 3º) podem ser requeridas antes ou no curso do processo, e a este estão vinculadas.

(...)

Art. 806. Quando a medida cautelar ou antecipatória for deferida em procedimento antecedente, cumpre à parte propor a ação no prazo de sessenta dias (arts. 178 e 184), contados da data de efetivação da medida.

§ 1º Não proposta a ação, o juiz revogará a medida e extinguirá o procedimento cautelar.

§ 2º A ação **poderá ser proposta mediante aditamento à petição formulada no pedido antecedente**, sendo o réu citado pessoalmente ou na pessoa de seu advogado constituído (grifou-se).

Se a medida cautelar ou antecipatória for requerida incidentalmente, não haverá mais necessidade de um processo autônomo como hoje ocorre com a cautelar incidental. Pelo anteprojeto, assim ficaria a redação do artigo 809 do CPC:

Art. 809. As medidas cautelares e as antecipatórias (art. 273), postuladas na petição de ajuizamento da ação, ou após ajuizada a ação, serão requeridas e decididas no próprio processo, podendo o juiz determinar que pedidos de modificação ou revogação sejam autuados em apenso.

Pelo que se propõe, não haverá mais impedimento algum para se aplicar a fungibilidade, porquanto a forma de se requerer e processar os dois institutos será a mesma. Assim, bastará ao magistrado, havendo equívocos, adequar os fatos ao regime jurídico correto.

Mas o § 7º do artigo 273, já abriu caminho à fungibilidade entre a cautelar e a antecipação de tutela. Não se pode conceber a idéia de que a fungibilidade das tutelas de urgência é uma via de mão única. Questões de ordem formal não podem constituir-se em empecilhos à aceitação do seu duplo sentido.

Sendo requerida a antecipação de tutela em processo cautelar, a emenda da inicial traduz-se em uma solução viável à efetivação da medida, sem que haja

afronta às regras processuais. Dessa forma, estar-se-á, definitivamente, acolhendo a pretensão do legislador de 1994, que é por fim às cautelares satisfativas e, ao mesmo tempo, tornando o processo um verdadeiro instrumento da jurisdição, apto à prestação de um provimento célere, útil e eficaz.

4.4.1 A resistência à aplicação da fungibilidade em seu duplo sentido

Existe um seguimento da doutrina que não aceita a idéia de se conceder a antecipação de tutela quando pleiteada em processo cautelar, ressaltando-se a hipótese de extrema urgência. Defendendo o entendimento de que a tutela antecipada seria o *mais* e a cautelar o *menos*, sustentam não ser possível ao magistrado conceder o *mais* quando pedido o *menos*, pois aí estaria julgando além do pedido. Veja-se a respeito o ensinamento de Alvim (2003, p. 08), para quem a fungibilidade é numa só direção:

A nossa impressão é a de que em relação à tutela antecipada para a cautelar, *ter-se-á pedido o “mais” restando concedido o “menos”*. Sendo assim, a hipótese inversa, importaria em que, tendo-se pedido o “menos”, mas cabendo o “mais”, o juiz concederia o “mais”; em rigor, concederia, portanto, nesta hipótese, além do pedido, ou, mais do que tenha sido pedido. Por essa razão – que nos parece estar subjacente à regra, de que tratamos – pensamos ser inviável. Trata-se, assim, de uma fungibilidade numa só direção, sem que se possa pretender estabelecer *reciprocidade*. Talvez em casos absolutamente extremos, em que poderia haver irremissivelmente perda do direito, se possa vir a fazer exceção, ainda que arranhando a letra da lei e o próprio princípio que, no caso, a informa, que é o referencial do princípio dispositivo.

Também contrário ao deferimento de tutela antecipada quando requerida por meio de processo cautelar, comenta Ferreira (2002, p. 213-214) que isso poderia trazer problemas delicados, pois na cautelar preparatória¹⁷ o autor só indica qual será a lide principal, de modo que o juiz não tem o perfil exato da demanda. Mas, por outro lado, Ferreira também admite a concessão da fungibilidade em sentido inverso, quando a “urgência for agônica”. Nos dizeres do doutrinador:

¹⁷Ferreira só se refere à cautelar preparatória, o que permite concluir que ele admite a fungibilidade em seu duplo sentido quando se tratar de cautelar incidental.

O inverso, na cautelar haver um pedido de natureza antecipatória e sua conversibilidade, não nos parece possível, pois a antecipação necessita encontrar-se no processo principal (não obrigatoriamente na petição inicial, embora seja o mais comum). Contudo, se a urgência for agônica, nada impede, e pelo menos isto a teleologia do dispositivo nos parece indicar que o juiz conceda a tutela de urgência, para que o objeto não pereça, desde que presentes os requisitos para a antecipação (art. 273), determinando que o autor ajuíze a ação principal requerendo a tutela antecipada, para se adequar à situação. O que não parece ser razoável é “apenas” pelo aspecto formal expor-se o autor a graves riscos.

