

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TUTELAS DE URGÊNCIA

Michele Alves

SÃO PAULO

2012

Michele Alves

TUTELAS DE URGÊNCIA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof Fernando Sacco Neto.

SÃO PAULO

2012

Michele Alves

TUTELAS DE URGÊNCIA

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Assinatura: _____

Prof.: _____

Assinatura: _____

Prof.: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eusimar e Alves, pela oportunidade de vir ao mundo, por tudo o que me ensinam e por se manterem sempre pessoas admiráveis, as quais orgulho e procuro seguir.

Ao meu esposo, Denys, pelo carinho, cumplicidade e admiração.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Fernando Sacco Neto, pela amizade, oportunidade e confiança.

“Não sei quanto tempo demorará a entender que, em nome do respeito à lei e às verdades científicas, se esconde à certeza de que poucos juristas terão "peito" para propor outra versão do mundo.” - Luis Warat – A Ciência jurídica e seus dois maridos.

Resumo

A presente monografia tem por objetivo o estudo das tutelas de urgência e o impacto da inserção do princípio da fungibilidade no § 7º do art. 273 do CPC no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, dar-se-á ênfase à importância da tutela jurisdicional, destacando sua função de acesso à Justiça, que tem como garantias fundamentais à efetividade do processo e a segurança jurídica.

Em um segundo momento, serão analisadas as medidas cautelares e antecipatórias, a fim de que seja possível a visualização de suas semelhanças, diferenças e o papel de ambas como tutelas destinadas a evitar que os efeitos maléficos do tempo do processo acarretem um dano irreparável ou de difícil reparação ao autor da demanda. Em terceiro, o princípio da fungibilidade será abordado de maneira a possibilitar sua compreensão e indispensabilidade na sociedade contemporânea, principalmente após ter sido concebida entre as tutelas de urgência.

E por fim, as tutelas de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil, que visa a refletir sobre a proposta de sistematização das tutelas de urgência no Projeto 166/10. Portanto, pela flexibilização das medidas de urgência por meio da utilização do princípio da fungibilidade. Dessa forma, é necessário que sejam classificadas sem tanto formalismo técnico, facilitando sua aproximação e utilização pelas semelhanças, proporcionando à parte resultados mais efetivos uma vez que de nada lhe adiantará um instrumento que não atinja resultados práticos.

Palavras-chave: TUTELAS DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO.

Abstract

This thesis aims to study the tutelage of urgency and impact of the inclusion of the principle of fungibility in § 7º art. 273 of the Brazilian Civil Procedure Code. To do so, it will give emphasis to the importance of judicial review, highlighting its role in access to justice, which is fundamental guarantees the effectiveness of the process and legal certainty.

In a second step, analyze and proactive precautionary measures in order to make it possible to visualize their similarities, differences and the role of both as guardianships designed to prevent the harmful effects of process time entail irreparable damage or difficult repairing the author of demand. Thirdly, the principle of fungibility will be addressed in order to enable their understanding and indispensability in contemporary society, especially after it was conceived between the tutelage of urgency.

And finally, the guardianship of urgency in the Project of the New Code, which seeks to reflect on the proposal for systematization of emergency guardianships in Project 166/10. Therefore, the relaxation of emergency measures by using the principle of fungibility. Thus, they must be classified without much technical formalism, facilitating approximation and its use by the similarities, apart from providing more effective results because of anything you will advance an instrument that does not reach practical results.

Keywords: URGENT guardianships. Fungibility. FLEXIBILIZATION.

Índice

1. Introdução.....	10.10
2. Tutela Jurisdicional	13 Erro! Indicador não definido.
2.1. Tutela Jurisdicional de Conhecimento	15 Erro! Indicador não definido.
2.2. Tutela Jurisdicional Executiva	17 Erro! Indicador não definido.
2.3. Tutela Jurisdicional Cautelar	19 Erro! Indicador não definido.
3. Aspectos Doutrinários da Tutela Jurisdicional de Urgência	20 Erro! Indicador não definido.
3.1. A missão do Sistema Jurisdicional	24 Erro! Indicador não definido.
3.2. A Tutela Cautelar	26 Erro! Indicador não definido.
3.3. A evolução histórica no Brasil	32 Erro! Indicador não definido.
3.3.1. <i>Visão Crítica das cautelares</i>	37 Erro! Indicador não definido.
3.4 A Tutela Antecipada.....	45 Erro! Indicador não definido.
3.4.1 <i>Aspectos legais e constitucionais do direito à celeridade do processo</i>	49 Erro! Indicador não definido.
3.4.2 <i>Execução ultraprovisional das decisões que antecipam a tutela</i>	61 Erro! Indicador não definido.
4. A fungibilidade e o alcance das Tutelas de Urgência	Erro! Indicador não definido.
4.1. Conceito de fungibilidade	Erro! Indicador não definido.
4.2. Aspectos da Fungibilidade no Direito Processual Civil	Erro! Indicador não definido.
4.2.1. <i>Fungibilidade Recursal</i>	82 Erro! Indicador não definido.
4.2.2. <i>Fungibilidade das possessórias</i>	93 Erro! Indicador não definido.

4.2.3. <i>Fungibilidade das cautelares</i>	97	Erro! Indicador não definido.
4.3. <i>Fungibilidade das Tutelas de Urgência</i>	103	Erro! Indicador não definido.
4.3.1. <i>Aspectos legais</i>	104	Erro! Indicador não definido.
4.3.2. <i>Aspectos doutrinários</i>	108	Erro! Indicador não definido.
4.3.3. <i>Aspectos jurisprudenciais</i>	117	Erro! Indicador não definido.
4.3.4. <i>Crítica ao formalismo da divisão entre tutelas</i>	128	Erro! Indicador não definido.
5. <i>Das Tutelas de Urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil</i>	134	Erro! Indicador não definido.
5.1. <i>Condições para concessão das Tutelas de Urgência</i>	137	Erro! Indicador não definido.
5.2. <i>Nova modalidade – Tutelas de Evidência</i> .	139	Erro! Indicador não definido.
5.3. <i>Estabilização das Tutelas de Urgência Antecedente</i>	140	Erro! Indicador não definido.
6. <i>Conclusão</i>	146	Erro! Indicador não definido.

Bibliografia

1. Introdução

Inicialmente, pretende-se com a apresentação do presente trabalho que este contribua não somente para fomentar o enriquecimento da discussão de questões meramente acadêmicas, mas sim uma explanação sobre a aplicação entre legislação, doutrina, jurisprudência e operadores do direito quanto à Tutela de Urgência.

É um tema atual, baseado na importância da tutela jurisdicional disposta pelo Estado por meio de um sistema processual, com a pontuação de suas características e modificações ocorridas através das reformas, situando-a em um contexto que facilmente remete a uma segunda parte que apontará, mais especificamente, ao tema proposto.

Nesse tópico, serão apresentados os objetivos que levaram o Estado a assumir a prestação de Justiça através de um sistema jurisdicional e sua evolução gradativa, juntamente pontuando as necessidades dos maiores interessados, os jurisdicionados. A dependência de que o processo civil tenha condições de proporcionar resultados efetivos que realmente satisfaçam as pretensões do interessado.

Logo, as tutelas de urgência, compostas pela tutela cautelar e tutela antecipatória, espécies de um mesmo gênero, têm sua importância e indispensabilidade justificada através de novas técnicas desenvolvidas ao combate de situações de urgência a satisfatividade do direito subjetivo do autor.

Assim, justifica-se a escolha desse tema por perceber que é necessário expor sua importância, características, conceituação, natureza e finalidade, de forma criteriosa, ressaltando que sua criação sempre foi baseada em possibilitar uma maior operatividade ao sistema, disponibilizado expressamente no ordenamento para uma só finalidade: evitar que os efeitos deletérios do tempo no processo possam comprometer o direito material da parte.

Dessa forma, serão destacadas objetivamente essas técnicas concebidas pelo Código de Processo Civil, permitindo a percepção de que as semelhanças e diferenças apresentadas nos respectivos dispositivos (art. 273 e parágrafos e art. 796 e seguintes do referido diploma) geram dissensões doutrinárias e jurisprudenciais, motivo pelo qual optou o legislador a conceber um § 7º ao art. 273, que inseriu o princípio da fungibilidade no âmbito das tutelas de urgência.

Esta previsão legal mudou, radicalmente, a ideologia das medidas cautelares e antecipatórias, anteriormente caracterizadas apenas por suas diferenças, situação esta que se estendeu por algum tempo, o que dificultou bastante o seu deferimento pelo juiz da causa. A impossibilidade do ordenamento jurídico em prever todas as situações da realidade sócio-econômica é evidente, distanciando cada vez mais o jurisdicionado da obtenção de um provimento jurisdicional adequado, justo e efetivo, ocasionadas por um formalismo no rigor técnico classificatório de referidas medidas.

Buscando a modificação deste quadro o legislador implementou a fungibilidade das tutelas de urgência. Tal princípio, por sua vez, não é novidade no sistema, sendo empregado nas demandas possessórias e cautelares, na seara recursal e, conforme anteriormente asseverado, nas tutelas de urgência, ao qual o

presente estudo dedica um capítulo, dada a sua importância e atualidade. Em plena consonância com a Constituição Federal e os ideais de efetividade jurisdicional, a fungibilidade das medidas urgentes ainda divide opiniões.

Os posicionamentos e tendências da doutrina e jurisprudência serão retratados frente à preocupação contemporânea da satisfação do interessado e a flexibilização na classificação e empregabilidade das tutelas de urgência.

Portanto, como resultado desta pesquisa, ter-se-á compreendido que a imposição da diminuição no formalismo classificatório das tutelas de urgência é medida indispensável para se alcançar um processo civil de resultados, que não se prenda tão meramente às diferenças, mas sim que estas sejam compatibilizadas com suas semelhanças e objetivos buscados, a fim de que não haja uma banalização do instrumento destinado a realizar o direito material, fazendo-se Justiça!

2. TUTELA JURISDICIONAL

O Estado Moderno, com o fim de manter e assegurar a ordem jurídica e a paz social assume para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente, solucionando os conflitos que envolvem pessoas ou grupo de pessoas - inclusive o próprio Estado e decidindo imperativamente as pretensões formuladas e impondo suas decisões, proibindo definitivamente que a justiça seja feita pelos interessados.

Esse encargo originou-se do desequilíbrio do Estado, pois não havia igualdade na aplicação do direito, e aos titulares desse direito cabia realizá-los com os meios de que dispunham. O resultado era desastroso e incapaz de gerar a paz social a que todos almejavam.

Diante da tentativa de solucionar os conflitos, ganha importância o estudo das formas alternativas de composição de conflitos para serem melhor entendidas e aplicadas nas relações jurídicas, e assim, a primeira forma foi a autotutela ou autodefesa, que é a justiça determinada pelo próprio ofendido, onde não há equilíbrio e proporcionalidade no emprego da justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autotutela é em regra vedada, em alguns casos expressamente previstos no direito material ainda é possível a autotutela, como por exemplo, a legítima defesa (artigo 188 do Código Civil), apreensão do objeto sujeito a penhor legal (artigo 1467 a 1472 do Código Civil) e desforço imediato no esbulho possessório (artigo 1210 do CC), assumindo o Estado de forma permanente a tendência de absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos.

A partir de então o Estado divide suas funções soberanas para atender essas necessidades em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Para o fim de desempenhar a função assumida pelo Estado, no âmbito jurisdicional estabeleceu-se a jurisdição, que por sua vez é “a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos¹”, substituindo os juízes às partes, que por sua vez devem provocar o exercício da função jurisdicional, visto que é vedado fazer justiça com as próprias mãos. A jurisdição nada mais é do que a realização prática do direito no caso concreto.

A atividade jurisdicional que cabe ao Poder Judiciário tem como função a pacificação, promovendo a justiça perante as situações de litígio, solucionando esses conflitos, aplicando a lei ao caso concreto e o restabelecimento da paz entre os cidadãos, estabilizando-se assim o tecido social.

Na busca da pacificação com justiça, o Estado assumiu o dever de prestar a adequada tutela jurisdicional garantindo o acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, em contrapartida, estabeleceu a preordenação de procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito a uma tutela

¹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 23.

adequada, efetiva e tempestiva, através do processo, que é o instrumento através do qual o Estado exerce a jurisdição para tornar efetivo o ordenamento jurídico substancial. Para tanto, no intuito de atender melhor aos anseios da sociedade há a divisão em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, cada qual com seus respectivos procedimentos, objetivando uma tutela jurisdicional.

Portanto, “a Tutela Jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo²”, realizado através da jurisdição.

Uma definição mais abrangente ao tema deve-se a Humberto Theodoro Júnior, que preleciona:

Todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter, do Estado, a tutela adequada (CF, art. 5º, XXXV), a ser exercida pelo Poder Judiciário. Nisso consiste a denominação da tutela jurisdicional, por meio da qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada³.

Assim, para que a Tutela Jurisdicional seja plena e eficaz no que se espera quanto ao seu resultado, é indispensável que o titular da situação substancial carente possa fazer uso de um instrumento capaz de lhe assegurar a tutela de seu direito, e que vá ainda além, projetando-se para o mundo real, proporcionando-lhe o mesmo resultado se a obrigação houvesse sido cumprida espontaneamente.

2.1 Tutela Jurisdicional de Conhecimento

A tutela jurisdicional de conhecimento é alcançada pela solução oferecida pelo direito material, diante da pretensão jurídica contestada pelas partes.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 104.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45, p. 60.

De acordo com a posição em que se encontram as partes no processo, este realizará uma missão diferente, haja vista que da variedade de fins visados pelo procedimento decorre também, uma diferença de estrutura e atuação processual.

Segundo Candido Rangel Dinamarco, o processo civil é voltado a solucionar as crises jurídicas. “Crises jurídicas são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizadas pela imposição do direito material.⁴”.

O processualista Marcelo Abelha, divide os conflitos de interesses, a que chama de crises jurídicas, em três categorias⁵:

- Crise de Certeza
- Crise de Adimplemento
- Crise das Situações Jurídicas

Assim, aquele que simplesmente afirma ou nega a existência de direitos e obrigações ou modo de ser das relações jurídicas terá como tutela jurisdicional adequada a debelar essa crise a tutela meramente declaratória, tendo como resultado a certeza.

A crise de adimplemento é uma segunda situação na qual o titular do direito busca primeiramente a condenação, através da tutela condenatória e, depois, a satisfação de seu direito, que na maioria das vezes, virá em uma segunda fase do processo, conforme se verá adiante.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 149.

⁵ ABELHA, Marcelo, *Manual de Execução Civil*, p.13.

No caso da necessidade de alteração das situações jurídicas, há a tutela constitutiva que cria, modifica ou extingue alguma relação jurídica entre as partes.

A tutela constitutiva é a mais perfeita das tutelas do processo de conhecimento, pois a sentença em si mesma produz a efetivação e o resultado almejado, sem necessidade ou cabimento de execução ou até mesmo de que se obedeça ou cumpra.

2.2 Tutela Jurisdicional Executiva

A tutela jurisdicional de execução busca a satisfação do direito do credor que, na maioria das vezes, ocorrerá em um segundo momento do processo.

Se o devedor, condenado ao pagamento da dívida na fase de conhecimento, satisfá-la, a tutela condenatória será plena e efetiva. Caso contrário, dar-se-á início a uma execução forçada e essa tutela efetiva e plena será alcançada na fase de execução mediante a entrega, caracterizando uma tutela condenatório-executiva.

A tutela puramente executiva será utilizada quando o exequente possuir um crédito constituído por um título extrajudicial (artigo 585 do código de Processo Civil), não havendo necessidade de uma sentença condenatório-executiva, iniciando-se automaticamente o processo de execução.

Como são diversas as necessidades decorrentes do direito material, variadas são as tutelas que precisam ser prestadas para que os direitos possam ser protegidos.

Nesse sentido, existem, na atualidade, muitas discussões acerca da classificação trinária, já consagrada em nossa doutrina, que constitui a prestação jurisdicional basicamente em tutelas declaratórias, constitutivas e declaratórias.

Tal discussão se deve, na atualidade, à discussão acerca das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* e a ampliação do espectro da classificação trinária para quinária.

As sentenças mandamentais caracterizam-se pela mesma estrutura podendo-se iniciar uma execução forçada, compartilhando da natureza condenatória. A única diferença está no conteúdo da sanção imposta que resulta um comando, um mandamento.

Essa categoria das sentenças mandamentais, concebida na doutrina brasileira do processo civil por Pontes de Miranda, foi proporcionada pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e depois pelo artigo 461 do Código de Processo Civil. Mas, em verdade, “não se trata de uma quarta categoria sentencial, ao lado da meramente declaratória, da condenatória e da constitutiva⁶”.

No entanto, nas executivas *lato sensu* a situação não é diferente. A implementação da regra geral de unidade do processo, com meras fases de conhecimento e execução, originadas pela Reforma do Código de Processo Civil através da Lei 11.232/2005, antes existentes especificamente na legislação das ações de despejo, possessórias, desapropriações imobiliárias e poucas outras, foram ampliadas em virtude das novas necessidades de tutela dos direitos⁷.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 243.

⁷ Cf. preleciona Dinamarco (op. cit., p. 244), nem por isso a sentença proferida nesses processos deixa de ter natureza tipicamente condenatória nem se legitima essa estranha denominação de sentença executiva. Toda sentença condenatória tem eficácia executiva, pela simples razão de que constitui título para a execução forçada.

Pode-se afirmar que a classificação trinária permanece inabalada na doutrina processual brasileira, posto que tanto as sentenças mandamentais quanto às executivas *lato sensu* têm suas particularidades, mas tais particularidades não são suficientes para que ambas deixem de compartilhar da natureza condenatória que as caracteriza.

2.3 Tutela Jurisdicional Cautelar

A tutela jurisdicional cautelar foi instituída com o fim de evitar que o dano oriundo da inobservância do direito, de forma eficaz e tempestiva, fosse agravado pelo retardamento do provimento jurisdicional fundando-se na hipótese de um futuro provimento favorável ao autor da demanda.

O processo cautelar tem sua utilidade baseada no fundamento auxiliar e subsidiar o êxito dos processos de conhecimento e execução.

Seu resultado é uma tutela jurisdicional acautelatória que não antecipa ou satisfaz, total ou parcialmente, os efeitos da sentença de mérito ou da execução, mas somente assegura.

O caráter emergencial, provisório e acessório é característica intrínseca ao processo cautelar, visto que é medida de prevenção, não trazendo solução para uma controvérsia estabelecida em torno da relação jurídica material que envolve as partes, mas apenas visa prevenir a alteração da situação de fato ou de direito da demanda para que possam ocorrer antes da sentença, ou da satisfação do crédito exequendo na execução, preservando a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento.

3. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

A tutela jurisdicional se apresenta de diversas formas, cada qual de acordo com a natureza do direito material a ser protegido.

Para tanto, é impossível o alcance da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, em resposta ao descumprimento de uma regra estabelecida pelo direito substancial, sem antes destacar a importância da conexão entre o direito material e o processual. Existe uma completa interação entre ambos, na medida em que o direito material é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, com a finalidade de regular as relações jurídicas entre as pessoas, solucionando conflitos de interesses que possam surgir entre os interessados e concedendo vantagens ao titular desse direito.

A partir da submissão às regras de direito material na solução desses conflitos far-se-á necessária à utilização do direito processual, que por sua vez é constituído por normas que regulam uma função pública estatal, estabelecendo os meios de aplicação coercitiva das regras existentes no direito material, uma vez que não foram adotadas naturalmente.

Não se deve esquecer que:

O entendimento de que o processo e o regulamento normativo que o disciplina atuam com autonomia frente ao direito material invocado pelo promovente da atividade jurisdicional, esse não pode ser o único ângulo com que se há de analisar a prestação realizada pelo Estado-Juiz. Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art 5º, XXXV)⁸.

A relevância da interdependência entre as regras de conduta estabelecidas pelo direito material e o direito processual, na antiguidade, já foram objeto de intensas discussões e desacertos.

Modernamente, é reconhecida a instrumentalidade entre ambos e que a autonomia do direito processual, como ciência, não pode significar isolamento em relação ao direito material sob pena de ficar vazio de objeto e, ao mesmo tempo, entre este e a ordem jurídica constitucional.

Assim, esclarecidas as bases de fundamentação das regras dos direitos substancial e processual, pode-se justificar a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada, tempestiva e eficaz na busca da satisfação do direito juridicamente protegido e, em contrapartida, tenha um resultado idêntico, ou ao menos semelhante ao previsto no ordenamento jurídico substancial e não obtido pela vontade do obrigado, juntamente ao menor tempo possível, sob pena de causar dano ao titular desse direito.

É justamente na tentativa de eliminar o dano emergente da demora do processo, permanecendo insatisfeito o direito de seu titular que surge a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45, p. 9.

Essa preocupação, introduzida no século XX, tem levado os processualistas ao desenvolvimento de novas técnicas destinadas a superar obstáculos existentes para que tal objetivo seja alcançado no menor tempo possível com efetividade, deslocando, assim, as preocupações antes atinentes às estruturas normativas para as funções das normas processuais.

Dentre as técnicas em desenvolvimento, a sumarização da cognição vem conquistando maiores espaços e simpatia da moderna ciência processual, principalmente se levadas em conta a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais⁹.

Inicialmente, imaginou-se que a melhor forma de aplacar os efeitos do tempo sobre o processo seria além da utilização das medidas cautelares típicas, dotar o juiz do poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, exercitável a qualquer tempo enquanto aguardava-se a tutela jurisdicional definitiva.

Essa tentativa não se revelou suficiente, pois o poder geral de cautela restringia-se à proteção do processo e não à satisfação dos direitos subjetivos. Então foi implementada, na tentativa de alcançar a efetividade da tutela jurisdicional em menor tempo, a ampliação do rol dos títulos executivos extrajudiciais. Novamente, essa tentativa não atendeu aos objetivos pretendidos, porque com a penhora inicia-se o incidente dos embargos à execução e somente após a solução deste retomará a atividade executiva.

Com o fim de que a tutela jurisdicional pudesse atender à necessidade de urgência prevista em algumas situações, o sistema processual priorizou a busca de soluções em determinadas providências imediatas, objetivando a neutralização do tempo necessário ao processo de cognição plena. São as tutelas de urgência.

⁹ BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 23.

O sistema que regula a tutela de urgência tem por finalidade evitar a configuração do dano causado pela demora na duração do processo a quem tem razão.

Essas tutelas de urgência, assim denominadas pela urgência de se enfrentar o perigo na demora do processo, capazes de impedir que um dano irremediável ou de difícil reparação ocorra ao processo ou ao direito substancial da parte antes do provimento jurisdicional definitivo, são gênero dentro do qual se abrigaram a tutela cautelar e a tutela antecipada.

A motivação necessária à criação das tutelas de urgência baseou-se na constatação de que a ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao obedecer ao monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV), significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houverem instrumentos adequados para alcançar esse resultado¹⁰.

A busca incessante por resultados vem crescendo na medida em que o desenvolvimento no plano substancial exige, na mesma velocidade e qualidade, de soluções no âmbito jurisdicional. Por isso, a implementação de instrumentos a essa necessidade de urgência em favor do jurisdicionado.

A demora na prestação jurisdicional ameaça a efetividade, pois a insatisfação do direito do jurisdicionado se prolonga, tornando cada vez mais distante a correspondência necessária entre a tutela jurisdicional e o cumprimento espontâneo do direito.

A tutela cautelar em geral tem esse fundamento, constituindo, portanto um dos mecanismos destinados à neutralização desse risco, pois tem como objetivo assegurar o resultado prático do processo, na cognição ou execução, para tornar

¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, p. 12.

possível a futura e eventual realização do direito afirmado pelo autor, nunca interferindo no provimento de mérito, enquanto que a tutela antecipada não se confunde com a cautelar na medida em que busca conceder, de forma antecipada e provisória, o próprio provimento jurisdicional ou seus efeitos. Verifica-se, portanto, que as tutelas de urgência possuem técnicas diferenciadas e, por tal motivo é primordial estabelecer que como espécies de um só gênero e sendo comuns seus requisitos básicos, “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”, merecem ser estudadas em separado para que se possam demonstrar as afirmações realizadas.

3.1. A missão do sistema jurisdicional

A afirmação de que “Todos têm direito à Tutela Jurisdicional” é muito significativa quando se analisa a relação existente entre Constituição Federal e processo. É assegurada na CF, em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, portanto, está assegurado constitucionalmente o acesso ao sistema jurisdicional a quem dele necessitar, possibilitando que um direito não satisfeito espontaneamente o seja através do pronunciamento judicial.

Ao mesmo tempo, nem todos os que pleiteiam uma tutela jurisdicional são realmente titulares de direito, o que não exclui a apreciação pelo Poder Judiciário, pois a CF assegura o acesso à justiça por todos e para isso o legislador constitucional desenvolveu um mecanismo através do processo que viabiliza a tutela jurisdicional àqueles que realmente possuem tal direito.

Desse modo, pode-se dizer que o sistema jurisdicional foi desenvolvido para solucionar conflitos existentes entre as pessoas ou grupos, garantindo efetiva proteção aos direitos e interesses jurídicos.

O sistema jurisdicional, desta forma, deve ser construído a partir das disposições fundamentais que estão contidas na CF, pois estes princípios norteiam o processo na medida em que “procura estabelecer, pois um processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios¹¹”.

A solução de conflitos entre as pessoas gera sempre uma insatisfação a uma das partes, que não obteve seu direito satisfeito espontaneamente. O Estado, por sua vez, assume o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente, através da jurisdição, proibindo a autotutela, ressalvadas algumas exceções, visando a alcançar a paz social. Mas na medida em que o faz é indispensável proporcionar ao titular de um interesse juridicamente protegido exatamente aquilo que o direito material lhe concede, mas que não foi alcançado espontaneamente.

A proibição da autotutela leva à indispensabilidade da instituição de um sistema jurisdicional que discipline normatizando as diversas áreas de incidência dos conflitos por meio de legislações específicas – Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Tributário, Direito do Trabalho – com o objetivo de dispor acerca do direito material, que prevê regras abstratas de conduta destinadas à solução do conflito e situando o titular desse direito em vantagem e, um direito processual, que estabelece um conjunto de regras para a atuação coercitiva do direito substancial e não adotadas, naturalmente, pelas partes. Ao mesmo tempo, a tutela jurisdicional oferecida pelo Estado em contraprestação ao direito em litígio se apresenta de diversas formas, com conteúdo diverso em natureza do direito a ser protegido, exigindo, para tanto a normatização de regras de direito material e processual.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 23.

Mas para que essas legislações específicas tivessem condições de serem desenvolvidas com normas e princípios, primeiramente, criou-se a Constituição Federal, norma mãe no ordenamento jurídico do país à qual todos os demais regramentos devem se submeter tamanha a sua amplitude. Seus princípios e artigos devem ser respeitados em qualquer âmbito jurisdicional e disciplinam a missão do sistema jurisdicional, qual seja, proporcionar aos jurisdicionados uma adequada, efetiva e eficaz tutela jurisdicional para que haja meios de se alcançar à efetividade, capaz de gerar a paz social. Para que tal objetivo tenha condições de ser alcançado, o mecanismo estatal de solução de controvérsias deve possuir mecanismos adequados de ordem material e processual, devidamente estruturados para alcançar a satisfação do direito pleiteado pelas partes.

A impossibilidade do titular de um direito a obter a satisfação imediata de seu direito já corresponde a uma primeira frustração e um obstáculo ao restabelecimento da esfera jurídica atingida.

O tempo entre o nascimento de um direito, a sua violação e o ajuizamento da demanda já impedem satisfação imediata de um direito por si só e, quando não se instituem mecanismos capazes de solucionar rapidamente a controvérsia, a insatisfação do titular de um direito é evidente e a marginalização da justiça pelo descrédito no sistema aumenta de maneira incontrolável.

Em busca de tornar mais rápido o provimento judicial e a tentativa de eliminar o dano emergente da demora normal do processo, o legislador passou a regular, no Código de Processo Civil, o sistema das tutelas de urgência, compreendido pela tutela cautelar e tutela antecipada, visando a tornar efetivo o processo na tentativa de neutralizar o tempo necessário a um procedimento ordinário de cognição plena e exauriente.

3.2 A Tutela Cautelar

A origem e necessidade da tutela cautelar podem ser notadamente verificadas no ordenamento jurídico, a partir do momento em que o Estado assume a jurisdição e, por meio dela, visa a garantir justiça através da solução dos conflitos, criando, para isso, um processo onde o litígio deduzido será amplamente analisado, tendo como resultado uma tutela jurídica efetivamente justa, garantindo ser esta apta, útil e eficaz, segundo a ordem jurídica vigente.

É indispensável ressaltar a importância que a tutela jurisdicional contida no ordenamento jurídico realmente satisfaça os anseios dos jurisdicionados, pois de nada adiantaria a realização dos meios se, ao final do processo, a tutela jurídica outorgada fosse inócua.

Visando a amparar, justamente, esta situação, aliada ao fator tempo, é que os legisladores desenvolveram a tutela cautelar, que por meio de um processo cautelar “*tertium genus*”, assim denominado na medida em que contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e execução “asseguram a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas¹²”, até que chegue o momento da efetiva solução do litígio.

