



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

por

EDUARDO CHATEAUBRIAND PEREIRA DINIZ MARTINS

ORIENTADOR: Dárcio Augusto

2005.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

por

EDUARDO CHATEAUBRIAND PEREIRA DINIZ MARTINS

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dárcio Augusto

2005.2

AGRADECIMENTOS

A faculdade de direito chegou ao fim e para a sua conclusão pude contar com a ajuda de pessoas que merecem o meu sincero agradecimento por todo o apoio conferido ao longo desses cinco anos de curso.

Por isso, agradeço aos meus amigos e colegas de profissão, companheiros nas batalhas forenses em que tenho aprendido muito.

À minha namorada Amanda, por todo o amor e carinho dedicados a mim durante esses cinco anos.

Ao meu pai, que me deu de presente uma nova família da qual eu me orgulho de fazer parte.

Ao meu irmão André, meu maior amigo e exemplo para toda a vida.

Aos meus irmãos Antonio e Beto, pessoas com as quais sempre pude e sempre poderei contar.

Ao meu padrasto Carlos Alberto, por toda a atenção que recebi ao longo de tantos anos de convívio.

E à minha mãe, muito obrigado por tudo.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais relativos à fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Assim, no primeiro capítulo, coube analisar as perspectivas históricas das tutelas de urgência, bem como os aspectos constitucionais comuns a ambos os tipos de provimento, neles incluído o estudo das liminares contra o poder público.

Em seguida, nos capítulos I e II, fez-se uma abordagem acerca dos principais aspectos de cada instituto, principalmente no que diz respeito à análise de suas previsões legais com base em entendimentos doutrinários.

No capítulo III, através do estudo das distinções básicas entre as tutelas de urgência e a conseqüente dificuldade de distinção verificada pelos doutrinadores, pôde-se analisar a importância e a finalidade da fungibilidade no sistema processual brasileiro.

Por fim, realizou-se um estudo acerca da aplicação da fungibilidade pela doutrina e jurisprudência à luz da interpretação conferida ao parágrafo 7º do artigo 273 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE

Antecipação	Fungibilidade
Antecipada	Tutela (s)
Cautelar	Urgência

SUMÁRIO

Introdução.....	7
-----------------	---

CAPÍTULO I

TUTELAS DE URGÊNCIA

1. Noções Gerais.....	8
2. Histórico.....	11
3. Aspectos Constitucionais das tutelas de urgência.....	16
4. Tutelas de urgência em face da Fazenda Pública.....	21

CAPÍTULO II

TUTELA ANTECIPADA

1. Conceito e Finalidade.....	26
2. Requisitos necessários.....	28
2.1. Requerimento da parte.....	28
2.2. Verossimilhança e prova inequívoca.....	29
2.3. Reversibilidade de efeitos práticos.....	30
2.4. Motivação da decisão e necessidade de sintonia entre a tutela antecipada e a tutela definitiva.....	31
3. Requisitos alternativos.....	32
3.1. Tutela antecipada de urgência ou assecuratória.....	32
3.2. Tutela antecipada punitiva.....	34
3.3. Tutela antecipada de pedido e parte de pedido incontroverso.....	35
4. Exegese do art. 273 do CPC (observações pertinentes).....	36

CAPÍTULO III

TUTELA CAUTELAR

1. Conceito e Finalidade.....	40
2. Classificação e requisitos.....	43
2.1. Classificação.....	44
2.2. Requisitos.....	46
3. Características.....	48
4. Exegese do art. 798 do CPC (observações pertinentes).....	51

CAPÍTULO IV

IMPORTÂNCIA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

1. Dificuldades de distinção entre as tutelas de urgência – semelhanças e diferenças.....	54
1.1. Linhas gerais.....	55
1.2. Liminares em mandado de segurança.....	59
2. Conceito e finalidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência.....	60

CAPÍTULO V

A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC

1. Interpretação do parágrafo 7º do art. 273 do CPC.....	67
1.1. A primeira direção da fungibilidade.....	68
1.2. A segunda direção da fungibilidade.....	73
2. Evolução jurisprudencial.....	79
Conclusão.....	88
Bibliografia.....	92

LISTA DE ABREVIações

Apud – citado por

art. – artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

ed. - editora

Ibid – mesmo autor e mesma obra

Id – mesmo autor

Op. cit. – na obra citada (*Opus citatum*)

p. - página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência configuram tema extremamente atual e complexo, sendo motivo de muita discussão na doutrina e na jurisprudência, além de estarem relacionadas às grandes reformas estabelecidas em nosso diploma processual civil.

Através da correta abordagem acerca de seu histórico e de sua inserção nas diretrizes constitucionais, fica clara a conexão existente entre os institutos que a compõe, quais sejam, a tutela antecipada e a tutela cautelar, sobretudo após a análise das diferenças estabelecidas em sede infraconstitucional, que não são capazes de evitar os conflitos de interpretação e a conseqüente dificuldade que o meio doutrinário e os tribunais pátrios têm em distingui-las.

Nesse passo, cabe analisar aspectos inerentes a cada um dos provimentos para que, após uma análise concisa de suas semelhanças e diferenças, se faça possível entender o motivo pelo qual a doutrina vem buscando conferir uma unicidade procedimental entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, estabelecida pela fungibilidade entre esses tipos de provimento.

Além disso, é de ressaltar que esse movimento doutrinário vem ganhando força não apenas na jurisprudência, como também exerceu grande influência na reforma processual conferida pela Lei 10.444/02, que trouxe ao diploma processual brasileiro uma previsão expressa da fungibilidade entre as tutelas de urgência, o que será amplamente analisado no presente trabalho.

CAPÍTULO I - Tutelas de Urgência

I. 1 – Noções Gerais

Para a compreensão das questões relativas às tutelas de urgência, nada mais adequado do que tecer, nesse breve intróito, algumas observações a respeito da tutela jurisdicional, as quais possuem direta ligação com o tema a ser tratado.

Com efeito, seguindo o ensinamento de Teori Albino Zavascki,

“a expressão tutela jurisdicional significa tanto a atividade como o resultado da atividade, monopolizada pelo Estado, desenvolvida imparcialmente e em substituição ao interessado, e consistente na apreciação de demandas relacionadas com lesões ou ameaça a direitos e, se for o caso, na realização das providências concretas necessárias à manutenção ou à reparação de tais direitos.¹”

A par desse conceito, diversos são os modos de classificá-la. Nesse sentido, Alexandre Câmara² estabelece importantes distinções entre essas diferentes formas de classificação, que se mostram úteis na compreensão das questões relativas às tutelas de urgência.