No mesmo sentido, entendendo não ser possível a concessão de tutela antecipada quando pedida em processo cautelar, argumenta Costa (2003, p. 120) que no processo cautelar o juiz dispõe de menos elementos para apreciar o cabimento da antecipação de tutela do que teria caso o pleito tivesse sido formulado na própria ação, isso porque na cautelar não se tem a exata noção da lide, nem tampouco da pretensão do autor.

Há ainda quem sustente posição intermediária. Para Spadoni (2002, p. 89-90), a fungibilidade em sentido inverso só poderá ser aplicada quando for caso de cautelar incidental com natureza antecipatória. Na antecedente não é possível porque não se pode antecipar a tutela sem se conhecer, ao menos, o que o autor pretende de forma definitiva:

Assim, diante da fungibilidade aqui analisada, nos parece que só é possível a concessão de antecipação de tutela se o pedido de medida cautelar estiver instrumentalizado em ação cautelar *incidental*, sendo vedada quando contida em ação antecedente ao processo principal. (SPADONI, 2003, p. 90)

Segundo Spadoni, no caso da cautelar incidental o juiz deverá determinar o cancelamento da distribuição e da autuação e mandar juntar a petição aos autos do processo principal.

Ao que parece, Nery Jr. (2003, p. 653) também comunga do entendimento acima e só admite a fungibilidade quando se trate de antecipação de tutela pleiteada sob a forma de cautelar incidental. É que o autor, ao tratar da questão, nada menciona acerca da cautelar preparatória, o que conduz a essa conclusão. Ao admitir a fungibilidade no sentido inverso (sendo cautelar incidental), Nery Jr.

sustenta ainda que se o juiz verificar não estar presentes os requisitos da antecipação de tutela, deverá possibilitar ao autor a adaptação do pedido. Assim preleciona Nery Jr. (2003, p. 653):

A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação e tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação.

Como é possível de se perceber, não há consenso na doutrina¹⁸ acerca do alcance da fungibilidade do § 7º do artigo 273, isto é, sobre saber se a fungibilidade tem ou não duplo sentido. Mas o fato é que a “fungibilidade das tutelas de urgência” veio para garantir uma maior efetividade do processo, como forma de evitar o indeferimento de pedido antecipatório por ter em seu núcleo, natureza cautelar e vice-versa.

Não se pode continuar permitindo que o formalismo do processo seja capaz de impedir a realização do direito garantido pela norma substancial. Deve-se ter sempre em mente o ensinamento de Wambier (2001, p. 1091), que não é demais ser novamente citado, segundo o qual, “o processo foi concebido para ‘dar’ direitos a quem os tem: não para ‘inventar’ direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares”.

¹⁸ Ovídio A. Baptista da Silva, *in* Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Editora Revista dos Tribunais, Volume 1, 2002, p.135, assim como, José Carlos Barbosa Moreira, *in* Temas de Direito Processual. Oitava Série. Editora Saraiva, 2004, p. 102, apenas mencionam a inserção do § 7º ao artigo 273, sem, contudo, enfrentarem a questão. Já Luiz Guilherme Marinoni, *in* Manual do Processo de Conhecimento. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 269-271, não trata, especificamente, da possibilidade ou não de se deferir a antecipação de tutela no processo cautelar. Marinoni expõe apenas seu entendimento no sentido de ser possível requerer medida cautelar dentro do processo de conhecimento e, sendo isso possível, argumenta que se o pedido cautelar tratar-se na verdade de antecipação de tutela, poderá o juiz com base no § 7º do artigo 273, conceder a medida, mas desde que não se trate de erro grosseiro. Assim, diz Marinoni que “...aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a

A doutrina que não admite a fungibilidade em seu duplo sentido firma-se, basicamente, em dois motivos: o primeiro que não pode o juiz quando pedido o *menos* (cautelar) conceder o *mais* (que seria a antecipação de tutela), pois aí estaria julgando além do pedido. Segundo que na ação cautelar o juiz não tem o perfil exato da demanda, dispondo de menos elementos para apreciar o cabimento da antecipação de tutela, isso porque na cautelar não se tem a exata noção da lide, nem, tampouco, da pretensão do autor.

O fato de o juiz estar julgando além do pedido se concedesse tutela antecipada quando pleiteada uma medida cautelar, *data venia*, não parece convincente. Imagine-se o exemplo da separação de corpos, que para uns é antecipação de tutela e para outros é cautelar. Se intentada ação cautelar de separação de corpos onde se requer que o cônjuge seja afastado do lar conjugal, mas, entendendo o juiz tratar-se de antecipação de tutela e a esse título deferir a medida aplicando-se a fungibilidade, determinará, então, que o cônjuge seja afastado do lar conjugal. Nessa hipótese, o pedido terá sido deferido em seus exatos termos só que, em vez de determinar o afastamento do cônjuge do lar conjugal por meio de uma medida cautelar, o juiz o fez por meio de uma medida antecipatória.

