

A CAUTELARIDADE NA TUTELA ANTECIPADA COM ÊNFASE NO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Luana Cristina Coutinho Orosco PLAÇA¹

Marcio Ricardo da Silva ZAGO²

RESUMO: O processo das cautelares é aquele que assegura o resultado de uma demanda futura. Mas, se o Nobre Magistrado verificando que não se trata de uma cautelaridade, e sim de uma tutela antecipada, poderá, utilizando dos poderes instrutórios, com busca ao princípio da efetividade, alterar o pedido inicial, para o atendimento da pretensão buscada pelo autor da demanda.

Palavras-chave: Cautelar. Tutela Antecipada. Princípio da Efetividade. Processo. Poderes instrutórios.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a tutela antecipada era concedida apenas em casos específicos, como nos processos de ações possessórias, como forma de liminar. Após a reforma do Código de Processo Civil, esse tipo de tutela passou a ser aplicada em todos os procedimentos comuns, ordinários, sumário e especial, enfim em todos os processos, desde que presentes os requisitos exigidos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

¹ Advogada, aluna da pós-graduação no curso de Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Estagiária Docente das Faculdades “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail:luorosco@ig.com.br

² Advogado, Professor das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica das Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA) de Assis/SP e Palmital/SP.

De outro lado, a tutela cautelar visa apenas a satisfação de um processo futuro, para que num outro processo seja concedida a pretensão a ser alcançada pelo autor.

Portanto, a tutela antecipada e a tutela cautelar possuem várias diferenças e semelhanças pelas quais ambas produzem efeitos no nosso ordenamento jurídico, devendo cada uma ser explanada para um melhor entendimento.

2 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

Primeiramente é necessário ressaltar os conceitos de jurisdição e tutela jurisdicional, para que haja o melhor entendimento acerca da tutela antecipada e tutela cautelar.

Assim, a jurisdição é aquela função do Estado, denominado para a doutrina, de “poder-dever” de aplicar o direito aos casos, para a solução dos litígios, através do seu órgão jurisdicional.

Não obstante, Alexandre Freitas Câmara conceitua tutela jurisdicional (2008, p. 81):

“Tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem. Assim sendo, só tem direito à tutela jurisdicional (como, de resto, à tutela jurídica) aquele que seja titular de uma posição jurídica de vantagem”.

Pois bem! A tutela jurisdicional é assegurada àquele que sofreu lesão ou ameaça a seu direito, socorrendo-se do Poder Judiciário, para ao final ser alcançado a tutela jurisdicional adequada para solucionar o litígio.

Importante salientar, que a tutela jurisdicional difere da sentença. A sentença é o momento em que o juiz julga a pretensão do autor, estabelecendo uma nova relação a ser seguida pelas partes, esse julgamento é a tutela jurisdicional.

São espécies de tutela jurisdicional, as tutelas definitivas e provisórias, que são exemplificadas no tópico seguinte.

3 DIFERENÇAS ENTRE TUTELAS DEFINITIVA E PROVISÓRIA

Em nosso ordenamento jurídico, temos a existência de duas tutelas: definitivas e provisórias.

As tutelas definitivas são aquelas concebidas no final do processo, denominadas de cognição exauriente, depois de todo um trâmite processual, garantido pelos princípios basilares como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Contudo, como é sabido que os processos, não se resolvem em apenas um mês, demoram muitas vezes dois, três anos, restando apenas ao autor a espera de uma tutela.

De outro modo, a tutela provisória é aquela que pode ser concedida no início do processo ou no curso do processo, visando alcançar de ante mão a pretensão do autor da demanda. Esta tutela possui uma característica essencial, qual seja, a cognição sumária, isto é, o Magistrado precede de uma análise superficial não atingindo o mérito, apenas verificando o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris”. Por isso, a doutrina configura como um de seus requisitos, a temporariedade, posto que possui um termo para se encerrar e a precariedade, devido ao fato de que pode ser revogada a qualquer tempo, não fazendo coisa julgada material.