Levando-se em conta a pretensão do demandante, temos três espécies de tutela jurisdicional: cognitiva, executiva e cautelar.

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p.15.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.84.

A primeira se caracteriza por conter a declaração da existência ou inexistência de um direito, adicionando-se muitas vezes outro elemento, condenatório ou constitutivo, o que não prejudica o entendimento de que é a declaração que exerce a função essencial do provimento. Nesse sentido, afirma Ovídio Baptista que “a essência do ato jurisdicional resume-se em sua função declaratória”.³

Quanto à tutela jurisdicional executiva devemos ter em mente que ela se caracteriza pela satisfação de um crédito, fazendo valer um comando contido em sentença condenatória, fruto de processo de conhecimento (tutela cognitiva), ou em título executivo extrajudicial.

Por sua vez, a tutela jurisdicional cautelar é aquela que visa, única e exclusivamente, garantir a eficácia prática da tutela de conhecimento ou executiva, evitando que se tornem inefetivas, ou ainda a produção de provas, permitindo a sua utilização em momento posterior da demanda.

Esses são os moldes clássicos de espécies de tutela jurisdicional. Entretanto, como bem afirma Teori Zavascki, a segmentação acima transcrita está longe de ser absoluta, tendo em vista que

“...há casos de prestação de tutela de conhecimento em ação cautelar e em ação de execução, como há hipóteses de tutela cautelar nas ações em que predominam cognição e execução, bem assim, tutela executória em ação cautelar e de conhecimento.”⁴

³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*: Revista de Processo. São Paulo, n. 61, p. 7 – 23, jan./mar. 1991.

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.*, p. 9.

Quanto à intensidade, podem ser apontadas duas espécies: plena e limitada. A primeira é aquela capaz de assegurar a mais ampla intensidade possível. Como exemplo, podemos citar a tutela executiva ou constitutiva. Já a segunda não satisfaz plenamente o direito material pleiteado pela parte. Nesse último caso, é necessário que o Estado preste outro tipo de tutela que a complemente, como é o caso da tutela cognitiva condenatória, em que se faz necessária a prestação de posterior tutela executiva.

No que diz respeito à sua satisfatividade podemos classificar a tutela jurisdicional como sendo satisfativa e não-satisfativa. No primeiro caso, permite-se a atuação prática do direito material, como no processo de conhecimento e de execução, enquanto que no segundo, o que se tem por objetivo é assegurar a efetividade de outro provimento destinado a um diferente tipo de tutela jurisdicional. Nesse sentido, percebe-se que a tutela não-satisfativa é o que chamamos a pouco de tutela cautelar.

Por fim, a classificação da tutela jurisdicional quanto ao seu meio de prestação talvez seja a mais relevante para a compreensão do tema a ser abordado. Nesse caminho, devemos entender que a tutela jurisdicional pode ser dividida em comum ou diferenciada.

A primeira é a tutela jurisdicional prestada através dos métodos tradicionais, que são colocados à disposição do jurisdicionado. Um exemplo é a tutela concedida através de procedimento comum, ordinário ou sumário, no processo de conhecimento.

De outro lado, a chamada diferenciada atinge os casos em que haja inadequação da via comum, tradicional, para a prestação da tutela pleiteada.

Esses são os casos em que se verificam, dentre outras, as chamadas tutelas de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar).

Por fim, convém observar que é nesse campo – o das tutelas de urgência - onde se situam as medidas liminares que, segundo a lição de Calmon de Passos, “é o nome que damos a toda a providência judicial determinada ou deferida *initio litis*, isto é, antes de efetivado o contraditório”.⁵

I. 2 - Histórico:

Na estruturação estabelecida pelo Código de Processo Civil de 1973, que dividiu em livro próprio o “Processo Cautelar”, foi conferido ao juiz o que se convencionou denominar o poder geral de cautela, que se verifica pelo “poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.⁶

A interpretação deste dispositivo legal foi sempre motivo de discussão na doutrina, a ponto de gerar uma insegurança no que diz respeito à extensão desse poder conferido ao juiz.

Nesse sentido, até o advento da reforma processual de 1994, que criou o instituto da tutela antecipada, questionou-se largamente o entendimento de que as medidas cautelares, além de representar garantias da efetividade do processo principal, poderiam comportar providências que representassem a antecipação do próprio direito material abordado pelo requerente.

⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998. p. 18. Cumpre aqui lembrar que isso não significa que a liminar somente pode ser concedida no despacho inicial. Derivada do latim, a expressão *medida liminar* traduz a idéia de providência anterior, em relação à outra que lhe é posterior.

⁶ art. 798 do Código de Processo Civil.

Segundo os ensinamentos de Galeno Lacerda, essa saída encontrada pelos advogados para a defesa dos interesses de seus clientes, que ganhou a denominação de *medidas cautelares satisfativas*, confunde-se com a própria finalidade do processo cautelar, senão vejamos:

“A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Nesta perspectiva, três finalidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória.”⁷

Em uma linha de argumentação oposta situou-se Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que “a melhor doutrina não mais reconhece a tutela cautelar o caráter de antecipação provisória do direito material”.⁸

Por sua vez, Calmon de Passos, ao abordar a questão das cautelares satisfativas, assevera que

“Se, por acaso, a única medida deferível para a segurança da futura eficácia equivale à antecipação, provisoriamente, de algum ou alguns efeitos da futura tutela, isso não transforma a cautelar em antecipação de tutela, nem a coloca numa espécie “privilegiada” de cautelar satisfativa, equívoco pelo qual temos pago um alto preço.”⁹

Ao analisar esses entendimentos doutrinários, podemos entender com mais clareza os efeitos que essa interpretação ocasionou na prática jurisdicional.

⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 1987. p. 135. Apud ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit., p. 41.

⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 11ª ed.. São Paulo: Leud, 1989, p. 65.

⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. Cit., p. 19.

Isso porque, ao ser amplamente concedida na jurisprudência dos tribunais pátrios, a liminar satisfativa acabou servindo de instrumento para prática de abusos que não condiziam com a finalidade para a qual a atividade jurisdicional deve se direcionar.