Não parece ter havido julgamento além do pedido. Houve tão somente alteração na nomenclatura, de forma que o pedido concedido foi o mesmo pleiteado. Se fosse levar em conta a nomenclatura do pedido, então não poderia também o juiz conceder medida cautelar quando pleiteada a título de antecipação de tutela, porque aí o juiz estaria julgando aquém do pedido ou fora do pedido. Se não se pode julgar *ultra petita*, também não se pode julgar *citra petita* ou *extra petita*.

Ademais, não se pode olvidar que o juiz só poderá deferir a antecipação de tutela requerida como cautelar, se presentes os requisitos previstos no artigo 273 do CPC. E aqui surge uma questão interessante: por que a probabilidade de existência do direito terá de ser mais intensa se se conceder a separação de corpos a título de antecipação de tutela, do que seria necessária se fosse concedida como cautelar? Talvez devesse ser analisado com mais acuidade o

idéia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento”.

entendimento de que os requisitos da cautelar e da tutela antecipada são essencialmente os mesmos (sobre o assunto vide item 4.3).

Pelo que se expôs, o fato de o juiz estar concedendo o *mais* quando pedido o *menos*, não parece ser suficiente para se negar o duplo sentido da fungibilidade. Mas há ainda o segundo fundamento a ser analisado, que também não parece constituir-se em um óbice para se aceitar o duplo sentido da fungibilidade. Como acima dito, alega-se que na ação cautelar o juiz não tem o perfil exato da demanda, dispondo de menos elementos para apreciar o cabimento da antecipação de tutela, porque na cautelar não se tem a exata noção da lide nem, tampouco, da pretensão do autor.

Para que seja analisado esse motivo, pode-se utilizar o seguinte exemplo: um indivíduo necessita submeter-se a uma cirurgia urgente por estar correndo risco de morte. A empresa com quem possui um contrato de assistência médica nega-lhe a autorização sob o fundamento de não estar, referida cirurgia, coberta pelo plano de saúde.

Para obrigar a empresa de assistência médica a autorizar a realização da cirurgia, o advogado do indivíduo ingressa com uma ação cautelar inominada pedindo ao juiz que seja a empresa compelida a autorizar a cirurgia. Para tanto, instrui a ação com o atestado médico e o contrato que possui com a empresa. Para cumprir o requisito do artigo 801, inciso III, do CPC¹⁹, indica que proporá, no prazo legal, uma ação visando a imposição de obrigação de fazer.

Nesse exemplo, se o autor pleiteia no processo cautelar uma obrigação de fazer (obrigar a empresa de assistência médica a autorizar a cirurgia) e indica como lide principal uma ação também visando uma obrigação de fazer (que se deduz ser para obrigar a empresa de assistência médica a autorizar a cirurgia), fica claro que o provimento a ser buscado na ação principal é o mesmo que se busca na cautelar. Aí, então, não seria caso de se intentar a ação cautelar, mas a ação cominatória com pedido de tutela antecipada.

Não tem como alegar, num exemplo como esse, que na ação cautelar o juiz não tem o perfil exato da demanda principal, dispondo de menos elementos

¹⁹ De acordo com o artigo 801, inciso III, do CPC, o requerente na petição inicial da ação cautelar, deverá indicar a lide e seu fundamento, isto é, indicar qual a ação principal a ser proposta e o fundamento desta.

para apreciar o cabimento da antecipação de tutela. Por isso, o correto é que se aplique a fungibilidade também no sentido inverso. A mesma situação ocorre com o exemplo anterior da separação de corpos. Se for requerida a separação de corpos em processo cautelar e o juiz entender ser caso de antecipação de tutela, pela simples indicação da lide principal (separação judicial ou dissolução de união estável) já é possível ter o perfil exato da pretensão do autor na demanda principal.

Com isso quer se afirmar que o juiz só terá condições de dizer que a medida cautelar tem natureza antecipatória, se tiver o perfil exato da demanda principal, isto é, quando for possível identificar exatamente o que será buscado na ação principal. Por isso, *data venia*, não é razoável dizer que a fungibilidade não se aplica em seu duplo sentido porque na cautelar o juiz não tem o perfil exato da demanda principal. Sob esses mesmos argumentos é que se rebate, com todo respeito, o entendimento de que a fungibilidade em sentido inverso só se aplica quando for caso de cautelar incidental.

Quem admite a fungibilidade em sentido inverso apenas na hipótese de cautelar incidental, afirma que não se pode conceder a antecipação de tutela sem se conhecer o que o autor pretende de forma definitiva. Mas pergunta-se: se o juiz não pode conceder a antecipação de tutela requerida em processo cautelar antecedente por não conhecer o que o autor pretende de forma definitiva, como que se pode afirmar, então, que o pedido cautelar tem natureza antecipatória? Só se pode afirmar que o pedido cautelar tem natureza antecipatória, quando se pode extrair dos fatos e da indicação da lide principal, o que exatamente o autor pretende de forma definitiva.