Dentre essas tutelas provisórias encontram-se as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas.

4 TUTELA ANTECIPADA

O Magistrado aplica a tutela antecipada quando, realizando uma cognição sumária do processo, verificando que a lentidão processual cumulada com a demora jurisdicional pode causar prejuízo a pretensão do autor, se for concedida apenas quando do provimento do mérito, pode antecipar e concedê-la no início do processo, perpetuando a justiça em si mesma.

O conceito desta grande tutela é trazido através das palavras de Misael Montenegro Filho (2008, p. 327):

“A tutela antecipada se qualifica como pedido de natureza satisfativa, que pode ser formulado no âmbito de qualquer espécie de demanda judicial (ação de indenização por perdas e danos, ação de cobrança, ação de despejo, ação de separação, etc.), com a intenção de que o autor conviva com os efeitos da sentença (total ou parcialmente) em regime de antecipação, mesmo antes da prolação do pronunciamento principal, dependendo da confirmação da presença de requisitos preestabelecidos em lei”.

Assim, havendo uma cognição sumária do caso, o Magistrado concede a tutela antecipada, antecipando assim os efeitos da tutela definitiva, ao qual seria o resultado da pretensão buscada pelo autor.

Da mesma forma, salienta Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 664):

“Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.
Justifica-se a antecipação da tutela pelo *princípio da necessidade*, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a *efetividade* da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato”.

Essa tutela antecipada também é denominada para alguns doutrinadores como uma tutela satisfativa, para atender o princípio da celeridade processual, ou seja, tutela jurisdicional satisfativa, concedida pela cognição sumária do Magistrado.

Para haver a antecipação de tutela é necessário estarem presentes, certos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil:

“Artigo. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

O artigo acima salientado traduz a idéia de que “poderá” o juiz conceder a tutela, mas essa é uma faculdade ou uma obrigatoriedade ao

magistrado? O que se vislumbra é que há um dever do juiz, desde que presentes os requisitos para concessão.

Assim, perpetua a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Embora possam os termos do art. 273 do CPC indicar faculdade e discricionariedade do juiz a concessão da tutela antecipada, constitui-se, na verdade, em obrigação de decidir, sendo dever do magistrado, com base no livre convencimento motivado, conceder ou não a medida, acaso presentes os requisitos legais para seu deferimento, ou nega-la, na hipótese de as provas não o convencerem da necessidade invocada pelos autores. (AI 70017784224, 18ª Câmara Cível do TJRS, rel. Des. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, j. 11.12.2006)”.

Ademais, é importante mencionar que cabe à parte requerer a antecipação da tutela, não pode o Magistrado concedê-la, tendo em vista a relevância do princípio do dispositivo, em que a parte deve pedir o que melhor lhe convier para alcançar a sua pretensão.

Cabe ao autor da demanda, aquele que buscou o Poder Judiciário, para ver alcançada a sua pretensão, requerer os efeitos da antecipação da tutela.

Para Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 438), somente cabe ao autor da demanda requerer a tutela antecipada, não pode o Ministério Público requerê-la, quando este atua como “custus legis”, posto que ele está como fiscal da lei. E também o réu, não poderá requerer a tutela antecipada, haja vista que não foi ele quem ajuizou a demanda, somente nas demandas que ele próprio ingressar.

Contudo, para Nelson Nery Júnior (2008, p. 525) o Ministério Público pode requerer a concessão da tutela antecipada:

“O que a norma veda é a concessão *ex officio* da tutela antecipada. Pode o MP requerê-la, quer atue como parte (CPC 81), quer como fiscal da lei (CPC 82) no processo civil, pois tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes. O promotor de justiça que atue na defesa de incapaz, por exemplo, pode requerer em favor do incapaz, a tutela antecipada. O MP, neste caso, não está fazendo pedido em sentido estrito, pois este já fora feito pela parte, atuando o MP apenas na busca dos *efeitos* do pedido pleiteado pela parte”.