Como exemplo, podemos citar a concessão de liminares mais que satisfativas¹⁰, de tal maneira que se tornava impossível o retorno da situação fática anterior ao seu provimento, em visível afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por isso que, no bojo de diversas reformas setoriais que buscavam limitar essa prática¹¹, como a Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992¹², a reforma processual trazida pela Lei nº 8.952 de dezembro de 1994 alterou o art. 273 do Código de Processo Civil para criar, a par de várias outras modificações, a figura da antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, trazendo maior celeridade e, sobretudo, efetividade para a prestação jurisdicional.

Ressalte-se que o art. 273 do CPC trouxe uma espécie de poder geral de antecipação de tutela, tendo em vista que, ao lado das medidas típicas de natureza antecipatória, já existentes, complementou-se o instituto com a

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit., p. 44.

¹¹ Ovídio Baptista da Silva, em julho de 1983, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, foi quem sugeriu inicialmente a adoção da tutela antecipada em nosso sistema processual, idéia esta defendida pela Escola Nacional da Magistratura, na ocasião da elaboração de diversos anteprojetos de lei por Comissão integrada pelos Ministros do STJ Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, além de outros magistrados e juristas.

¹² Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra ato do poder público. Vale lembrar que o fenômeno das cautelares satisfativas atingiu especialmente as entidades da administração pública, o que levou o legislador a limitar o seu campo de atuação.

possibilidade de concessão de medidas de provimento antecipatório inominadas¹³.

Com efeito, essa reforma, que seguiu orientação já prevalecente em países de aprimorada cultura jurídica¹⁴, retomou a função precípua do processo cautelar, de maneira que a sua utilização voltava a se destinar unicamente à garantia do processo principal.

O novo instituto da antecipação da tutela trouxe consigo uma série de requisitos específicos necessários à sua concessão, impondo o legislador limites que não se encontravam no âmbito do poder geral de cautela, norteador da aplicação das já mencionadas *cautelares satisfativas*, atribuindo à tutela jurisdicional, em um primeiro momento, a segurança e efetividade de que tanto necessitava e rompendo a tradicional incomunicabilidade das atividades cognitivas e executivas.

Entretanto, mesmo possuindo requisitos mais rígidos para a sua concessão, a tutela antecipada em muitas ocasiões se confunde com a cautelar, tendo em vista a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que serão analisados em momento pertinente.

Assim, como bem afirmou Teori Zavascki, essa inovação introduzida no sistema não eliminou as controvérsias atinentes às distinções entre medidas liminares e medidas antecipatórias:

¹³ Cabe lembrar que as medidas de natureza antecipatória já eram previstas em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da reforma do CPC. Entretanto, se restringiam a hipóteses de processos de rito sumário, bem como não-sumários, quando permitido por lei, como é o caso do mandado de segurança, das ações populares, das ações civis públicas, desapropriatórias dentre outros. Além disso, a natureza antecipatória dessas medidas é questionada, havendo quem as atribua uma natureza cautelar.

¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

“Antes da reforma do Código, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do art. 798 (CPC). Após a reforma, a indagação cabível é outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do art. 273. O antigo questionamento continua aceso, deslocado tão-somente o seu enfoque: a razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, por assim dizer, “infungível”, insuscetível de substituição pelo regime da outra.”¹⁵

Nesse sentido, convém ressaltar que foi exatamente em decorrência dessas dificuldades de distinção entre as tutela de urgência que a efetividade da tutela jurisdicional, objetivo central da reforma processual de 1994, foi colocada em risco.

Isso porque, em decorrência de um conflito de interpretação, acaso a escolha do jurisdicionado em pleitear uma medida fosse diversa da que o juiz entendesse ser a cabível para o caso, outro resultado não poderia ocorrer senão o indeferimento da liminar e a conseqüente não apreciação, pelo Poder Judiciário, de uma questão urgente.

Por isso que, conforme leciona Joaquim Spadoni, em obra coordenada por Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim,

“atento aos percalços e empecilhos existentes para o alcance da tão almejada efetividade do processo, o legislador, complementando a reforma do Código de Processo Civil, trouxe ao direito pátrio importante inovação, insculpida no novo parágrafo 7º do art. 273, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.444 de 2002, que é a possibilidade de “fungibilidade” entre as tutelas de urgência.”¹⁶

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit., p. 45.

¹⁶ SPADONI, Joaquim. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295 – 320.

Portanto, essa importante inovação atribuída ao art. 273 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 7º¹⁷, ao trazer o caráter da fungibilidade entre as tutelas de urgência, à primeira vista, põe termo às discussões relativas aos conceitos e aplicações práticas das tutelas de urgência, tendo em vista que não pode mais o juiz indeferir a tutela cautelar sob o fundamento de que esta deveria ter sido postulada em demanda autônoma, bem como, para alguns autores que defendem uma interpretação extensiva do dispositivo, proíbe ao juiz o indeferimento de tutela sumária satisfativa sob o fundamento de que esta deveria ter sido postulada incidentalmente ao processo de conhecimento.¹⁸

I. 3 – Aspectos Constitucionais das tutelas de urgência:

No direito brasileiro, a Constituição confere unicidade ao sistema jurídico, estabelecendo os princípios basilares que nortearão as diretrizes e limites da legislação ordinária.

No que diz respeito à ciência processual percebe-se que a Constituição assegura a quem litiga diversos direitos fundamentais, reunidos no que genericamente se denomina “devido processo legal”, garantia esta que, na lição de Celso Ribeiro Bastos,

“... se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

¹⁷ art. 273, 7º do CPC: “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.”

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.463.

É por isto que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição.”¹⁹

Todos esses direitos aos quais se refere Celso Ribeiro Bastos guardam perfeita compatibilidade entre si e devem ser respeitados e cumpridos, tendo aplicação imediata garantida pelo parágrafo 1º do art. 5º da Magna Carta.

Ocorre que, na prática, o cumprimento imediato das garantias constitucionais nem sempre se torna possível, e é sob esse prisma que devemos encarar o poder do juiz de conceder medidas provisórias, sobretudo no que diz respeito ao direito à efetividade do provimento jurisdicional e ao direito à segurança jurídica.

Isso porque a satisfação do direito por intermédio de uma atividade jurisdicional muitas vezes demanda tempo e, por consequência, é prejudicada por uma demora que provoca danos a quem provavelmente tem razão.²⁰

Na lição de Marinoni, “o Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos”²¹, ou seja, deve ter a tutela jurídica aptidão de proporcionar uma concretização fática do direito pleiteado pelo litigante vitorioso²². Quando falamos em efetividade, devemos atentar para o fato de que esse direito

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234.