O interessante do posicionamento doutrinário que não admite o duplo sentido da fungibilidade, é que não descartam a possibilidade de se conceder a tutela antecipatória, requerida como cautelar, quando se tratar de caso urgente. Ao fazer essa ressalva, Ferreira (2002, p. 213) chega até a dizer: “...**nada impede**, e pelo menos isto a teleologia do dispositivo nos parece indicar que o juiz conceda a tutela de urgência, para que o objeto não pereça, desde que presentes os requisitos para a antecipação (art. 273)...” (grifou-se).

Parece não haver razões suficientes para deixar de aplicar a “fungibilidade das tutelas de urgência” em seu duplo sentido.

Mais uma vez deve ser dito que o formalismo do processo não pode ser capaz de suprimir direitos de quem os tenham. A fungibilidade deve ser vista como mais uma ferramenta em busca da efetividade do processo, a permitir um efetivo e eficaz acesso à justiça, a proporcionar um resultado rápido e útil do processo, capaz, realmente, de solucionar os conflitos de interesses e promover a pacificação social.

Nos dizeres de Liebman (1981) “apud” Dinamarco (2001) ***“as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”*** (grifou-se).

4.5 O § 7º do Artigo 273 e o Fim do Processo Cautelar Incidental: A Disciplina Insuficiente e a Necessidade de Mudanças

A inserção do § 7º ao artigo 273 que serviria para colocar fim a toda celeuma existente em torno da utilização da cautelar e da antecipação de tutela, acabou por gerar mais controvérsias. Além do problema que se enfrentou nos tópicos anteriores acerca do duplo sentido da fungibilidade, outro ainda existe e merece ser analisado.

Parece não haver problemas em aceitar ao menos um efeito da fungibilidade, que é o expressamente descrito na lei: a possibilidade de o juiz conceder medida cautelar dentro do processo de conhecimento quando pleiteada a título de tutela antecipada.

Tendo em vista essa possibilidade, a doutrina passou a fazer a seguinte indagação: se o autor requerendo equivocadamente a medida cautelar poderá ela ser processada dentro do processo principal, dispensando-se o processo cautelar, então não precisa a parte pedir equivocadamente para que as cautelares incidentais passem a ser processadas dentro do processo de conhecimento. Seria, então, o fim dos processos cautelares incidentais?

A doutrina vem pregando a idéia de que não será mais necessário o ajuizamento de um processo cautelar incidental, sendo suficiente um pedido cautelar incidental dentro do próprio processo principal:

Com efeito, verifica-se que, para aquele litigante que agiu equivocadamente, pleiteando antecipação de tutela, o sistema permite seja concedida medida cautelar inominada incidental, sem ação cautelar, que daria ensejo ao processo cautelar.

Para aquele que age corretamente, pleiteando a adequada medida cautelar inominada incidental, ainda seria reservado, a princípio, o caminho mais árduo e custoso, que seria o do ajuizamento de ação cautelar, que daria ensejo ao processo cautelar.

Entretanto, em uma primeira e rápida reflexão sobre a questão, nos parece que a isonomia processual constitucionalmente assegurada e que reside nas bases do sistema deverá agora permitir, também, a obtenção de medida cautelar inominada, incidental ao processo principal, independentemente de ajuizamento da competente ação cautelar, mesmo quando não existem dúvidas sobre a medida urgente adequada ao caso (SPADONI, 2003, p. 91).

Não outro é o entendimento de Dinamarco (2003, p.50), que tratando acerca das conseqüências do § 7º inserido ao artigo 273, dispõe:

Ele teve ainda o efeito de eliminar os problemas que o Código de Processo Civil havia criado, decorrentes de um processo cautelar incidente ao principal. Entende-se, agora, que as demandas cautelares deduzidas na pendência do processo principal serão processadas e decididas *incidentalmente ao próprio processo*, sem as complicações de um processo novo; uma entre as boas conseqüências dessa disposição é que as demandas de cautela incidente serão julgadas mediante *decisão interlocutória*, sujeita, portanto, ao recurso de agravo e, não, apelação.

Mas a doutrina não se inclina toda nesse sentido. Ferreira (2002, p.214-215) aponta para o problema das cautelares nominadas em que o Código estipula condições e procedimento especial. Dá como exemplo a produção antecipada de provas pleiteada incidentalmente no processo de conhecimento: “acreditamos que uma coisa é uma decisão cautelar incidental que não desordena o *iter* processual, outra é a ‘inversão processual’ causada, por exemplo, por uma perícia antes até da citação do réu”. O autor cita ainda os exemplos do arresto e do seqüestro que geraria tumultos por causa de seus requisitos específicos. E conclui:

Neste primeiro momento pensamos que a formalidade pura e simples não pode ser empecilho para a garantia de eficácia do processo principal. Contudo, essa situação não pode significar o desprezo completo às exigências do processo cautelar *específico* que muitas vezes não poderão ser atendidas *incidentalmente no processo*, hipótese em que não será possível a aplicação do § 7º do art. 273.