Superadas as concepções doutrinárias alemãs que não consideravam a tutela cautelar como integrante da jurisdição, levando em conta em conta apenas os processos de cognição e execução, em tempos modernos a tutela cautelar passou efetivamente a ser um “*tertium genus*” entre o conhecimento e a execução, devidamente reconhecida sua importância pela natureza e função que desempenha perante ambas, mas não se confundindo com nenhum deles, justificando sua autonomia exatamente por suas características e objetivos peculiares.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 23.

Perante às características que são peculiares à tutela cautelar pode-se destacar, primeiramente, o seu objetivo de *tutelar o processo*, perante o qual tem função auxiliar e subsidiária de proteger o direito que está sendo discutido no processo principal.

Desse modo, é indubitável que o processo cautelar tutela interesses processuais vez que objetiva um provimento final que solucione a lide composta de maneira apta, útil e eficaz. *Assim sendo, resta demonstrado que a finalidade precípua da tutela cautelar é a de tutelar o processo e não solucionar o litígio em si.* O interesse na realização do direito substancial não é o foco do processo cautelar, mas sim do processo principal ou definitivo, de conhecimento ou execução, sendo deste instrumento, vez que o processo cautelar interfere na eficácia do futuro provimento principal, por isso destina-se à prevenção e não composição do litígio.

Pontes de Miranda foi um dos pioneiros na doutrina nacional, seguido por Ovídio Baptista da Silva, a defender a existência de um direito substancial de cautela e um certo caráter satisfativo também na tutela cautelar. Essas afirmações baseiam-se na crença de que na existência da autonomia da tutela cautelar, referindo-a não ao direito cautelar, mas a uma situação evidente de perigo, não seria lícito afirmar que a tutela cautelar protege sem satisfazer um interesse de direito material qualquer que seja o provimento do processo principal¹³.

Tais afirmações são facilmente combatidas a partir do momento em que se considera que a lide a ser composta no processo cautelar é puramente processual, pois diz respeito a pretensões, faculdades, direitos e deveres serem puramente processuais, isto é, derivadas puramente da relação processual e não da relação de direito material em litígio, que por sua vez será solucionada através do processo principal.

¹³ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 45.

Não se pode esquecer que a medida cautelar é concedida ou não pela demonstração da necessidade de se evitar um perigo de dano e assegurar um resultado útil, adequado e eficaz do processo principal e que não é o direito material que assegura o exercício da ação cautelar e sim o processual, podendo inclusive a tutela jurisdicional do processo principal resultar em um provimento contrário à pretensão de direito material da parte que provoca um pronunciamento cautelar. Esses posicionamentos são rejeitados por grande parte da doutrina especializada no assunto.

Levando-se em consideração sua natureza e seu fim específico, a ação cautelar é temporária e provisória. Temporária, pois sua duração é condicionada à solução do processo de conhecimento ou execução, que é o principal, e provisória, pois será obrigatoriamente absorvida ou substituída por outra na medida em que será pelo processo principal determinada de maneira definitiva.

O caráter acessório se deve ao disposto no artigo 796 do Código de Processo Civil, que dispõe que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou mesmo no curso do processo principal, mas do principal é sempre dependente. É inegável, portanto, a existência da autonomia do processo cautelar como uma peculiaridade em sua composição tendo em vista que como "*tertium genus*" compreende jurisdição e integra esse terceiro gênero, não podendo deixar de possuir autonomia por seu objeto posto que persegue objetivos que lhe são próprios a fim de garantir o equilíbrio inicial das partes para que a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional definitiva sejam alcançadas.

Outra característica que se opera na tutela cautelar é a sua instrumentalidade. Embora seja autônoma por seu objeto, sua existência está correlacionada com outro processo principal (de cognição ou execução), não fazendo sentido por si só ou muito menos ter um fim por si mesma.

Por fim, a possibilidade de revogação, modificação ou substituição a qualquer tempo como característica da medida cautelar que se opera na medida em que a sentença proferida não faz coisa julgada material, e, por consequência, não a torna imutável e indiscutível.

Assim sendo, a medida cautelar pode ser perfeitamente revogada ou modificada, a partir do momento em que se verifique o desaparecimento da situação de fato que levou o órgão jurisdicional a proteger o interesse da parte. A revogação ou modificação da tutela cautelar dar-se-á com base na defesa da parte prejudicada que será constituída de provas e alegações.

Há no processo cautelar discussão sobre a existência de mérito. Mérito pode ser definido como um provimento jurisdicional a que se almeja em juízo. E, nesse âmbito, de significado mais amplo, o processo cautelar embora não diga respeito a uma lide substancial, que é objeto do processo principal, tem seu mérito no provimento conservativo do elemento processual em risco de dano¹⁴.

No que tange à concessão da tutela cautelar, é clara a necessidade da demonstração de dois requisitos essenciais e específicos às cautelares: “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”.

Segundo a mais abalizada doutrina, para que o juiz da causa tenha condições de analisar o “*fumus boni iuris*” este deve concentrar-se nos fatos que o autor descreve com o fundamento da ação principal, objetivando sustentar sua pretensão substancial, caso contrário, o “*fumus boni iuris*” não será caracterizado, não tendo condições de ter seu direito acautelado.

¹⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 28.

Deve-se estar ameaçado o direito da parte ao processo, ao direito de ação, que obviamente não pode ser confundido com o direito subjetivo material, objeto de análise na ação principal.

Para que seja possível essa constatação, da narração dos fatos pelo autor na cautelar, a plausibilidade do direito material tem que estar demonstrada e não significar tão somente um injustificado temor de quem exagere em sua narrativa subjetiva.

Outrossim, a verificação do “*periculum in mora*” através da exposição de fundado receio de dano grave e de difícil reparação de que durante o período em que a parte aguarda o provimento definitivo ocorra à ausência das circunstâncias de fato que possibilitem tal provimento é imprescindível.

Esse perigo de dano diz respeito à obtenção de uma composição do litígio de forma satisfativa que não terá meios de ser alcançada em caso da consumação do dano temido. O risco de dano capaz de desequilibrar as partes, conforme Ovídio A. Baptista da Silva apud Humberto Theodoro Júnior:

Deve decorrer de uma situação posterior ao nascimento do próprio direito; ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não o poderia razoavelmente conhecer¹⁵.

Outra característica das cautelares que merece destaque é a atuação do juiz “*ex officio*” em duas situações, quais sejam, “a) pela previsão – excepcional de medidas “*ex officio*” (art. 797), e b) pelo poder reconhecido, implicitamente ao juiz, de modificar a medida requerida pela parte, ou eleger a medida que julgar adequada diante do caso concreto (art. 798 e 807)¹⁶”.

¹⁵ Ibid., p. 67.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 478.

Essas atuações de ofício, pelo juiz, devem estar expressamente autorizadas pela lei e só é admitida em casos excepcionais, haja vista que face ao princípio da imparcialidade do juiz, a atuação do magistrado por iniciativa própria é reprimida textualmente no Código de Processo Civil nos artigos 2º, 128 e 460.

O juiz da causa deve estar adstrito a presidir um julgamento baseado na norma jurídica e princípios vigentes, evitando assim que possa exceder a neutralidade que lhe é imposta.

Observar-se-á, porém, que perante as circunstâncias cabíveis de atuação “ex officio”, não se pode incluir a propositura de medida cautelar, sendo admitida, quando possível, em caráter incidental ao processo principal.

3.3. Evolução Histórica no Brasil

Seria praticamente impossível acompanhar a evolução histórica da tutela cautelar no Brasil, sem antes mencionar a sua origem.

A origem da tutela cautelar deve-se aos antecedentes interditos romanos, na época clássica. A preocupação com a sumariedade do processo, acarretando solução de casos urgentes em um menor período de tempo encontra-se em destaque desde os primórdios do direito, embora o direito romano não obtivesse à época uma concepção autônoma do processo cautelar como forma especial de jurisdição.

O traço preponderante dos interditos romanos que se assemelha à tutela cautelar é a característica da liminar atual no que tange a provisoriedade¹⁷.

No decorrer da evolução histórica, os povos das civilizações antigas desenvolveram princípios que se adequassem às suas necessidades e regulavam, portanto, procedimentos e medidas preventivas. Com o passar do tempo, observações acerca do direito fizeram com que os estudiosos desenvolvessem conceitos, aperfeiçoando a ciência processual anteriormente utilizada, primeiramente na doutrina alemã, sucedida pelos doutrinadores italianos, principalmente por Calamandrei, iniciando-se discussões ao processo cautelar no início dos anos 30.

Porém, nem sempre prevaleceu de modo unívoco na doutrina a concepção tradicionalista que considera a tutela cautelar um “*tertium genus*”, assim, denominado porque inconfundível com as tutelas cognitivas e executivas por objetivos claramente traçados, tendo como objetivo imediato assegurar a eficácia dos resultados do processo principal e, apenas de modo mediato, colaborando para a tutela do direito material que seria definido ou realizado pelo processo principal, além de um provimento acessório a ser utilizado em situação de urgência. Essa dogmática, idealizada por Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti e posteriormente Liebman, perpetua dominante na doutrina até os dias atuais.

Já a concepção substancialista, “sobre o processo cautelar e que, pode-se dizer, remonta a Chiovenda, tendo sido ainda desenvolvida, dentre outros, por Ugo Rocco e Calvosa na Itália e por Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva e Kazuo Watanabe no Brasil¹⁸”, afirmam que a tutela cautelar possui autonomia funcional absoluta e não acessória, pois atua sobre o *fumus* enquanto situações de perigo de dano irreparável a interesses juridicamente relevantes, para preservar os interesses materiais das partes (direito material de cautela) até que cesse o estado temporal de

¹⁷ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas de Urgência (tentativa de sistematização)*, p. 33.

¹⁸ Tal concepção substancialista é compartilhada pelo autor desta obra. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 42).

perigo, seja por meio de um provimento definitivo, do qual as medidas cautelares não dependem, mas também não impede uma atuação.

A preocupação cada vez mais constante com o tempo, e sua influência negativa sobre a efetividade do processo, somente intensificou-se a partir da segunda metade do século XIX, colaborando para que operadores do direito e legisladores buscassem alternativas com o fim de superá-lo, afastando o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tornando inócua a atividade jurisdicional.

Desde o final do século XX, os processualistas se concentraram maciçamente acerca do processo de conhecimento ordinário, dedicando-se, superficialmente, ao processo de execução forçada.

A tutela cautelar, ante à priorização da ordinaryidade, restou contida a um poder geral de cautela, incluída no rol dos procedimentos especiais ou acessórios nesse período.

O Código de Processo Civil de 1939 seguiu esta tendência, disciplinando o assunto no Título I – Das Medidas Preventivas do Livro V – Dos Processos Acessórios.

Tal iniciativa foi importante dentro do quadro evolutivo da tutela cautelar, na medida em que passa a conquistar seu espaço, mesmo que com uma pequena contribuição causada pela inexistência de aprofundamento nesse assunto pela doutrina e jurisprudência da época, estando pouco desenvolvida a sua finalidade e localizada junto dos processos acessórios.

Seja como for, embora com sua efetividade restrita à vinculação de três incisos teve o mérito de sedimentar a lide cautelar como um terceiro gênero de processo, além do poder geral de cautela.

Com o passar do tempo, a modernidade ensejava o desenvolvimento da efetividade jurisdicional. A transmutação do perfil da sociedade exigia mudanças. Nesse período de 1973, foi editado o novo Código de Processo Civil, podendo-se dizer que, à época, representou a maior ou a mais expressiva obra criada pelos legisladores brasileiros, com a colaboração indispensável de Alfredo Buzaid, mentor intelectual do Código.

“O novo CPC foi festejado nacional e internacionalmente pelo alto grau de apuro técnico, pela preocupação quanto à precisão terminológica e, enfim, pela fidelidade ao pensamento dogmático tradicional já consolidado¹⁹”.

A influência da doutrina italiana na formação da teoria geral da tutela cautelar no Código de 1939, novamente neste novo Código, demonstrou ser decisiva juntamente com o acolhimento de lições fixadas pela doutrina estrangeira mundial.

Este diploma processual transmitiu a consolidação de todas as evoluções metodológicas ocorridas na ciência do processo civil, apresentando uma disposição sistemática com muito mais concisão e clareza, principalmente no âmbito das cautelares.

A instrumentalidade, provisoriedade, autonomia, revogabilidade, puderam, neste código, ser objeto detalhado de apreciação, sendo reservado às tutelas cautelares um Livro III que disciplina os procedimentos cautelares como verdadeiro “*tertium genus*” de processo, ao lado do conhecimento e da execução.

¹⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 120.

Enquanto que o Código de 1939 era disposto em dez Livros: Disposições Gerais, do Processo em Geral, do Processo Ordinário, dos Processos Especiais, Dos Processos Acessórios, dos Processos de Competências Originária dos Tribunais, Dos Recursos, da Execução, do Juízo Arbitral e Disposições Finais e Transitórias, o novo Código de 1973 foi mais sistemático ao dividir seu conteúdo em cinco Livros: do Processo de Conhecimento, do Processo de Execução, do Processo Cautelar, dos Procedimentos Especiais e das Disposições Finais e Transitórias.

A delimitação da técnica processual em cinco livros significou uma importante evolução para a ciência processual com a adoção de critérios bem definidos de estruturação e conceituação modernas, exprimindo um pensamento tradicional maduro.

A tutela cautelar teve sua importância reconhecida no Livro III e, a partir de então, passou a corresponder de maneira mais adequada, aperfeiçoada e eficiente a afastar um fundado receio de dano ameaçado pelo tempo de duração do iter processual até que seja alcançada a tutela jurisdicional satisfativa.

Assim, a necessidade de um razoável período de tempo para que os atos processuais se desenvolvessem através de uma cognição plena e exauriente, visando alcançar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além da priorização exacerbada da segurança jurídica, a tutela cautelar é, nesse período, a única disposição processual prevista que visa impedir que a satisfação da pretensão material deduzida seja ameaçada justamente pela demora natural ao alcance da prestação da tutela jurisdicional.

Por meio do processo cautelar, a impossibilidade temporal de prestação jurisdicional imediata, terá condições de ser atenuada afastando-se o perigo de dano ao eventual autor da demanda principal.

Através das medidas cautelares, essencialmente não satisfativas da pretensão material, tem a finalidade de assegurar, garantir, o eficaz desenvolvimento e resultado das outras duas funções jurisdicionais: a cognição e a execução.

A atividade cautelar é instrumento importante para a consolidação da eficácia e efetividade à Justiça, posto que a eficácia faz com que a satisfação de um eventual provimento pleiteado possa ter subsídios para ser alcançado e efetivo, porque por intermédio dela o processo principal enquanto instrumento se mostra completo, possibilitando rapidez e eficiência com uma satisfação mais justa e acelerada do direito subjetivo.

Por fim, a tutela cautelar se consagra processualmente como “*tertium genus*” assegura a prestação da Justiça. Permite que a pretensão de direito material seja alcançada de maneira mais rápida e menos onerosa pelos jurisdicionados, pois de nada valeria uma tutela jurisdicional se o direito a ele conferido não pudesse ser satisfeito.

Daí poder se dizer que o processo civil moderno seria inconcebível sem a tutela cautelar.

3.3.1 *Visão crítica das cautelares*

Durante todo o período de desenvolvimento da ciência processual, que se vislumbra desde a metade do século XIX, pode-se notar uma crescente transformação dos interesses da sociedade em geral, que desde a Revolução Industrial vem crescendo gradativamente, seja por uma sociedade cada vez mais volumosa e que demanda por um maior comprometimento da efetividade jurisdicional, seja pelo cenário mundial que progride nos meios de comunicação,

transporte, interagindo em número crescente com as mudanças, desenvolvendo a consciência coletiva e não mais individualista, juntamente com a globalização, o conhecimento maior da titularidade de direitos subjetivos, foram fatores decisivos às exigências de novas posturas do Estado, no sentido de assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada aos interesses sociais que demandavam melhores condições de acesso à Justiça.

Assim, esse era o cenário em que também o Brasil se situava desde o Código de 1939. Já movido pelas pressões cada vez mais intensas da sociedade como um todo nasce o Código de 1973.

As expectativas para este recém editado Código eram imensas no sentido da sumarização dos procedimentos que permitissem a pronta realização de justiça encontrou no Brasil, assim como na Europa, obstáculos impostos pela ideologia dos legisladores e que encontraram abrigo no preconceito dos doutrinadores, acabaram por retardar o estabelecimento de regras consoantes ao quadro social, permitindo a antecipação da providência de mérito excetuando as previsões casuísticas.

Perante as novas necessidades que se impunham, o Código de 1973 já foi editado com deficiências, podendo-se dizer que “nasceu velho”. É claro que teve sua importância na elucidação de técnicas processuais, realocando melhor as tutelas jurisdicionais em cinco livros, mas dentro das expectativas que se impunham já à época, no tocante à sumarização dos procedimentos, o sistema demonstrou ser ineficaz diante do argumento do engessamento do Judiciário por meio de um procedimento ordinário que busca a verdade fática, pressupondo o exercício pleno do contraditório e cognição profunda pelo juiz e pela coisa julgada. Ao mesmo tempo, o déficit de órgãos judiciais insuficientes e ainda estruturados de forma precária, ocasionou a expansão do processo cautelar.

A consequência do Código de 1973, distante da realidade forense, fez com que aparentemente, a tutela cautelar desempenhasse as funções para as quais foi criada: como remédio para evitar que os riscos do perigo da demora do processo ordinário pudessem comprometer a utilidade do provimento final.

Mas inúmeras situações materiais que demandavam urgência no provimento não se enquadravam nas disposições cautelares. Comumente, não havia outros meios de pronunciamento judicial rápido, os operadores do direito passaram a se socorrer das medidas cautelares inominadas de maneira indiscriminada.

Diante disso, desvirtuou-se o processo cautelar do que foi instituído, ou seja, da prevenção de dano irreparável ou de difícil reparação dos efeitos do tempo sobre o processo de conhecimento e de execução para transformá-lo em um processo sumário satisfativo.

Essa utilização indiscriminada das cautelares como sucedâneos de sumarização, que objetivavam aproveitar sua forma procedimental visando a obter a realização de providências urgentes dos direitos materiais, fora da área de situações acauteladas previstas pelo ordenamento jurídico interferiu não só no mérito da demanda principal como, em muitos casos, acabam por superá-lo, tendo em vista que na medida em que tornam irreversível e definitiva a medida supostamente provisória, torna supérflua e inócua a futura sentença do processo principal.

Houve, literalmente, a utilização da tutela cautelar como válvula de escape a ordinarização visto que o CPC não dispunha de outros meios para atender à crescente demanda de situações urgentes que necessitavam ser satisfeitas.

Com base no poder geral de cautela, juízes e advogados continuavam a fazer justiça em situações que poderiam ser descritas da seguinte forma: os advogados,

de forma generalizada, buscavam provimentos que na maioria das vezes nada possuíam de cautelares, mas sim de antecipação dos efeitos da sentença de mérito; aos juízes coube a difícil tarefa de localizar o perigo nas situações com que se defrontava. Quando o perigo não estava presente e a medida era mesmo assim concedida, a tutela cautelar se desvirtuava de seu escopo institucional, sendo tal postura criticada por muitos outros juízes e doutrinadores. Mas quando o perigo estava presente e à medida que se pretendia era a antecipação dos efeitos da sentença de mérito, parte dos juízes e da doutrina se compadeciam da situação, concordando com a medida, mesmo tendo consciência da ausência da cautelaridade, mas face à situação concreta a dispensavam e a outra parte era totalmente inflexível.

Verificada esta instabilidade entre a lei, que não previa um procedimento específico a ser adotado nestas situações, levando a aplicação equivocada do procedimento previsto às cautelares, juízes que se defrontavam com a situação concreta de urgência, doutrinadores que em sua maioria denegavam que fosse desvirtuada a natureza cautelar, de preventiva para satisfativa, enquanto que outros aceitavam a possibilidade de sua utilização para antecipação provisória do bem da vida, como única forma de evitar um dano para a parte requerente, advogados que pleiteavam liminares em praticamente todos os casos, tribunais com uma postura ainda incerta, uma jurisprudência ainda oscilante, ora admitindo cautelares satisfativas e ora rejeitando-as, mas lentamente passando a admiti-las, não restou outra alternativa além de mudanças na letra da lei, sob pena de comprometimentos mais profundos ao sistema jurisdicional.

Logo, não se pode deixar de abordar que os procedimentos especiais constantes do Livro IV também apresentaram déficits porque basicamente não sofreram quaisquer alterações em suas disposições, mantendo as mesmas deficiências, não correspondendo às necessidades sociais que já se faziam latentes desde o início do século XX, através da implementação de procedimentos e formas de tutela sumária.

Além disso, apesar da existência de alguns procedimentos especiais que se utilizava a técnica da tutela antecipada, estes eram exceções dentro do nosso ordenamento jurídico sendo desenvolvidas através de legislações extravagantes medidas liminares de caráter satisfativo como mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, ações de depósito, ações locatícias, ação de alimentos, dentre outras, encontrando, ainda, a adoção da técnica da tutela antecipada -introduzida no CPC em 1994, mas que assim como a tutela cautelar herdou o direito romano sua técnica – em algumas medidas provisionais do artigo 888 do CPC, tais como alimentos provisionais, entrega pessoal de bem do cônjuge, guarda provisória de filhos, regulação provisória do direito de visitas, não obstante sua inserção no capítulo destinado ao procedimento cautelar e dele se servindo.

Sem dúvida, portanto, que a utilização das medidas cautelares de cunho satisfativo demonstraram-se controversas, pois o ordenamento jurídico não tinha estabelecido um procedimento específico a ser adotado em tais situações, levando a aplicação errônea do procedimento previsto para as cautelares, mais uma vez, repise-se, em prol da efetividade jurisdicional que cada dia exige providências com as quais o jurisdicionado tenha aproximado o processo de direito material.

Por outro lado, há que se destacar o colapso do aparelho jurisdicional, que por conta do Estado ter assumido uma postura de solucionar os conflitos existentes através da jurisdição, tem por detrás de si uma organização judiciária responsável em disciplinar toda sua estrutura, que se mostra cada vez mais insuficiente e deficitária de numerários de técnicos, juízes e recursos, afogando-se em um mar de processos, justamente pela demanda crescente dos mesmos. Estabelece-se um direito crítico, pois a Constituição Federal garante o acesso à justiça e o resguarda através de princípios constitucionais e processuais, mas, em contrapartida, o Judiciário está impossibilitado de atender essa demanda de maneira ao menos razoável, protelando e onerando a satisfação do titular do direito.

Essa problemática de um CPC e da estrutura do Poder Judiciário se encontrarem deficientes e resultarem em uma lentidão processual crescente fizeram com que a persecução por uma ordem jurídica justa, através da criação de novos instrumentos e técnicas processuais, invadissem os tribunais por uma epidemia de tutelas sumárias, que primeiramente vieram com as cautelares e, posteriormente, com a aplicação errônea destas objetivando a satisfação da pretensão de direito material – denominadas “medidas cautelares satisfativas”, transformando-se em vias de sumarização cognitiva.

O cenário crítico em que se encontrava a tutela cautelar pode ser descrito da seguinte forma: um procedimento ordinário que tem sua estrutura superada pela evolução histórica, inclusive pela valorização extremada, dada aos princípios da ampla defesa e contraditório preconizados pela Constituição Federal preterindo princípios outros de igual valor, às necessidades de tutelas diversas a que devem corresponder formas diferentes de tutela, contribuíram de maneira definitiva da tutela cautelar que, por sua vez, coincidiu exatamente com o momento de crise profunda do sistema processual, sofrendo por conta disso críticas tão profundas.

Nesse momento, evidencia-se que os meios adequados para a realização de uma justiça adequada, eficaz, justa, célere aos diversos tipos de conflito são insuficientes e inadequados ao momento histórico atual evidenciado.

A Reforma processual é medida que se impõe e, em 13 de dezembro de 1994, através da Lei 8952, foi introduzida no ordenamento jurídico, a técnica da Tutela Antecipada no procedimento ordinário, tendo condições de atender toda e qualquer situação de urgência.

As inovações contidas no artigo 273 provocaram a quebra da estrutura do Código, relativizando a ordinariedade até então imposta no Processo de Conhecimento ao ser permitido que, no curso do procedimento ordinário, a

antecipação dos efeitos da pretensão de direito material, que anteriormente só poderiam ser alcançadas no provimento final do processo de conhecimento e, nos últimos tempos através da utilização imprópria da cautelar de cunho satisfativo.

Dessa forma, o legislador ao inserir a técnica da tutela antecipada no procedimento ordinário o faz simultaneamente a qualquer outro procedimento, conforme previsto nos artigos 271 e 272 do CPC.

Logo, o sistema processual brasileiro dá um grande passo com essa inovação introduzida rompendo, definitivamente, com a idéia ultrapassada de sua completa autonomia, antes apegada ao padrão ordinário, ao qual era levado a submeter todas as situações às mesmas regras, possibilitando com essa Reforma uma ampliação significativa do espectro de técnicas diferenciadas para atender situações de urgência.

Após a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário, haja vista que essa técnica já vem há muito sendo utilizada em alguns procedimentos especiais, mas em caráter excepcional, denota-se que perante a degeneração da tutela cautela, ocorrida na tentativa de corresponder aos anseios da sociedade pela efetividade do processo, poderá a partir deste momento encontrar um ponto de equilíbrio entre as tutelas de urgência lançando aos doutrinadores novas perspectivas de interpretação e sistematização dada à correspondência de ambas, tutela cautelar e antecipada, na tentativa de neutralizar os efeitos do tempo nas situações de urgência.

É de suma importância ressaltar que “a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao

contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair²⁰”.

A tutela cautelar não poderia, dentro da função para a qual foi disciplinada, prevenir que o perigo de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação fosse satisfeito, apenas assegurando o resultado útil do provimento final, impondo-se ao legislador algo mais efetivo, para que, na medida do necessário, a pretensão de direito material pudesse ser satisfeita, através da antecipação dos efeitos do provimento final, garantindo a efetiva tutela jurisdicional, sem a qual a demora na solução do processo configuraria denegação da justiça.

Com o advento da Tutela Antecipada e:

Sabido que ao processo e às medidas cautelares o Código dedica todo um livro composto de noventa e quatro artigos, com muitos incisos e parágrafos (Livro III, arts. 798-889), fica evidente a disparidade de tratamentos e manifesta a necessidade de uma reconstrução sistemática do instituto, pelos juízes e doutrinadores, até quando o legislador se disponha a completar seu serviço inacabado²¹.

A crítica atual gira em torno da disparidade de tratamentos dada pelo legislador que disciplina a tutela jurisdicional antecipada em apenas um artigo e seus incisos e à tutela jurisdicional cautelar noventa e quatro artigos, sendo que ambas as tutelas se convergem no esforço de evitar que o tempo do processo venha a lesar o direito material das pessoas.

Por tal motivo, a estrutura do Livro III que trata das Medidas Cautelares há que ser, urgentemente, repensada devendo sofrer profunda revisão, mesmo porque o Código de 1973 quando editado já trazia consigo deficiências, realidades e necessidades, muitas delas ainda enfrentadas nos dias de hoje.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 463.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, p. 49.

Portanto, a dinâmica processual da atualidade exige que a tutela cautelar, assim como as demais funções jurisdicionais se interpenetrem, adaptando-se às peculiaridades do caso concreto que, de modo algum, podem permanecer sob o formalismo de um processo separado e autônomo.

3.4 A Tutela Antecipada

A missão do Estado, que assumiu a responsabilidade de tutelar de maneira efetiva e adequada às diversas situações de direito material, demonstrou ser insatisfatória aos jurisdicionados.

Essa insatisfação e descrença no Poder Judiciário se configuraram através da ênfase excessiva do procedimento comum pelos legisladores e conseqüentemente o que se visualizava até então era o surgimento de lacunas no sistema processual de tutela de direitos.

É claro que a universalização do procedimento ordinário, isolando as funções processuais para privilegiar o provimento formado em cognição exauriente, supervalorizou o princípio da ampla defesa em todas as fases processuais.

Obviamente, que esta universalização do procedimento ordinário não prejudicou toda a sociedade, sobretudo àqueles que tinham condições financeiras de utilizar os procedimentos especiais previstos à época. Não obstante, apresentava-se efetivo tal procedimento na tutela de algumas espécies de direitos patrimoniais.

Com isso, a técnica dos procedimentos diferenciados que possibilitava maior agilidade foi abandonada pelos processualistas quando da oportunidade de ampliá-

la e incrementá-la, por uma dogmática basicamente fundamentada na ideologia liberal, caracterizada pelo individualismo, elitismo e racionalismo formal.

A grande oportunidade de o sistema processual, já em 1973 - com a edição do novo CPC – atender às novas necessidades de uma sociedade em ascendente modernização com a globalização foi postergada para o ano de 1994.