²⁰ ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*: Revista de Processo. São Paulo, n. 100, p. 330 – 60, out./dez. 2002.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.*, p. 64.

fundamental encontra-se expressamente previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.²³

Por outro lado, aduz a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim entendido pela mais vasta doutrina o processo que assegura aos litigantes os princípios do contraditório e da ampla defesa, onde se insere o direito à segurança jurídica, em que a liberdade ou os bens em sentido amplo devem permanecer sob a disposição de quem os detém e considera titular.

Percebe-se, nesse contexto estabelecido pela força do tempo no processo, um nítido conflito existente entre direitos fundamentais de igual hierarquia, uma vez que, se por um lado, faz-se necessário uma apreciação imediata do pedido, sob pena de perecimento do direito ou ineficácia do processo, por outro, cria-se uma insegurança jurídica, tendo em vista que se estabeleceria uma cognição desprovida de um conjunto de direitos fundamentais encobertos pelo devido processo legal.

Segundo Paulo Afonso Brum Vaz, “a relação de tensão ocorrente no caso de colisão de princípios não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro”, como ocorre no conflito entre regras jurídicas, respeitados os conflitos de hierarquia, cronológico ou da competência legislativa, “mas sim pela ponderação entre os princípios

²³ Art. 5º, XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A interpretação desse artigo gerou divergências na doutrina quando se afirmou que a tutela antecipatória é espécie de tutela preventiva, o que não é correto, tendo em vista que a tutela preventiva assegurada pela constituição só enquadra as hipóteses de cognição exauriente da lide, relativa à tutela definitiva, o que não se coaduna com o instituto da tutela antecipada. Nesse sentido, *Ibid.*, p. 60.

colidentes, que autoriza, diante do caso concreto, que o princípio de maior peso prevaleça”²⁴.

Portanto, essa colisão entre os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica gera a necessidade de se estabelecer uma solução harmonizadora, utilizando-se de critério diverso daquele relativo às regras jurídicas, “de modo que todos os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados”²⁵, sacrificando o mínimo necessário ambos os direitos. Assim, o órgão estatal deve subordinar a sua atividade a três princípios fundamentais: a) o da necessidade, exigindo a existência de um conflito real entre os direitos fundamentais e b) o da menor restrição possível, devendo haver uma limitação na exata medida da indispensabilidade do direito fundamental ²⁶ e, por fim, c) o princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito tutelado pelo princípio que sofre a intervenção.

Ora, as medidas antecipatórias e as medidas cautelares surgem exatamente como um elemento de harmonização, ínsito ao sistema constitucional, o que implica em afirmar que é poder que decorre não da lei ordinária, mas diretamente da constituição, dando condições de convivência entre a efetividade do processo e a segurança jurídica.

Por sua vez, essa harmonização necessária à conferência de uma sistematicidade à interpretação das normas constitucionais encontra respaldo

²⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118.

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.*, p. 66.

²⁶ Id., *Restrição à Concessão de Liminares*: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 718, p. 54 – 62, ago. 1995.

no princípio da proporcionalidade, ao qual estão intimamente ligados os fundamentos da existência das tutelas de urgência em nosso direito processual.

Nesse sentido, cumpre ressaltar brilhante ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, ao asseverar que:

“Pela teoria da proporcionalidade, tem-se de encontrar uma forma capaz de contornar o conflito e permitir a coexistência harmônica entre as garantias momentaneamente antagônicas.

É nesse quando principiológico conflituoso que se impõe a tutela jurisdicional de urgência, como remédio provisório e necessário. Assim, no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem em risco a efetividade do processo, devem ser equacionados pelo juiz.(...) A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de regulação provisória ou litisregulação, ou, ainda, tutela de urgência.(...)

Com as medidas cautelares e com as antecipações de tutela, o juiz pode assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem que isto anule o contraditório ou a ampla defesa. O que se faz é apenas uma protelação do momento do contraditório.”²⁷

Portanto, percebe-se claramente que a legitimação constitucional das tutelas de urgência encontra respaldo nos seus próprios objetivos, quais sejam, os de manter uma harmonização entre os direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, não se cogitando em limitar a sua aplicação pelos preceitos estabelecidos em legislação ordinária (art 273 e 798 do CPC), tendo em vista que são poderes que decorrem diretamente da Constituição.

²⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239 – 267.

I. 4 - Tutelas de Urgência em face da Fazenda Pública

Quanto à concessão de liminares em face da Fazenda Pública, tema que guarda extrema pertinência com o histórico das tutelas de urgência, cabe estudá-la neste capítulo inicial, ainda que de maneira bem sucinta, sobretudo porque, diante do tratamento diferenciado que lhe foi conferido pelo legislador, revela-se a importância do estudo das liminares sob a ótica constitucional e, nesse aspecto, nota-se uma proximidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Assim, cabe trazer inicialmente a lição de Paulo Afonso Brum Vaz, onde afirma que os óbices que se opõem à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública são os seguintes:

“a) a regra do art. 475, II, que estabelece a necessidade de reexame necessário para as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, pois, se a sentença desfavorável à Fazenda Pública não pode ser executada antes de revista pelo tribunal *ad quem*, não poderia sê-lo a decisão que antecipa a tutela, um *minus* em relação àquela; b) a regra do art. 100 da Constituição, impondo seja a execução de sentença contra a Fazenda Pública submetida ao regime do precatório; c) a regra do parágrafo 2º do art. 273 do CPC, que estabelece como requisito negativo da tutela antecipada o ‘perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’, e d) a existência de disposições legais que limitam a concessão de liminares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública.”²⁸

Ocorre que nenhum dos óbices resiste à crítica. Isso porque, uma vez que a tutela antecipada deve ser tratada de acordo com o fim para o qual se destina, qual seja, o de tornar a atividade jurisdicional útil e eficaz em adequação ao princípio da segurança jurídica, deve-se evitar interpretações

²⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 246.

que impliquem em restrições quanto à sua aplicabilidade, sob pena de violação aos princípios da *proporcionalidade*, por flagrante a desproporção entre a vantagem obtida e o sacrifício imposto a uma das partes, da *razoabilidade*, por representar uma interpretação que conflita com princípios maiores, como o do devido processo legal, bem como da *isonomia*, por privilegiar uma categoria de interesses em nome da supremacia do interesse público²⁹.