Como se pode perceber, a *fungibilidade das tutelas de urgência* em vez de acabar definitivamente com a polêmica existente em torno da tutela antecipada e da cautelar, acabou por dar ensejo a mais controvérsias. Agora, além de se discutir as diferenças ou semelhanças dos dois institutos, debate-se também a extensão e aplicabilidade do § 7º, tornando mais tormentosa a aplicação de uma medida urgente que garanta a efetividade e utilidade do provimento jurisdicional.

Mas, ao menos em um ponto a doutrina parece compartilhar da mesma opinião: a disciplina das tutelas urgentes necessita de uma melhor regulamentação.

Segundo Dinamarco (2003, p. 49-50) a disciplina da antecipação de tutela é insuficiente. A matéria foi tratada em apenas um artigo e seus parágrafos, enquanto o Código dedicou todo um livro com noventa e quatro artigos e muitos parágrafos e incisos para cuidar das medidas cautelares. Dinamarco entende que a *fungibilidade* facilitou o trabalho do intérprete em aplicar as regras de um ao outro instituto, mas assevera que “o ideal seria que a própria lei chegasse a um ponto de mais clara explicitude”. E, comentando sobre a finalidade que tanto a cautelar como a medida antecipatória tem de neutralizar os efeitos do mal do tempo no processo, sugere a unificação dos institutos:

Daí a legitimidade da recondução das medidas antecipatórias e cautelares a um gênero só, que as engloba, ou a uma categoria próxima, que é a das *medidas de urgência*. E à ciência processual, avessa a conceitualismos e prioritariamente preocupada com os resultados do processo e do exercício da jurisdição, muito mais relevância tem a descoberta dos elementos comuns que aquelas duas espécies apresentam, do que a metafísica busca dos fatores que as diferenciam. (DINAMARCO, 2003, p. 59)

Nessa mesma ordem de idéias, Talamini (2003, p. 371) defende também a instituição de um regime jurídico único das tutelas de urgência:

O entendimento aqui exposto presta-se igualmente a evidenciar a existência de um regime jurídico geral às tutelas de urgência. Posto que a antecipação de tutela e a medida cautelar identificam-se quanto a vários de seus atributos essenciais, as regras previstas explicitamente para uma delas aplicam-se à outra – ficando afastada tal

comunicabilidade de disciplinas apenas relativamente aos aspectos em que as duas providências se diferenciam.

Não se pode negar que a disciplina legal acerca da cautelar e da antecipação de tutela necessita ser reformulada. Da forma em que está, não se conseguirá atingir a finalidade para a qual as duas medidas foram idealizadas. Repita-se, não se pode tolerar a idéia de que diante de dois institutos igualmente hábeis a tutelar uma necessidade urgente do jurisdicionado, opta-se por indeferir a medida por ter sido pleiteada de *forma* equivocada.

Proposta já há no sentido de reformular a disciplina. Somente a título de conhecimento e sem a intenção de contrariar ou aceitar a reformação, o que seria por demais pretensioso para quem começa a dar os primeiros passos no estudo jurídico, foi elaborado um esboço de anteprojeto de lei sobre medidas de urgência, antecipatórias e cautelares (vide ANEXO), pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual²⁰, publicado no Caderno IBDP, Série Propostas Legislativas, volume III, em agosto de 2003, p. 63-66. O esboço engloba o Capítulo I (Das Disposições Gerais) e o Capítulo II (Das Medidas Específicas) do Livro III do Código de Processo Civil. Todavia, a transcrição restringe-se ao Capítulo I, que é o que interessa para o presente trabalho.

Não se sabe se o referido esboço de anteprojeto de lei sobre as tutelas de urgência vai se tornar, de fato, uma lei. Ou se se tornar, não se pode afirmar se vai manter-se da forma em que foi elaborado. Mas o certo é que uma reforma legislativa sobre o assunto necessita, realmente, de acontecer.

²⁰ O Instituto Brasileiro de Direito Processual é composto por: Diretoria: Carlos Alberto Carmona (Presidente); Athos Gusmão Carneiro (Vice-Presidente); Teresa Celina Arruda Alvim Wambier (Secretária Geral); Petrônio Calmon Filho (Secretário Executivo) e Paulo Henrique dos Santos Lucon (Tesoureiro). Membros do Conselho: Ada Pellegrini Grinover (Presidente); Antonio Carlos de Araújo Cintra (Vice-Presidente); Adroaldo Furtado Fabrício; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes; Cândido Rangel Dinamarco; Egas Moniz de Aragão; Galeno Lacerda; Humberto Theodoro Júnior; José Barcelos de Souza; José Carlos Barbosa Moreira; José Joaquim Calmon de Passos; José Manoel de Arruda Alvim Neto; Kazuo Watanabe; Nilzardo Carneiro Leão; René Ariel Dotti; Rogério Lauria Teixeira; Sydney Sanches e Thereza Celina Diz de Arruda Alvim.