O que se nota é que a doutrina não possui um posicionamento muito pacífico sobre o assunto, inclusive há doutrinadores que ressaltam que até a parte contrária pode requerer a tutela antecipada.

Assim, salientam-se as palavras de Júlio Ricardo de Paula Amaral (2001, p. 92-93) é possível à parte contrária requerer a tutela antecipada nas denominadas ações dúplices, como também na reconvenção:

“A princípio pode parecer estranha a afirmação de que o réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela. Porém tal estranheza se desfaz quando se lembra das ações dúplices, pois, nestas ações, o réu passa à qualidade de autor. Portanto, perfeitamente cabível o pedido de tutela antecipatória formulado pelo réu. Diante disso, conclui-se que qualquer das partes do processo, autor ou réu (este, somente em ações dúplices), possui legitimidade para requerer a antecipação dos efeitos da tutela”.

Por isso, há divergências na doutrina em relação quem pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela.

A tutela antecipada poderia produzir os efeitos de uma sentença declaratória, constitutiva e condenatória?

A doutrina diverge em relação a isto. Para alguns poderia produzir os efeitos de uma sentença condenatória, tendo em vista que há a imposição de uma ordem emanada pelo juiz de uma obrigação a ser realizada pelo réu antecipadamente.

Contudo, outros doutrinadores entendem serem possível antecipar a tutela no efeito de uma sentença declaratória e constitutiva, mas não antecipa o efeito e sim algum efeito secundário como na possibilidade de sustar o protesto.

Neste sentido, pormenoriza a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“RECURSO – Agravo de Instrumento – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com reparação de danos e inexistência de débito – Insurgência contra a r. decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela por estarem ausente a prova inequívoca convincente da verossimilhança das alegações – Admissibilidade – Requisitos do artigo 273 do CPC, configurados – Recurso provido”.(Agravo de Instrumento nº 7347984-4, 18ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

A partir disso, é necessário explanar cada um dos requisitos para a concessão dessa tutela.

Essa tutela possui dois requisitos previamente importantes que são prova Inequívoca e verossimilhança da alegação ao qual se vislumbram totalmente

antagônicos. O primeiro é prova certa, a certeza de um juízo e o segundo a aparência de uma verdade.

Entretanto, o legislador fez a junção de ambos para se chegar a concessão de tal tutela, que se verifica abaixo.

4.1 Prova Inequívoca

Esse pressuposto exigido pela lei, denominado de prova inequívoca é aquela prova existente no conjunto comprobatório, de que convença o Magistrado de uma situação grave para que a partir disso conceda a liminar pretendida.

Prova Inequívoca nas palavras de Fredie Didier Jr. (2007, p. 538) é “trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária”.

Então, não adianta uma mera alegação da parte, tem que um início de prova para comprovar isso.

Sem constar provas que levem ao Magistrado a um juízo de certeza, faltará a presença deste requisito.

Ressaltando que a prova inequívoca pode ser uma prova documental, testemunhal ou até mesmo pericial, desde que não sejam apenas indícios, meros suposições, posto que tem que ser uma prova com um certo grau de certeza para convencer o juiz, e cada prova tem um valor.

Verificando que não se encontra presente a prova inequívoca, pode o Magistrado revogar a tutela ou modifica-la a qualquer tempo, nos termos do artigo 273, § 4º do Código de Processo Civil.

4.2 Verossimilhança Da Alegação

Este requisito é aquele para convencer o juiz de que a situação é urgente e não pode esperar todo o trâmite processual.

Para verificar o requisito da verossimilhança é necessário vislumbrar alguns pressupostos, trazidos por Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 271):

“A “verossimilhança” a ser exigida pelo julgador deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado da lesão; a dificuldade de se provar a alegação a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência”.

Pois bem! Verifica-se que para o preenchimento do requisito da verossimilhança devem ser observados vários outros pressupostos, principalmente o bem que está sendo objeto da demanda, se a demora na satisfação gerará prejuízos irreversíveis.