Anteriormente a 1994, diversas novidades foram inseridas no sistema processual brasileiro tentando uma melhor distribuição do ônus do tempo processual. Na verdade:

Não se tratava de novidade absoluta; mas até então semelhante possibilidade estava prevista fragmentariamente, para hipóteses determinadas. Na primeira fase, anterior à Lei nº 8952 tínhamos:

a) a sumarização procedimental [...] ritos especiais simplificados, como o do procedimento originariamente batizado de “sumaríssimo”, e abreviações do procedimento ordinário, v.g., nas hipóteses de “julgamento antecipado da lide” (CPC, art. 330).

b) casos específicos de sumarização da cognição, quer mediante a técnica de limitar a matéria suscetível de exame pelo juiz (por exemplo: DL 3.365, de 21.06.1941, art. 20, consoante o qual, na ação de desapropriação, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço”), quer pela exclusão da admissibilidade de certos meios de prova (por exemplo: no mandado de segurança, apenas se admite prova documental pré-constituída)²². (grifos nossos)

Diante desse quadro, bem como da utilização indiscriminada da tutela cautelar fora do seu escopo preventivo, tornou-se indispensável, perante à transmutação do perfil da sociedade a necessidade de recuperação da funcionalidade do processo ordinário, de forma que passasse a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, colocando à disposição dos juízes e das partes instrumentos aptos aos novos direitos e novas situações de conflito que

²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, p. 13-14.

surgiam, sob pena de invalidar a eficácia prática da tutela e representar uma grave injustiça à parte litigante.

Embora seja evidente que os problemas de deficiente prestação jurisdicional não se restringem apenas ao aspecto da legislação processual, pois são notórias as dificuldades localizadas no terreno dos serviços judiciários, do recrutamento dos juízes e seus auxiliares e de seu adestramento para bem desempenhar a difícil missão de fazer justiça, é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar de consciência que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.

Dentro dessa perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela “efetividade” e “tempestividade da tutela”, foi que a Lei nº 8.952/94 concebeu a “antecipação de tutela”²³.

Com a Lei nº 8.952 de 13.12.1994, instituiu-se uma nova sistemática, mais ampla e bem estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa, objetivando uma máxima efetividade da tutela jurisdicional.

Essa preocupação com a máxima efetividade, primeiramente, culminou nas medidas cautelares, que conservavam os bens de situações perigosas para submetê-los à sentença de forma útil para os litigantes alcançando a satisfação após exaustivo contraditório. Mas um outro grave problema, consistente na impossibilidade de evitar o *periculum in mora* senão o próprio direito material intentado pelo autor da demanda, necessitava de regulamentação.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares*, p. 29.

Por meio desta reforma no Código de Processo Civil, foi inserida pelo legislador, dentro do processo de conhecimento, a possibilidade de o juiz conceder, entre as hipóteses contidas no art. 273, um provimento imediato que, provisoriamente, assegura o bem jurídico pleiteado no litígio, realizando a pretensão do autor – ou do réu nas ações dúplices ou mesmo na reconvenção na posição de réu reconvincente – antes do momento normalmente previsto para o julgamento do mérito e que somente se daria após a apreciação completa e detalhada da causa, dependendo apenas da sua confirmação na sentença.

Essa inovação, que altera o procedimento ordinário para agilizá-lo, eliminando a separação expressa entre ação de conhecimento e ação de execução, concedendo ao juiz poderes para utilizar-se de medidas executivas de variado teor antes mesmo da prolação da sentença, surgiu da conscientização de que o Poder Judiciário, como um todo, se tornava desacreditado, censurado pela sociedade que tinha uma justiça que estava distante de atender às mudanças econômicas e sociais impostas pela modernidade. Em contrapartida, o Estado, a partir do momento em que proibiu a autotutela adquiriu a obrigação de tutelar de forma efetiva, toda e qualquer situação de litígio concreta.

A inexistência de tutela adequada à determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela²⁴.

O art. 5º, XXXV, da CF garante a tutela jurisdicional efetiva, que obriga o Estado diante da existência de diferentes situações de direito material à instituição de técnicas processuais diferenciadas para solucionar os litígios.

Os interesses da sociedade contemporânea disciplinados pela CF devem ser estruturados pelos legisladores infraconstitucionais através de um sistema

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, p. 164.

processual adequado e efetivo. A tutela antecipada corresponde perfeitamente aos interesses da sociedade e é um instrumento que atende o preceito constitucional de acesso à justiça garantindo uma tutela jurisdicional efetiva.

3.4.1 Aspectos legais e constitucionais do direito à celeridade do processo

A antecipação de tutela, inserida no art. 273 do CPC, ampliou vertiginosamente as oportunidades para sua concessão, podendo ser requerida em qualquer procedimento, seja ele comum ou especial, não mais se limitando aos casos anteriormente previstos.

Outro aspecto relevante é o de que os poderes do juiz aumentaram, em busca da celeridade processual, ensejando que os legisladores delineassem precisamente as situações e requisitos necessários à concessão da medida, com o objetivo de evitar abusos tanto em relação às partes quanto aos magistrados.

Sua concessão somente ocorre em situações excepcionais, para evitar a entrega de uma prestação jurisdicional inócua uma vez que há inversão na trajetória normal do processo, sacrificando-se, temporariamente, o contraditório e a ampla defesa.

Estas situações excepcionais estão contidas em dois incisos no art. 273 do CPC, quais sejam:

- a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I);
- b) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Na alínea “a” há a nítida finalidade preventiva de evitar o risco de dano pelo perigo da demora da própria tutela jurisdicional. Na definição de Humberto Theodoro Júnior:

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, por si só, justificar a antecipação de tutela. É indispensável à ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.²⁵

Na alínea “b”, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu não estão ligados ao perigo de dano concreto. Tal medida é destinada a antecipar os efeitos da sentença com base no comportamento do réu quando ausente a seriedade. Estando presentes à verossimilhança nas alegações do autor e a inconsistência e a fragilidade dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta, ou, mesmo quando o réu emprega meios ilícitos ou escusos para protelar ou abusar em sua defesa, é cabível a concessão desta medida antecipatória.

Tais comportamentos, totalmente inadequados ao réu, foram drasticamente restringidos pelo legislador que visa a proteger o autor da demanda do dano marginal do processo, visto que esta demora significa a manutenção do bem no patrimônio do réu.

Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. Ora, a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma racional e justa ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.²⁶

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 680.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 9, p. 343.

Não se pode perder de vista que a técnica antecipatória visa à distribuição racional do tempo do processo e não seria justo impô-la apenas ao autor, sendo a primeira para que a tutela jurisdicional seja efetiva e a segunda com o objetivo de reduzir a demora normal do processo ante o comportamento protelatório do réu.

Essas duas situações possuem características próprias, não são cumulativas e não possuem semelhanças entre si no que tange aos motivos da sua utilização, mas ambas foram dispostas no mesmo artigo na medida em que se faz indispensável resguardar em duas situações a garantia fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva, que só se tornou possível delimitando legalmente sua utilização em dois incisos do art. 273 do CPC.

No entanto, o legislador ordinário impôs a observância a dois pressupostos, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

A prova será inequívoca quando preexistente, mas não necessariamente documental. Porém deverá ser clara, evidente, cuja autenticidade ou veracidade apresente-se provável, ou seja, portadora de grau de convencimento altamente provável, capaz de possibilitar a antecipação da pretensão do autor neste momento processual²⁷.

Já a verossimilhança da alegação configura-se pressuposto de maior amplitude e espectro se comparado com o “*fumus boni iuris*” exigido para as medidas cautelares posto que exige uma probabilidade da existência do direito material mais intensa.

O juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo

²⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 679.

*de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.*²⁸

Assim, pode-se constatar que o receio de dano ensejador da tutela antecipada, medida esta de caráter excepcional, deve ser fundado e irreparável, devendo ser objetivamente demonstrado os fatos e circunstâncias que ensejarão o juízo de verossimilhança das alegações que será realizado pelo magistrado, juntamente com provas capazes de reproduzir a forte probabilidade desses fatos e circunstâncias descritos pelo autor, quando do requerimento desta tutela.

Ao mesmo tempo, o dispositivo legal autoriza a concessão da tutela antecipatória fora dessa situação de urgência, com base apenas no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, demonstrando o legislador à preocupação com o tempo de trâmite processual, posto que este tempo não deve, de maneira alguma, prejudicar o autor que tem razão acentuando as desigualdades tanto financeiras quanto no ônus processual em relação entre autor e réu.

Desta maneira, justifica-se o porquê da previsão de dois incisos de conteúdo tão diferenciados juntos: o fator tempo na efetividade da tutela jurisdicional.

Outras características são intrínsecas à antecipação de tutela. Dentre elas, a lei permite sua antecipação total ou parcial. Essa variação não dependerá de mera faculdade de ato discricionário atribuído ao juiz, posto que preenchido os requisitos rigidamente contidos na lei a parte poderá exigir do Estado sua concessão e, por este motivo, a lei exige que essa decisão seja sempre fundamentada, conforme dispões o art. 273, § 1º do CPC; é um direito subjetivo processual, baseado no princípio da necessidade de inutilização da prestação jurisdicional na prolação da sentença de mérito.

²⁸ Ibid., mesma página.

Em busca da efetividade da prestação jurisdicional a antecipação de tutela comporta pedido “*inaudita altera pars*” e “*in limine litis*” até mesmo após a sentença e na pendência de recurso, caso em que a medida será remetida ao Tribunal, cabendo ao relator o seu deferimento, preenchidos seus pressupostos.

Nesse contexto, qualquer modalidade de sentença pode ser objeto de tutela antecipada. “Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e as constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor ao vencedor²⁹”. O objetivo é a submissão do réu a essa determinação.

Partindo-se desta premissa, é perfeitamente possível no ordenamento jurídico à pretensão a uma medida que antecipe os efeitos da sentença tornando-a efetiva mesmo ausente uma execução específica de título executivo judicial, em sentido estrito. Os atos executivos são facultados à parte e devem ser entendidas em um sentido amplo, pois não há no procedimento declaratório ou constitutivo a execução forçada, posto que essas sentenças exaurem em si mesmas, cabível somente para a sentença condenatória que dela necessita transformando a sentença prolatada em títulos executivos judiciais buscando a satisfação da obrigação imposta e não cumprida espontaneamente ao devedor³⁰.

O legislador, quando da criação do art. 273, § 2º do CPC, impôs como condição do deferimento da tutela antecipada à reversibilidade de seus efeitos. Com essa cautela intenta-se o menor sacrifício das garantias constitucionais, aqui representadas pelo devido processo legal, resguardada pelo contraditório e ampla defesa.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 693.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 9, p. 59-60, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 370-371, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Medida Cautelar e Antecipação de Tutela Satisfativa*, p. 27-29, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, n o sistema do CPC*, p. 175-177.

A reversibilidade do provimento deve ser regra para resguardar que um risco seja simplesmente transferido de uma parte para a outra. Essa reversibilidade somente será efetiva se, em caso de necessidade, possa ser revertida no mesmo processo, senão haveria justificativa de se utilizar uma medida excepcional para se evitar um dano a uma parte expondo a outra em iguais condições.

Mas casos há em que situações extremas exigem do julgador o sacrifício do valor segurança, sob pena do perecimento do direito e conseqüente inutilidade do provimento final favorável, e a única forma de evitá-lo seria a concessão da medida antecipatória não podendo excluí-la de imediato, como por exemplo, o caso de uma intervenção cirúrgica.

Na solução do problema, devem-se ponderar seriamente os interesses em conflito, e a opção por uma medida antecipatória de efeito irreversível bastante sopesada, haja vista que o bem da vida a ser antecipado sumariamente terá a responsabilidade de justificar o sacrifício de outros valores de suma importância para o processo e às partes.

Diante dessa responsabilidade, “é inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo³¹”.

No entanto, é impossível a criação de regras abstratas para resolver essas questões que dependem de situações e circunstâncias concretas trazidas pela parte ao processo, além da sensibilidade do magistrado a essas questões, que exige que se mantenham sempre alerta³².

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 9, p. 252.

³² Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 352.

Com o fim de remediar a irreversibilidade, os juízes poderão lançar mão da indenização por perdas e danos ou da fixação de caução, meios estes instituídos pela Lei 11.232/2005 para este fim.

A lei reveste a tutela antecipada de executoriedade provisória (art. 273, § 3º) remetendo aos artigos 475 – O, 461 e 461 – A, conforme considerações realizadas no decorrer do próximo tópico.

A revogação ou modificação da tutela, conforme disciplina o art. 273, § 4º do CPC, poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que, haja mudanças nas circunstâncias que a determinaram e a parte requeira, assim como quando da sua concessão. Em nenhum momento, repise-se, tanto da concessão quanto da revogação ou modificação, poderá o juiz fazê-lo "ex officio".

A decisão que aprecia o pedido da antecipação de tutela é interlocutória, desafiando o recurso de agravo de instrumento para sua impugnação.

Uma vez concedida ou não a medida antecipatória, o *decisum* proferido perdura até a decisão final, que poderá mantê-la ou revogá-la.

A tutela antecipada também poderá ser deferida nos casos de cumulação de pedidos, na medida em que um ou mais pedidos cumulados ou parcela destes tornar-se incontroverso durante o iter procedimental.

O princípio da fungibilidade inserido no § 7º do art. 273 do CPC ampliou, significativamente, a efetividade tão almejada no processo civil brasileiro, quando possibilitou que o autor da demanda ao pleitear, a título de antecipação de tutela, medida de natureza cautelar, o juiz deverá, presentes seus pressupostos, deferir tutela cautelar em caráter incidental ao processo.

Essa novidade gera intensas discussões acerca da possibilidade ou não do duplo sentido vetorial dessas medidas urgente. Tais discussões merecem uma reflexão mais detalhada, motivo pelo qual far-se-ão no próximo capítulo.

A busca incessante por uma Tutela Jurisdicional adequada, eficaz, efetiva e que corresponda aos anseios dos jurisdicionados proporcionando a satisfação de seus interesses no menor tempo e dispêndio de finanças tem levado processualistas e legisladores a uma constante modernização do sistema processual brasileiro.

O desenvolvimento da Tutela Antecipada rompeu definitivamente com o formalismo que predominava no sistema, criando uma previsão genérica, passando a ser empregada em qualquer procedimento. A antecipação dos efeitos de uma sentença pode atender ao perigo de perecimento do direito substancial da parte e desencadear uma execução provisória para, na medida do possível, satisfazer o autor da demanda.

Para que tal empreitada seja possível no ordenamento jurídico, dois grandes e fundamentais princípios constitucionais estão em constante conflito: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

A efetividade e a segurança jurídica significam que todos devem ter pleno acesso à justiça. Mas para isso o Estado se compromete a oferecer aos seus jurisdicionados, desde o momento em que proibiu a autotutela, meios adequados para a obtenção de um resultado útil.

O processo, por meio de procedimentos estabelecidos no ordenamento, tem a responsabilidade de conduzir o litígio a um resultado útil, mas para isso autor e réu devem ter seus direitos igualmente respeitados.

Essa necessidade de conciliar ambos os interesses faz com que os princípios constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica permaneçam sempre conflitantes, pois existe a preocupação do acesso à justiça que proporciona uma tutela jurisdicional e, de outro lado, o devido processo legal, com o contraditório e ampla defesa. Deve haver uma relação harmônica entre os princípios posto que não há sentido da existência de um sem o outro. É impensável uma tutela jurisdicional efetiva sem segurança e segurança sem tutela.

Com o decorrer dos tempos, as mudanças da sociedade e os avanços tecnológicos fizeram com que essas garantias contidas no texto constitucional, em diversas situações se sobrepusessem ao outro e neste ponto se situa o grande dilema dos processualistas:

*Adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, toda via, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual*³³.

São cada vez maiores a desenvoltura e agilidade das situações conflituosas que envolvem a sociedade. Ao mesmo tempo, a lentidão processual com uma infraestrutura insuficiente exige uma celeridade processual maior sob pena do aumento do descrédito da justiça, da onerosidade das custas judiciais e da injustiça.

A questão da celeridade processual, na modernidade, assumiu proporções imensas frente à insatisfação da população e é a que representa mais, significativamente, a efetividade do processo, por gerar maior aflição ao jurisdicionado quando da decisão de submeter seu conflito à justiça³⁴.

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 83.

³⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, p. 11.

Assim, o processualista Donaldo Armelin ressalta já em 1989 sua preocupação: “a efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz³⁵”.

Com base nessa preocupação, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu na Constituição Federal o art. 5º, inciso LXXVIII, que dispõe:

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

Isso só demonstra a preocupação dos legisladores com a efetividade da tutela jurisdicional que só será possível através da celeridade processual.

A efetividade do processo tem como problema fundamental à necessidade de harmonizar a rapidez e a segurança, duas garantias fundamentais momentaneamente antagônicas diante de uma ciência processual contemporânea que passa a perceber que o processo pode verdadeiramente desempenhar a função que lhe cabe: realizar o direito material no menor tempo possível, tal qual houvesse sido cumprido espontaneamente.

Dessa forma, a grande dificuldade consiste na prevalência de todos os princípios constitucionais. Ocorre que dentro dos ideais de justiça perscrutados pela doutrina moderna esse objetivo revela-se impossível, não restando alternativa senão o emprego dos princípios exegéticos da necessidade e proporcionalidade.

Os princípios da necessidade e da proporcionalidade não estão previstos expressamente no sistema da constituição brasileira, mas para a função exercida não prescindem do rigor da previsão normativa. Pelo princípio da necessidade, uma limitação do direito fundamental só poderá se consumir quando realmente existir o

³⁵ ARMELIN, Donaldo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 172-173.

conflito com outros de igual porte. Já o princípio da proporcionalidade está consolidado em estabelecer uma limitação apenas do indispensável para superar o conflito existente, procurando harmonizá-los, pois é imanente ao Estado Democrático de Direito e coordena os demais princípios para coibir os excessos e tornar concreta a atuação dos direitos fundamentais procedendo ao juiz a uma adequada proteção do direito e atendendo aos escopos do processo.

Desse modo, nos casos em que se fizer necessário que, primeiramente, assegure-se o resultado útil e efetivo do processo, caso este em que a demora na prestação jurisdicional invalidará toda a eficácia prática da tutela e representar grave dano ou esta for de difícil reparação àquele que dela necessita, será deferida a medida cabível e, em segundo plano, mas não em menor escala de importância, observado o devido processo legal. Apenas houve uma inversão cronológica da aplicação dos princípios fundamentais³⁶.

As medidas cabíveis nos casos de urgência são as Tutelas Cautelares e Tutelas Antecipatórias. As tutelas antecipatórias, diante das situações de necessidade de satisfação do direito material, possibilitaram que os efeitos da sentença pudessem ser antecipados antes do final do processo, tornando-o muito mais eficaz e célere, mesmo que esses efeitos sejam provisórios até a prolação da sentença, esta sim definitiva. Já as medidas cautelares têm sua função e significado no contexto processual pela rápida preservação do bem para que a utilidade do processo principal seja assegurada, mas não satisfeita, até o provimento jurisdicional definitivo.

Com as tutelas de urgência, o juiz pode assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem que isto anule o contraditório ou a ampla defesa, pois logo após a medida o contraditório tem lugar, podendo resultar em manutenção, modificação ou revogação do que na situação de urgência se estabeleceu.

³⁶ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 676.

Não se pode negar que a Tutela Antecipada foi criada para possibilitar a efetividade do processo justamente para que o autor não fosse mais obrigado a carregar sozinho o ônus da demora do processo, mas o único cuidado que se deve ter é para que o juiz não torne essa inversão uma regra geral, pois na Tutela Antecipada as conseqüências são muitas vezes irreversíveis e, portanto, devem ser cuidadosamente analisadas, não se podendo perder de vista que a expropriação, mesmo que de forma provisória, invade o patrimônio do devedor antes de iniciado ou mesmo após a conclusão do contraditório, ampla defesa ou coisa julgada.

Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque bem define que:

O processo civil não é do autor, nem do réu. É um mecanismo estatal dotado de meios para assegurar uma vida equânime e justa, com oportunidades iguais, a fim de que seja alcançado o resultado mais próximo possível da vontade do direito material.³⁷

A celeridade processual teve seu mérito e sua importância reconhecidos quando a EC nº 45 de 2004 que o levou à categoria de garantia fundamental, sacramentando com sucesso a evolução do direito processual brasileiro.

Porém, muito ainda se discute acerca do princípio da celeridade processual. A efetividade processual é de importância vital para que a tutela jurisdicional adequada, efetiva e eficaz seja alcançada e, para que tal empreitada tenha sucesso o emprego, o princípio da celeridade nos atos processuais tornou-se indissociável. Ocorre que não existirá tutela jurisdicional adequada, efetiva e eficaz sem a aplicação do princípio da segurança jurídica que, por sua vez, garantirá o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal a ambas as partes, pois o direito não é alcançado com a exposição dos fatos unilateralmente.

Definitivamente, são duas garantias fundamentais que, no processo, são momentaneamente antagônicas, mas que precisam ser harmonizadas por meio da

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 396.

aplicação dos princípios da necessidade e proporcionalidade, a fim de que o juiz possa coibir seus excessos, tornando concreta a atuação e garantis desses princípios fundamentais objetivando a proteção do direito da parte, alcançando os escopos processuais.

3.4.2. Execução ultraprovisional das decisões que antecipam a tutela

A tutela antecipatória foi introduzida no CPC objetivando claramente a possibilidade de os jurisdicionados, dentro do próprio processo de conhecimento, alcançarem o deferimento de medidas urgentes.

O legislador optou por bem privilegiar a efetividade à segurança jurídica ao instituir que, em situações de urgência extremada, os efeitos da sentença pudessem ser antecipados ao autor da demanda.

Essa tendência em tornar efetiva a tutela jurídica, conforme destacado anteriormente, representou o atendimento dos interesses de uma sociedade e o abandono de um formalismo procedimental exagerado.

Paralelamente, não se pode dizer que a segurança jurídica deixou de ser importante para o ordenamento jurídico, mas que simplesmente passou a ser harmonicamente equiparada à efetividade, ambas garantias constitucionalmente resguardadas. Com a introdução de novos dispositivos visando à celeridade processual, o legislador demonstrou a preocupação com a demora do processo e a outorga de uma prestação jurisdicional tardia, mas, sobretudo, a preocupação de que:

O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente no seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isto que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não em razão.³⁸

Buscando incessantemente uma tutela jurisdicional efetiva, o conceito tradicional de direito de acesso à justiça, representado pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal sofreu profundas modificações posto que ao jurisdicionado não mais importa apenas a igualdade na garantia ao direito de ação, ao acesso à justiça, mas sim, repise-se, o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva, e para que tal seja possível far-se-á indispensável à satisfação do direito material, somente alcançável através da aplicação do meio executivo adequado ao caso concreto.

Essa efetividade, tão almejada por todos, pode ser definida como a “capacidade de produzir efeitos no direito material³⁹” e o abandono desse princípio fundamental teria o mesmo significado da negação da tutela jurídica que o Estado garantiu. É vetar praticamente ao lesado o seu acesso à justiça, enquanto seu direito subjetivo perece no aguardo do provimento jurisdicional⁴⁰.

No intuito de possibilitar a realização do direito subjetivo no caso concreto, dando margem à aplicação do princípio da efetividade para superar o formalismo processual até então existente, foram implementados, no sistema do CPC, os artigos 273, 461 e 461 – A.

A possibilidade de o jurisdicionado ter seu direito material atendido logo no início da demanda ou mesmo durante o processo ou inclusive na fase recursal, visto que ainda há discussão do provimento jurisdicional, viabilizou a inserção da tutela antecipada e sua efetivação por meio da criação desses três artigos.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 177.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 516 –541.

⁴⁰ ARRUDA ALVIM; ALVIM, Eduardo. *Inovações sobre o direito processual civil*, p. 262.

A efetivação da tutela antecipada, embora somente possa se realizar de maneira provisória significou a unificação dos processos de conhecimento e execução, transformando a execução em uma mera fase do processo de conhecimento.

Primeiramente, a expressão “execução provisória” merece considerações tendo em vista que há uma incorreção. Provisório é o título em que se funda a execução, na medida em que tal execução não é definitiva porque da sentença proferida ainda cabe discussão.

No entanto, não só a expressão “execução provisória” merece considerações como o próprio procedimento adotado para que se realizasse esta execução.

A execução provisória passou também por uma severa e radical alteração, mercê das diversas reformas que, desde o início da década de 1990, têm sido levadas a cabo. A Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, dentre outras questões, transformou por completo a disciplina da execução provisória, tal qual o direito brasileiro a conhecia tradicionalmente quando, ao dar nova redação ao inciso II do art. 588, passou a admitir uma “execução provisória-completa” embora, como regra, dependente de caução. Embora o título que fundamentava a execução continuasse a ser provisório, sua concretização já não era mais incompleta como, até então, era da tradição do nosso direito.⁴¹ (grifo do autor)

Tais modificações foram imprescindíveis à tutela antecipatória que em seu artigo 273, § 3º preceitua:

“A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461 - A”.

Diante das novas regras do art. 273, § 3º e, mantidas essas modificações pela Lei 11.232/2005 através do art. 475-O, III, § 2º do CPC, não se pode ter dúvidas acerca da execução “provisória”, assim persistindo essa denominação por uma

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 152.

questão de praxe forense, mas que provisório é só o título porque a execução é completa, satisfazendo o direito material, embora a cognição seja sumária, ou exauriente no caso de tutela antecipatória proferida na sentença, no entanto, não definitiva, haja vista que a discussão não foi finalizada com a sentença ou, em caso de recurso, a fase recursal.

O legislador, quando da modificação do art. 273, § 3º do CPC, que substituiu o termo execução por efetivação, assim o fez com a pretensão de evitar interpretações indesejadas à vinculação de uma execução de tutela antecipada a uma execução de sentença condenatória para que fosse possível sua efetivação. Limitou-se, portanto, a estabelecer parâmetros para a execução provisória quando no referido artigo dispõe os termos “no que couber” e “conforme sua natureza”.

Essa previsão de aplicação subsidiária deve ser corretamente compreendida. Não significa que a efetivação da tutela antecipada irá submeter-se a um procedimento executivo, nos termos do Livro II do CPC, ou, mesmo, ao “cumprimento de sentença” instituído pela Lei 11.232/2005.⁴²

Tratando-se de tutela condenatória não se deve de maneira alguma entender que a execução da tutela antecipatória se dá nos exatos moldes do regramento estabelecido para a execução da sentença condenatória. A justificativa é simples: a natureza e a urgência da execução da tutela antecipada se difere da execução da sentença condenatória⁴³.

A utilidade prática da tutela antecipatória estaria seriamente ameaçada se assim o fosse, devendo o magistrado, tão logo conceda essa tutela, fixar quais os meios executivos serão empregados para a execução, dependendo apenas do conteúdo da tutela antecipada.

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, p. 309.

⁴³ Na obra *Antecipação da Tutela* o professor Luiz Guilherme Marinoni entende que as regras da sentença condenatória não foram concebidas para dar atuação aos provimentos sumários. A sentença condenatória pela própria natureza e urgência da tutela antecipatória não foi criada com esse intuito e, em assim sendo, nem mesmo constituiria-se em um título executivo que exige certeza, enquanto que um provimento sumário, como sua própria denominação indica, tem seu conteúdo fundamental na probabilidade de sua existência, p.260.

Exatamente por não se tratar à tutela antecipatória de execução de sentença condenatória é que ao juiz são conferidos poderes para delimitar, de imediato, a forma de cumprimento mais adequada a fim de que a medida seja efetiva. Mas o regramento estabelecido pelo art. 475-O, da execução por expropriação, implementado pela Lei 11.232/2005 que revogou o art. 588, somente deverá ser empregado quando outras técnicas de execução houverem sido aplicadas sem sucesso, variando de acordo com cada caso concreto, na medida que:

A diversidade das situações de direito material implica na tomada de consciência da imprescindibilidade do seu tratamento diferenciado no processo, especialmente em relação aos meios de execução. Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos em que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada.⁴⁴

Dessa maneira, quando a tutela antecipatória é concedida com base nos artigos 461 e 461-A que tratam das obrigações de fazer, não-fazer e de entrega de coisa, significa que para atingir a satisfação do direito material em discussão, o juiz se utilizará cláusulas gerais executivas que nada mais são além de medidas executivas que serão empregadas de acordo com o caso concreto. Porém, o mesmo não acontece com a tutela antecipada de quantia certa, posto o art. 273, § 3º faz menção da efetivação da tutela rementendo aos art. 461, 461-A e 475-O, todos CPC.

Por consequência, poder-se-ia imaginar que no caso de antecipação de quantia certa a regra fosse a do art. 475-O. Mas, tal entendimento por todo o discurso processual contemporâneo, não pode prosperar. É evidente o equívoco existente quando se trata do art. 475-O, posto que este se refere apenas e tão somente quanto aos limites da tutela antecipatória e da tutela final recorrida executadas mediante expropriação e às consequências do julgamento final contrário

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, p. 305.

a qualquer modalidade de tutela antecipatória e de tutela final executada na pendência do recurso, em caso de não deferimento de efeito suspensivo.⁴⁵

Outrossim, dada à urgência da efetivação da medida antecipatória é impróprio o emprego da impugnação nos exatos do art. 475-L do CPC. Em caso de necessidade, a parte contrária poderá informar ao magistrado a transgressão dos limites fixados na decisão por meio de simples petição, não se justificando qualquer lentidão na marcha processual que prejudique ainda mais o autor. Se a tutela antecipada já foi concedida pelo motivo de urgência sumária não há que se falar no emprego de meios protelatórios.