Nessa linha de pensamento, a análise do óbice do reexame necessário permite afirmar que se admitirmos que a tutela antecipada não produz efeitos antes de confirmada pelo tribunal, estaremos inviabilizando o próprio instituto, pois nem aos particulares teria aplicabilidade, em razão do duplo efeito atribuído à apelação.

Além disso, é sob esse mesmo aspecto que deve ser analisado o óbice do precatório regulado pelo art. 100 da Constituição da República, pois representaria verdadeira aniquilação do instituto exigir-se a expedição de precatório para a efetivação da tutela antecipada, quando a Constituição o exige apenas para a execução da sentença transitada em julgado. Além disso, a urgência procedimental da antecipação da tutela não condiz com a morosidade verificada no cumprimento de precatórios.

Quanto à irreversibilidade do provimento da antecipação da tutela, percebe-se que, atento o julgador à necessidade de cautela e ponderação na avaliação dos princípios constitucionais ensejadores da concessão da medida pleiteada, não haveria motivo para privilegiar a Fazenda Pública nesses casos, até porque o interesse público certamente seria utilizado como elemento importante para a convicção do juiz.

²⁹ Ibid. p. 249–250.

É sob esse mesmo aspecto de relevância constitucional que devem ser estudadas as limitações legais sobre a concessão de liminares em face do Poder Público³⁰. Nesse aspecto, é de se notar que, para Teori Zavaski, a lei restritiva deve atentar para os princípios já estudados da necessidade, da menor restrição possível e da salvaguarda do núcleo essencial.³¹

A partir desse entendimento, não há que se falar em inconstitucionalidade das restrições estabelecidas pela legislação ordinária, desde que sejam observados esses princípios não apenas na formulação da regra limitativa, como também na interpretação do caso concreto³².

Como bem afirma Humberto Theodoro Júnior, foi por esse motivo que “o legislador ordinário, ao invés de proibi-las, cuidou apenas de disciplinar as condições de sua peculiar incidência nos litígios que envolvem a Administração pública”³³.

Aliás, foi com esse propósito que a Lei 8.437/92 não proibiu as ações cautelares em face do Poder Público. Apenas criou restrições e condicionamentos, de modo a estender-lhe as regras vigentes para o Mandado de Segurança, como a vedação de liminar em caso de concessão de vantagens contra o poder público, regulada pela Lei 4348/64.

³⁰ Nesse caso, note-se que estamos falando não apenas de medidas antecipatórias da tutela pleiteada, como também de medidas cautelares.

³¹ ZAVASKI, Op. cit. p. 170.

³² Quanto à alegação de inconstitucionalidade das restrições à concessão de medidas cautelares em face do Poder Público instituídas pela Lei 8.437/92, é importante ressaltar que a respectiva ADIN 233-DF foi rejeitada pelo STF, reconhecendo-se que se na particularidade do caso concreto a falta da cautelar *in limine* representar denegação da justiça ou inutilização da tutela jurisdicional definitiva, caberá ao juiz, malgrado a L. 8.437, tomar a medida liminar indispensável.

³³ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*: Revista Jurídica. São Paulo, n. 245, p. 5-27, mar. 1998.

Dessa forma, a interpretação se dava da seguinte maneira: quando não fosse possível liminar em mandado de segurança, também não o seria em ação cautelar (art. 1º da Lei 8.437/92). Além disso, proibiu-se, nessa mesma lei, a concessão de liminares satisfativas (art. 1º, parágrafo 3º da Lei 8.437/92).

Após o advento da reforma do CPC de 1994, que trouxe o instituto da antecipação de tutela para o diploma processual, o legislador procurou regular a sua aplicação em face da Fazenda Pública nos mesmos moldes estabelecidos para a concessão de liminares em ações cautelares.

Desse modo, a Lei 9.494/97 mandou aplicar as restrições estabelecidas pela Lei 8.437/92, sujeitando a sua concessão ao mesmo regime restritivo traçado para os Mandados de Segurança e Medidas Cautelares.

Vê-se, portanto, que o legislador não criou qualquer dispositivo legal que vedasse a concessão de liminares em face da Fazenda Pública, apenas ressalvados os casos previstos nas Leis 8.437/92 e 9.494/97, o que significa afirmar que constituiria violação ao princípio do devido processo legal vislumbrar-se, em benefício da Fazenda Pública, privilégio ou prerrogativas não contemplados na lei, os quais, como bem afirma Carlos Maximiliano³⁴, devem ser interpretados estritamente. Aliás, esse entendimento já é previsto em Súmula no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁵.

Nesse sentido, cabe trazer lição de Luiz Guilherme Marinoni, ao frisar que

³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed.. São Paulo: Forense, 1997. p. 313.

³⁵ Súmula nº 60 TJRJ: “Não se justifica o privilégio em favor da Fazenda Pública, não previsto em lei, já que o artigo 273 do Código de Processo Civil não faz qualquer discriminação, ao admitir a antecipação da tutela de mérito, comprometida apenas com a efetividade do processo e submetida a seus pressupostos”.

“se o legislador infra constitucional está obrigado, em nome do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular. Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.”³⁶

Assim, fica nítido o fato de que o estudo das liminares em face do Poder Público evidencia as semelhanças entre as tutelas de urgência, à medida que, nesses casos, não se verificam diferenças quanto às suas restrições legais, ressaltando-se também a proximidade com as liminares em mandado de segurança, que serão estudadas em momento pertinente.

Portanto, diante de uma análise histórica, percebe-se claramente que a conexão entre as tutelas de urgência é fato que se verifica desde o surgimento de cada um dos institutos particularmente considerados, tendo em vista os aspectos constitucionais que conferem unicidade ao tema.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 272.

CAPÍTULO II - Antecipação de tutela

II.1 - Conceito e finalidade

O instituto da tutela antecipada foi trazido ao sistema processual brasileiro pela Lei nº 8.952 de 1994, que conferiu ao *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil a seguinte redação: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Além disso, o próprio art. 273 condicionou a sua concessão a determinados requisitos, caracterizados por uma rigidez elevada, de modo a garantir a mínima possibilidade de erro capaz de tornar irreversível o provimento antecipado.