Essa aparência de verdade, não pode ensejar ao Magistrado dúvida pré-existente, deve ser uma aparência de verdade quase real, para que seja preenchido tal requisito.

4.3 Fundado Receio De Dano Irreparável Ou De Difícil Reparação

Denota-se que para a caracterização desse requisito previsto no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil, é necessário que o bem jurídico pretendido seja algo de que não possa esperar todo o tramite processual.

A espera do curso do processo pode causar dano irreparável a pretensão do autor.

Alexandre Freitas Câmara denomina este requisito como o “periculum in mora” previsto para as tutelas cautelares.

Ainda este mesmo doutrinador (2008, p. 442), ressalta um exemplo que configura perfeitamente tal requisito:

“(…) Pense-se na hipótese de uma criança precisar de uma transfusão de sangue com urgência, sem a qual correrá risco de morte, sendo a autorização para a intervenção negada pelo pai do menor por motivos religiosos. O ajuizamento de demanda visando à obtenção de tutela jurisdicional capaz de permitir a satisfação do direito à vida levaria, normalmente, à frustração do demandante, que veria seu direito irremediavelmente lesado (com a morte da criança), em razão da demora natural do processo. Por esta razão, permite-se ao juiz a antecipação da tutela jurisdicional, com o fim de se permitir, desde logo, a satisfação do

direito substancial, o que se dará através da imediata autorização para que se realize a intervenção médica necessária”.

O que se verifica através dessa explanação é que caso não concedida a tutela antecipada, não haveria a pretensão do autor, posto que não mais existiria o direito material, perdendo assim o objeto da demanda.

Importante salientar que não pode ser confundido com uma tutela cautelar, posto que esta visa assegurar a efetividade de um processo futuro, e não uma pretensão que deve ser previamente alcançada.

4.4 Abuso De Direito De Defesa Ou O Manifesto Propósito Protelatório Do Réu

A tutela antecipada pode ser concedida caso haja abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O cidadão brasileiro que tem lesionado seu direito pode ingressar com uma demanda para buscar a sua real pretensão. Da mesma forma, o réu possui direito ao contraditório e ampla defesa, ou seja, defender de todas as acusações a si impostas.

Contudo, não pode o réu utilizar de meios ilícitos, e nem abusar desses para que faça a sua referida defesa, ou se utilizar de subterfúgios como em uma contestação que apresenta diversos tipos de defesas diretas e indiretas, mas sem a devida motivação, apenas para que o autor tenha uma resposta mais demorada do Poder Judiciário.

Portanto, o que se verifica é que a tutela antecipada pode ser concedida após a citação do réu, caso em que o Magistrado verificando as atitudes do réu em apenas prejudicar o andamento processual, não motivando argumentos de defesa, cabe a concessão da antecipação da tutela.

4.5 Revogabilidade E Modificação

A tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que não se encontrem mais presentes os requisitos para a concessão desta tutela, nos termos do artigo 273, § 4º do Código de Processo Civil.

Contudo, para ocorrer essa situação, é necessário o requerimento da parte, ou o surgimento de novas circunstâncias que justifiquem a alteração na concessão desta tutela.

Entretanto, para a revogação ou modificação, o Magistrado deve fundamentá-la especificando os motivos, de tal decisão, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal, que preceitua a obrigatoriedade das decisões serem fundamentadas, tendo em vista que desta decisão é cabível o recurso de agravo.

4.6 Provisoriedade

É uma das características desta tutela a provisoriedade, haja vista que pode ser revogada a qualquer momento, e caso isto não ocorra, sua duração será até o provimento final, a qual será substituída por uma tutela definitiva.

5 PRINCÍPIOS ATINENTES A TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada adveio para atender um de nossos princípios primordiais quais sejam o princípio da efetividade do processo.