Para a efetivação da tutela antecipatória de pagamento de somas em dinheiro outros meios de execução – de coerção indireta – devem ser empregados. A multa⁴⁶, recurso muito utilizado para compelir o devedor a adimplir uma obrigação que espontaneamente não foi cumprida, tem cabimento na tutela antecipada embora o legislador não tenha expressamente delegado tais poderes porque o sucesso em sua efetivação pode decorrer com seu emprego. A majoração desta multa deverá variar de acordo com a resistência do réu em adimplir a obrigação juntamente com sua capacidade financeira, assim como ocorre nas obrigações previstas nos arts. 461 e 461-A do CPC. Este recurso somente não será o mais adequado no caso em que o devedor não disponha de patrimônio.

A necessidade imediata de satisfação do pagamento de valores em dinheiro torna também oportuna e muito requisitada a penhora on line. Por meio de convênio celebrado entre o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho de Justiça Federal e o Banco Central, os juízes, mediante senhas individualizadas, tem acesso mediante internet, a informações sobre a existência de contas junto às instituições financeiras e a possibilidade de bloqueio de valores correspondentes ao dividendo pleiteado na demanda, através do envio de ofícios

⁴⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, p. 314.

⁴⁶ *Ibid.* p. 280-283 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 401.

eletrônicos. Mas para que esse meio executivo seja suficiente é indispensável que o devedor possua dinheiro junto aos bancos.

No intuito de possibilitar a efetivação da tutela antecipada, Marinoni discorreu em sua obra o cabimento da prisão do devedor por dúvida como meio de impedir a expropriação dos direitos fundamentais afirmando que “a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de coerção direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito⁴⁷”.

O motivo que impulsiona o emprego de um meio tão radical, *capaz de coagir o executado ao cumprimento de uma decisão*, deverá ser sempre o alcance do direito fundamental de efetividade da tutela jurisdicional e não uma punição que se dá por um crime cometido ou pelo não cumprimento de obrigação de pagar quantia em dinheiro. Depende apenas do comportamento da parte diante da decisão proferida pelo magistrado.

Esse posicionamento defendido amplamente por Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸ deriva dos casos em que se trata de alimentos indenizativos, posto que os alimentos não compõem somente o direito de família, mas também o ato ilícito e, que nos casos em que a execução de quantia não obtiver sucesso através de desconto em folha e desconto de rendas periódicas, a prisão seria o único meio apto a satisfazer o direito do jurisdicionado, não se alterando a fonte alimentar, aplicando os arts. 733 e 734 do CPC e não seguir estritamente o disposto no art. 474-Q do CPC.

Esses meios executivos ora apresentados apenas demonstram o leque de opções oferecido para intentar, no menor tempo possível, a efetivação da tutela antecipatória que não pode e não deve se desenrolar estritamente perante os

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, p. 271.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 324.

moldes do art. 475-O do CPC devido à urgência e necessidade de satisfação. O juiz, ao deferir a tutela antecipatória, fixa os meios pelos quais se dará a execução provisória. O emprego da multa, principalmente, não pode ser preterido pela execução por expropriação. Embora a prisão para fins de antecipação de soma em dinheiro de alimentos indenizativos originados por ato ilícito ainda sejam pouco empregados pelos Tribunais e não aceito pela doutrina processualista majoritária, constitui-se em inovação na busca pela satisfação do direito do autor tão prejudicado pelo ônus do processo.

A prisão, como meio de coerção indireta, não se caracteriza absurda, mas apenas uma técnica não muito desenvolvida e aceita pela doutrina e que ainda não faz parte da política legislativa brasileira.

O art. 273 do CPC originou mudanças profundas e marcantes no processo de conhecimento brasileiro, dentre eles, a possibilidade de se executar provisoriamente os efeitos da sentença que, depois de preenchidos seus requisitos poderiam satisfazer o direito do autor.

Tendo por objetivo a efetividade processual, os efeitos antecipados dessa sentença, que só ocorreriam quando do provimento final, após cognição exauriente, passaram a ter aplicabilidade desde a propositura da demanda até o momento em que a sentença proferida se tornasse indiscutível.

Porém, a execução provisória da sentença, já portadora de uma cognição exauriente mas não definitiva, ainda não seria possível até a alteração do art. 520 do CPC que se deu com a edição da Lei 10.352/2001, acrescentando um novo inciso, visto que até então o efeito suspensivo era regra geral não produzindo a sentença de mérito imediatamente seus efeitos.

Assim sendo uma incoerência na legislação processual se estabeleceu durante o transcorrer de alguns anos: uma decisão interlocutória, de cognição sumária, e não exauriente, que tinha um alcance satisfativo muito superior à sentença de mérito proferida, de cognição plena e exauriente.

Após muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais veio a reforma do art. 520 do CPC com a inserção de um novo inciso. Este inciso infelizmente poderia ter sido reformado de forma a enfrentar o tema tutela antecipada por completo, mas isso não ocorreu, gerando novos e intensos tumultos.

No que tange à concessão da tutela antecipada no decorrer do processo, mas em momento anterior a sentença, tal dúvida não se estabelece visto que o inciso VII do art. 520 do CPC contempla essas hipóteses. O problema tem início na lacuna deixada pelo legislador quando a tutela antecipada é concedida na sentença.

O art. 520, VII do CPC dispõe sobre a sentença que *confirma* a tutela antecipada deferida de acordo com o art. 273 do mesmo diploma legal. Mas o entendimento que tem prevalecido é o de que no caso de antecipação de tutela concedida na sentença interpretar-se-á como se assim o fosse.

Uma vez que a antecipação não tem momento prefixado em lei para deferimento, e pode acontecer em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, não há motivo para negar ao juiz a possibilidade de decidi-la em capítulo da própria sentença, desde que o faça apoiado nos pressupostos do art. 273 e §§ do CPC.⁴⁹

No mesmo sentido Ricardo Aprigliano que acrescenta: “exigir que a antecipação de tutela seja concedida antes da sentença e não permitir que nela

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 658.

própria seja concedida significa atribuir eficácia muito maior à decisão interlocutória, provisória e sumária do que à própria sentença⁵⁰.

Desta forma, a execução provisória da sentença que concede tutela antecipada se dará para as obrigações de fazer, não-fazer ou entrega de coisa de acordo com o disposto no art. 461 e 461 – A e para as obrigações de antecipação de pagar quantia certa com base no disposto no art. 475 – O do CPC.

Na execução provisória de quantia certa, o título ainda é provisório, pois passível de alteração do provimento jurisdicional em sede de recurso e, para tanto, os atos executórios são limitados à prestação de caução (art. 475-O, III do CPC), que poderá nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrentes de ato ilícito até o limite de 60 vezes o valor do salário mínimo, demonstrada a necessidade, ser o exequente desobrigado do pagamento. Também, nos casos de execução provisória em que o agravo de instrumento esteja pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, poderá o autor da execução provisória estar dispensado do pagamento de caução, exceto nos casos em que tal dispensa possa resultar risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação.

Essa caução deverá ser suficiente e idônea, sendo prestada pelo exequente nos próprios autos e arbitrada de plano pelo juiz.

Muito se discutiu sobre a satisfatividade dos atos executórios na execução provisória. Anteriormente à edição da Lei 10.444/2002, o art. 588 do CPC que tratava da execução provisória admitia apenas a prática de alguns atos executivos, que se limitavam a instrumentar a execução e não a satisfazer o exequente. Isso só se tornou possível com essa Reforma que introduziu a prestação de caução no

⁵⁰ Cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*, p. 261. Em sentido contrário MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, p. 368-370, que defende que a decisão que defere a tutela antecipatória é interlocutória.

sistema possibilitando o levantamento de dinheiro e a alienação do domínio. A satisfação completa do direito, no entanto, somente se efetiva com a execução definitiva que terá um título executivo definitivo.

Essas alterações trazidas pela Lei 10.444/02 foram mantidas pela Lei 11.232/2005, abrigando-se tal dispositivo no art. 475 – O, III do CPC.

Para a execução provisória da sentença será aplicado o disposto no art. 475-J e seguintes que tratam do cumprimento de sentença. A execução provisória será iniciada através de requerimento do exeqüente, sendo intimado o executado, que terá o prazo de 15 dias para pagar sob pena de ser acrescido ao débito uma multa de dez por cento. Em não cumprindo a obrigação a multa será incorporada ao débito e será expedido mandado de penhora e avaliação.

Da expedição do mandado será intimado o executado, podendo apresentar impugnação no prazo de 15 dias. A impugnação, perfeitamente adequada ao momento processual – execução provisória da sentença – que requer a satisfação do exeqüente no menor tempo, mas não com aquela urgência crucial de grave dano caso não sejam antecipados os efeitos da sentença desde logo. Neste momento, não menos importante para o exeqüente, visa-se satisfação, mas não com a mesma intensidade de agilidade quanto era necessário antes da sentença e que impunham ao juiz uma postura mais firme e implacável quando da determinação dos meios executivos que seriam utilizados. Claro está que enquanto não satisfeito o direito material do credor não se terá uma tutela jurisdicional efetiva e ainda sim persistirá o exeqüente arcando sozinho com os ônus processuais. Em contrapartida o executado estará se beneficiando da lentidão processual.

A impugnação é a peça de defesa do executado no cumprimento de sentença e somente poderá versar sobre as matérias constantes do art. 475-L do CPC. Via de regra, a impugnação não terá efeito suspensivo, exceto em caso de dano grave de

difícil ou incerta reparação, em que o juiz assim entendendo poderá concedê-lo. No caso de o magistrado deferir o efeito suspensivo, a execução provisória prosseguirá mediante caução idônea e suficiente prestada nos autos e arbitrada pelo juiz da causa.

Do julgamento da impugnação caberá agravo de instrumento, salvo quando extinguir a execução, desafiando recurso de apelação.

No que tange às execuções provisórias das obrigações de fazer, não-fazer, entrega de coisa e pagamento de quantia certa, independentemente do momento processual em que se dê a antecipação da tutela – no decorrer da demanda, na sentença ou mesmo na fase recursal – deverão se submeter ao disposto no art. 475-O, incisos I e II do CPC.

Isso significa que o exeqüente assume para si total responsabilidade por todos os atos executivos consumados no processo, devendo, em caso de reforma parcial ou total da sentença a reparar os danos causados ao executado.

4. A FUNGIBILIDADE E O ALCANCE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O termo fungibilidade foi adaptado ao direito processual advindo do direito processual civil. Parte-se da premissa de que algum bem, seja móvel ou imóvel, e até mesmo uma prestação possa ser substituída desde que inalterada sua substância, conseqüentemente na prevenção de qualquer prejuízo às partes ou à pretensão do interessado⁵¹.

A partir dessa definição no direito material, o direito processual civil, com algumas adaptações, inseriu a fungibilidade no sistema na tentativa de dar maior operatividade, tornando mais célere e efetiva à prestação jurisdicional, além de minimizar o impacto do formalismo nos atos processuais.

A empregabilidade desse instituto se deu em diversos setores do ordenamento jurídico processual. Destaca-se no presente capítulo, a fungibilidade na seara recursal, nas ações possessórias, nas ações cautelares e, finalmente em uma nova área, objeto do presente estudo: a fungibilidade das tutelas de urgência.

Primeiramente, há que se destacar o momento processual vivido quando da edição da Lei 10.444/02 que implementou o § 7º ao art. 273.

Com a inserção do art. 273 no ano de 1994, a insatisfação era geral. Doutrinadores, magistrados, operadores do direito e a sociedade em geral encontravam-se imensamente insatisfeitos frente a inefetividade do sistema, causando um verdadeiro caos no país.

⁵¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 95-96.

Aliado a este fato e não menos importante é a dificuldade do Poder Judiciário quanto ao quadro de pessoal, insuficiente a uma demanda de processos crescente.

Nesse contexto, houve uma marginalização do Livro III, que trata do processo cautelar. Instituído já em épocas passadas para amenizar um problema grave de dano ao direito material da parte, assegurando, mas não satisfazendo esse direito enquanto aguardava-se o procedimento cautelar, essa técnica disponibilizada demonstrou ser insuficiente aos interesses impostas anteriormente, quem diria dos anos 80 em diante. Os operadores do direito passaram a se utilizar uma medida cautelar “satisfativa” na ausência de disposição legal que suprisse a necessidade de que não se poderia aguardar o trâmite do procedimento ordinário sem acarretar sérios danos ao seu direito.

Essa situação fez com que o legislador ordinário atendesse aos reclamos por uma nova técnica, desta vez que possibilitasse a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que, de outra forma, somente seria conferida após um longo e interminável trâmite judicial.

Surgiu então o art. 273, com a missão de, no procedimento ordinário, satisfazer, mesmo que provisoriamente, o direito subjetivo do autor.

A implementação dessa nova técnica demandou novas interpretações da doutrina que em um primeiro momento tratou de defini-las, classificando-as pelas suas diferenças, deixando de lado a observação de suas semelhanças.

Essa situação, com o decorrer dos anos, passou a prejudicar o jurisdicionado que tinha sérias dificuldades perante a situação prática de distinguir se se tratava de medida cautelar ou medida antecipatória.

O magistrado em exacerbado rigor à lei, por sua vez indeferia os pedidos por eleição inadequada da via processual e procedimento (art. 295, V e 128 e 460, todos do CPC). À parte, tinha o ônus de se submeter a esses diversos entendimentos e propor uma nova ação, iniciando-se verdadeira luta, pois não sabia se propondo nova ação perante novo juízo teria sua pretensão aceita.

Na tentativa de flexibilizar esses acontecimentos o legislador se viu compelido a conceber entre as tutelas de urgência o instituto da fungibilidade, que nessa época possuía uma doutrina majoritária já defendendo as suas características comuns e conceituando, técnicas cautelares e antecipatórias como espécie de um único gênero: as tutelas de urgência.

Buscar-se-à reproduzir nos tópicos que se seguem o conceito de fungibilidade no direito processual civil e sua adaptação nos recursos, ações possessórias, ações cautelares e, com mais atenção e propriedade, nas tutelas de urgência.

4.1. Conceito de Fungibilidade

A fim de que se tenha condições de apreciar o tema da fungibilidade no âmbito do direito processual, há que se falar, primeiramente, acerca de sua definição no direito material, de onde advém o preceito básico.

Nos termos do art. 85 do Código Civil, “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. A idéia de coisa fungível surge da possibilidade de substituir-se uma coisa por outra, sem qualquer prejuízo ao credor da obrigação.⁵²

⁵² Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, p. 122.

Esse atributo da coisa fungível poder substituir-se por outra sem que com isso se altere sua espécie, qualidade ou quantidade, em princípio, deve-se somente aos bens móveis e a infungibilidade aos bens imóveis exatamente por se tratar de coisas homogêneas, equivalentes e, por tal motivo, podem substituir-se entre si, como por exemplo, o café, um selo⁵³. Entretanto, por mera convenção entre as partes estas podem tornar infungíveis coisas intrinsecamente fungíveis como no caso do selo, que é fungível, mas tem a possibilidade de transformar-se em infungível se o correio editar uma série limitada e assim também pode ocorrer com o dinheiro. Inicialmente, é infungível, mas pode ter se tornado uma relíquia, pois um colecionador o tem em seu poder a 70 anos. Assim passa a ser infungível, pois este dinheiro não mais existe na mesma quantidade e qualidade⁵⁴.

Não obstante, a fungibilidade também se aplica em relação às obrigações de fazer, podendo a obrigação constituir-se na prática de um fato ou de um serviço pelo devedor. Esta obrigação será fungível, na medida em que a prestação puder ser realizada por qualquer pessoa, não se exigindo para tal especialização ou técnica, como por exemplo, a atividade de limpeza em uma multinacional. Diferentemente desta situação demonstrada, o mesmo não ocorre quando essa obrigação somente poderá ser realizada pelo próprio devedor, uma vez que suas qualidades pessoais ou habilidades técnicas são indispensáveis à consecução da obrigação. Tal situação se afigura quando, por exemplo, contrata-se um show de música com determinada banda⁵⁵.

Dessa forma, a fungibilidade no âmbito do direito material é definida como “uma qualidade atribuída a algum bem ou alguma prestação que admite substituição por outro (a). Tanto no caso dos bens, como na hipótese das obrigações, a fungibilidade está relacionada à possibilidade de substituição, compreendendo a troca do bem ou da prestação por outro (a), permanecendo inalterada, na

⁵³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 336.

⁵⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, p. 153.

⁵⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 337.

substância, a obrigação ou a prestação”, sem causar qualquer prejuízo às partes ou à pretensão do interessado.⁵⁶

Assim, é fácil interpretar que a fungibilidade entre coisas móveis, imóveis e até mesmo nas obrigações de fazer dependendo apenas da possibilidade de substituição de algo previamente estabelecido sem que seja ameaçado de dano ou lesão a pretensão do interessado⁵⁷.

A partir dessa idéia de fungibilidade no direito material é que se desenvolveu a fungibilidade no direito processual civil, tendo-se sempre como premissa à satisfação, no menor tempo possível, da pretensão do interessado.

4.2.2 Aspectos da Fungibilidade no Direito Processual Civil

A fungibilidade, transportada do direito material com base na possibilidade de se substituir um bem ou obrigação por outro sem causar prejuízo ao interessado assim como satisfazendo sua pretensão para o direito processual civil, ensejou novo meio de se tentar solucionar, ao menos em parte, o problema com o excesso de formalidade dos atos processuais.

Nesse intuito de relativizar as forma dos atos processuais, adaptando o procedimento às necessidades do direito material e às aspirações da sociedade de maneira mais adequada, justa e efetiva é que se emprega cada vez mais no processo civil a fungibilidade.

⁵⁶ Cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 95-96.

⁵⁷ Cf. TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 148.

Especificamente, com relação às formas dos atos processuais, não se despreza que deve haver uma ordem procedimental a ser obedecida, sob pena de violar o princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e ameaçar a segurança jurídica que são garantidos às partes. Sabe-se que uma petição inicial será endereçada ao juízo competente devendo obedecer aos requisitos previstos e, se preenchidos estes haverá um despacho que determinará a citação da parte contrária, tendo desde o início da demanda, ambas as partes, conhecimento de todas as fases, atos e a maneira que deverão obedecer previamente. Não se poderia ter um processo civil assistemático, dependendo do livre arbítrio do magistrado, o que geraria intensos descontentamentos em uma sociedade em que as regras integram a boa convivência e manutenção da ordem.

Por outro lado, o juiz se encontraria em sérios apuros se engessado a um conjunto de normas inflexível e imutável que não garantiria a parte à obtenção de uma prestação jurisdicional sem delongas.

Deve-se abrir mão do formalismo exagerado em prol do alcance da pretensão jurídica e é justamente nessas hipóteses, considerando-se o processo instrumento de realização do direito material que o princípio da fungibilidade deve incidir, pois casos existem, e são muitos, em que existem dúvidas enormes quanto à escolha do caminho mais adequado para se atingir a finalidade buscada através do Poder Judiciário, dúvida esta potencializada pela doutrina e/ou jurisprudência com respeito ao tema. Essa constatação de que o emprego de raciocínios mais flexíveis produzem resultados com certeza mais satisfatórios, passa necessariamente pela desconsideração, ao menos em parte, da regra normativa no sentido de que “não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar”⁵⁸.

Nesse diapasão, o princípio da instrumentalidade das formas guarda íntima relação com o princípio da fungibilidade que preconiza que “o rigor formal deve ser

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 740-741.

abandonado sempre que conflitar com os objetivos de próprio ato, desde que isso não comprometa outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal⁵⁹. Já o princípio da fungibilidade, tomando por base a inspiração advinda do direito material, admite a substituição de uma providência erroneamente praticada por outra, alcançando-se idêntica finalidade do ato.

Com o objetivo de alcançar tais objetivos acima delineados, o princípio da fungibilidade passou a ser desenvolvido nas diversas disciplinas do Código tais como no âmbito dos recursos, demandas possessórias, cautelares e tutelas de urgência.

Na seara recursal, referido princípio passou a ser largamente utilizado no CPC de 1939 em seu art. 810 preceituando que “salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser encaminhados à câmara ou turma a que competir o julgamento.”

Posteriormente, em 1973 o Código foi revogado não substituindo de maneira expressa tal disposição, mas como princípio. As dúvidas quanto ao recurso mais adequado para atacar a decisão judicial proferida persistiram mesmo diante de um sistema mais simples, todavia incapaz de conter previsão legal para a quantidade de situações levadas a juízo.

Muito se discutiu e ainda se discute na doutrina e jurisprudência acerca da prescindibilidade dos requisitos impostos ainda pelo CPC de 1939, que mesmo revogado continua alimentando controvérsias. Mas o que realmente importa é que este princípio da fungibilidade recursal, mesmo implícito, persiste e é indispensável à administração da justiça.

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 59.

Além dessa hipótese existem outras situações em que o princípio da fungibilidade tem aplicação, como por exemplo, com demandas possessórias e nas cautelares.

A posse é um instituto tradicionalmente protegido pelo direito material e processual civil, que no direito processual possui ações possessórias cabíveis nos casos de ameaça, turbação ou esbulho parecem estar bem delimitadas na legislação processual e sem maiores complicações quando há a necessidade de sua utilização. Mas na prática não é exatamente o que ocorre. O autor da demanda enfrenta muitas dificuldades na descrição pontual dos fatos que dão margem à ofensa de sua posse. Não obstante, a alegada ameaça pode rapidamente transformar-se no curso do processo em esbulho ou turbação, assim como a turbação pode gerar um esbulho.

O legislador, já prevendo a ocorrência destas situações, exatamente pelo dinamismo que abarca a relação jurídica de direito material, possibilitou o emprego do artigo 920 do Código de Processo Civil, inserindo-o na legislação processual, de tal modo que a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará o juiz de conhecer do pedido e outorgar a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados. Muito embora as situações que ensejam o cabimento de cada ação sejam diferentes, a finalidade de proteção à posse é comum a todas elas e, com isso, a fungibilidade passou a ser prevista em lei nos interditos possessórios.

Na fungibilidade entre as cautelares, o art. 805 do CPC, prevê expressamente que a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Com o fim de assegurar os interesses do jurisdicionado que aguarda o provimento jurisdicional, o legislador, antevendo algumas das situações do cotidiano, inseriu no CPC as medidas cautelares típicas.

O próprio legislador admitiu a impossibilidade de prever todas as possibilidades em que a segurança fosse necessária ao criar o art. 798 do CPC. Assim, preenchendo o autor da cautelar os requisitos do art. 798 do CPC, que são idênticos aos da cautelar nominada – *fumus boni iuris e periculum in mora* - mas não do arresto por exemplo, o juiz deverá conceder a medida, todavia, com base no poder geral de cautela.

De tal maneira, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são os requisitos fundamentais das medidas nominadas e inominadas (art. 798 do CPC) e pelos quais o processo cautelar tem sua existência justificada. Humberto Theodoro Júnior “ressalta que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância”⁵⁹. O interesse é sempre idêntico: evitar que o direito venha a perecer ou pereça na demora do iter procedimental do processo principal, para que o provimento jurisdicional final seja eficaz.

Outrossim, com a edição da Lei 10.444 de 2002 que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, prevendo expressamente a fungibilidade entre as tutelas de urgência, tornou-se desarrazoada a discussão em torno da fungibilidade das medidas cautelares. Se a fungibilidade entre uma medida cautelar e a antecipação de tutela foi consagrada pela legislação processual em vigor não há que se limitar à fungibilidade entre as próprias medidas cautelares.

A importância e utilidade da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada será detalhadamente demonstrada nos tópicos que se seguem.

4.2.1 Fungibilidade Recursal

O princípio da fungibilidade, empregado com maior intensidade no sistema recursal, parte da idéia de troca, substituição. No âmbito recursal significa que um recurso pode ser recebido por outro, desde que respeitados certos requisitos.

Durante um longo período, a idéia da fungibilidade esteve basicamente atrelada aos recursos constantes no Código de Processo Civil Brasileiro. Ocorre que mesmo antes da previsão expressa da fungibilidade no CPC de 1939 já se tinha notícia no direito estrangeiro, basicamente alemão e português, da concepção sobre a fungibilidade. Na Alemanha, através do recurso indiferente (*Sowohl-als-auch-Theorie*), modernamente denominado princípio do maior favor (*Grundsatz der Meistbegünstigung*), ressaltando a importância de não se prejudicar à parte por meio da interposição de um recurso por outro nos casos em que a decisão houvesse sido erroneamente proferida. No direito português a noção do recurso indiferente alemão também era e continua sendo empregado no CPC do país. No direito processual brasileiro sua codificação se deu primeiramente nos Códigos Estaduais de Minas Gerais, Distrito Federal e Rio de Janeiro. Em outros Estados, como o Rio Grande do Sul, houve aceitação por parte da jurisprudência⁶⁰.

O art. 810 do CPC passou a prever, expressamente, a fungibilidade recursal nos seguintes termos: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados a Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”.

Essa previsão expressa da fungibilidade recursal se deu justamente pela promiscuidade verificada não somente pelas dúvidas ocasionadas quanto ao recurso pertinente, gerada pelo desconhecimento do teor da decisão (se de mérito, se terminativa ou definitiva, se interlocutória ou meramente despacho), mas ao mesmo

⁶⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 140-141, 175.

tempo, pela quantidade de recursos previstos, o que fazia com que as partes tivessem grande dificuldade de optar pelo recurso mais adequado para impugnar o *decisum* proferido.⁶¹

Por meio da inserção deste art. 810 no CPC, intentava-se uma menor formalidade, privilegiando a manifestação da vontade às partes, não devendo ser estas prejudicadas no seu direito de recorrer, demonstrando seu inconformismo perante a decisão judicial, mesmo que interposto um recurso errôneo.

No entanto, dois requisitos foram interpostos pelo legislador: a má-fé e o erro grosseiro. Portanto, para que houvesse a possibilidade de recebimento de um recurso por outro, acolhendo expressamente a fungibilidade no sistema de recursos, a doutrina e a jurisprudência partiram em busca da delimitação de conceitos para ambos os requisitos de modo satisfatório. A delimitação desses conceitos foi baseada em critérios casuísticos e empíricos, não obtendo aceitação universal no estabelecimento de uma fórmula genérica⁶².

O erro grosseiro, segundo a melhor doutrina é o único que pode ser exigido, sendo aquele em que se verifica a dúvida objetivamente demonstrável ou atestável por divergências na doutrina ou na jurisprudência sobre qual o recurso mais adequado a impugnar aquela decisão judicial, estando obrigatoriamente ausente de erro grosseiro⁶³.

Assim sendo, configura claramente erro grosseiro o recorrente que interpõe o recurso errado quando o correto encontra-se expressamente previsto em lei, de maneira inequívoca. É preciso que haja dúvida fundada e objetiva, capaz de dar

⁶¹NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 139.

⁶²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade nos recursos cíveis*, p. 48.

⁶³WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de.; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*, p. 572.

origem ao uso equivocado de um recurso, originado pelo próprio sistema recursal e não da insegurança pessoal ou falta de preparo do profissional.⁶⁴

O erro grosseiro pode ser afastado por três motivos: 1) a lei não fosse suficientemente clara no que se refere ao cabimento do recurso; 2) existência de divergência na doutrina e 3) não houvesse desacordo na jurisprudência quanto ao recurso adequado.⁶⁵

Diante desses parâmetros que foram desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência acerca da caracterização do erro grosseiro, pode-se afirmar que estes ainda se encontram certa resistência, embora em sua maioria pacificada, o mesmo não se pode dizer com relação à má-fé.

O maior problema encontrado no CPC de 1939 estava concentrado na idéia de má-fé. Qual a medida certa para aferir se o recorrente age de má-fé? Por tratar-se de um critério eminentemente casuístico e subjetivo, a doutrina e jurisprudência antiga e inclusive atual jamais chegaram a um consenso. Mas uma das formas que a doutrina estabeleceu para identificar se a parte agia ou não com má-fé era a questão da interposição do recurso errôneo no prazo menor, prazo este do recurso que o recorrente deveria ter se utilizado.⁶⁶

Embora a questão do prazo menor não integrasse legalmente os requisitos estipulados no art. 810 do CPC, significaram para uma parte da doutrina e jurisprudência a demonstração de que a parte estava de boa-fé, tamanha a dificuldade de delimitar, na prática, sua ocorrência.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 522.

⁶⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 216. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 146.

⁶⁶ JUNIOR, Sidnei Amendoeira. *Fungibilidade de meios*, p. 200.

A inexistência de má-fé e a observância do prazo entendido como o correto passou a funcionar como dois requisitos exigidos além da não configuração do erro grosseiro. O problema do entendimento que versa sobre a interposição do recurso equivocado no prazo do recurso correto, hipótese esta que ocorre sempre que os prazos recursais são diferentes, como por exemplo entre o agravo e a apelação, que possuem, respectivamente, dez e quinze dias de prazo, ainda tem lugar na doutrina e jurisprudência para aqueles que acreditam que a parte pretende se beneficiar, aproveitando-se de apenas cinco dias de diferença entre os recursos e o fazendo de caso pensado, pretendendo protelar o processo, por ter perdido o prazo ou mesmo para evitar a preclusão ou a coisa julgada formal.