5 CONCLUSÃO

Constatou-se que a inserção do instituto da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico, por meio da lei 8.952/94, teve por principal objetivo pôr termo ao uso desregrado do processo cautelar. Existente para possibilitar a concessão de medidas assecuratórias, tendentes a preservar a eficácia de um outro processo (o de conhecimento ou o de execução), o processo cautelar, por meio do poder geral de cautela - artigo 798 do Código de Processo Civil – passou a ser utilizado como uma válvula de escape para o deferimento de medidas não cautelares, mas urgentes, que se caracterizavam satisfativas por se traduzirem no próprio provimento que seria buscado por meio de um outro processo.

Acolhendo as críticas da doutrina, foi disciplinada, então, as regras da antecipação de tutela. Pleiteada no bojo do próprio processo de conhecimento, por meio dela o jurisdicionado consegue a antecipação dos efeitos ou de um dos efeitos da tutela definitiva, sem ter de aguardar o momento da prolação da sentença de mérito.

Com isso, apurou-se que o nosso ordenamento passou a ter dois instrumentos igualmente hábeis para se tutelar uma situação de urgência: a medida assecuratória buscada por meio do processo cautelar e a medida antecipatória, portanto, satisfativa, buscada por meio da antecipação de tutela.

Todavia, constatou-se, com amparo na doutrina e na jurisprudência, que em certas situações práticas não é possível identificar, com exatidão, se a medida a ser requerida é assecuratória (cautelar) ou satisfativa (antecipatória). Em decorrência disso, o provimento pleiteado, sob a forma inadequada, acabava por ser indeferido. Então, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro dispondo de dois instrumentos tendentes a tutelar uma necessidade urgente do jurisdicionado, deixava de fazê-lo por questões de ordem formal e de técnicas processuais.

Atento a isso, o legislador inseriu o § 7º ao artigo 273, do Código de Processo Civil, por meio da lei 10.444 de 07/05/2002, instituindo a *fungibilidade das tutelas de urgência*. Entretanto, verificou-se que a interpretação literal que se extrai de tal dispositivo permite a afirmação de que a fungibilidade seria numa só

direção, isto é, somente quando requerida uma medida antecipatória que se trate, de fato, de uma medida cautelar.

Negando, pois, a possibilidade de o magistrado conceder uma medida antecipatória quando pedida por meio de um processo cautelar (isto é, o inverso do que aparentemente diz a lei), apurou-se que medidas urgentes continuaram a ser indeferidas. Essa situação desencadeou um polêmico debate na doutrina acerca do alcance da fungibilidade.

Do que se pesquisou, foi possível extrair que dos entendimentos que surgiram boa parte tendeu a aceitar o duplo sentido da fungibilidade. E, ainda, os que se oponham, não vão ao extremo de negar o duplo sentido da fungibilidade em todas as hipóteses. Partindo daí, constatou-se que as razões expostas pela parte da doutrina que não admite, em todas as situações, o duplo sentido da fungibilidade, são passíveis de impugnação.

Do exposto, chegou-se à conclusão de que razões de ordem formal não podem obstar que se aplique a fungibilidade em seu duplo sentido. Tampouco, pode-se admitir que o formalismo do processo seja capaz de tornar as regras do direito processual superiores à norma substancial. O processo deve ser não só um instrumento da jurisdição, mas um instrumento apto a tutelar o direito garantido na norma substancial de modo rápido, útil e eficaz. Ademais, a fungibilidade possibilita um maior acesso à justiça e contempla os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Concluiu-se, ainda, que é necessária uma reforma na legislação que melhor possa disciplinar as regras que tratam acerca das tutelas de urgência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 11. ed., 2000.

ALVIM, Arruda. **Notas Sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002**. In: ALVIM, A.; ALVIM, E.A. (Coord). **Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-14.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e Tutelas de Urgência (tentativa de Sistematização)**: São Paulo: Malheiros, 2. edição, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organização Yussef Said Cahali. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. **Recurso Especial n. 202740/PB**. Relator: Ministro Castro Filho, 25/05/2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 20. ed., 2004.

COSTA, Julio Machado Teixeira. **O Novo § 7º do Art. 273 do Código de Processo Civil**. **Revista de Processo**. São Paulo, Ano 28, n. 112, p. 116-123, outubro-dezembro de 2003.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de Urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 9. ed., 2001.