A todos é garantido o acesso a Justiça, ao quais as partes possuem direitos e defesas legais para a busca do bem pretendido, contemplado pelo princípio do devido processo legal.

A existência da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico se dá porque o nosso procedimento em um processo é demorado, restando ao autor que buscou ao Poder Judiciário para solução do litígio, ter que esperar um, dois, três anos ou até mais, para a justiça ser realizada. Que resultado útil terá o processo se depois de 10 anos de demanda tramitando em nosso órgão jurisdicional, recursos

aos Tribunais, por fim acaba o processo, dando provimento a demanda do autor, mas este infelizmente não poderá ver sua pretensão atendida, porque faleceu.

Visando atender ao princípio da efetividade do processo, e eventualmente de segurança jurídica, nos casos em que são devidamente comprovados os requisitos da tutela antecipada, deve o Nobre Magistrado concedê-la, sob pena de estar havendo um cerceamento no direito buscado pelo autor.

Portanto, o devido processo legal é realizado para o autor quando o juiz utilizando-se da cognição sumária antecipa os efeitos da tutela pretendida, calcado no princípio da celeridade processual, fazendo com que a pretensão do autor seja atendida, para a consecução de um processo justo.

Da mesma forma, o princípio do contraditório e da ampla defesa serão atendidos, após a concessão da tutela, podendo o réu se defender mediante todas as provas legais, inclusive podendo convencer o juiz de que a tutela pretendida pelo autor, foi devidamente alcançada, não havendo justificativa para a concessão de início dessa tutela, já que é provisória, podendo o Magistrado revoga-la.

Porém, primeiramente deve ser atendido o princípio da efetividade do processo, buscando o bem jurídico pretendido pelo autor.

6 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem como objetivo primordial assegurar o resultado de um processo futuro, posto que está havendo a violação de um direito, ou seja, de um bem jurídico que precisa ser previamente tutelado para assegurar um processo futuro.

Assim, é importante mencionar o conceito de tutela cautelar nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 739):

“A tutela cautelar destina-se a assegurar temporariamente a tutela de um direito violado, assim como uma situação jurídica tutelável, de um dano irreparável ou de difícil reparação. É um instrumento que visa a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso. A tutela cautelar presta uma proteção temporária a um direito aparente ou a uma situação jurídica digna de tutela”.

A própria nomenclatura diz que cautelar, isto é, auxiliar um outro processo, para que o processo futuro, não fique sem o resultado prático útil.

José Carlos Barbosa Moreira (2008, p. 309) também a define como, “tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de atividade, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional *mediata*”.

Ademais, essa tutela cautelar concedida em um processo acessório, que difere do processo principal. Desta forma, caso suspenso o processo principal, continua tendo eficácia o processo cautelar, de outro modo, se extinto o principal, encerra-se o cautelar.

Medida cautelar e processo cautelar se diferem, conforme se denota através dos ensinamentos de Vicente Greco Filho (2008, p. 168), “ a medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares”.

Mas, para que seja concedida a tutela cautelar, é necessário o preenchimento de alguns requisitos tais como “periculum in mora” e o “*fumus boni iuris*”, que serão explanadas cada qual.

6.1 “*Fumus Boni Iuris*”

No direito, o “*fumus boni iuris*” é a aparência da verdade, ou seja, os fatos narrados pelo autor são considerados legítimos.

Nas palavras de Vicente Greco Filho (2008, p. 170):

“O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, e ainda que em caráter hipotético (...) O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de probabilidade, perspectiva essa que basta para justificar o assecuramento do direito”.

Assim, verificando o juízo de probabilidade, é possível concedê-la, conforme se verifica através da explanação: uma empresa causou danos a um consumidor, em um estacionamento de shopping, posto que o consumidor não quis entregar o seu carro para ser lavado por máquinas, cuja conseqüências foram danos materiais em seu veículo. Uma única pessoa viu toda a situação, uma Senhora com apenas 75 anos, que atualmente se encontra muito doente e delibitada. Porém, no processo de indenização que A irá mover precisa ser ouvido tal testemunha. Assim, A ingressa com medida cautelar visando a produção antecipada de prova, para ser ouvida esta testemunha, posto que pela probabilidade do caso, pode ser que na fase de instrução do processo de indenização a prova se perdeu, e para proteger tão importante prova, faz-se necessário a concessão desta medida cautelar.