Mas esquecem-se estes que a preocupação maior da inserção da fungibilidade no sistema processual civil é de que a parte tenha o direito de recorrer, portanto, se ao interpor um recurso o recorrente entende que a peça mais apropriada à decisão proferida é o Recurso de Apelação, restando-lhe o prazo de quinze dias, porque deveria se preocupar em fazê-lo em prazo menor se a própria lei silencia a esse respeito? Se a fungibilidade foi sistematizada justamente com a intenção de beneficiar a parte nos casos de dúvida objetiva, derivada da própria lei, para que a preocupação exacerbada com a má-fé, má-fé esta que não é evidente e em assim sendo não pode ser presumida. Ao recorrente não é imposto demonstrar a boa-fé, pois esta é presumida, já a boa-fé não.⁶⁷

Não há qualquer motivo plausível para que tal pensamento se perpetue no ordenamento jurídico. Se o intuito foi exatamente o de proporcionar às partes pleno acesso à justiça e para tal há que se respeitar o devido processo legal criado pelo próprio legislador não há o porquê de se complicar este entendimento inventando barreiras à aplicação da fungibilidade.

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 169-170.

Na tentativa de se superar este obstáculo de não se presumir a má-fé o prazo recursal passou a ser um requisito que deveria ser rigorosamente observado para se impedir a apreciação de um recurso impróprio de prazo maior. A objeção principal que se faz ao considerar como característica da má-fé o prazo menor é justamente a incidência da preclusão ou do trânsito em julgado, não se podendo admitir que a parte contrária fosse prejudicada quando da preclusão ou formada a coisa julgada por engano da parte recorrente⁶⁸.

Dessa forma, é possível concluir-se pela dificuldade de se atribuírem conceitos para a má-fé e o erro grosseiro. No que tange o erro grosseiro não se pode destacar a dúvida objetiva como se ambos não fizessem parte, pois se não há erro grosseiro é porque existe a dúvida objetiva e vice-versa⁶⁹.

Quanto à má-fé, dúvidas não se sobrepunham à sua validade como requisito da fungibilidade no Código de Processo Civil de 1939, predominando o entendimento de que o prazo menor constituía um terceiro do art. 810⁷⁰.

Porém, situação totalmente adversa se dá na edição do CPC em 1973. Na Exposição de Motivos do CPC, Alfredo Buzaid deixou clara a sua pretensão de simplificar o sistema recursal, justificando expressamente a ausência de previsão do princípio da fungibilidade recursal, referindo-se a este assunto da seguinte maneira: “É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do ‘recurso indiferente’ (Sowohl-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que

⁶⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 145-146.

⁶⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 225-229. Em sentido contrário NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 170, que defende a existência de dois requisitos: a dúvida objetiva e o erro grosseiro, não devendo a má-fé ser considerada como requisito.

⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 218.

os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo” (item 31).

Restou claramente demonstrado que a intenção de Buzaid ao redigir o CPC atual pretendeu a racionalizar o sistema visando sanar a confusão anteriormente existente tornando mais simples a sistemática recursal, operacionalizando-o com o objetivo de proporcionar a obtenção da tutela jurisdicional de forma mais adequada, efetiva e justa.

Para tanto, o art. 162 do CPC de 1973 foi modificado, separando o que denominou de atos do juiz no processo em despachos, que seriam irrecorríveis, de decisões interlocutórias caberia agravo e das sentenças caberia apelação. Com isso o novo Código não previu expressamente o princípio da fungibilidade por reputar dispensável tal princípio haja vista a clareza e simplicidade do sistema atual.

Decorre que, como elucida Teresa Arruda Alvim Wambier:

Como era de se esperar, todavia, a realidade logo se mostrou mais rica e mais complexa do que a imaginação do legislador e, embora mais raramente do que ocorria no sistema anterior, começaram efetivamente a surgir hipóteses em que havia realmente dúvidas, expressadas na doutrina e refletidas na jurisprudência discrepante, a respeito de qual seria o recurso adequado para esta ou aquela situação.⁷¹

Alguns dos argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência versavam sobre a impossibilidade de dúvida, principalmente pela simplicidade do sistema recursal abarcado pelo novo CPC e, ao mesmo tempo, que a ausência de disposição legal do princípio da fungibilidade desautorizaria sua utilização.

O primeiro argumento não se sustentava, pois como evidência Teresa Wambier a realidade fática é muito mais ampla e complexa do que as situações

⁷¹ *Revista de Processo*, São Paulo, p. 134.

compreendidas pelo legislador. Quanto ao segundo argumento Nelson Nery Junior traz à tona que os princípios normalmente são regras de ordem geral que muitas vezes se originam do próprio sistema jurídico, não precisando configurar-se expressamente em normas legais para impor eficácia e validade. Em assim sendo, não se pode afirmar que a fungibilidade dos recursos não se aplica ao CPC por não estar expressa⁷².

Não se deve, de maneira alguma, prejudicar os interesses do recorrente por um erro impungido pelo próprio sistema recursal através da falta de indicação precisa e inabalável do recurso adequado a debelar a situação proferida, e também pelo excesso de formalismo no recebimento do recurso, ficando ao menos obrigado a fornecer subsídios destinados a evitar prejuízos à parte interessada⁷³.

Por outro lado, não apenas situações novas ensejaram um sistema processual civil insuficiente como também a doutrina e a jurisprudência foram tomadas pela dúvida de qual recurso cabível perante o pronunciamento judicial proferido.

Indubitável, portanto, a necessidade da subsistência do princípio da fungibilidade recursal. Dito isso, indaga-se a respeito da prevalência dos requisitos anteriormente impostos pelo Código: má-fé e erro grosseiro. Há a permanência de ambos os requisitos ou as mudanças ocorridas na realidade fática e no CPC os alteraram?

No que tange o erro grosseiro seu conceito não se modificou, de tal maneira que em sendo a lei clara quanto ao recurso cabível e em não havendo dissenso na doutrina e jurisprudência, a interposição de recurso diverso do disposto na lei certamente configura erro grosseiro. As dúvidas conforme asseverado anteriormente

⁷² *Teoria geral dos recursos*, p. 139.

⁷³ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 221.

devem ser objetivamente demonstráveis ou atestáveis na doutrina e na jurisprudência.

O mesmo não se pode afirmar quanto à má-fé que, ao contrário do erro grosseiro é requisito de muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Isso se deve ao fato de que à época da edição do CPC de 1939 outras situações se impuseram para que a má-fé, requisito subjetivo, fosse incorporada ao sistema. Desde o início, a dificuldade em delimitá-lo foi enorme, principalmente porque esse requisito estava expressamente previsto, mas não na edição do Código atual, não se chegando até os dias de hoje a um consenso. Não obstante, se quanto à má-fé o consenso não predomina, diferente não é a situação da interposição do recurso equivocado no prazo menor, requisito este que mesmo ausente à previsão legal recebeu apoio elevando-se a uma terceira exigência para que a fungibilidade recursal pudesse ser utilizada.

Porém, não se pode perder de vista a impossibilidade de simplesmente transportar os requisitos de admissibilidade do princípio da fungibilidade recursal estabelecido no sistema anterior para o atual se a própria sistemática recursal sofreu mudanças, devendo ser visto de acordo com as necessidades e características atuais. Dessa forma, tem-se que a inexistência da má-fé, requisito exigido pelo art. 810 do CPC anterior deve ser afastado⁷⁴.

Nesses requisitos, má-fé e erro grosseiro, não se insere no contexto a observância do prazo entendido como correto, que decorre puramente da interpretação doutrinária e jurisprudencial. Não havia nenhuma razão lógica para tal exigência, posto que a coisa julgada se formava sob a condição resolutive da subsequente interposição do recurso equivocado, mas que seria recebido no lugar do correto, pois inexistiria erro grosseiro ou má-fé⁷⁵, além de não haverem motivos que fizessem com que o recorrente se utilizasse um recurso equivocado se dele não

⁷⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 222.

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade nos recursos cíveis*, p. 51.

estivesse realmente convencido, afinal de contas é o seu direito de recorrer de uma decisão judicial que lhe é insatisfatória que está em jogo, podendo-se aplicar as sanções processuais previstas nos arts. 16 a 18 do CPC, para a litigância de má-fé⁷⁶.

Dessa maneira, no enfoque atual do princípio da fungibilidade recursal o posicionamento jurisprudencial se mantém quanto à observância do prazo recursal que seria o correto, mas a doutrina majoritária se insurge defendendo que o prazo do recurso interposto deve ser respeitado⁷⁷.

Nesse passo, o requisito da má-fé, assim como a observância do prazo para o recurso, não constitui requisitos atuais para o princípio da fungibilidade⁷⁸, principalmente se levados em consideração o princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas, previsto expressamente no art. 250 do CPC, prevalecendo apenas o pressuposto do erro grosseiro, caracterizado pela incidência da dúvida objetiva, que ocorre justamente quando a lei processual não é suficientemente clara e incertezas jurisprudenciais e doutrinárias pairam acerca de definir qual o recurso correto para a situação concreta, devendo ser aceito um recurso por outro.

Não obstante, a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos gera grande problema posto que o procedimento do recurso interposto e o recurso correto são diferenciados devendo ser adaptados.

Essa questão procedimental reveste-se de maior importância haja vista que não se opera nenhuma modificação no pedido ou causa de pedir do recurso interposto, ressalvando-se apenas uma adequação da forma e competência para

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 170.

⁷⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 158.

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 169 e JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 222; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*, p. 572.

processamento e julgamento do mesmo, preservando-se os fundamentos e pretensão recursal⁷⁹.

Uma maior relevância procedimental tomou lugar após a alteração do recurso de agravo por meio da Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, passando a interposição do mesmo a ser realizada perante o Tribunal competente (art. 524, caput do CPC).

Isso se deve ao fato de que a concentração de casos em que o princípio da fungibilidade recursal é empregado se opera entre o agravo e a apelação, sendo esta interposta no juízo de origem (art. 514 do CPC).

Tal alteração não pode significar de maneira alguma obstáculo à aplicação do princípio, significando que à doutrina e a jurisprudência, cabe definir o procedimento a ser empregado.

Assim, no caso de ser interposta a apelação, tanto o juízo a “quo” quanto o juízo ad quem tem competência para aplicar a fungibilidade já que ambos realizam o juízo de admissibilidade. No caso da fungibilidade ser aplicada pelo juízo de origem, recebendo o recurso de apelação como agravo, o magistrado determinará que o recorrente indique as peças necessárias para a formação do instrumento através de sua intimação, procedendo ao próprio juízo à formação deste e de sua remessa ao Tribunal competente⁸⁰.

Porém, se chegando ao Tribunal, o relator entender que o correto era o recurso de apelação, mesmo que a fungibilidade tenha sido equivocadamente aplicada, deverá ser determinada a remessa ao juízo a quo devendo ser processado da forma adequada. Outrossim, se o equívoco se der já em segundo grau não

⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 117.

⁸⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 240.

haverá maiores agravamentos, pois os autos já estarão de forma completa no Tribunal, sendo desnecessária qualquer complementação inclusive com a manifestação do recorrido, encontrando-se apto o recurso para julgamento⁸¹.

Situação um pouco diferente ocorre quando o recurso de agravo, interposto diretamente no juízo ad quem por previsão legal, é recebido como apelação, aplicada à fungibilidade.

No momento da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, pode ocorrer o caso de tanto o relator quanto o órgão colegiado entenderem pela fungibilidade. Em sendo o relator, deverá o agravado ser intimado para oferecer as contra – razões e estará apto para julgamento, pois os documentos faltantes para a apreciação da apelação já deverão encontrar-se presentes⁸².

Em caso de o juízo de admissibilidade ser realizado pelo órgão colegiado, maiores dificuldades não se apresentaram, bastando que o órgão julgador efetue diretamente o julgamento, porque todas as peças, inclusive as contra – razões já estarão presentes encontrando-se o recurso apto a ser apreciado.

Se necessária à complementação das custas processuais pela verificação de alguma diferença entre o valor depositado e a depositar, o recorrente será intimado para fazê-lo nos termos do art. 511 do CPC.

Por fim, pode-se constatar que a modificação introduzida pela Lei no recurso de agravo em nada prejudicou o emprego do princípio da fungibilidade, sendo

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 171.

⁸² JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, p. 241. Em sentido contrário, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 171, entende que o agravante deverá ser intimado dessa decisão que recebe o agravo como apelação e enviar os autos ao juízo de origem para que só então seja processado como recurso de apelação.

apenas uma questão de adaptação às novas necessidades impostas pela modernidade.

Não se pode, pelo formalismo exagerado que sempre acompanhou o desenvolvimento da ciência processual se prolongar eternamente, principalmente na área recursal que demonstra imenso apego às regras. O princípio da fungibilidade nos recursos, mesmo na falta de previsão expressa, tende a ser extremamente valorizado e utilizado equiparando-se e muito ao princípio da instrumentalidade das formas que objetiva realizar efetivamente o direito das partes.

É preciso que os doutrinadores e operadores do direito liberem-se das amarras da formalidade da lei que, há muito, demonstrou ser incapaz de prever todas as situações decorrentes do direito material. E, em assim não procedendo, o processo civil servirá apenas como obstáculo à realização da prestação jurisdicional e não como instrumento para o alcance deste.

4.2.2 Fungibilidade das possessórias

A posse é um instituto tradicionalmente protegido pelo direito material e processual civil. No direito material, pode-se encontrar nos artigos 1.196 e seguintes a definição de possuidor e o seu direito à posse. Já no direito processual civil, as ações possessórias estão disciplinadas nos artigos 926 a 933 constituindo a penas a reintegração e manutenção da posse e o interdito proibitório.

Essas ações são denominadas típicas haja vista que tem por escopo proteger a posse, garantindo-se a paz social. Por tal motivo específico de se dar proteção especial à posse não se discute a propriedade, mesmo que indiretamente ou de forma incompleta. A propriedade obviamente não objetiva uma tutela jurisdicional

possessória e, portanto, ações como a nunciação de obra nova, denominadas ações petórias ou dominiais, além de outras demandas pertinentes à espécie⁸³.

As ações possessórias têm a função de proteger a posse nos casos de turbação, esbulho ou ameaça. A turbação se configura quando o possuidor tem a posse, mas é impedido de exercê-la na sua totalidade, como por exemplo, quando uma pessoa adentra o imóvel e colhe parte dos frutos cultivados pelo possuidor. Neste caso a perda da posse pelo possuidor não se opera em sua totalidade, cabendo ajuizar ação de manutenção da posse. Havendo esbulho, que se traduz na perda total da posse, ou seja, o possuidor é impedido de exercer livremente a posse sobre a coisa, podendo propor a ação de reintegração de posse. Exemplificando, é o caso de alguém que constrói um muro ao redor do imóvel, impedindo o possuidor de nele adentrar. Se houver um fundado receio de que a posse venha sofrer uma ameaça, utiliza-se o interdito proibitório a fim de impedir que a turbação ou esbulho se concretize. É o caso do possuidor ter sido abordado por uma pessoa que ameaça frontalmente de invadir o imóvel⁸⁴.

O cabimento das ações possessórias que se dá nos casos de ameaça, turbação ou esbulho parecem estar bem delimitadas na legislação processual e sem maiores complicações quando há a necessidade de sua utilização. Mas na prática não é exatamente o que ocorre. O autor da demanda enfrenta muitas dificuldades na descrição pontual dos fatos que dão margem à ofensa de sua posse. Não obstante, a alegada ameaça pode rapidamente transformar-se no curso do processo em esbulho ou turbação, assim como a turbação pode gerar um esbulho. O legislador, já prevendo a ocorrência destas situações, exatamente pelo dinamismo que abarca a relação jurídica de direito material, possibilitou o emprego do artigo 920 do Código de Processo Civil, inserindo-o na legislação processual, de tal modo que a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará o juiz de

⁸³ No mesmo sentido: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 405. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1291.

⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*, p. 184.

conhecer do pedido e outorgar a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados. Muito embora as situações que ensejam o cabimento de cada ação sejam diferentes, a finalidade de proteção à posse é comum a todas elas e, com isso, a fungibilidade passou a ser prevista em lei nos interditos possessórios.

A fungibilidade tem previsão expressa no CPC desde 1939 no art. 375, mas à época somente era alcançada pelos interditos de manutenção e reintegração, não induzindo nulidade à utilização de uma por outra uma vez que os seus requisitos fossem devidamente preenchidos. Atualmente, o CPC abrange as ações de manutenção, reintegração ou interdito proibitório.

O autor da demanda possessória tem o ônus de, na petição inicial, individualizar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Mas, o legislador, ao considerar as peculiaridades de algumas situações de direito material, permitiu ao juiz que, no curso do processo, após analisada a causa petendi originária e sua subsequente variação, pudesse alterar a extensão da pretensão deduzida pelo demandante⁸⁵.

⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 145. Em sentido contrário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1291, não entendem que a causa de pedir possa conter variações: “O CPC 920 estabelece que a propositura de uma ação possessória em lugar de outra não impede que o juiz conheça do pedido e conceda a proteção que entender adequada, desde que os requisitos para essa concessão estejam provados nos autos. É o que se denomina em doutrina de princípio da fungibilidade dos interditos possessórios. É preciso mencionar, entretanto, que o juiz deverá conhecer do pedido na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu (já que a ação é dúplice), não podendo ser alterada a causa de pedir.” Já Mário Helton Jorge, interpreta o entendimento dos autores acima referidos de não poder ser alterada a causa de pedir, tendo me vista que se baseiam no elemento constante da ofensa à posse, e acrescenta a este entendimento: “embora *não* considere que a variação da intensidade da ofensa à posse modifique a causa petendi originária e o provimento final”. JORGE, Mário Helton. O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada. *Revista de Processo*, p. 45, se filia ao entendimento TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, p. 145. solucionando a questão da escolha do remédio possessório adequado e permitindo que na mesma demanda, na hipótese de eleição equivocada daquele ou modificação das circunstâncias fáticas demonstradas pelo demandante, caracterizando um fato superveniente expressamente previsto no artigo 462 do CPC.

No entanto, a pretexto da fungibilidade não pode o autor se esquivar de descrever precisamente os fatos que ocorreram ou estão ocorrendo, ou pelo menos dar uma idéia ao juiz no momento da distribuição da demanda juntamente com a formulação do pedido de proteção possessória que entender cabível. Porém, há certas situações, em que há a alteração dos fatos da causa de pedir e, nestes casos embora não haja identidade da causa petendi, o disposto no art. 920 do CPC não poderá deixar de ser aplicado⁸⁶.

Por outro lado, não se permite que na pendência de uma ação possessória outra seja proposta, pois lhe faltaria interesse processual para tal empreitada⁸⁷.

Assim sendo, verifica-se que a possibilidade do juiz conceder uma tutela jurisdicional diferente da que foi deduzida no pedido inicial, simplesmente porque o autor propôs uma ação possessória em lugar de outra, ou mesmo que ocorra uma variação na causa petendi, portanto diferente da inicialmente proposta, deduz-se que a fungibilidade prevista no art. 920 do CPC ocorre não somente no pedido, mas na causa de pedir, constituindo uma exceção ao princípio da adstrição da sentença ao pedido e da congruência, respectivamente nos arts. 128 e 460 do CPC⁸⁸. Há literalmente uma *mutatio libeli* autorizada expressamente em lei.

Essa fungibilidade é perfeitamente justificável na medida em que na prática muitas vezes é difícil para o autor distinguir perfeitamente qual a medida mais adequada para proteger a ofensa à posse, mesmo porque no decorrer da demanda a ameaça à posse pode modificar-se em esbulho ou turbação, ou a turbação em

⁸⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 191.

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1291.

⁸⁸ No mesmo sentido FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 405, defende que a fungibilidade das ações possessórias não constitui uma exceção a regramento art 460 do CPC, pois o pedido será sempre de proteção possessória diferindo-se apenas quanto à extensão, embora o seu pedido possa ter mais uma forma e a descrita pelo demandante não seja a mais apropriada. Em sentido contrário JORGE, Mário Helton. O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos na Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada. *Revista de Processo*, p. 46.

esbulho e o juiz não poderia de maneira alguma deixar de julgar a causa originando um dano ao direito de posse do jurisdicionado que levou seu litígio a juízo e não obteve resposta satisfatória⁸⁹.

Por meio de um exame mais detido das ações possessórias, pode-se dizer deduzir que não só de deficiências e obscuridades o sistema processual é portador, mas, de outro ângulo, por parte do autor da demanda também podem ocorrer equívocos além de modificações das circunstâncias fáticas a que o autor está sujeito e que ocorrem independentemente de sua vontade, desde que, obviamente estejam presentes os requisitos para a concessão da medida adequada.

Estes motivos não impediriam o legislador de através de uma visão mais ampla e que busca resultados mais ágeis e eficazes, deixar de lado o excesso do formalismo que tanto prolonga o desenvolvimento da ciência processual, devendo ser utilizada a regra contida no art. 920 do CPC sem ressalvas.

4.2.3. *Fungibilidade das cautelares*

No processo cautelar também a fungibilidade está consolidada no sistema do CPC. Por meio do art. 805 a expressa previsão de que a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente, espancou quaisquer lacunas ou incertezas acerca desse assunto.

⁸⁹ No mesmo entendimento TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, p. 145. Em identidade às idéias acima explanadas, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 404, acrescenta uma outra hipótese que se baseia no erro do autor quanto ao fato em si, melhor dizendo, a informação trazida aos autos pelo autor é errônea.

As medidas cautelares foram criadas como meio de possibilitar uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz justamente pelo princípio da inalterabilidade do controle jurisdicional. Portanto, a razão de ser das cautelares é garantir condições de preservar um provável resultado prático do processo principal, *fumus boni iuris*, quando existe risco do pronunciamento jurisdicional não ser eficaz, *periculum in mora*.

Com o fim de assegurar, preservar os interesses do jurisdicionado que aguarda o provimento jurisdicional o legislador, antevendo algumas das situações do cotidiano, inseriu no CPC as medidas cautelares típicas. É o caso do arresto, seqüestro e demais medidas previstas dos arts. 813 a 889 do CPC. Mas diante da realidade social, que é muito dinâmica, as medidas cautelares não poderiam encontrar-se restritas somente às providências típicas ou nominadas, porque o intuito da lei é o de assegurar meios de coibir situações de perigo que possam de qualquer maneira comprometer a eficácia e utilidade do processo principal.

Assim sendo, diante de situações de perigo não previstas ou não expressamente reguladas pela lei, o legislador, com o art. 798 criou o denominado poder geral de cautela, assim denominado pela doutrina, através do qual caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação⁹⁰.

De tal maneira, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são os requisitos fundamentais das medidas nominadas e inominadas e pelos quais o processo cautelar tem sua existência justificada. Humberto Theodoro Júnior “ressalta que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância”.⁹¹ O interesse é sempre idêntico: evitar que o

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 481.

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 481.

direito venha a perecer ou pereça na demora do iter procedimental do processo principal, para que o provimento jurisdicional final seja eficaz.

Diante do art. 805 do CPC muitos questionamentos se fazem acerca da fungibilidade dentre estes: é possível a fungibilidade entre medidas cautelares típicas e atípicas?

A resposta para esta pergunta é positiva, mas desde que seus requisitos fundamentais, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sejam preenchidos.⁹² Qualquer pretensão, não se excluindo estas em hipótese alguma, visto que sua importância fundamental para evitar a lesão a um direito irreparável ou de difícil reparação, é legitimamente qualificada de proteção. Não se pode dizer que devido à ausência de previsão legal da medida, como são as cautelares típicas, o direito a essa proteção seja omitido, pois “ se todo direito corresponde uma ação a todo direito correspondente, também, e necessariamente, uma cautela”.⁹³

O próprio legislador admitiu a impossibilidade de prever todas as possibilidades em que a segurança fosse necessária ao criar o poder geral de cautela e em assim sendo não haveria nenhum sentido em se criar um poder geral de cautela pela comprovada insuficiência de prever todas as situações do cotidiano e depois restringir sua utilização em hipóteses que não estivessem taxativamente previstas nas medidas típicas.⁹⁴ Assim, preenchidos os requisitos do art. 798 do CPC, mas não do arresto por exemplo, o juiz deverá conceder a medida, todavia, com base no poder geral de cautela.

⁹² VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *A fungibilidade na tutela de urgência*, p. 64. No mesmo sentido: MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Tutela Cautelar*, p. 231; Marcus Vinícius Abreu Sampaio. *O poder geral de cautela do juiz*, p. 194.

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 748.

⁹⁴ JUNIOR, Sidnei Amendoeira. *Fungibilidade de meios*, p. 286.

O doutrinador Araken de Assis se opõe contundentemente a esse posicionamento afirmando que a fungibilidade entre medidas típicas e atípicas tornaria letra morta a disciplina das medidas típicas, posto que o autor sempre se submeteria a formular o pedido baseado no poder geral de cautela ao invés de se arriscar e não preencher os requisitos da medida cautelar nominada.⁹⁵

Na busca pela proteção jurídica do caso concreto Ovídio Batista defende que:

Diz-se que há, entre as medidas cautelares a característica de serem elas entre si fungíveis, de modo a possibilitar a substituição de uma por outra, dentro de certos limites e sempre que tal transformação seja indicada pelas circunstâncias para melhor compatibilizar a tutela às necessidades do caso concreto. Isto pode ocorrer em razão de um pedido especial de uma das partes, na hipótese prevista pelo art. 805, como pode igualmente justificar a concessão pelo juiz de uma medida cautelar diversa daquela pedida pelo autor, sempre que esta lhe pareça mais adequada às circunstâncias do caso concreto.⁹⁶

No que tange à liberdade do magistrado de conceder a medida mais adequada ao caso concreto, Humberto Theodoro Júnior tem posicionamento idêntico quando afirma que o órgão jurisdicional tem o poder de conceder à medida que mais fielmente exercer função assecuratória da eficiência e utilidade do processo principal.⁹⁷

Outro ponto que merece esclarecimento é quanto ao pedido realizado pelo autor da medida cautelar. O magistrado ao analisar a causa de pedir, amoldará o pedido, tornando-o adequado de acordo com a necessidade descrita.⁹⁸ Mas obviamente que essa substituição de uma por outra somente é possível nas ações

⁹⁵ ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas, p. 49.

⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 175.

⁹⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 150.

⁹⁸ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo, p. 146.

cautelares antecedentes ou incidentais, de natureza patrimonial, portanto, que visem garantir a execução.⁹⁹

A *causa petendi* é que define e fixa os limites do litígio deduzido pelo autor e possibilita ao juiz o conhecimento acerca do possível conteúdo e efeitos do provimento judicial adequado, sendo o pedido fungível.¹⁰⁰

Quanto à caução prevista no art. 805 do CPC, esta não se confunde com o art. 804, posto que a primeira se constitui em cautela substitutiva a ser prestada pelo requerido que pretende a substituição da medida, enquanto a segunda é contracautela prestada pelo autor que pretende a concessão liminar da medida cautelar, quando assim determinar o juiz da causa.

Portanto, a partir da causa de pedir descrita pelo autor, o juiz concederá a medida pleiteada ou a que entender cabível, “*ex officio*” ou a requerimento de qualquer uma das partes.

O preceito legal impõe como requisitos à adequação e a suficiência da medida para evitar a lesão ou repará-la integralmente. Por adequação pode ser entendida a aptidão genérica da caução para garantir a mesma natureza e eficiência da medida anterior e suficiência é a expressão quantitativa da medida, suficiente para cobrir o valor do risco de prejuízo acobertado. Ambas para tanto devem ser idôneas.¹⁰¹

O procedimento de substituição pela caução tem sido controvertido. Theodoro Júnior entende que a substituição, quando requerida pela parte deve se dar em autos apensos ao da medida decretada, tendo em vista que a parte contrária terá o

⁹⁹ Cf. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 260.

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 169.

¹⁰¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*, p. 151.

ônus de se manifestar podendo até surgir um contraditório incidental que demandará por produção de provas, ex. documental e avaliação do bem.¹⁰² Já Ovídio Baptista entende que o pedido de substituição da medida cautelar se processe nos próprios autos e, se necessário for a produção de provas e análise de impugnações mais complexas, que o juiz as faça em apartado dos autos da ação cautelar, para que ambas se processem simultaneamente.¹⁰³

A polêmica acerca da possibilidade da fungibilidade acredita-se ser cada vez em menor escala haja vista a preocupação crescente dos doutrinadores, legisladores, juízes e demais operadores do direito com a instrumentalidade das formas onde:

*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.*¹⁰⁴

Outrossim, com a edição da Lei 10.444 de 2002 que acrescentou o § 7 ao art. 273 do CPC, prevendo expressamente a fungibilidade entre as tutelas de urgência, tornou-se desarrazoada a discussão em torno da fungibilidade das medidas cautelares. Se a fungibilidade entre uma medida cautelar e a antecipação de tutela foi consagrada pela legislação processual em vigor não há que se limitar à fungibilidade entre as próprias medidas cautelares.