Nesse sentido, cabe trazer à colação a definição de Paulo Afonso Brum Vaz, que se adapta de maneira clara e precisa à correta interpretação do artigo:

“a tutela antecipada é uma proteção jurídica diferenciada, caracterizada pela urgência e pelo direito evidente que, com base em cognição sumária ou exauriente, e presentes os requisitos legais, satisfaz antecipadamente, no mundo fático, a pretensão vertida pelo postulante, concedendo-lhe uma utilidade ou atribuição que somente poderia alcançar depois da sentença com trânsito em julgado.”³⁷

Essa definição da tutela antecipada não deixa dúvidas quanto à afirmação de que ela se apresenta como um adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito, e não dos efeitos

³⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 73.

normativos da própria sentença³⁸, sendo um poder-dever do juiz, a que esse não pode se furtar quando presentes os requisitos à sua concessão, o que nos leva a afirmar em seguida que inexistente aqui qualquer discricionariedade judicial³⁹.

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior, o que se autorizou ao juiz foi o uso de expedientes executivos em momento anterior ao processo de conhecimento (antes da citação) e antes de proferir a própria sentença de mérito, estando credenciado a executar de maneira provisória, mediante cognição sumária, uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias da demanda o autorizam a prevê-la.⁴⁰

É através dessa antecipação de efeitos executivos ou mandamentais da sentença de mérito que o instituto cumpre a sua finalidade, qual seja, a de tornar efetiva a tutela jurisdicional que esteja ameaçada em virtude do tempo, sendo por esse motivo incluída no campo das tutelas diferenciadas, estabelecidas em sede de cognição sumária, própria dos juízos de probabilidade ou de verossimilhança.

Nesse sentido, Araken de Assis afirma que “o instituto destina-se a promover novo equilíbrio entre os litigantes, porque o fator tempo, inerente a todo processo judicial, recai preponderantemente sobre o autor”⁴¹, ou melhor afirmando, sobre a parte que demanda alguma pretensão em juízo, como é o caso do réu que apresenta pedido contraposto.

³⁸ Ibid., p. 71.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit., p. 453.

⁴⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela de Segurança*: Revista de Processo. São Paulo, n. 88, p. 9 – 30, out./dez. 1997.

⁴¹ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 330 – 60.

Por fim, não deve ser esquecido o fato de que essa finalidade encontra-se respaldada na necessidade de se estabelecer uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional, o que também se aplica à medida cautelar, como foi abordado no capítulo anterior.

II. 2 – Requisitos Necessários:

Os requisitos básicos, ou seja, que sempre serão exigidos para a concessão da tutela antecipada, são os seguintes: requerimento da parte; verossimilhança; prova inequívoca; reversibilidade dos efeitos práticos da antecipação da tutela; motivação da decisão e coincidência ou sintonia entre a tutela antecipada e a tutela definitiva que será objeto da sentença.

II. 2.1 – Requerimento da parte:

O caput do art. 273 afirma de plano a necessidade de requerimento da parte para o deferimento da tutela antecipada. Desse modo, proíbe-se a sua concessão *ex officio*.

Entretanto, essa postura do legislador foi objeto de duras críticas de parte da doutrina. Nesse sentido, vale transcrever lição do eminente ministro Luiz Fux, em que, ao abordar as questões relativas à revogação e modificação da tutela antecipada, afirma o seguinte:

“Verificando o juízo através de provas inequívocas que a tutela requerida merece, v. g., uma ampliação, sob pena de frustrar aquela anteriormente concedida, deve atuar de ofício, ainda que seja para equilibrar as posições das partes no processo”.⁴²

⁴² FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352 – 353.

Além disso, afirma ser possível o seu deferimento independente de iniciativa da parte, em respeito ao dever geral de segurança que tem todo o magistrado a partir da instauração da relação processual.⁴³

Por sua vez, Teori Albino Zavaski admite o seu deferimento *ex officio*, apenas em hipóteses de modificação ou revogação em benefício do demandado. Nesse sentido:

“em se tratando de revogação da medida ou de sua modificação em benefício do demandado – (...) – pode o juiz atuar de ofício. É que, ao contrário do que ocorre, de um modo geral, com os juízos de procedência (vale dizer, com a outorga de tutela ao autor) – que invariavelmente pressupõe pedido expresso nesse sentido – os juízos de improcedência podem ocorrer mesmo em face do silêncio do interessado.”⁴⁴

Portanto, percebe-se que, apesar de expressamente proibida pelo legislador, a concessão da medida antecipatória *ex officio* é admitida por grandes estudiosos do tema e dependerá da análise de cada caso para que possa efetivamente ser aceita, conferindo à sua interpretação a sistematicidade que lhe exige o princípio da equidade.

II. 2.2 – Verossimilhança e prova inequívoca

O requisito da verossimilhança, que significa nada mais nada menos que um juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, se caracteriza pela realização de uma análise da situação fática refletida na inicial e, posteriormente, da plausibilidade do direito alegado⁴⁵.

⁴³ Ibid. p. 352.

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 115.

⁴⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 137.

Nesse sentido, vale ressaltar que a expressão verossimilhança, atrelada ao requisito da prova inequívoca, reflete de maneira clara a intenção do legislador em estabelecer uma exigência mais rigorosa do que simplesmente um *fumus boni iuris*, exigido para a concessão da tutela cautelar, como ocorria antes da reforma de 1994, quando imperavam as medidas cautelares satisfativas.

Esse aspecto foi abordado pelo eminente ministro Luiz Fux que, ao lecionar a respeito da tutela da evidência, afirma que esta se refere a “situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do direito do demandante...”.⁴⁶

Além disso, a questão da interpretação correta do conceito de prova inequívoca é bem controversa, uma vez que os fatos e o direito que parecem inequívocos para um juiz podem não o ser para outro.

Por isso, como bem afirma Humberto Theodoro Júnior, a prova “terá, no entanto, de ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável”.⁴⁷

II. 2.3 – Reversibilidade de efeitos práticos

O parágrafo 2º do art. 273 do CPC veda expressamente a concessão da antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, trazendo ao instituto um requisito negativo.

⁴⁶ FUX, Luiz. Op. cit., p. 305 - 306.

⁴⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 22.

Primeiramente, cabe ressaltar que são os efeitos práticos, situados no plano fático, que sofrem essa restrição, o que não se estende aos efeitos normativos, ou melhor, jurídicos, em que pese entendimento contrário, como leciona Marinoni, ao afirmar que “não é apenas a coisa julgada material que dá conteúdo jurídico a um provimento”, defendendo que a tutela antecipada envolve efeitos externos ao processo, mas no âmbito do direito material⁴⁸.