_____, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1998.

_____, Cândido Rangel. **Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2003.

_____, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, William Santos. **Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil (comentários e manual de consulta rápida com resumo das principais questões artigo por artigo)**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Cadernos IBDP. Série Propostas Legislativas. Volume III.** CALMON FILHO, P. (org.). São Paulo, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela.** São Paulo: Malheiros Editores, 6. ed., 2000.

_____ e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2004.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar. Arts. 813 a 889. Volume 12.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 22. ed., 2002.

_____. **Temas de Direito Processual. Oitava Série.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., 2003.

NEVES, Daniel A. Assumpção. **A Fungibilidade da Tutela Cautelar e da Tutela Antecipada.** In: MOREIRA, A. C. **Nova Reforma Processual Civil.** São Paulo: Método, 2. ed., 2003, Item 3.5, p. 126-131.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. **Novos Contornos do Instituto da Tutela Antecipada e os Novos Paradigmas do Sistema Processual Civil (Lei 10.444/2002).** *Revista de Processo.* São Paulo, Ano 28, n. 112, p. 82-112, outubro-dezembro de 2003.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento. Volume I.** São Paulo: Saraiva, 8. ed., 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (Tutela de Urgência). Volume 3.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 3. ed., 2000.

_____. **Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Volume 1.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 6. ed., 2002.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Recentes Alterações do Código de Processo Civil: comentários à Lei nº 10.444/2002.** Leme: Editora de Direito, 2002.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Teoria Geral do Processo Cautelar.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Curso de Direito Processual Civil.** Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência. Revista de Processo.** São Paulo, Ano 28, n. 110, p. 72-92, abril-junho de 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2003

THEODORO JR, Humberto. **Processo Cautelar: com análise das leis nº 8.952/94 – antecipação da tutela e 9492/97 – Protesto de títulos.** São Paulo: LEUD, 20. ed., 2002.

_____. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I.** Rio de Janeiro: Forense, 38. ed., 2002.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2002.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Fungibilidade de “Meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade.** In: NERY JR, N.; WAMBIER, T.A.A. (Coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, Cap. XXXIX, p. 1090-1144.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil.** Campinas: Brookseller, Centro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 2. ed., 1999.

ANEXO – Esboço de Anteprojeto de Lei sobre as Medidas Urgentes.**ESBOÇO DE ANTEPROJETO DE LEI SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES, MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS E ATUTELA DE URGÊNCIA.**

Art. 1º O Livro III da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a epígrafe “DAS MEDIDAS CAUTELARES, DAS MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS E DA TUTELA DE URGÊNCIA”; o seu Título único com a epígrafe “DAS DISPOSIÇÕES GERAIS”; o seu Capítulo I com a epígrafe “DO PROCEDIMENTO EM GERAL”; o seu Capítulo II com a epígrafe “DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS”.

Art. 2º O art. 270 da Lei 5.869/73 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), o processo de execução por título extrajudicial (Livro II), os procedimentos cautelares e antecipatórios e a tutela de urgência (Livro III), e os procedimentos especiais (Livro IV)”.

Art. 3º Os artigos a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 796. As medidas cautelares e as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela (arts. 273 e 461, § 3º) podem ser requeridas antes ou no curso do processo, e a este estão vinculadas”.

“Art. 797. Nos casos de manifesta urgência e a fim de prevenir dano grave, o juiz poderá determinar a medida cautelar ou antecipatória sem a audiência da parte requerida”.

“Art. 798. Além das medidas cautelares específicas, poderá o juiz determinar as providências que entender adequadas, quando houver fundado receio de que possa a parte, injustamente, sofrer lesão grave e de difícil reparação”.

“Art. 799. Nos casos do artigo anterior, as medidas admissíveis para evitar ou afastar o dano incluem a determinação, autorização ou proibição de prática de determinados atos; a guarda judicial de pessoas; a vigilância e o depósito de bens, e a prestação de cauções”.

“Art. 800. As medidas cautelares ou antecipatórias serão requeridas, quando incidentais, ao juiz da causa; quando antecedentes, no juízo competente para conhecer da ação ou, sem firmar prevenção, no juízo onde ocorra o fato danoso ou onde esteja situado o bem objeto da lide ou da prova.

§ 1º Interposto recurso da sentença ou do acórdão, a medida cautelar ou antecipatória será requerida diretamente ao tribunal de destino.

§ 2º Antes da interposição do recurso, a medida será requerida, em primeira instância, ao juiz da causa; em segunda instância, ao juiz a quem caiba decidir sobre a admissão do recurso, de cuja decisão caberá agravo interno, em cinco dias, ao colegiado prolator do acórdão recorrido”.

“Art. 801. Ao pedir a medida antecedente, o requerente observará, no que couber, o disposto no art. 282, expondo precisamente a lide e os motivos pelos quais necessita da medida.

Parágrafo único. O valor da causa, atribuído pelo requerente, fica sujeito a eqüitativa correção pelo juiz”.