¹⁰² Cf. Id. Ibid. Em sentido contrário LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 370.

¹⁰³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 177. Em sentido parcialmente JORGE, Mário Helton. O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada, p. 59, defende que: “a substituição ou modificação da medida deferida liminarmente, ou no curso do processo, pode ocorrer nos próprios autos sendo suficiente o simples pedido do interessado com a audiência da parte contrária, sobrevindo à decisão do juiz. Ou, de outro modo, o juiz *ex officio* pode decretar a *fungibilidade* com suas razões”.

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 746.

4.3 Fungibilidade das tutelas de urgência

A edição da Lei 10.444, de 07-05-2002, consagrou no sistema processual § 7º ao art. 273. A disposição expressa desse instituto entre as tutelas de urgência sacramentou eventuais dúvidas da impossibilidade de se reuni-las facilitando a visualização de semelhanças entre elas.

Cada qual com suas técnicas diferenciadas para melhor atender o jurisdicionado, ambas possuem diferenças e semelhanças importantes na tentativa de se evitar um dano ocasionado pela demora na prestação jurisdicional. O equilíbrio é base para a fundamentação de qualquer exposição, devendo ser rechaçadas de imediato as tentativas destinadas a impedir tal objetivo.

A Constituição Federal possui valores garantidos que se sobrepõem a qualquer excesso de formalismo. Valores como efetividade da jurisdição e segurança jurídica são indispensáveis à administração da Justiça desde que equilibrados. Muitas situações fazem com que a efetividade se sobreponha à segurança jurídica para atender o interesse de se evitar a consumação de um dano irreparável ou de difícil reparação, mas isso se deve ao fato de que não adianta uma prestação jurisdicional que manifeste um devido processo legal se, ao fim, não houver um resultado prático útil na vida dos jurisdicionados. E é justamente nesse sentido que a doutrina, a jurisprudência e, a medida do possível, o legislador caminham.

A empregabilidade dos princípios de acesso efetivo à justiça, economia processual, instrumentalidade das formas, celeridade processual e razoabilidade, visam garantir que o preceito de uma tutela justa, efetiva e adequada seja alcançada, gerando paz social, motivo este que alimenta a existência do Estado como administrador da justiça por meio da jurisdição.

4.3.1. Aspectos legais

No intuito de sempre possibilitar o alcance da tutela jurisdicional no menor tempo possível o legislador entendeu por bem a inserção da tutela antecipada no processo de conhecimento, Livro I, no artigo 273.

Essa novidade no ordenamento jurídico reacendeu as chamadas de um processo mais justo, adequado e efetivo em um menor tempo, fato este que por si só já causa danos devastadores ao direito material do jurisdicionado.

O *iter* procedimental estabelecido no CPC de 1973 que privilegiou o Estado liberal através das idéias individualistas, fez com que houvesse uma estabilização a conceitos como efetividade e instrumentalidade das formas, pois se dava maior valor a um decisório correto, não importando-se com a satisfação do direito da parte que acreditava-se seria correspondido em um segundo momento processual.

Ao mesmo tempo, valores como processo ser um instrumento para a realização do direito material, que foi durante um longo período desenvolvido como uma ciência processual autônoma e o pleno acesso à Justiça, garantido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, encarado somente como o direito a uma prestação jurisdicional, finalmente puderam ser transmutados com a técnica antecipatória.

Desde então houve uma preocupação massificada do legislador brasileiro em diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipatória para que fossem evitadas confusões, estabelecendo-se regimes e procedimentos diferenciados.

A tutela antecipada, conforme elucidado nos tópicos 2.1.1 e 2.3 supra, teve sua criação em um momento histórico muito importante da evolução da sociedade.

O desenvolvimento crescente da política, da economia, de uma população mais instruída e consciente de seus direitos e deveres e, em contrapartida um Poder Judiciário incapaz de promover Justiça em um prazo razoável pela falta de investimentos em melhoria e aumento de profissionais capacitados e de número de instalações aptas a controlar as exigências de um mundo globalizado fez com que a técnica cautelar, prevista no Livro III do CPC, tivesse suas capacidades distorcidas para atender a essas novas necessidades.

Por meio de medidas cautelares satisfativas buscava-se a satisfação do direito material, criando uma situação de difícil solução e afrontando a própria legislação e princípios estabelecidos até então. A lentidão do procedimento ordinário era inaceitável e quase sempre insuperável à satisfação do direito ameaçado de dano, muitas vezes não sendo capaz a própria cautelar de garantir a proteção desse interesse ameaçado ou violado.

Perante tal situação é que foi acrescido ao sistema processual o § 7º no art. 273 do CPC.

Com essa inovação realizada através da Lei nº 10.444, de 07-05-2002, “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.”

Assim passa-se privilegiar o incentivo de pleno acesso à justiça, não mais como apenas o direito a uma tutela jurisdicional, mas sim como o direito a uma tutela jurisdicional, repise-se, adequada, justa e tempestiva. Deve-se evitar a todo custo que um dano ao direito subjetivo ou seu agravamento ocorra e, para tanto, a efetividade é indissociável desse objetivo.

Para que o acesso a uma ordem jurídica justa seja alcançado é preciso, dois valores constitucionalmente garantidos, a segurança jurídica e efetividade não que ser aplicados de maneira equilibrada no ordenamento jurídico processual a fim de que possam acompanhar a Desta maneira a busca pela celeridade na prestação jurisdicional impôs o desenvolvimento de uma técnica mais eficaz que atenda esses conflitos de interesse que não podem aguardar sem danos a tutela jurisdicional definitiva.

Nesse contexto, a implementação das tutelas diferenciadas que tem função de desenvolver mecanismos de combate aos efeitos deletérios do tempo estão inseridas as técnicas de sumarização da cognição, denominadas tutelas de urgência que tem como espécies às medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela.

O § 7º do art. 273 do CPC, ao disciplinar, expressamente, a fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias pretendeu diminuir o abismo existente entre tutelas que possuem o mesmo objetivo: evitar o perigo de dano ocasionado pela lentidão processual. É sabido que pelo legislador que cada espécie das tutelas de urgência possui suas particularidades características mas, na prática, nem sempre as situações cotidianas são claras e explícitas a ponto de permitir às partes distinguir qual a medida mais apropriada.

A fim de enfrentar o rigorismo formal de que o sistema processual civil enfrenta é que a previsão expressa da fungibilidade se insere. No sentido de prevenir que devido à forma seja denegada uma tutela de urgência é que o legislador está lutando.

É inconcebível a idéia de que nos tempos atuais um direito que tem todas as características de que irá provocar um dano que o pleiteia se não for atendido seja

negado pelo magistrado com a justificativa de não preencher os requisitos daquela medida, por exemplo medida antecipatória, mas sim de uma medida cautelar.

Em um caso como esse onde a parte requer uma medida antecipatória mas não preenche seus requisitos, satisfazendo então os requisitos de uma medida acautelatória, portanto, de urgência, o autor da ação terá de propor uma nova ação, que conseqüentemente terá nova distribuição podendo ter o juiz outro entendimento. E então, novamente a parte arca com o prejuízo causado pela formalidade desmedida e tem que se conformar perante tal situação?

Um exemplo clássico que se encaixa perfeitamente nesse contexto é a da sustação de protesto cambiário. Para alguns se trata de simples medida cautelar e para outros de antecipação de tutela. Ocorre que apesar de uma maioria acreditar ser uma medida antecipatória, situações existem em que a parte mesmo sabendo disso não tem tempo ou elementos suficientes naquele momento para propor a ação pertinente com pedido de antecipação de tutela. Assim, o autor que terá um risco de dano imediato, de urgência justificada, não se vê diante de outro caminho senão requerer a proteção de seu direito utilizando-se do rito cautelar.

Isto ocorria porque quando a parte pleiteava uma tutela urgente o juiz não podia conceder outra, no caso a que entendesse correta, seja pelo motivo de os procedimentos serem diferentes, não correspondendo à natureza da medida e não poderia ser adaptado sob pena de transgredir o disposto no art. 295, V do CPC, seja porque os arts. 128 e 460 do CPC, que impõem a vinculação do juiz ao pedido seriam violados.

A discussão doutrinária e jurisprudencial que se estabelece acerca de uma possível fungibilidade de mão única, conforme expressamente previsto em lei e uma fungibilidade de mão dupla na qual se requer um menos (medida cautelar) e o

magistrado concede um mais (medida antecipatória) será amplamente demonstrado nos itens que se seguem.

O que realmente interessa é que há uma nítida preocupação do legislador contemporâneo em flexibilizar as tutelas de urgência com o objetivo de combater o rigorismo formal e os males do tempo no processo para que o acesso à Justiça e a efetividade da tutela jurisdicional sejam alcançados.

4.3.2. Aspectos doutrinários

Para que se possa demonstrar a repercussão doutrinária que pressionou o legislador ordinário a introduzir o § 7º ao art. 273 do CPC é necessário que se estabeleçam algumas premissas.

A primeira delas está intimamente ligada à fungibilidade recursal, justamente por estar o conceito de fungibilidade tradicionalmente ligado aos recursos, mas não somente na seara recursal mas também nas ações possessórias, cautelares (conforme anteriormente tratados nos itens superiores) e na tutela de urgência o que será largamente comentado no decorrer do presente tópico.

Como anteriormente exposto no tópico 3.2.1, a fungibilidade recursal admite que um recurso erroneamente interposto no lugar daquele que seria o correto seja devidamente processado como se assim o fosse. Para tanto, o requisito dúvida objetiva deve existir, desde que não se caracterize erro grosseiro. Não ocorrerá erro grosseiro desde que a parte aponte a existência de dissensões doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Embora o § 7º ao art. 273 do CPC nada dispusesse sobre a necessidade da existência da existência de dúvida objetiva sobre qual a medida apropriada e mesmo que tal característica estivesse presente no art. 810 do CPC de 1939 e ausente já no CPC de 1973 na área dos recursos, Joaquim Felipe Spadoni¹⁰⁵, entende que a demonstração desse requisito é medida indispensável para se evitar a má-fé do autor que tentar se utilizar um pedido de antecipação de tutela equivocado para obter medida cautelar incidental, abusando, portanto da Lei processual.

Mas é obvio que perante os princípios da efetividade, economia e instrumentalidade, tais posicionamentos se mostram inadequados, mesmo porque a boa-fé sempre se presume, já a má-fé não. Portanto, em caso de inexistência de dúvida objetiva na postulação equivocada da tutela de urgência, deverá o magistrado fazer uso da fungibilidade de tutela, pois não há no art. 273, § 7º do CPC intenção de prevenir má-fé ou abuso, somente a pretensão de se desburocratizar e flexibilizar o processo.¹⁰⁶ Da mesma maneira se passa a fungibilidade das possessórias e cautelares, havendo apenas para a fungibilidade recursal a imposição do requisito da dúvida objetiva.

Nesse contexto da imposição do requisito erro grosseiro à concessão da medida cautelar incidental quando postulada medida antecipatória desencadeou um entendimento minoritário¹⁰⁷ de que a medida cautelar típica não poderia ser deferida incidentalmente no processo de conhecimento porque seus requisitos são evidentes. Sua disposição legal está prevista no Livro III, portanto não haveria dúvida objetiva quanto à medida, sendo clara e inequívoca.

¹⁰⁵ Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência, p. 85. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme, *Antecipação de tutela*, afirma a necessidade da existência de dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela para aplicar-se a fungibilidade de tutelas, p. 162.

¹⁰⁶ Cf. DELFINO, Lúcio. *Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência*, p. 204 – 205.

¹⁰⁷ Cf. VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade*, p. 30. e SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 85.

Tais entendimentos devem ser rechaçados de plano, pois se a fungibilidade das cautelares, conforme tópico 3.2.3, é normalmente aceita e largamente utilizada não há o porquê de se negar que uma medida cautelar nominada seja deferida somente com a justificativa de previsão legal.

Não existe motivo plausível, principalmente no CPC que imponha a necessidade de que a dúvida objetiva seja demonstrada para o juiz aplicar a fungibilidade de tutelas, exceto uma formalidade exacerbada que precisa urgentemente ser abolida da mente dos operadores do direito.

Com exceção do inciso II do art. 273 do CPC que trata da hipótese do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, o *periculum in mora* é requisito presente em ambas às tutelas de urgência e, em assim sendo, a fungibilidade entre elas, ainda que não haja dúvida objetiva no caso concreto, admite que um pedido erroneamente formulado pela parte que entendeu ser este o mais adequado à situação de direito material seja substituído por outra, sendo irrelevante o equívoco cometido na formulação do pedido inapropriado na espécie.¹⁰⁸

O objetivo das tutelas de urgência é exatamente o de afastar o *periculum in mora*, não podendo se perder esse objetivo, face à leitura e interpretação rígida da lei processual, que privilegie apenas as formas e não se importa com a satisfação do direito material da parte. Pois, não é possível que após tanto tempo de tentativas incessantes de combater os efeitos maléficos do processo, alguns doutrinadores estejam pretendendo um retrocesso de tudo que já foi exaustivamente superado.

É o momento de se valorizar as garantias constitucionais posto que:

As medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da

¹⁰⁸ Cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*, p. 184.

*segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, exatamente para que a proteção dos direitos, amparada no direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) seja efetivo, adequado e tempestivo.*¹⁰⁹

Por outro lado, uma segunda premissa há que se estabelecer: as medidas antecipatórias e cautelares possuem características que lhes são comuns – a sumariedade da cognição e a provisoriedade de seu provimento - e função constitucional idêntica, mas são diferentes.

Outrossim, não se pode esquecer que cabe aos doutrinadores à jurisprudência e aos operadores do direito a determinação do enfoque pelo qual as tutelas de urgência serão interpretadas no sistema. Pode-se ter duas posições: a primeira, extremamente formalista, que privilegia as formas, sobretudo o que foi imposto pelo legislador e da mesma maneira que teve sua elaboração, sem questionamentos e complementações e uma segunda posição que pretende reaproximar os institutos pelas suas semelhanças.

Não se pode negar que a tutela antecipada é aquela que antecipa, total ou parcialmente, o pedido da parte, antecipando os efeitos fáticos do provimento jurisdicional final de mérito. Essa técnica de antecipação proporciona um provimento provisório, agilizando a satisfação fática do pedido final de mérito, realizando-se nos mesmos autos, podendo vir a confirma ou não esse provimento. Já a tutela cautelar pode ser definida como aquela que objetiva assegurar o resultado útil da ação principal à qual é apenas acessória, sem satisfazê-la.¹¹⁰

Sendo inegável que ambas as tutelas são de técnicas diferentes e tendo sido suas características expostas, facilmente se depreende que na teoria não existem maiores dificuldades em distingui-las e imposições de rigor técnico não constituem

¹⁰⁹ ZAVASCKI, *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, p. 62.

¹¹⁰ Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, p. 43-48.

obstáculo à sua utilização. Mas no cotidiano, na prática, essa formalização na diferenciação frente à diversidade de situações encontradas no caso concreto faz com que partes e juízes se confundam na escolha entre uma técnica e outra.

*A vida é muito mais rica que a imaginação do legislador e, por isso, não se submete docilmente às suas previsões normativas. Nenhuma regra jurídica pode ser imposta e acatada de maneira rígida, ou inflexível. Em direito, tudo é relativo, e se governa pela lógica do razoável do que pela lógica formal.*¹¹¹

De tal maneira o legislador precisou curvar-se às características comuns das tutelas de urgência e criar o § 7º do art. 273 do CPC como válvula de escape à confusão originada pela dificuldade em se determinar com certeza perante as situações da realidade sócio-econômica qual tutela deveria ser pleiteada. Não obstante, tal decisão sempre tem que ser tomada em um exíguo período de tempo, haja vista a situação de urgência da parte. Nesse momento, o magistrado, estritamente por razões de rigor técnico classificatório, não deve se negar a deferir uma tutela.

Esse raciocínio, no entanto, originou a previsão expressa da fungibilidade de mão única na qual, em caso da parte pleitear tutela antecipatória e o juiz entender que seus requisitos não se encontram preenchidos poderá deferir medida cautelar incidental ao processo a juizado. À primeira vista conclui-se que o legislador apenas pensou nesta possibilidade, não imaginando hipótese inversa.

Mas diante do significado desse novo dispositivo no sistema jurídico seu dimensionamento possibilita uma aplicação e um entendimento muito mais amplo do que objetivou o legislador. Em prol de uma maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade, o § 7º do art. 273 do CPC pode significar muito mais pelo que se entende pela mera leitura. Essa fungibilidade deve representar um meio disponível aos intérpretes de unificar as teorias das medidas urgentes.¹¹²

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 414.

¹¹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 92-93.

A interpretação é simples. Cândido Rangel Dinamarco desenvolveu entendimento acerca da fungibilidade de tutelas de urgência em mão dupla que, no direito processual civil, tornou-se uma teoria majoritária e símbolo de efetividade e instrumentalidade das formas no que tange o presente assunto tratado. E assim sintetiza sua idéia:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida à 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 isto significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.¹¹³ (grifo do autor)

Essa corrente que admite a fungibilidade em mão dupla é majoritária na doutrina, comungando na idéia de que proposta ação cautelar e presentes os pressupostos da antecipação de tutela, encontra-se autorizado o juiz a conceder a tutela antecipada requerida através de cautelar.¹¹⁴

O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito mas a natureza mesma da medida.¹¹⁵

A maior dificuldade imposta anteriormente à edição da Lei n ° 10.444/2002 que inseriu o § 7º ao art. 273 do CPC era devido à não correspondência do procedimento escolhido à natureza da medida, não tendo condições de ser adaptado ao procedimento que se fazia necessário, transgredindo o art. 295, V do CPC ou mesmo porque o magistrado violaria os arts. 128 e 460 do CPC que impõem sua vinculação ao pedido.

¹¹³ Ibid., p. 93.

¹¹⁴ No mesmo sentido: TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 195, SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 87, NEVES, Daniel A. Assumpção et al. *Nova reforma processual civil*, p. 131. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 388). TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*. Tese, p. 185.

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 667.

Entretanto, tal obstáculo foi superado por meio desta reforma podendo-se verificar um avanço do legislador frente ao alcance dos escopos processuais pretendidos. Não se objetiva afirmar que as tutelas de urgência não possuem suas particularidades, pois nos dizeres de Marinoni: “somente coisas *distintas* podem ser *confundidas*”¹¹⁶, mas a partir do momento em que se leva em conta apenas suas diferenças não se pode chegar a lugar algum e não se podem comunicar institutos sem que entre eles hajam semelhanças. A urgência da tutela é o termômetro necessário a uma flexibilização desses conceitos rígidos, proporcionando também uma aproximação pelas suas semelhanças. Frente aos objetivos maiores buscados pela ciência processual:

*A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco grave, seja ao processo seja ao direito material, se tome irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.*¹¹⁶

No caso da fungibilidade em mão dupla de direção, várias situações podem ocorrer. A primeira hipótese gira em torno do pedido de antecipação de tutela que, na verdade, trata de uma providência de natureza cautelar. Maiores dificuldades não se estabelecerão devendo ser atendido tal pedido como uma medida cautelar incidental, sem que sequer seja necessário uma determinação para emenda da inicial ou instauração de um processo cautelar, implicando na formação de uma ação autônoma.¹¹⁷

Uma segunda situação mais complexa se estabelece quando a parte propõe ação cautelar incidental ao processo principal, mas em verdade restar compreendido que a medida mais adequada é a antecipação de tutela, deverá antes de indeferir essa inicial cautelar por entender o magistrado que os requisitos da medida antecipatória não se encontram demonstrados por serem mais robustos, possibilitar ao autor a emenda da petição, oportunizando-lhe que se cumpra o requisito da

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 666.

¹¹⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência, p. 86-87.

prova inequívoca dos fatos constitutivos do direito do autor. Após o prazo estipulado, não sendo apresentadas as provas ou sendo estas insuficientes, poderá o juiz indeferir a antecipação de tutela por ausência de um dos requisitos do art. 273 do CPC. Preenchidos os requisitos determinar-se-á a juntada desta petição inicial como uma petição incidental aos autos principais, sem ordenar autuação em apenso ou citação e, se o caso, cancelar o registro e autuação seguindo-se um único processo.¹¹⁸

A terceira situação tem espaço quando proposta uma medida cautelar antecedente. Pode ocorrer do autor desta demanda ainda não possuir elementos suficientes para a propositura de uma ação principal e um pedido de tutela antecipada ou mesmo não dispor de tempo hábil para tal empreitada. Nessa situação, o juiz verificando a tutela antecipatória deverá deferir a medida de urgência, se presentes os requisitos, determinando a emenda da inicial em prazo fixado, passando a ser uma inicial do processo de conhecimento.¹¹⁹

De qualquer maneira, independentemente da natureza do pedido, se cautelar ou antecipatória, deverá o magistrado analisar o requerimento de tutela urgente, sob pena de ser inválida toda a estrutura do ordenamento jurídico para se evitar um dano.

Por outro lado, não se pode perder de vista que uma doutrina minoritária defende a fungibilidade de mão única, referente ao que dispõe expressamente o § 7º do art. 273 do CPC.

A justificativa desse entendimento se deve basicamente a menor exigência dos requisitos da tutela cautelar se comparada à tutela antecipada. Não existiria

¹¹⁸ Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência, p. 89.

¹¹⁹ NEVES, Daniel A. Assumpção et al. *Nova reforma processual civil*, p. 131 e DELFINO, Lúcio. *Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência*, p. 218. Em sentido contrário, SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 89.

controvérsia em transmudar uma tutela antecipada em medida cautelar, não se tolerando manobra inversa.¹²⁰ Com isto significou o legislador que *pedindo-se o mais o juiz poderá vir a conceder o menos*.¹²¹

Na hipótese de se pedir menos, concedendo-se o mais, o magistrado estaria transgredindo o procedimento previsto expressamente (art. 295, V do CPC) e a vinculação ao pedido realizado pelo autor (arts. 128 e 460 do referido diploma legal), sob a alegação de seu decisório ser *infra* ou *extra* *petita*. Ocorre que “o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. [...]. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula”.¹²²

Por fim, leva-se à conclusão que nada há contra a empregabilidade da fungibilidade de mão dupla senão um imenso formalismo que está arraigado nos costumes da ciência processual antiga e que não deve prosperar, posto que uma providência urgente requerida pela parte, qualquer que seja a denominação utilizada, deve ser analisada pelo juiz da causa e, presentes os requisitos exigidos para a medida adequada, mesmo que seja concedida diversa da inicialmente pleiteada deverá ser concedida.

A era do acesso à Justiça tempestivo, adequado e efetivo e a instrumentalidade das formas já não era sem tempo e veio para ficar. O legislador e os doutrinadores agarrados à concepção de segurança jurídica a qualquer custo estão com seus dias contados, pois o contexto da realidade social necessita da agilidade de procedimento e satisfação do direito material no menor tempo possível e a tendência é a flexibilização das regras que regem o ordenamento jurídico, sobretudo nas tutelas de urgência, que como o próprio nome sugere são medidas urgentes que não podem esperar o provimento final de mérito.

¹²⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 415.

¹²¹ Cf. ARRUDA ALVIM. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela*, p. 110.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 93.

Nesse sentido, a inserção do princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência se afina perfeitamente à fase instrumentalista do processo atualmente vivenciada, objetivando tornar o processo um instrumento na busca por resultados efetivos, minimizando a imensa distância entre o direito e a realidade social. A instrumentalidade do processo, liderada por Dinamarco¹²³, possui aspectos positivos e negativos. O positivo liga-se à idéia de que o ordenamento processual está intimamente conectado ao direito material e seus resultados importam não somente aos jurisdicionados como ao Estado, responsável pela jurisdição. Já o negativo consiste em se fazer perceber que o processo não é um fim em si mesmo e não tem sentido seu regramento senão na necessidade de ser um meio, um instrumento na distribuição de Justiça. E é justamente na busca por um processo civil de resultados, interessado em proporcionar ao autor um resultado e como tal seja útil.

4.3.4 Aspectos jurisprudenciais

Depois de verificados os reflexos legais e doutrinários da fungibilidade das tutelas de urgência, é indispensável que assim se faça quanto aos seus aspectos jurisprudenciais. Baseado neste objetivo serão demonstradas jurisprudências coletadas nos diversos âmbitos do Poder Judiciário Brasileiro.

Com efeito, uma mudança muito positiva foi alcançada com a inserção do princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e medidas antecipatórias. Tal mudança, que se deu expressamente no sistema processual civil com a edição da Lei 10.444/02 possibilitou ao juiz da causa deferir uma medida cautelar incidentalmente ao processo de conhecimento quando presentes os requisitos de natureza acautelatória e não da antecipação dos efeitos da tutela. Não obstante, o contrário, embora não previsto – concessão de medida antecipatória proposta

¹²³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 267-303. No mesmo sentido: ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 41-42.

medida cautelar – também conquista novos adeptos a cada dia. A primeira situação descrita é facilmente encontrada. Assim observa-se através da jurisprudência colacionada:

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processual civil. Pedido de antecipação de tutela para retirar o nome do agravante dos cadastros de inadimplentes. Natureza acautelatória. Presença dos requisitos ensejadores da tutela cautelar. Fungibilidade. 1. A nova sistemática inaugurada pela lei 10.444/02, que acrescentou o § 7o ao art. 273 do CPC, permite a fungibilidade das tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental requerida a título de antecipação de tutela, desde que presentes seus requisitos. 2. Agravo de instrumento provido. Agravo de Instrumento n. 2003.01.00.011070-8/DF. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Galoti Rodrigues. J. em 22/08/2003. Publicação em 19/11/2003 DJ p. 25. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>....>. Acesso em 02 fevereiro 2012.

No Colendo Superior Tribunal de Justiça, outro não é o entendimento acerca da fungibilidade entre as medidas urgentes conforme demonstrado por meio de um caso cotidiano forense transcrito, senão vejamos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. - Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela. - De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito.

Recurso especial provido. Recurso especial n. 627759/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. em 25/04/06. Publicação em DJ 08/05/2006 p. 198. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/...>>. Acesso em 02 fevereiro 2012.

Pode-se perceber claramente que há um posicionamento predominante acerca da fungibilidade entre as medidas urgentes, mas não apenas de acordo com o dispositivo legal, que se restringe apenas a um sentido de direção - da tutela antecipatória para a tutela cautelar - mas em mão dupla, admitindo-se que uma tutela cautelar, presentes os requisitos, possa se transformar em tutela antecipatória para atender as necessidades da situação trazida pela parte interessada.

Outrossim, perante as jurisprudências abaixo transcritas, dúvidas não mais se sobrepõem aos princípios que regem o ordenamento jurídico processual civil, amparando o sistema e gerando uma mudança nas decisões judiciais que permitiu que uma discussão jurisprudencial anteriormente baseada exclusivamente em apenas diferenciar as medidas de urgência, a partir de 2002, com a inserção do § 7º ao art. 273 passassem a ser encaradas como espécies de um mesmo gênero: as tutelas de urgência. Assim inauguram-se novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais na tentativa de um consenso na identificação de suas semelhanças.