Além disso, é forçoso reconhecer que há diversos casos de extrema urgência, em que “o julgador é posto ante a alternativa de *prover* ou *perecer* o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança”.⁴⁹ Nesses casos, a necessidade de irreversibilidade do provimento pode ser deixada de lado, devendo o magistrado encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos em choque, através da ponderação de valores constitucionais, sobretudo os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

II. 2.4 – Motivação da decisão e necessidade de sintonia entre a tutela antecipada e a tutela definitiva

Como o art. 93, inciso IX da Constituição Federal afirma que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é incontroverso o entendimento de que a decisão judicial que concede, denega, revoga ou modifica a antecipação de tutela deve ser fundamentada, estando o juiz obrigado a enunciar expressamente os motivos de fato e de direito que ensejaram o seu convencimento, especialmente em casos de cognição sumária.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 45.

⁴⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 25.

Com relação à vinculação entre tutela antecipada e a tutela definitiva, percebe-se que, uma vez estando a tutela antecipada atrelada à antecipação dos efeitos fáticos de seu pedido inicial, não se poderia, de maneira alguma, admitir a sua concessão em limites diversos do que pode ser estabelecido na sentença.

Dessa forma, nos dizeres de Teori Zavascki, “a noção da tutela definitiva constitui um elemento de fundamental relevância para quem busca traçar a linha que divide as espécies de tutela provisória”.⁵⁰

Isso porque, estando a tutela antecipada atrelada aos contornos do provimento final de mérito, diferencia-se da tutela cautelar, tendo em vista que esta última tem conteúdo próprio, diverso da tutela definitiva, buscando assegurar apenas a eficácia do provimento de mérito.

II. 3 – Requisitos Alternativos:

Também chamados de específicos, os requisitos alternativos são próprios para a concessão de diferentes tipos de tutela antecipada, quais sejam: de urgência, punitiva e tutela antecipada de pedido ou parte de pedido incontroverso.

II. 3.1 – Tutela antecipada de urgência ou assecuratória:

A tutela antecipada de urgência ou assecuratória está esculpida pelo art. 273, inciso I do CPC, ao elencar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como requisito alternativo para a concessão da tutela

⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 50.

antecipada, sendo comumente tratada de maneira similar ao *periculum in mora*, pressuposto da tutela cautelar.

Nesse entendimento, o professor Antônio Cláudio da Costa Machado⁵¹ afirma que a pressuposição de *periculum in mora* cautelariza qualquer provimento jurisdicional, patenteando-se esse requisito diante da possibilidade de a parte-autora experimentar prejuízo de dano irreparável ou de difícil reparação.

De outro lado, alguns doutrinadores, ao analisarem esses requisitos, ressaltam as diferenças entre a natureza desses dois tipos de provimento. Assim, nessa linha de argumentação situam-se Calmon de Passos⁵², bem como Luiz Fux, onde afirma que, “não obstante afim com a cautelar pelo requisito do *periculum in mora*, não tem a mesma natureza e regime jurídico daquela, denominando-se genericamente de tutela de segurança”.⁵³

Na verdade, o que se mostra incontroverso é o fato de que a urgência na proteção judicial imediata de direitos nada mais é do que um efeito do tempo no processo, capaz de trazer um conflito entre preceitos constitucionais e um conseqüente receio que, por sua vez, deve ser comprovado com dados concretos, como bem exige o dispositivo, ao incluir a expressão fundado receio.

Portanto, percebe-se claramente a necessidade de se combater a possibilidade de qualquer dano tornar-se irreparável, seja por conta de sua

⁵¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 447.

⁵² PASSOS, Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1995, p.17.

⁵³ FUX, Luiz. Op. cit., p. 49.

natureza (critério objetivo), seja por conta da situação financeira de quem deve repará-lo (critério subjetivo)⁵⁴.

II. 3.2 – Tutela antecipada punitiva

A tutela antecipada punitiva está prevista no inciso II do art. 273 do CPC, ao permitir a antecipação de tutela nos casos em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Em ambos os casos o legislador busca punir uma atitude de retardamento do processo por parte do réu, seja através de atos processuais de defesa, no caso do abuso de direito de defesa, seja por meio de atos realizados fora do processo, quando o réu atua com manifesto propósito protelatório.⁵⁵

Essa punição só ocorrerá se necessário (princípio da necessidade), quando a conduta do réu importar em efetivo retardamento⁵⁶. Além disso, vale lembrar que, apesar de estar relacionada às condutas de má-fé previstas no art. 17 do CPC, comportam diversas outras hipóteses.

Por fim, seguindo esse entendimento, cabe trazer à colação entendimento esposado por Neyton Fantoni Junior que, ao lecionar sobre o dispositivo em comento, elenca os seguintes sintomas denunciadores do abuso do direito de defesa:

“a) a deturpação dos fatos; b) a relutância frente a fatos notórios ou incontroversos; c) erro grave ou grosseiro e, portanto, inescusável, de interpretação do conteúdo de dispositivo legal; e

⁵⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 149

⁵⁵ Nesse último caso, pode-se tomar como exemplo a ocultação de prova, o não atendimento de diligência ou a simulação de doença.

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 78

d) a desconsideração ou indiferença em relação a direitos e garantias constitucionais”⁵⁷.

II. 3.3 – Tutela antecipada de pedido e parte de pedido incontroverso

Ainda com relação à análise dos requisitos da tutela antecipada, vale ressaltar a alteração trazida pela Lei 10.444 de 2002, a qual estabelece, no parágrafo 6º do art. 273, que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

É pertinente afirmar que o legislador nada mais fez do que trazer maior efetividade ao processo, tendo em vista que seria injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não mais se apresenta como controvertido.

Na análise deste dispositivo, vale frisar que não há exigência de cumulação de pedidos, tendo em vista que a antecipação de tutela pode ser concedida sobre parte do pedido (art. 273, caput)⁵⁸.

Além disso, é comum a afirmação de que, uma vez que a lei se referiu a ausência de controvérsia de maneira exclusiva, não haveria a necessidade da presença dos requisitos do caput do art. 273 do CPC e, portanto, a prova inequívoca da verossimilhança não se faria necessária⁵⁹.