6.2 “Periculum In Mora”

Caracteriza pelo fato de que se esperar a propositura de uma outra demanda, passar por todo um procedimento, isto pode causar a perda do objeto desta referida demanda ou o risco de perecer o objeto do processo principal.

Evitando o dano irreparável, utiliza-se da tutela cautelar.

Assim, caso haja um risco de perecer o bem jurídico até a propositura da ação principal, é necessário a propositura de um processo antecedente, uma medida cautelar para que assegure o resultado do processo principal, que poderá ser proposto no futuro.

7 DIFERENÇAS ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Existem diversas diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, a começar pelos seus requisitos.

Para a tutela cautelar basta apenas a comprovação dos requisitos do “fumus boni iuris” e “periculum in mora”, ou seja, a demonstração pelo autor da aparência de verdade da pretensão, do direito objeto do litígio, e o risco do

perecimento de bem, causado pelo dano irreparável ou difícil reparação, desta forma salienta Humberto Theodoro Junior (2009, p. 701):

“Pelo *fumus boni iuris*, reclama-se do requerente a demonstração de aparência de um direito subjetivo envolvido no litígio; e pelo *periculum in mora* entende-se o risco de um dano grave e de difícil reparação, suportado pelo mesmo direito, caso se tenha de aguardar o desfecho definitivo do processo. Disso decorre um perigo de inutilização do próprio processo, já que, afinal, o provimento em prol do direito subjetivo da parte, depois de consumada a lesão, cairia no vazio, tornando-se uma inutilidade prática. O remédio processual perseguido e deferido à parte não teria eficácia para cumprir sua função tutelar perante a situação jurídica material deduzida em juízo. Nesse sentido, fala-se que a tutela cautelar é mais uma defesa da eficácia do processo do que propriamente uma garantia do direito subjetivo material da parte”.

Assim, na tutela cautelar visa apenas a efetividade do processo principal, visando sempre o direito envolvido no processo pretendido pela parte autora. Essa medida não visa satisfazer a pretensão do autor no início do processo como a tutela antecipada.

Os requisitos da tutela antecipada são parecidos com os previamente exigidos para a tutela cautelar, como prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tratando-se de uma medida que tem em seu intuito satisfazer a pretensão do autor desde o início do processo, tendo em vista a lentidão processual de nosso ordenamento jurídico.

De outro modo, a medida cautelar, também ora denominada de tutela cautelar visa satisfazer o resultado de um processo futuro, que seja possível todo o seu trâmite.

Ademais, uma outra distinção encontrada entre essas duas tutelas esta baseada no princípio da fungibilidade, previsto no artigo 805 do Código de Processo Civil para as medidas cautelares, em que a parte requerendo uma das medidas e o Magistrado verificando que se trata de outra, poderá através desse princípio aplicar a que melhor convier ao caso.

Já na tutela antecipada não vigora esse princípio da fungibilidade, caso não estejam presentes os requisitos o magistrado não pode concedê-la, haja vista que deve ser sempre baseado em prova inequívoca, ou seja, aquela prova clara, que se mostre evidente no caso, verossimilhança e fundado receio de dano.

Ressalta-se que conforme preceitua o artigo 273, II do Código de Processo Civil, o Magistrado pode antecipar a tutela, desde que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No entanto, no artigo 273 foi acrescentado pela Lei nº 10.444/02, o § 6º, ao qual pode ser concedida a tutela caso, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 703):

“trata-se da ação em que o autor cumula vários pedidos, sendo que um ou alguns não são contestados pelo réu. A incontrovérsia, na espécie, equivale a reconhecimento tácito, pelo demandado, dos pedidos não impugnados, razão pela qual fica o juiz, desde logo, autorizado a julga-los procedentes, independentemente dos requisitos de hábito impostos à antecipação de tutela (perigo de dano grave, prova inequívoca, reversibilidade, etc.)”.