Impulsionado pela identidade de funções e objetivos constitucionais comuns, resta evidenciada a necessidade de, na prática, possibilitar o equilíbrio de duas garantias mestras: a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição. Nesse sentido já existem pronunciamentos nas diferentes esferas da jurisdição:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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 assembleia, já à época em que proferida a decisão, doutrina e jurisprudência vinha 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. Recurso especial n. 202740/PB. Relator: Ministro Castro Filho. J. em 25/05/2004. Publicação em DJ 07/06/2004 p. 215. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/..](http://www.stj.jus.br/SCON/)>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil – Sistema financeiro de habitação – Princípio da fungibilidade – Tutela antecipada e medida cautelar - Art. 273, § 7º CPC – Princípios da economia processual, efetividade e razoabilidade. 1. A doutrina e a jurisprudência admitem a fungibilidade recíproca entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, com fulcro no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.444/02. 2. O fundamento da permissão da fungibilidade entre as medidas urgentes encontra-se calcado nos princípios da razoabilidade, da economia processual e da efetividade do processo. 3. Recurso provido. Apelação cível n. 2000.02.01.004510-3/RJ. Relator: Paul Erik Dyrland. J. em 19/07/2005. Publicação DJU 22/07/2005 p. 203. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

Em sentido contrário ao que indica o sentido da reforma quanto à fungibilidade das medidas de urgência, ainda persistem opiniões isoladas, que devem ser reproduzidas para melhor compreensão de que ainda existem dificuldades a serem superadas, mas não condizentes com a busca da satisfação do direito no menor tempo possível, instrumentalizando-se as formas para seu alcance pleno:

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processual. Medida cautelar satisfativa. Caução de bens. Obtenção de CND. Inadequação da via. 1. Objetiva-se a caução de bens, como medida apta à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, para o fim de viabilizar a

expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, antecipando-se à efetivação de uma futura penhora, enquanto não proposta a execução fiscal. 2. A satisfatividade da pretensão se revela incompatível com o procedimento cautelar, eis que este é instaurado no curso ou antes do procedimento principal do qual é sempre dependente. 3. A cautela pleiteada não poderá ser analisada, porque o direito invocado, se decidido, satisfará plenamente os autores e esvaziará o objeto de eventual ação principal, desnaturando, assim, totalmente o sentido empregado para dito procedimento. 4. A tutela cautelar não autoriza possam os autores tomá-la como medida apta à satisfação de seus interesses, como impropriamente admitida na antecipação de uma pretensão, sob pena de desnaturar o instituto. 5. Dessa forma, não merece reparo a sentença monocrática, pois, não se prestando a ação cautelar para assegurar a utilidade do provimento jurisdicional principal, não tem a autora interesse processual, condição da ação que deve ser reconhecida, diante da inadequação da via eleita. 6. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 7. Recurso não provido. Apelação cível n. 2002.61.05.004531-1/SP. Relatora: Juíza Eliana Marcelo. J. em 08/11/2007. Publicação em DJU 06/12/2007 p. 785. Disponível em:

<...<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve...> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo civil – Cautelar – Tutela satisfativa - Discussão na via própria – Ação principal. O processo cautelar busca garantir o resultado prático de um processo de conhecimento ou mesmo de execução. Para alcançar-se uma tutela cautelar dois requisitos são imprescindíveis: um dano potencial que atinja o interesse da parte em razão do "periculum in mora" e a plausibilidade do direito substancial invocado ("fumus boni iuris"). Rejeita-se, pela sua própria natureza, uma tutela satisfativa e final aos interesses do requerente através da medida cautelar. Apelação improvida. Apelação Cível n. 95.03.058821-9/SP. Relator: Juiz Miguel Di Pierro. J. em 28/03/2007. Publicação em DJU 13/08/2007 p. 421. Disponível em:

<<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve...> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

Outra situação que merece pontuação é a questão da tutela cautelar satisfativa e sua subsistência ou não no sistema processual após a regulamentação da técnica antecipatória. Com base no *decisum* abaixo transcrito, o Superior Tribunal de Justiça demonstra flexibilidade para, em casos excepcionais, objetivando a apreciação do direito e conseqüentemente fundamentando-se na prevenção de um

dano ao jurisdicionado, conceder uma medida cautelar, sabidamente de natureza satisfatória, e que dispensaria, a rigor, seu indeferimento imediato para propositura de uma ação perante os moldes do processo de conhecimento e, a partir desta, pleitear a concessão de uma medida antecipatória dos efeitos do provimento final:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Ação cautelar. Natureza satisfativa. Hipótese excepcional. Dispensa da propositura da ação principal. Precedentes. 1. Via de regra, as medidas cautelares, nos termos dos arts. 806 e 808, inciso I, do CPC, estão vinculadas à propositura da ação principal. Entretanto, a jurisprudência do STJ, considerando a natureza satisfativa da medida cautelar, dispensa, em casos excepcionais, o ajuizamento da ação principal. 2. Recurso especial a que se nega provimento. Recurso especial n. 139587. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. J. em 02/12/2004. Publicação em DJ 28/02/2005 p. 260. Disponível em: <... <http://www.stj.jus.br/SCON/>... >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

No mesmo sentido:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Ação cautelar. Ligação de energia elétrica. Caráter satisfativo. Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares. O provimento jurisdicional que determina a ligação da energia elétrica exaure-se em si mesmo, resultando desnecessário formular outro pedido em caráter principal. Recurso especial não conhecido. Recurso especial n. 541410/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. J. em 22/06/2004. Publicação em DJ 11/10/2004 p. 336. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Medida cautelar preparatória. Caráter satisfativo não-configurado. Não-ajuizamento da ação principal no prazo legal. Violação do art. 806 do CPC. Ausência do nexo de pertinência entre as ações cautelar e principal. Efeitos. Precedentes do STJ. Provimento. 1. O STJ, em situações excepcionais de cautelar com eficácia satisfativa, tem afastado a incidência da regra enunciada no inciso I do art. 808 do CPC. 2. No caso concreto, porém, o bem da vida (pretensão mediata) postulado na ação cautelar preparatória (restabelecimento do fornecimento de energia elétrica) não guarda qualquer nexo de

*pertinência com o objeto da pretendida ação principal, em que o recorrido buscava o ressarcimento dos supostos danos morais e materiais que teria sofrido por ocasião da cobrança de dívida decorrente de irregularidades no consumo de energia elétrica. Por conseqüência, não há falar em natureza satisfativa do provimento cautelar liminar. 3. O recorrido não promoveu o ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da liminar. Aplicação da regra do art. 808, I, do CPC. 4. Recurso especial provido para, consideradas as peculiaridades do caso, declarar a perda de eficácia da liminar e decretar a extinção do processo cautelar. Recurso especial n. 528525/RS. Relatora: Ministra Denise Arruda. J. em 06/12/2005. Publicação em DJ 01/02/2006 p. 434. Disponível em:
< <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.*

Mais uma vez a jurisprudência deixa clara a impossibilidade da Lei prever todos os casos da vida, fato este justificador da flexibilização na sua aplicação, reconhecendo, frise-se, em situações de extrema necessidade, a concessão da medida cautelar satisfativa.

Este entendimento declinado a seguir elucidado o que em poucas palavras Teori A. Zavascki definiu como “purificação do processo cautelar”¹²⁴ quando se deu a previsão legal da tutela antecipada em 1994. A fim de se obter uma proteção judicial ao periculum in mora, a cautelar satisfativa, assim denominada posto que foi adequada ao momento da necessidade de se satisfazer o direito material para que o dano não se consumasse. Na ausência de outro meio mais efetivo, a cautelar teve sua natureza de instrumento utilizado para assegurar a demanda principal, largamente empregada para que se fosse possível proporcionar uma satisfação do direito subjetivo na ausência de técnica que atuasse nesse sentido. Durante um longo período a medida cautelar teve sua utilização marginalizada, a fim de que desempenhasse função para a qual não foi concebido, quadro este que somente se restabeleceu com a criação da técnica antecipatória. Mas ainda hoje a cautelar satisfativa, em casos excepcionais, é aceita pela jurisprudência que, em sua maioria,

¹²⁴ ZAVASCKI. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, p. 59.

não tem se mostrado radical quanto a essa aceitação, ressalvando-se que não mais como se dava anteriormente.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o entendimento quanto à fungibilidade de mão dupla das tutelas de urgência é predominante na jurisprudência, conforme se depreende:

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil. Ação cautelar visando um não-fazer. Tutela satisfativa, apesar de baseada na urgência. §7º do art. 273 do CPC. Fungibilidade entre as tutelas de urgência em prol da efetividade da tutela jurisdicional. Provimento do apelo. I - Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II - Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III - A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV - Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º do art. 273 do CPC; V - Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório. Instrumentalidade do processo; VI - Apelo conhecido e provido. Apelação Cível n. 2001. 02.01.020235-3/RJ. Relator: Juiz José Antonio Neiva. J. 03.06.2003. Publicação em DJU 07/07/2003 p. 96/97. Disponível em: <.. http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

Nos demais Tribunais outro não é o entendimento:

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional da 2ª Região. Processual civil. Mútuo hipotecário – Revisão de cláusulas contratuais – Efeitos da tutela antecipada – Lei 10.444/2002, artigo 273, § 7º - Afinidade entre tutela antecipada e medida cautelar – Aplicação da fungibilidade. I -Com o advento da Lei nº 10.444/2002 que inseriu o parágrafo 7º no artigo 273 do CPC, caracterizada está a afinidade entre a tutela antecipada e a cautelar, sendo perfeitamente aplicável à fungibilidade na hipótese vertente, porque o pedido é para que se obtenha alguns dos efeitos da tutela; II - De fato, caso ao final seja reconhecido erro nos critérios utilizados pela ré para o reajuste das prestações, ter-se-á, então, a inexistência da mora, o que impede qualquer ato que vise à execução extrajudicial ou até

mesmo o envio do nome dos mutuários ao Cadastro de Inadimplentes. É necessário, também, que a ação em curso seja registrada no Registro Geral de Imóveis-RGI; III - Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo de Instrumento n. 2001.02.01.020103-8/RJ. Relator: Juiz Ney Fonseca. J. em 17/12/2002. Publicação em DJU 08/04/2003 p. 98. Disponível em:

<http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil. Ação cautelar. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Reforma do Código de Processo Civil. Lei nº 10.444, de 07.05.2002. Princípio da fungibilidade dos provimentos liminares. Princípios da instrumentalidade e celeridade processual. Rigorismo formal. Descabimento. Recurso provido. Sentença anulada. - Há cerca de uma década, a processualística civil pátria vem experimentando profunda modificação estrutural, mediante a introdução no ordenamento jurídico de instrumentos que possibilitem a prestação da tutela jurisdicional cada vez mais ágil e eficaz. - A Lei nº 10.444, de 07.05.2002 consagrou o princípio da fungibilidade com relação aos provimentos liminares, como o de caráter cautelar e o de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Vale dizer, o juiz deverá se ater ao conteúdo da pretensão deduzida, podendo deferir decisão antecipatória de tutela quando o pleito versar sobre medida cautelar, bem assim o contrário. - Homenagem aos princípios da instrumentalidade e da celeridade processual. - Recurso provido. Sentença anulada. Apelação Cível n. 2003.51.01.018510-0/RJ. Relator: Juiz Benedito Gonçalves. J. em 06.10.2004. Publicação em DJU 22/11/2004 p. 170. Disponível em:<http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

Estes entendimentos revelam perfeitamente os pilares dos princípios da nova fase que se iniciou no combate aos efeitos danosos do tempo processual com a criação do §7º e, claramente reproduz a idéia de que deve-se buscar instrumentos que tornem a prestação jurisdicional cada vez mais ágil e eficaz, descartando-se rigorismos formais e resume, em poucas palavras os objetivos que precisam ser perseguidos incessantemente. Uma situação interessante é decidida por este Egrégio Tribunal Regional Federal:

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processual civil. ação cautelar. Extinção sem julgamento do mérito. Art. 273, § 7º, do CPC. Princípio da fungibilidade. Tutela antecipada. Adequação do procedimento legal. Necessidade. 1. Possível a utilização da via cautelar para provimento antecipatório, mormente levando-se em consideração a efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da economia processual. 2. O disposto no art. 273, § 7º, do CPC, não permite concluir que a intenção do legislador seja de esvaziar a ação cautelar autônoma, pelo contrário, a preocupação deve ser no sentido de equilibrar a necessidade de desburocratização e a efetividade da tutela jurisdicional. 3. Nos termos do art. 295, V, do CPC, não deve ocorrer a extinção do processo, sem julgamento do mérito, seja por falta de interesse processual ou por inadequação de procedimento, viável a aplicação do princípio da fungibilidade quanto às tutelas e adequação da via eleita para os fins colimados. 4. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença, retornando os autos à origem. Apelação Cível n. 2005.36.00.004191-0/MT. Relator: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. J. em 02/05/2006. Publicação em 09/06/2006 DJ p. 138. Disponível em: < <http://www.trf1.jus.br/default.htm...>>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

Por fim, objetivando fique caracterizada a indispensabilidade da fungibilidade concebida entre as medidas de urgência, foram colacionados dois entendimentos que aliam contextos fáticos diferentes em que se verifica exatamente essa necessidade conforme se pode observar na ementa que se segue:

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Processual civil. Ação ordinária. Empréstimo bancário. Antecipação de tutela. Cadastros de inadimplentes. Inclusão do nome do devedor. Natureza acautelatória do pedido. Presença dos requisitos da cautelar. Fungibilidade. Art. 273, § 7º, do CPC. Redação da Lei n. 10.444/2002. 1. Presentes os requisitos pertinentes, e autorizada pela legislação processual civil à conversão das tutelas de urgência, é o caso de se manter a liminar concedida, para impedir a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, enquanto se discute a dívida, em juízo. 2. Agravo de instrumento desprovido. Agravo de Instrumento n. 2004.01.00.010463. Relator: Desembatgador Federal Daniel Paes Ribeiro. J. em 27.09.2004. Publicação em 21/10/2004 DJ p. 40. Disponível em:

< <http://www.trf1.jus.br/default.htm...>>. Acesso em: 02 fevereiro de 2012.

Restou-se comprovado que a absorção pela jurisprudência brasileira das novas necessidades da realidade social contemporânea e da riqueza de situações que tornam impossível que o legislador se antecipe a todas elas quando da elaboração de dispositivos legais.

Essa riqueza de situações das quais se trata obriga a jurisprudência a ser mais flexível por um único intuito: lutar contra o *periculum in mora*, cercando-se dos princípios que norteiam o processo civil, para que se atinja uma tutela jurisdicional justa, célere e adequada ao jurisdicionado. Nessa difícil tarefa encontra o aplicador da lei papel decisivo, principalmente no que tange possibilitar a satisfação do direito material, sendo o processo apenas um instrumento e não o transformando em uma ciência totalmente dissociada do que é, um instrumento.

Interpretando-se as jurisprudências colacionadas pode-se ter um reflexo positivo na desburocratização da concepção anteriormente empregada às tutelas de urgência, antes classificadas somente por suas diferenças, mas que encontrou um equilíbrio com a disposição expressa de sua fungibilidade.

A tendência é a diminuição nos entraves formais à realização do direito subjetivo com a utilização cada vez maior de mecanismos destinados a prevenir a ocorrência de um dano.

4.3.4. Crítica ao formalismo da divisão entre tutelas

A fungibilidade das tutelas de urgência, que tem como espécies de medidas cautelares e medidas antecipatórias, inserida primeiramente em 1994 com o art. 273 do CPC, trouxe a implementação de uma nova técnica que correspondeu perfeitamente aos anseios da realidade social contemporânea. Por meio desta medida antecipatória tornou-se possível à satisfação, mesmo que em caráter provisório enquanto se aguarda a confirmação do decisório definitivo, do direito subjetivo sob o perigo de dano pela demora processual.

É de mediana clareza que a maior dificuldade encontrada no âmbito processual se estabelece no período de tempo necessário à realização de todos os atos indispensáveis a um processo justo. Mas, ao longo dos tempos, o justo teve seu significado reduzido e seriamente ameaçado pois não era nem justo e muito menos adequado e efetivo como deveria ser. Para que fosse possível o alcance desses ideais, uma nova concepção de processo foi lançada com o princípio da instrumentalidade das formas, com um novo enfoque de acesso efetivo à justiça, a duração razoável de processo através do princípio da celeridade; enfim, percebeu-se que a descrença no Poder Judiciário estava tão grande que ameaçava a ordem do país, posto que se o próprio Estado se substituiu à autodefesa, instituindo regras e princípios destinados à boa convivência, capazes de promover a paz social, finalmente foi concebida a idéia de que mudanças eram imprescindíveis, afinal, o processo civil, instrumento de realização do direito material que é, não poderia frente à modernidade do direito civil não caminhar de mãos dadas.

E, em assim sendo, a doutrina e o legislador de 1994 preocuparam-se em distinguir as técnicas cautelar e antecipatórias em regimes e procedimentos totalmente distintos, prática esta que se deu até a edição da Lei 10.444/2002, responsável pela implementação da fungibilidade das tutelas de urgência.

A necessidade de que o ordenamento jurídico acompanhasse a tendência atual de simplificação das técnicas de urgência possibilitou uma diminuição no rigorismo de suas diferenciações pela doutrina e, tanto estes quanto operadores do direito tiveram a chance de ter seus reclamos de urgência atendidos a partir da inserção do § 7º ao art. 273 do CPC.

Daí surgiu com o intuito da antecipação de tutela e a previsão expressa da fungibilidade entre as tutelas de urgência o questionamento acerca do cabimento da preocupação exacerbada de diferenciá-las.

Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos entre as medidas cautelares e antecipatórias. Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela – já se observou – permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas às coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei nº 10.444, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro.¹²⁵

Este é o verdadeiro intuito da reforma, possibilitar a efetividade do direito material sem tanto rigor quanto à diferenciação das técnicas que, afinal, foram desenvolvidas com o objetivo de atender à urgência de ameaça de dano. Então, para que se ater tão fixamente na idéia de diferenciação?

Para Humberto Theodoro Júnior:

A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo valorizam-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito, p. 16.

*abusivo de providências excepcionais fora da destinação para que foram especificamente concebidas.*¹²⁶

O direito brasileiro foi o único que se preocupou em separar em campos diversos e bem delineados as tutelas de urgência. No direito comparado, em que primeiramente se sentiu a necessidade de se amparar efetivamente a urgência, que em muitos casos não era suficiente apenas assegurar o direito enquanto se aguardava a solução da demanda principal, mas sim providências que satisfizessem o direito da parte antecipadamente ao desfecho natural do processo, ampliando a figura da tutela cautelar, dentro do próprio conceito do poder geral de cautela. Entendeu-se que essa necessidade de satisfazer o direito subjetivo era inerente à plena efetividade do provimento jurisdicional não originou a criação de uma nova técnica, apenas sua ampliação, podendo ser utilizado a que mais se adequasse ao caso concreto sem que houvesse repugnância entre medidas cautelares e antecipatórias, simplesmente para que o periculum in mora fosse estirpado.¹²⁷

Nesse sentido de evitar uma rigidez conceitual de ambas as tutelas de urgência é que o legislador implantou no sistema processual o § 7º ao art. 273 do CPC, pois:

*Sendo mais forte o que há de comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), devem ficar reduzidas as preocupações em separar muito precisamente as duas espécies, dando-lhes tratamentos diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos).*¹²⁸ (grifo do autor)

De outra forma e comungando de idênticas idéias é que o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes é medida que se impõe justamente por significar maior efetividade no combate aos efeitos do tempo. O § 7º

¹²⁶ CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito processual (inovações e perspectivas)*: estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 274. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 316 discorda da diferença substancial das tutelas, afirmando que a divergência é meramente terminológica, pois entende as tutelas cautelares e antecipatória se localizam no âmbito da cautelaridade. No mesmo sentido defendido no texto, de que as diferenças entre as tutelas são apenas de conteúdo substancial, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, p. 60.

¹²⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares*, p. 43.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 90.

do art. 273 do CPC demonstrou ter uma utilidade muito maior do que esperava o legislador, mas, nem por isso, ao prever um caminho explícito e específico, o juiz estaria desautorizado a dar sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pela parte, sem violar os arts. 295, V e 128 e 460, todos do CPC, pois o juiz está vinculado aos fatos narrados e ao pedido feito e não, mais uma vez, às qualificações jurídicas. A única modificação de relevo que se opera é a possibilidade de aproximação dos institutos rumo à unificação das medidas urgentes¹²⁹, respeitadas suas diferenças e semelhanças.

Poderia-se então até mesmo ser suscitada uma possível inutilidade da ação cautelar, pois se unificadas as tutelas de urgência não haveria motivos para a subsistência do Livro III – Do Processo Cautelar. Talvez, e há uma tendência enorme à simplificação das medidas urgentes, que teve seu caminho significativamente ampliado com a implantação do § 7º ao art. 273 (tendo em vista a segurança e facilidade do referido dispositivo de novas mudanças), de novas mudanças na legislação processual. Mas longe disso está o desaparecimento de sua utilidade, uma vez que a técnica cautelar continuará a existir, talvez com algumas modificações, porém as medidas preparatórias somente terão espaço em uma ação cautelar, mesmo porque uma demanda principal ainda não foi proposta, sendo impossível pleitear essa providência no processo de conhecimento¹³⁰.

Um ponto muito importante deve ser ressaltado. A fungibilidade entre as técnicas antecipada e cautelar servirá para facilitação de sua utilização e aplicação prática, aproximação entre o direito processual e o direito material e até mesmo quem sabe para sua unificação, através de uma concepção mais flexível das tutelas de urgência e conseqüentemente diminuindo a rigidez na sua diferenciação, para que resultados mais efetivos possam com certeza ser alcançados.

¹²⁹ Ibid., p. 90-94.

¹³⁰ Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, p. 91 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 415.

Assim:

Ao aplicador da lei processual incumbe, então, esforçar-se para fugir de tecnicismos estéreis na separação dos terrenos da tutela cautelar genérica e da antecipação de tutela que, se podem satisfazer vaidades acadêmicas, em nada contribuem para a implementação das metas instrumentais do moderno direito processual, cada vez menos voltado para o dogmatismo e cada vez mais preocupado com os resultados práticos capazes de criar nesse limiar de um novo século um processo que mereça, realmente, o epíteto do devido processo legal, ou, mais precisamente, de um processo justo”.¹³¹ (grifo do autor)

Esse rigorismo com que a doutrina vem diferenciando as tutelas de urgência causa radicalismos na aplicação prática da parte, por ter que se preocupar em requerer a medida correta sob pena de indeferimento, espera-se, finalmente, ter chegado ao fim com a fungibilidade, faltando apenas vencer as barreiras do preconceito e rigorismo com as inovações legislativas e necessidades sociais. Repisa-se que diferenças relevantes existem, mas manifestas afinidades também, tanto é que não se justificaria classificá-las em um mesmo gênero.

As dificuldades práticas na escolha da técnica mais adequada subsistem e à ciência jurídica não é dado o poder de fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes, nem é útil sequer fazê-lo.¹³²

Assim, o apego ao formalismo em geral, mas principalmente às tutelas de urgência, comprovadamente através da reprodução de jurisprudências (item 3.3.3) e opiniões doutrinárias somente evidenciam o prejuízo na utilização e aplicação prática das medidas cautelares e antecipatórias, mas também o alerta para que se respeite e seja empregada a fungibilidade em sua versão ampla, em duplo sentido vetorial, a fim de que os ideais constitucionalmente resguardados sejam colocados em prática, e como premissa maior haja o equilíbrio entre diferenças e semelhanças da medida

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares – Tutela de Emergência. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, p. 45.

¹³² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito, p. 17.

de urgência posto que somente desta maneira um processo justo, adequado e tempestivo será alcançado.

5. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Observa-se que o Projeto 166/2010, sobre o Novo Código de Processo Civil, tendo seu tramite perante o Senado, por meio de uma Comissão de Juristas, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado, e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, apresenta, no projeto do novo Código de Processo Civil, a sistemática das tutelas de urgência, em 16 artigos, retirando por completo o Livro dedicado ao processo cautelar.

Logo, esse novo projeto, segundo relatório da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, o novo diploma processual almeja a um sistema mais coerente em relação aplicabilidade voltada à justiça, assim busca um processo civil individual menos complexo e mais eficaz. Percebe-se, com isso, que esse Projeto tem por propósito a atualização de institutos considerados ultrapassados pela doutrina processual, como também, inserir novas regras para amparar o direito entre as partes.

Assim, nas palavras do Presidente da Comissão:

*Nós vamos esgotar na parte geral do código uma forma específica de justiça para esses casos de tutela jurisdicional, que vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar a solução sob a medida que o caso reclama. Nós vamos acabar com o livro de processo cautelar. Isso passa a ser um poder que o juiz tem de defesa da jurisdição. Ele tem de prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustre. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil.*¹³³

¹³³ FUX, Luiz. *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar*, <http://www.conjur.com.br>.

Dessa forma, percebe-se que o Projeto baseou-se em uma reforma pontual, relacionada à forma e ao procedimento da tutela cautelar e da tutela antecipatória. Em contra partida, ampliou os instrumentos de efetivação de direitos, ao incluir uma nova modalidade de tutela, nomeada tutela da evidência.

Como explica Professor José Miguel Garcia Medina, em rápidas observações a respeito das principais características da disciplina legal das tutelas de urgência no projeto do novo CPC. No projeto do novo CPC, o procedimento cautelar é simplificado. Alguns exemplos:

- Haverá apenas o procedimento cautelar “comum”, eliminando-se procedimentos cautelares específicos (qualquer tutela cautelar, como a de arresto e sequestro, será pedida através do procedimento cautelar comum, não dependendo mais de procedimento cautelar específico);

- O pedido “principal” não precisará mais ser apresentado em novos autos, isto é, concedida a cautelar preparatória, o autor poderá, nos mesmos autos, apresentar o pedido principal, independentemente de novas custas;

- Dá-se mais ênfase à fungibilidade entre as tutelas de urgência;

- Concedida medida de urgência antes da veiculação do pedido principal, se a liminar não for impugnada, o autor não precisará apresentar o pedido principal (ocorre o fenômeno conhecido como “ultratividade” dos efeitos da tutela de urgência), nada impedindo que o réu ajuíze ação contra o autor, para discutir a questão¹³⁴.

¹³⁴ <http://professormedina.com/2011/06/04/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>.

Logo, o Projeto do Novo Código de Processo Civil expõe das tutelas de urgência em seus artigos 277 a 293. Pois, o Título IX, Capítulo I apresenta as disposições comuns, da tutela de urgência cautelar e satisfativa, enquanto o Capítulo II dispõe sobre o procedimento para as tutelas de urgência requerida incidentalmente e requerida em caráter antecedente.

Portanto, referente às tutelas de urgência – *tutela antecipada e tutela cautelar* – não há mudanças substanciais, porque persiste sua essência processual de gênero, ou seja, permanecendo a natureza conservativa (tutela cautelar) e satisfativa (tutela antecipada) destes procedimentos especiais.

Porém, observa-se que em relação ao procedimento, o Projeto apresenta uma visível modificação em relação à sistemática nos institutos, com mais intensidade na tutela cautelar, pois elimina o Livro III de Processo Cautelar, assim como podemos observar essa mudança instaura um procedimento comum para todas as medidas cautelares. Com isso, as medidas cautelares específicas como o arresto, sequestro, caução, arrolamento de bens, etc. passam a seguir um rito único, sem as nuances outrora estabelecidas.

Assim, essa mudança gera uma correção em vários procedimentos específicos, como por exemplo: o protesto, a justificação, da posse em nome do nascituro, apreensão de títulos etc.

Com isso, o juiz, nos termos do art. 278, poderá determinar as medidas que considerar adequada quando houver risco de dano. A referida regra é assim disposta no Projeto:

“Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte,

antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.”¹³⁵

Em via disto, a eleição em relação à via (cautela ou antecipação de tutela) a ser utilizada não pertence mais ao autor da demanda, e sim a própria natureza da demanda que irá definir se é hipótese de cautelar ou antecipação.

Outra mudança observada é do inciso I do art. 278 do PLS 166/2010, que corresponde ao inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, e, o inciso II encontra correspondência no § 6º, do atual art. 273 do CPC. Desta forma, percebe-se que estas duas hipóteses diferem da tutela de urgência (tutela antecipada e propriamente dita), assim justifica esse tratamento em separado.

Ademais, disposições do processo cautelar do Código de Processo Civil foram aproveitadas no Projeto, como por exemplo, a responsabilidade processual do requerente, nos casos em que o deferimento da medida liminar causar dano ao requerido (art.282) e a fixação da competência para o requerimento de tutela de urgência antecedente (art.280), regra disposta no art. 810 do atual CPC.

5.1 Condições para concessão das tutelas de urgência

As condições necessárias para a antecipação de tutela de urgência estão elencadas nos artigos 283 e 284 do Projeto. No art. 283, “o juiz somente concederá a medida se estiverem presentes elementos que evidenciem a plausibilidade do direito como também a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.”Assim, constata-se que esse projeto reuniu condições para a tutela cautelar e para antecipação de tutela na referida norma.

¹³⁵ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>.

Já, nos requisitos da tutela de urgência, percebe-se que não houve uma mudança específica. Assim, interpreta-se que a comissão elaboradora do Projeto, artigo 276, “caput”, descartou o uso de uma disposição genérica a Plausibilidade do direito, para inserir a *verossimilhança das alegações* (tutela antecipada) e o “*fumus boni iuris*” (tutela cautelar).¹³⁶

Conforme Fernando da Fonseca Gajardoni, os institutos têm por mesmo objetivo demonstrar a plausibilidade do direito invocado. Entretanto, diferem no tocante a sua intensidade. Assim, evidencia a diferença entre ambas, admitindo a gradação de graus de probabilidade (da mais intensa para a menos intensa), portanto, o grau de convencimento para a concessão da tutela antecipada torna-se maior do que o exigido para a concessão da tutela cautelar, porque enquanto a primeira exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação (maior intensidade), em contrapartida, a outra se conforma com *fumus boni iuris* (menor intensidade).¹³⁷

Dessa forma, fica evidente que as condições para a concessão das medidas urgentes permanecem, alterando a terminologia adotada, pois, engloba tanto a verossimilhança das alegações, quanto à fumaça do bom direito, na expressão “plausibilidade do direito”, caberá ao juiz distinguir, à luz do caso concreto, o grau de probabilidade para a concessão da tutela.

Observa-se, também, que o Projeto ampliou a possibilidade de concessão de tutela de urgência de ofício. Segundo o art. 284, “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.” Para alguns doutrinadores este artigo parece ser uma avanço, porém, há divergência, como será apresentada no final deste capítulo.

¹³⁶ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso 01/03/12

¹³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direito Processual Civil IV, p. 3.