“Art. 802. O requerido será citado para, no prazo de cinco (5) dias, impugnar o pedido, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 285, 300 e 301.

Parágrafo único. Não impugnado o pedido, presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo requerente (art. 319), cumprindo ao juiz decidir dentro de cinco (5) dias”.

“Art. 803. Impugnado o pedido, o juiz, se houver necessidade de provas, designará audiência, em cujo início tentará conciliar as partes; não obtida conciliação, e produzidas as provas disponíveis, decidirá de imediato (art. 522)”.

“Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar, de plano ou após prévia justificção, nos casos de manifesta urgência ou quando for provável que o requerido, sendo citado, possa torna-la ineficaz, bem como, nos casos do art. 273, a medida antecipatória.

Parágrafo único. O juiz pode determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória, em valor arbitrado de plano e capaz de garantir o ressarcimento dos prejuízos que o requerido possa vir a sofrer; nas medidas que possam afetar o erário ou o patrimônio público, a concessão fica condicionada à prestação de contracautela idônea”.

“Art. 806. Quando a medida cautelar ou antecipatória for deferida em procedimento antecedente, cumpre à parte propor a ação no prazo de sessenta dias (arts. 178 e 184), contados da data de efetivação da medida.

§ 1º Não proposta a ação, o juiz revogará a medida e extinguirá o procedimento cautelar.

§ 2º A ação poderá ser proposta mediante aditamento à petição formulada no pedido antecedente, sendo o réu citado pessoalmente ou na pessoa de seu advogado constituído”.

“Art. 806-A. Se não for caso do § 2º do artigo anterior, os autos do procedimento antecedente serão apensados aos autos do processo e neste passam a ser proferidos os despachos e decisões alusivas à medida cautelar ou antecipatória, salvo se o juiz considerar necessário manter a audiência já designada no procedimento antecedente (art. 803)”.

“Art. 807. As medidas cautelares e antecipatórias conservam sua eficácia enquanto necessárias para tutelar o interesse protegido, podendo, a qualquer tempo, ser modificadas ou revogadas.

Parágrafo único. Salvo decisão em contrário, a medida é mantida durante o período de suspensão do processo (art. 265)”.

“Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar ou antecipatória:

I – tratando-se de medida concedida em procedimento antecedente, se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806, ressalvados os casos de antecipação de provas;

II – se a decisão concessiva da medida não houver sido efetivada dentro de quinze (15) dias, em razão do fato atribuível ao requerente;

III – quando extinto o processo sem julgamento de mérito (art. 267), ou quando julgado improcedente o pedido, salvo se o juiz ressaltar a eficácia da medida até o trânsito em julgado da sentença”.

“Art. 809. As medidas cautelares e as antecipatórias (art. 273) postuladas na petição de ajuizamento da ação, ou após ajuizada a ação, serão requeridas e decididas no próprio processo, podendo o juiz determinar que pedidos de modificação ou revogação sejam autuados em apenso”.

“Art. 810. O indeferimento da medida antecedente, quer cautelar como antecipatória, não obsta a que a parte proponha a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz acolher a alegação de decadência do direito ou de prescrição da pretensão do autor”.

“Art. 811. O requerente da medida cautelar ou antecipatória responde ao requerido pelo prejuízo que lhe tenha causado a efetivação da medida:

I – se a sentença na ação lhe for desfavorável;

II – se, obtida liminar (art. 804), não promover, em cinco (5) dias, a citação do requerido;

III – se cessar a eficácia da medida (art. 808, I, II e III);

IV – se o juiz, nos autos do procedimento antecedente, acolher a alegação de decadência ou de prescrição (art. 810);

V – nos casos de litigância de má-fé.

Parágrafo único. A indenização será fixada nos próprios autos, de plano e moderadamente”.

“Art. 811-A. Nos casos de direitos de caráter personalíssimo, deferidos liminarmente em antecipação de tutela com irreversível eficácia satisfativa, poderá o juiz, ouvida a parte contrária, proferir sentença de extinção do processo, sem o efeito de coisa julgada (arts. 467 e 468)”.

“Art. 812. às medidas específicas cautelares, antecipatórias ou satisfativas sumárias, reguladas no Capítulo seguinte, aplicam-se, no que couber, as disposições gerais deste Capítulo”.

CAPÍTULO II

DAS MEDIDAS ESPECIFICAS

(...)²¹

²¹ No capítulo das medidas específicas, o esboço de anteprojeto trata na Seção I, “Do Arresto”, na Seção I-A, “Da Indisponibilidade de Bens”, na Seção II, “Do Seqüestro”, na Seção III, “Da Caução”, na Seção VI, “Da Produção Antecipada de Provas”, na Seção VII, “Dos Alimentos Provisórios”, na Seção VIII, “Do Arrolamento e Depósito de Bens”, na Seção IX, “Da Justificação”, na Seção XIII, “Do Atentado” e na Seção XV, “De Outras Medidas”.