Portanto, o que se denota é que existem várias diferenças entre as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas, a primeira funciona como um instrumento para resguardar o provimento final de processo principal e a segunda como assegurar a pretensão de um direito material do autor em fase de decisão interlocutória.

8 FUNGIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR PARA A TUTELA ANTECIPADA

A fungibilidade é vista no nosso ordenamento jurídico como uma substituição. Então, poderia ocorrer uma fungibilidade de tutela antecipada para tutela cautelar. E da tutela cautelar para a tutela antecipada?

O artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil traduz a hipótese de que caso o autor peça ao juiz um provimento de natureza cautelar em sede de antecipada, o Magistrado verificando que estão presentes os requisitos da cautelar, pode concedê-la em caráter incidental:

“Artigo 273, § 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Delinea-se do artigo supracitado que o autor pretendendo uma cautelar, mas realiza pedido de tutela antecipada, e o Magistrado verificando que se encontram presentes todos os requisitos para uma cautelar, pode deferir-la, posto que os requisitos da tutela antecipada são mais rigorosos e extensos, englobando até os pressupostos de uma cautelar.

Desta forma, salienta-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Nos termos do § 7º do art.273 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, verificando a presença dos requisitos ensejadores, pode o juiz, em sede de antecipação de tutela, deferir medida cautelar em caráter incidental (TRF da 1ª Região, AI 01000115172/DF, Rel. Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva, Quinta Turma, DJU 14.11.2002, p. 339)”.

Contudo, a pergunta que se realiza, é se esse parágrafo é uma via de mão única, podendo ocorrer essa substituição apenas da antecipada para cautelar, ou se trata de via de mão dupla, cautelar para antecipada, baseando principalmente que se tratam de tutelas de urgências e devem ser concedidas para alcançar a efetividade do processo?

Neste sentido, há uma grande polêmica na doutrina e na jurisprudência, porque a luz de uma interpretação literal do dispositivo enfoque, o legislador estipulou apenas uma hipótese, a fungibilidade da antecipada para cautelar.

Vicente Greco Filho (2008, p. 170) salienta o entendimento de que poderá ocorrer a fungibilidade nas duas formas não prevista em lei expressamente pelo legislador:

“(...) o Código prevê a fungibilidade do requerimento de tutela antecipada em face da cautelar. Se requerida tutela antecipada mas a providência adequada é cautelar, o juiz poderá conceder esta, em caráter incidental do processo principal. Apesar de a lei não dizer, a recíproca é verdadeira, ou seja, requerida cautelar, se o caso for de tutela antecipada, poderá ser concedida esta dentro do mesmo processo. O intuito é evitar a multiplicação de processos e discussões protelatórias”.

A preocupação deste jurista e da doutrina contemporânea que apóia a fungibilidade de via mão dupla visa atender a efetividade do processo, alcançando uma resposta jurisdicional mais rápida, do que em um outro processo mover a

máquina judiciária novamente apenas para resolver um litígio que poderia ser resolvido no primeiro processo e de forma mais célere.

Nesta seara pormenoriza o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) 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 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” (STJ, REsp 202.740/PB, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, jul. 25.05.2004, DJ 07.06.2004, p.215)”.