5.2 Nova modalidade - Tutelas de evidência

Ao analisar o Projeto, observa-se que a comissão criou uma seção própria para as tutelas de evidência. Considera-se, portanto, uma modalidade de antecipação de tutela tendo como propósito o abuso do direito, pedidos incontroversos ou matérias unicamente de direito. A tutela de evidência está disposta da seguinte forma no art. 285:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.¹³⁸

Conforme Luiz Fux, a tutela da evidência visa a apresentar a chamada “justiça adequada” para o direito processual civil, dessa forma, aproxima as garantias fundamentais expressas na Constituição Federal, como o acesso à justiça, à duração razoável do processo, dentre outros princípios fundamentais.¹³⁹

¹³⁸ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso 02/03/12

¹³⁹ *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamento da tutela antecipada.*

Logo, percebe-se que esta nova modalidade de tutela, em virtude de serem mais evidentes que outros, parte de uma idéia que alguns direitos são merecedores de uma tutela imediata, pois apresentam maior comprovação de certeza, tendo o juiz um melhor conhecimento para poder decidir sobre o direito das partes. Assim, está no reconhecimento da evidência de um direito, que merece ser deferido de plano, sem a necessidade de demonstração de qualquer perigo ou urgência que permeia àquela relação processual.

Alguns doutrinadores, citam, como exemplo, os direitos evidentes que se aproximou da processualística aplicada à ação monitória, que exige prova documental da existência do crédito, bem como a do mandado de segurança, que exige prova cabal do direito líquido e certo alegado.

Nesse sentido, fica clara a diferença entre ambas, pois as espécies de tutela: enquanto as tutelas de urgência (cautelar ou antecipatória), impreterivelmente, precisam da demonstração de um perigo relacionado ao direito material, enquanto a tutela da evidência basta o autor demonstrar a evidência de seu direito.

Há, também, uma novidade relacionada ao Projeto que é a inclusão da tutela de evidência no art. 285-A do atual CPC, conhecida pela doutrina de sentença liminar, no inciso IV do art. 285 do Projeto. Assim, essa nova regra implicará no entendimento jurisprudencial firmado em julgamento de demandas repetitivas (art. 895 do Projeto) ou de Súmula Vinculante.

5.3 Estabilização das tutelas de urgência antecedente

O projeto do Código de Processo Civil trouxe nos arts. 286 a 293 o fenômeno da estabilização da tutela de urgência. Este fenômeno ocorre da seguinte forma, o

jurisdicionado poderá vir a juízo requerer determinada tutela de urgência, indicando a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado. O requerido será citado para contestar em 05 dias (art. 287). Se o pedido de urgência não for contestado, serão presumidos os fatos alegados e o juiz decidirá em 05 dias, concedendo ou não a tutela de urgência.

Desta forma, se o pedido da tutela de urgência for contestado, o juiz designará audiência de instrução e julgamento onde poderá deferir a tutela de urgência, caso seja deferida o réu poderá impugnar ou não. Se o réu impugnar será aplicada a regra do art. 289 do Projeto:

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.¹⁴⁰

Agora se o réu não impugnar a concessão da medida de urgência, ocorrerá o fenômeno processual da estabilização da tutela de urgência e será dispensada a propositura do pedido principal. Com isso, a estabilização da tutela de urgência, seus efeitos se estabilizarão também e somente cessará através da propositura de ação ajuizada por uma das partes. Esta regra está no art. 293 do Novo Código de Processo Civil da seguinte forma:¹⁴¹

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

¹⁴⁰ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>.

¹⁴¹ Ibid., mesma página

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

Contudo, quanto à estabilidade das decisões que concedem tutelas de urgência e de evidência, o art. 283, caput, na parte final, do projeto diz que será definitiva a solução conferida nas hipóteses em que “um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso”.

Na opinião de Arruda Alvim, este projeto aperfeiçoou o Código de Processo Civil vigente, concluindo de maneira mais abrangente e correta, seguindo antiga sugestão do Presidente da Comissão responsável por sua elaboração, o Min. Luiz Fux, feita em tese de concurso.¹⁴²

Para o Professor Cássio Scarpinella Bueno, membro da Comissão Revisora do Projeto do novo CPC no Senado Federal, o Projeto de um novo Código deve servir, antes de qualquer coisa, ao jurisdicionado, por ser ele o destinatário final do serviço que presta a Justiça. Além disso, deve servir aos operadores do Direito, neste sentido, juízes, advogados, promotores, enfim, sujeitos que lidam com o processo no seu dia-a-dia. Segundo o prestigiado processualista da PUC/SP: “o escopo de um novo código de processo é aperfeiçoar o sistema de justiça, e não agradar a academia jurídica”.¹⁴³

Este projeto de Novo Código, na opinião de alguns doutrinadores, facilitou o procedimento anterior, possibilitando a conversão do pedido principal nos autos da cautelar preparatório, como também a ultratividade dos efeitos da medida de urgência concedida antes do pedido principal, assim, podemos concluir que este projeto beneficia os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo.

¹⁴²<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>

¹⁴³ Evento especial promovido e transmitido pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes – “Debate com especialistas sobre o novo Código de Processo Civil”.

Porém, a Ordem dos Advogados do Brasil divulgou um “Manifesto contra o novo CPC” de âmbito nacional, que alega o retrocesso processual, a desnecessidade de um novo código, a ausência de discussão democrática em torno de sua escolha, dentre outras críticas.¹⁴⁴

Este projeto não foi totalmente aceito por alguns processualistas, como para o Professor Antonio Cláudio da Costa Machado que apresentou algumas teses contra novo Projeto do Código de Processo Civil, a exemplos¹⁴⁵:

Tese 38 – *A expressa autorização para que os juízes possam conceder medidas cautelares de ofício para dos casos legais representa perigosa porta aberta ao arbítrio.*

Tese 31 - *A eliminação do “Processo Cautelar” significa o desaparecimento de todo um arsenal de barreiras ao exercício do poder pelos magistrados, sem elas, estaremos todos à mercê da livre vontade judicial sobre quando e como conceder providências acautelatórias.*

Tese 16 – *Abrindo agora a perspectiva de discussão da conveniência de um novo CPC, vale assinalar que, Em termos estruturais, o avanço representado pela criação de uma “Parte Geral” – e dentro dela o título dedicado à “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência” – é francamente minimizado pela eliminação do “ Livro III – Do Processo Cautelar”. O Brasil é o único país do mundo que tem um Livro inteiramente dedicado à cautelaridade, o que nos distingue e enaltece internacionalmente*

Tese 37 – *Se o objetivo da novo do CPC é trazer mais agilidade às formas de prestação jurisdicional, não se entende o porquê da admissão da produção antecipada de provas para viabilizar acordo futuro ou para evitar a propositura de demanda.*

A propósito para o processualista professor da USP Antonio Cláudio da Costa Machado, em Meus Comentários no debate online ao Projeto do CPC¹⁴⁶.

Em termos estruturais, o avanço representado pela criação de uma “Parte Geral” – e dentro dela o título dedicado à “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência” – é francamente minimizado

¹⁴⁴ www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-fa-manifesto-projeto-codigo-processo-civil.

¹⁴⁵ <http://www.professorcostamachado.com>.

¹⁴⁶ <http://www.professorcostamachado.com/?p=444>.

pela eliminação do “ Livro III – Do Processo Cautelar”. O Brasil é o único país do mundo que tem um Livro inteiramente dedicado à cautelaridade, o que nos distingue e enaltece internacionalmente. A eliminação do “Processo Cautelar” significa o desaparecimento de todo um arsenal de barreiras ao exercício do poder pelos magistrados, sem elas, estaremos todos à mercê da livre vontade judicial sobre quando e como conceder providências acautelatórias.

Preocupa a eliminação do procedimento específico do arresto porque, com o novo CPC, já não será necessário apresentar “prova literal de dívida líquida e certa” ou uma sentença, bastando que o juiz entenda presente o simples “fumus boni iuris” para mandar arrestar bens do devedor. O completo desaparecimento das previsões acerca das situações perigosas para fins de arresto também torna inseguro o regime desta cautelar. A facilitação da apreensão de bens coloca em flagrante risco o patrimônio das pessoas. Pelo menos discutível sob o prisma da segurança jurídica também é a eliminação do procedimento específico do seqüestro: em primeiro lugar, porque faltarão previsões mínimas de cabimento; em segundo, porque ficará afastada a previsibilidade sobre a nomeação do depositário, ato de fundamental importância para a concessão desta medida cautelar.

Bastante preocupante se revela a pura e simples eliminação do procedimento da busca e apreensão, porque sem ele já não saberemos de antemão como se cumprirá a providência: um ou dois oficiais de justiça? Haverá necessidade de testemunhas? Tratando-se de seus objetos de bens, contratafação serão necessários dois peritos? A insegurança se fará presente! O desaparecimento da caução vai tornar completamente imprevisível o comportamento judicial em relação a tal medida, o que colocará em risco a segurança jurídica das partes. Se o objetivo da novo do CPC é trazer mais agilidade às formas de prestação jurisdicional, não se entende o porquê da admissão da produção antecipada de provas para viabilizar acordo futuro ou para evitar a propositura de demanda.

O novo projeto dá tamanha autonomia aos juízes que há o risco de ser instaurada uma “ditadura do Judiciário”. “O projeto cria um processo civil autoritário, em que os juízes poderão tudo e partes e advogado poderão nada”, criticou. A proposta permite que os juízes adaptem o processo ao caso concreto, como já ocorre atualmente na Justiça do Trabalho. Antonio Machado avaliou que essa aproximação é ruim. “A Justiça do Trabalho lida com o desequilíbrio entre o empregador e o empregado, o que justifica os poderes do juiz, mas não podemos utilizar essa mesma premissa no processo civil”.

Diante desse, quadro ainda que de forma prematura, falar sobre efeitos futuros de uma nova legislação, passa uma idéia de adivinhação ou futurologia, que pode causar sérios desencontros. Entretanto, parece-nos diante desses consagrados processualistas que assiste razão a corrente favorável ao Projeto do Novo Código de Processo Civil, à amplitude do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Em síntese, o presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de examinar as tutelas de urgência, seu conceito, natureza, finalidade e em um enfoque atinente com as necessidades sociais, a fungibilidade.

Assim, sem dúvida, o alicerce deste trabalho está baseado na técnica antecipatória e a possibilidade que surgiu junto dela para uma nova perspectiva do acesso à justiça.

No direito processual de épocas mais antigas, a ideologia do acesso à justiça estava intimamente ligada a um provimento jurisdicional. A importância com a sociedade e a preocupação com a satisfação do direito material constituiu-se através das necessidades impostas pelo mundo dos fatos, que demonstra ser mais rico e em maior velocidade do que as alterações legislativas, gerando um descompasso, cabendo ao direito processual desenvolver novas soluções para minimizar essas diferenças.

Logo, com os tempos modernos, fez-se necessário que a doutrina, a jurisprudência e o legislador se conscientizassem de que não basta dominar a técnica e estudar formas de tornar o processo mais ágil, adequado e tempestivo, se na prática nada for feito para mudar essa apatia a mudanças. Tem-se que aproximar as técnicas da realidade sócio-econômica para a qual foi criada.

É nesse intuito que as medidas cautelares e antecipatórias tem sua importância: são tutelas de urgência destinadas a evitar, preenchidos seus requisitos, que um dano seja consumado. O direito subjetivo da parte deve ser protegido a todo custo.

Daí a importância do processo não ser considerado um fim em si mesmo, mas um instrumento à satisfação do direito dos litigantes. Essa perspectiva instrumentalista surgiu através da preocupação com a sociedade e da importância que o processo tem em reproduzir, em levar seus reflexos para o mundo real e, para isso combate incessantemente o formalismo exagerado, buscando resultados.

A observância dos preceitos constitucionais da segurança jurídica e efetividade jurisdicional, representado pelo devido processo legal, razoabilidade, celeridade, instrumentalidade, economia processual, dentre outros que colaboram tanto quanto estes para se alcançar melhorias, devem ser respeitados, porém em equilíbrio, sempre obrigando que seja um consenso no mundo jurídico que mais do que segurança nas decisões, por meio de uma cognição exauriente no procedimento ordinário, o alcance de resultados efetivos poderá, em muitos casos, se sobrepor a essa segurança na justificativa de perseguir resultados úteis e eficazes para a parte, sendo apenas postecipadas, não excluídas de maneira alguma. Obviamente as tutelas de urgência possuem berço constitucional, pois por meio de sua utilização no processo é possível a garantia de uma prestação jurisdicional em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII), o acesso à justiça efetiva (art. 5º, XXXV) característica da efetividade e segurança jurídica representada pelo devido processo legal e ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV), todos da Constituição Federal.

Nesse sentido, o princípio da fungibilidade vem à tona nas tutelas de urgência como um lenitivo capaz de flexibilizar rigorismos exacerbados que face a essas medidas são infundados. O princípio da fungibilidade, originalmente transportada do direito material para o direito processual civil, significa que um bem, móvel ou imóvel, ou alguma prestação podem ser substituídos, permanecendo inalterada sua substância sem que haja ameaça de dano ou lesão ao interessado.

Esse princípio não se restringe à área dos recursos, embora muito requisitada sua utilização nesta seara, possuindo capacidades muito mais amplas do que se imaginou no passado. Sua abrangência, respeitando as disposições legais

existentes na legislação processual brasileira e, ao mesmo tempo relacionadas com o desenvolvimento do tema proposto, está nas demandas possessórias e cautelares, no âmbito dos recursos e das tutelas de urgência entre si.

Nas demandas possessórias (art. 920 do CPC) e cautelares (art. 805 do CPC), o direito material apresenta algumas características específicas, que permitem ao magistrado, mesmo que não exista uma modificação formal na causa de pedir e no pedido, conceder uma tutela diferente da originalmente pedido pelo autor sem que com essa atitude seja violada qualquer garantia inerente às partes. Essa possibilidade se fundamenta no não cometimento de nenhuma impropriedade, significando que um pedido erroneamente formulado possa ser substituído por uma outra medida mais adequada com a situação concreta dos autos.

Na seara recursal, há a imposição da dúvida objetiva o que não se dá nas ações possessórias e cautelares. O art. 810 do CPC previu, expressamente a fungibilidade recursal na edição do CPC de 1939; porém tal situação não se deu no CPC de 1973, embora sua importância como princípio tenha mantido sua utilização. Quanto aos requisitos inexistência de erro grosseiro e má-fé, o único que justifica sua subsistência no sistema é a inexistência de erro grosseiro justificada pela dúvida objetiva, ocasionada por dissensões doutrinárias e/ou jurisprudenciais decorrentes de lacunas ou obscuridades no ordenamento jurídico, permitindo que um recurso equivocado seja recebido e processado como se fosse o correto.

As tutelas de urgência são mecanismos empregados para diminuir os efeitos deletérios do tempo no processo.

São comuns as medidas cautelares e antecipatórias na sumariedade da cognição e na provisoriedade de seu provimento, ambas têm função constitucional: são instrumentos destinados a harmonizar a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição.

É evidente que possuem diferenças como técnicas concebidas de maneira diferente. Enquanto a tutela cautelar tem como premissa assegurar o direito material enquanto aguarda-se o provimento jurisdicional da demanda principal, entretanto, sem satisfazê-lo, a tutela antecipada, através da antecipação dos efeitos que só seriam realizados quando do pronunciamento final de mérito, satisfazem o direito subjetivo do autor.

Por outro lado, seus requisitos também se diferem, pois os pressupostos para a concessão da medida antecipatória são mais robustos, exigindo prova inequívoca. Já a tutela cautelar requer demonstração de mera verossimilhança do direito subjetivo invocado.

Assim, respeitadas suas diferenciações, tais características não podem representar óbice à utilização do princípio da fungibilidade, ainda que na ausência de previsão expressa o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas descritas pelo autor e sim aos fatos narrados e ao pedido realizado. A previsão do § 7º do art. 273 do CPC procurou mitigar as dificuldades até então existentes em qualificá-las como espécies de um mesmo gênero.

Essas dificuldades na aplicação da fungibilidade nas tutelas de urgência se devem também aos diferentes momentos históricos em que tais medidas foram implantadas e ao apego ao formalismo. Primeiramente surgiu a tutela cautelar, alocada no Livro III – Do Processo Cautelar, embora anteriormente prevista no CPC sem que a ela fosse dada maior importância. Após, essa mudança houve uma marginalização da tutela cautelar, denominando-se satisfativa uma vez que não tinha esse poder, mas frente às necessidades da realidade sócio-econômica passou a ser largamente utilizada. Quando a situação tornando-se-ia cada dia mais insustentável eis que a tutela antecipada foi implantada no CPC por meio da Lei 8.952/94.

O excesso de formalismo que se firmou para a diferenciação dessas medidas cautelares e antecipatórias fez com que o legislador, buscando minimizar essas dificuldades, realizasse a inserção da fungibilidade de mão única. Mas em assim fazendo, possibilitou a abertura de novos horizontes que vão muito além dos objetivos imaginados pelo legislador. Em regra, expressa a fungibilidade de mão única prevê a concessão de uma medida cautelar incidentalmente no processo de conhecimento quando proposta uma ação com pedido de antecipação de tutela, mas o princípio da fungibilidade não existe em uma só mão de direção, significando que tanto se pode substituir uma medida por outra e vice-versa.

Portanto, por intermédio dessa exposição em relação às tutelas de urgência, evidencia-se que incumbe ao magistrado a responsabilidade de eliminar o rigor técnico na classificação das tutelas urgentes, pois a parte nada tem a ver com o formalismo de uma inapropriada utilização da técnica processual e, ao persistirem, os resultados práticos de um processo justo, adequado e tempestivo, serão absolutamente inócuos.

Assim, constata-se que o Projeto do novo CPC contribui de forma favorável à amplitude do acesso à justiça, pois, abrange princípios constitucionais, podendo, assim, cooperar para efetivação do processo, ao avançar na sistematização da tutela de urgência, pois contribuirá para o amplo acesso a uma ordem jurídica justa.

Em fim, enquanto essas melhorias não acontecem, a ciência processual tem o dever de procurar mecanismos céleres e eficientes para que, em um período de tempo razoável possa se satisfazer os anseios da população.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 31, jun. 1989.

ARRUDA ALVIM. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, out.–dez. 2002.

ARRUDA ALVIM, Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível:
<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizarartigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil> , acesso 02/03/12

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Eduardo (Coord.). Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. In: *As liminares e a tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, ano 25, n. 100, out.–dez. 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1968.

_____. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, ano V, n. 25, Set. – Out., 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito processual (inovações e perspectivas): estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 11 v.

CIVIL, Novo Código de Processo,
Disponível:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso
02/03/12

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, n. 122, abr. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 1 v.

_____. _____. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 3 v.

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

_____. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 3 v.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito Processual Civil IV, Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2006, V.12.p3

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JORGE, Mário Helton. O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 122, abr. 2005.

JUNIOR, Sidnei Amendoeira. *Fungibilidade de meios* (conversão do ato praticado no processo civil brasileiro e possibilidade de escolha dentre meios processuais postos à disposição das partes). Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 8 v.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 3 v.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Luiz Flávio, Evento especial promovido e transmitido pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes – “Debate com especialistas sobre o novo Código de Processo Civil”.

FUX, Luiz. *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar*, fevereiro de 2010, Brasília: Revista Consultor Jurídico. Entrevista. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, acesso em 01/03/12

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamento da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa Machado. Teses contra o Novo CPC <http://www.professorcostamachado.com>. Acesso 02/03/12

_____. Meus Comentários no debate online ao Projeto do CPC. <http://www.professorcostamachado.com/?p=444>. Acesso 02/03/12

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Tutela Cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia, Disponível: <http://professormedina.com/2011/06/04/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>, acesso em 01/03/12

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel A. Assumpção et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. São Paulo: Método, 2003.

OAB, Manifesto ao Projeto do Código de Processo Civil. Disponível em: www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-fa-manifesto-projeto-codigo-processo-civil. Acesso em 02/03/12

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 30. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. 1 v.

SAMPAIO, Marcus Vinícius Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Medida Cautelar e Antecipação de Tutela Satisfativa*, in *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, abr.–jun. 2003.

TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 4 v.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da fungibilidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares – Tutela de Emergência. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, Porto Alegre, ano XLVI, n. 253, nov. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Cautelar*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: LEUD, 2006.

_____. _____. 23. ed. rev. atual. São Paulo: LEUD, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2 v.

_____. _____. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1 v.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º, do CPC). *Revista de Processo*, ano 28, n. 112, out. – dez. 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, fev. 2007. p. 30. e SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, abr.-jun. 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, jul. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1 v.

_____. *Curso avançado de Processo Civil: Processo cautelar e procedimentos especiais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 3 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC*. In: Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori A. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, n. 82, abr.-jun. 1996.

Jurisprudências consultadas:

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processual civil. Pedido de antecipação de tutela para retirar o nome do agravante dos cadastros de inadimplentes. Natureza acautelatória. Presença dos requisitos ensejadores da tutela cautelar. Fungibilidade. 1. A nova sistemática inaugurada pela lei 10.444/02, que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, permite a fungibilidade das tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental requerida a título de antecipação de tutela, desde que presentes seus requisitos. 2. Agravo de instrumento provido. Agravo de Instrumento n. 2003.01.00.011070-8/DF. Relatora: Desembargadora Federal Maria Isabel Galoti Rodrigues. J. em 22/08/2003. Publicação em 19/11/2003 DJ p. 25. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>....>. Acesso em 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. - Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela. - De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido. Recurso especial n. 627759/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. em 25/04/06. Publicação em DJ 08/05/2006 p. 198. Disponível: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>...>. Acesso em 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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 vinha 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. Recurso especial n. 202740/PB. Relator: Ministro Castro Filho. J. em 25/05/2004. Publicação em DJ 07/06/2004 p. 215. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil – Sistema financeiro de habitação – Princípio da fungibilidade – Tutela antecipada e medida cautelar - Art. 273, § 7º CPC – Princípios da economia processual, efetividade e razoabilidade. 1. A doutrina e a jurisprudência admitem a fungibilidade recíproca entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, com fulcro no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 10.444/02. 2. O fundamento da permissão da fungibilidade entre as medidas urgentes encontra-se calcado nos princípios da razoabilidade, da economia processual e da efetividade do processo. 3. Recurso provido. Apelação cível n. 2000.02.01.004510-3/RJ. Relator: Paul Erik Dylund. J. em 19/07/2005. Publicação DJU 22/07/2005 p. 203. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Ação cautelar. Natureza satisfativa. Hipótese excepcional. Dispensa da propositura da ação principal. Precedentes. 1. Via de regra, as medidas cautelares, nos termos dos arts. 806 e 808, inciso I, do CPC, estão vinculadas à propositura da ação principal. Entretanto, a jurisprudência do STJ, considerando a natureza satisfativa da medida cautelar, dispensa, em casos excepcionais, o ajuizamento da ação principal. 2. Recurso especial a que se nega provimento. Recurso especial n. 139587. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. J. em 02/12/2004. Publicação em DJ 28/02/2005 p. 260. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Ação cautelar. Ligação de energia elétrica. Caráter satisfativo. Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a

previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares. O provimento jurisdicional que determina a ligação da energia elétrica exaure-se em si mesmo, resultando desnecessário formular outro pedido em caráter principal. Recurso especial não conhecido. Recurso especial n. 541410/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. J. em 22/06/2004. Publicação em DJ 11/10/2004 p. 336. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Medida cautelar preparatória. Caráter satisfativo não-configurado. Não-ajuizamento da ação principal no prazo legal. Violação do art. 806 do CPC. Ausência do nexo de pertinência entre as ações cautelar e principal. Efeitos. Precedentes do STJ. Provimento. 1. O STJ, em situações excepcionais de cautelar com eficácia satisfativa, tem afastado a incidência da regra enunciada no inciso I do art. 808 do CPC. 2. No caso concreto, porém, o bem da vida (pretensão mediata) postulado na ação cautelar preparatória (restabelecimento do fornecimento de energia elétrica) não guarda qualquer nexo de pertinência com o objeto da pretendida ação principal, em que o recorrido buscaria o ressarcimento dos supostos danos morais e materiais que teria sofrido por ocasião da cobrança de dívida decorrente de irregularidades no consumo de energia elétrica. Por consequência, não há falar em natureza satisfativa do provimento cautelar liminar. 3. O recorrido não promoveu o ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da liminar. Aplicação da regra do art. 808, I, do CPC. 4. Recurso especial provido para, consideradas as peculiaridades do caso, declarar a perda de eficácia da liminar e decretar a extinção do processo cautelar. Recurso especial n. 528525/RS. Relatora: Ministra Denise Arruda. J. em 06/12/2005. Publicação em DJ 01/02/2006 p. 434. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil. Ação cautelar visando um não-fazer. Tutela satisfativa, apesar de baseada na urgência. §7º do art. 273 do CPC. Fungibilidade entre as tutelas de urgência em prol da efetividade da tutela jurisdicional. Provimento do apelo. I - Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II - Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III - A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV - Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º do art. 273 do CPC; V - Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório. Instrumentalidade do processo; VI - Apelo conhecido e provido. Apelação Cível n. 2001. 02.01.020235-3/RJ. Relator: Juiz José Antonio Neiva. J. 03.06.2003. Publicação em DJU 07/07/2003 p. 96/97. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional da 2ª Região. Processual civil. Mútuo hipotecário – Revisão de cláusulas contratuais – Efeitos da tutela antecipada – Lei 10.444/2002, artigo 273, § 7º - Afinidade entre tutela antecipada e medida cautelar – Aplicação da fungibilidade. I -Com o advento da Lei nº 10.444/2002 que inseriu o parágrafo 7o no artigo 273 do CPC, caracterizada está a afinidade entre a tutela antecipada e a cautelar, sendo perfeitamente aplicável à fungibilidade na hipótese vertente, porque o pedido é para que se obtenha alguns dos efeitos da tutela; II - De fato, caso ao final seja reconhecido erro nos critérios utilizados pela ré para o reajuste das prestações, ter-se-á, então, a inexistência da mora, o que impede qualquer ato que vise à execução extrajudicial ou até mesmo o envio do nome dos mutuários ao Cadastro de Inadimplentes. É necessário, também, que a ação em curso seja registrada no Registro Geral de Imóveis-RGI; III - Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo de Instrumento n. 2001.02.01.020103-8/RJ. Relator: Juiz Ney Fonseca. J. em 17/12/2002. Publicação em DJU 08/04/2003 p. 98. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual civil. Ação cautelar. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Reforma do Código de Processo Civil. Lei nº 10.444, de 07.05.2002. Princípio da fungibilidade dos provimentos liminares. Princípios da instrumentalidade e celeridade processual. Rigorismo formal. Descabimento. Recurso provido. Sentença anulada. - Há cerca de uma década, a processualística civil pátria vem experimentando profunda modificação estrutural, mediante a introdução no ordenamento jurídico de instrumentos que possibilitem a prestação da tutela jurisdicional cada vez mais ágil e eficaz. - A Lei nº 10.444, de 07.05.2002 consagrou o princípio da fungibilidade com relação aos provimentos liminares, como o de caráter cautelar e o de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Vale dizer, o juiz deverá se ater ao conteúdo da pretensão deduzida, podendo deferir decisão antecipatória de tutela quando o pleito versar sobre medida cautelar, bem assim o contrário. - Homenagem aos princípios da instrumentalidade e da celeridade processual. - Recurso provido. Sentença anulada. Apelação Cível n. 2003.51.01.018510-0/RJ. Relator: Juiz Benedito Gonçalves. J. em 06.10.2004. Publicação em DJU 22/11/2004 p. 170. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/jurisprudencia/Paginas/default_jurisprudencia.aspx...>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processual civil. ação cautelar. Extinção sem julgamento do mérito. Art. 273, § 7º, do CPC. Princípio da fungibilidade. Tutela antecipada. Adequação do procedimento legal. Necessidade. 1. Possível a utilização da via cautelar para provimento antecipatório, mormente levando-se em consideração a efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da economia processual. 2. O disposto no art. 273, § 7º, do CPC, não permite concluir que a intenção do legislador seja de esvaziar a ação cautelar autônoma, pelo contrário, a preocupação deve ser no sentido de equilibrar a necessidade de desburocratização e a efetividade da tutela jurisdicional. 3. Nos termos do art. 295, V, do CPC, não deve ocorrer a extinção do processo, sem julgamento do mérito,

seja por falta de interesse processual ou por inadequação de procedimento, viável a aplicação do princípio da fungibilidade quanto às tutelas e adequação da via eleita para os fins colimados. 4. Apelação a que se dá provimento para anular a sentença, retornando os autos à origem. Apelação Cível n. 2005.36.00.004191-0/MT. Relator: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. J. em 02/05/2006. Publicação em 09/06/2006 DJ p. 138. Disponível em: < <http://www.trf1.jus.br/default.htm...>>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Processual civil. Ação ordinária. Empréstimo bancário. Antecipação de tutela. Cadastros de inadimplentes. Inclusão do nome do devedor. Natureza acautelatória do pedido. Presença dos requisitos da cautelar. Fungibilidade. Art. 273, § 7º, do CPC. Redação da Lei n. 10.444/2002. 1. Presentes os requisitos pertinentes, e autorizada pela legislação processual civil à conversão das tutelas de urgência, é o caso de se manter a liminar concedida, para impedir a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, enquanto se discute a dívida, em juízo. 2. Agravo de instrumento desprovido. Agravo de Instrumento n. 2004.01.00.010463. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. J. em 27.09.2004. Publicação em 21/10/2004 DJ p. 40. Disponível em: < <http://www.trf1.jus.br/default.htm...>>. Acesso em: 02 fevereiro 2012.