No mesmo sentido, preceitua o Tribunal Regional Federal da 5ª região, sobre a fungibilidade:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROVIMENTOS DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE. REGIME DE DIREÇÃO FISCAL. ART. 24-A, PARÁGRAFO 4º, DA LEI 9.656/98. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO DIRETOR. REVOGAÇÃO.
- COM A INCLUSÃO DO PARÁGRAFO 7º NO ART. 273 DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL, RESTOU POSITIVADO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA UM POSICIONAMENTO DE HÁ MUITO JÁ DEFENDIDO PELA MELHOR DOUTRINA, RELATIVO À FUNGIBILIDADE DOS PROVIMENTOS DE URGÊNCIA. EMBORA ESTE DISPOSITIVO SÓ FAÇA REFERÊNCIA À CONCESSÃO DE PROVIMENTO CAUTELAR QUANDO O AUTOR HOUVER POSTULADO UM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, É CONSABIDO QUE NÃO HÁ FUNGIBILIDADE DE MÃO ÚNICA E NADA OBSTA A QUE O JULGADOR CONHEÇA DO PEDIDO CAUTELAR COMO TUTELA ANTECIPADA SE LHE PARECER QUE ESTA É A MEDIDA CABÍVEL NA ESPÉCIE.
- A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NO ART. 24-A DA LEI Nº 9.656/98 NÃO É APLICÁVEL A DIRETORES QUE NÃO DETINHAM PODER DE GERÊNCIA, SOBRETUDO PARA ALCANÇAR VERBAS DECORRENTES DE INDENIZAÇÃO TRABALHISTA. ESTAS VERBAS, POR SEREM IMPENHORÁVEIS, ESTÃO EXCLUÍDAS DO ALCANCE DA MEDIDA QUE DECRETA A INDISPONIBILIDADE, A RIGOR DO QUE PRECEITUA O §4º DESTE MESMO DISPOSITIVO LEGAL.
- AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 2004.05.00.028855-6, Primeira Turma, Rel. FRANCISCO WILDO, data do julgamento: 17/02/2005)”.

Portanto, nota-se que não existe um entendimento predominante sobre a fungibilidade ser via de mão única ou via de mão dupla. Entretanto, a doutrina acompanhada de várias jurisprudências vem discernindo seu breve entendimento de que a fungibilidade destas tutelas de urgência devem ocorrer na via de mão dupla,

para prevalecer o princípio da efetividade do processo e o princípio da celeridade processual, tendo em vista a razoável duração do processo.

9 CONCLUSÃO

A tutela antecipada e a tutela cautelar são tutelas de urgências que se vislumbram em nosso ordenamento jurídico. A primeira antecipa os efeitos de um provimento final, concedendo de forma liminar a pretensão do autor. De outro modo, a segunda assegura o resultado de um processo futuro, para que não haja a perda do seu objeto.

O legislador criou a figura da fungibilidade destas tutelas no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil visando atender a pretensão buscada pelo autor, com fulcro no princípio da efetividade do provimento jurisdicional.

A fungibilidade pode ocorrer tanto da tutela antecipada para tutela cautelar, quanto para cautelar para antecipada, visando sempre o atendimento ao princípio, haja vista que para quê ingressar com uma nova demanda, fazendo com que trabalhe novamente toda a máquina judiciária numa causa, que poderia já estar previamente solucionada.

Desta forma, conclui-se que os operadores do direito, em especial, os Magistrados, devem utilizar dos mecanismos trazidos pelo legislador, realizando uma hermenêutica sistemática e não literal, visando ao atendimento do princípio da efetividade e da razoável duração do processo.

BILIOGRAFIA

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.3.

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

CÓDIGO de processo civil interpretado. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2007..

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006-2008. 3 v.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 468 p. (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman ; 52).

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de outubro de 2007**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2008. 1823 p. ISBN 978-85-203-3133-0

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 12. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, Gen, 2009. v.1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apresenta jurisprudências, súmulas, pesquisa de processos. Disponível em: <<http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>>. Acesso: 22 jul.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apresenta jurisprudências, súmulas, pesquisa de processos. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 15 jul.2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apresenta jurisprudências, súmulas, pesquisa de processos. Disponível em: < <http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 06 ago.2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Apresenta jurisprudências, súmulas, pesquisa de processos. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/>>. Acesso em: 02 ago. 2009.