⁵⁷ JUNIOR, Neyton Fantoni. *Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil*: Revista de Processo. São Paulo, n. 86, p. 35-46, abr./jun. 1997.

⁵⁸ Luiz Guilherme Marinoni sustentava esse entendimento antes mesmo da aprovação da lei, afirmando que poderia haver concessão da tutela antecipada nas hipóteses do art. 273, inciso II, uma vez que considerava abusiva a defesa que protela a realização de direito não controvertido. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 203.)

⁵⁹ ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei nº 10.444 de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3 - 18.

II. 4 – Exegese do art. 273 do CPC – observações pertinentes

Após essa breve análise dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, nada melhor do que abordar de uma maneira geral certos aspectos desse tipo de provimento, de maneira a permitir, posteriormente, a melhor compreensão das questões relativas à fungibilidade entre as tutela de urgência.

Nesse sentido, o exame da natureza do provimento antecipatório comporta abordagens que levam em consideração o momento de sua concessão, a espécie de eficácia da decisão, o tipo de ato judicial que a defere ou denega e a sua duração no tempo.

Quanto ao momento de sua concessão, percebe-se que ela pode ser deferida a qualquer tempo ou grau de jurisdição, mas independentemente do estágio em que é deferida, não perde o seu caráter de medida liminar⁶⁰, tendo em vista que representa o adiantamento de uma pretensão que somente em outro momento poderia ser alcançada, ou seja, com o trânsito em julgado.

Quanto à eficácia da decisão, afirmou-se anteriormente representar uma antecipação de efeitos mandamentais e executivos, excluindo-se os normativos, como bem ressaltou diversos doutrinadores do tema, ressaltando as lições de José Eudeni Magalhães⁶¹ e Ovídio Batista da Silva⁶². A eficácia mandamental encontra-se presente quando alguém é obrigado a um comportamento de submissão do interesse do autor por ordem ou mandado do

⁶⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 74

⁶¹ MAGALHÃES, José Eudeni. *Da Tutela Antecipatória*: Revista de Processo. São Paulo, n. 88, p. 262 – 268, out./dez. 1997.

⁶² SILVA, Ovídio Batista da. A antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual. *Jornal Síntese*, p. 3 – 4, out. 1996. Apud VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 76.

juiz, enquanto que a executiva impõe desde logo, independentemente de qualquer providência do autor, o cumprimento de dita ordem ou mandado.

Além disso, vale ressaltar que é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de sua concessão em ações declaratórias e constitutivas, desde que, o que se pretender for a antecipação de efeitos práticos secundários do futuro provimento de mérito, como é o caso da ação de usucapião, onde se admite a antecipação de efeitos decorrentes do domínio, mas não a sua declaração.

Quanto à natureza da decisão que antecipa a tutela ou a indefere, é incontroverso o fato de que tem natureza de decisão interlocutória, pois decide incidentes processuais, sem por fim ao processo, o que a difere dos despachos e das sentenças⁶³.

Vale lembrar que essa decisão tem caráter provisório, uma vez que tem duração limitada pelo momento da decisão definitiva de mérito, ocasião em que será substituída⁶⁴.

Também já foi afirmado anteriormente que, no que concerne a liberdade judicial para a sua concessão, a idéia de discricionariedade não pode ser considerada a mais adequada, já que, se presentes os requisitos, o juiz deve

⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*: Revista de Processo. São Paulo, n. 61, p. 7 – 23, jan./mar. 1991.

⁶⁴ Ressalte-se aqui a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao afirmar que “a providência tem caráter temporário e provisório: não só poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, como, concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo para que a final seja proferida sentença, inclusive de mérito, se for o caso”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*: Revista Forense. Rio de Janeiro, Vol. 342, p. 13-28, abr./mai. 1998.

concedê-la, além de ter que fundamentar a sua decisão, o que, na verdade, já é incontroverso na jurisprudência.⁶⁵

Nesse sentido, ao dissertar sobre as tutelas de urgência, afirma Humberto Theodoro Júnior que “o magistrado não tem o poder de concedê-la por puro juízo pessoal de conveniência, nem por razões de ordem simplesmente subjetivas”.⁶⁶ Ademais, aduz que “não lhe toca discricionariedade de concedê-la ou não. Daí que a falta de fundamentação adequada, em qualquer dos casos, importaria nulidade do ato judicial”.⁶⁷

No que diz respeito à técnica de cognição, já define Kazuo Watanabe como sendo um “ato de inteligência que consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo”.⁶⁸

A antecipação de tutela, como já afirmado, decorre de cognição sumária, própria dos juízos de probabilidade e verossimilhança, típicas

⁶⁵ Cabe aqui fazer menção à Súmula nº 61 do TJRJ, que possui o seguinte texto: “Analogamente à concessão ou recusa da liminar, as decisões relativas à antecipação de tutela, consoante os pressupostos discriminados no art. 273 e incisos, do CPC, subordinam-se a juízo de aferição do magistrado, na causa. Sua reforma ou outorga subsequente há de adstringir-se às hipóteses previstas no enunciado”. Além disso, a Súmula nº 58 aduz, a respeito da assertiva de que “somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”, aduz o seguinte: “Estando a outorga da liminar adstrita a juízo discricionário do Juiz da causa, apenas naquelas situações, consoante também, a exegese pretoriana, faz sentido sua reforma ou concessão, máxime quando desatenda aos pressupostos legais”.

⁶⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*: Revista Jurídica. São Paulo, n. 245, p. 5-27, mar. 1998.

⁶⁷ Tendo em vista a grande controvérsia a respeito da matéria, em favor da idéia de discricionariedade e ressaltando a necessidade de fundamentação da decisão, o Ministro Bueno de Souza, em seminário sobre as medidas liminares, assim afirmou: “Se a decisão do juiz tem um conteúdo discricionário, porém ele a fundamenta com razões de decidir que sejam compatíveis com a ordem jurídica, o recurso não estaria franqueado, a parte poderia dispor das razões para recorrer, para impugnar as razões da decisão. Mas não vejo que se deva excluir um contingente discricionário, trazido transparentemente pelo juiz, para justificar esse ato.” Passos, Calmon de. *A Questão das Liminares e o Precimento do Direito*. Série Cadernos do CEJ. Brasília, n. 10, p. 56, 1995.

⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 41.

também da tutela cautelar⁶⁹. Pode também ser plena ou parcial, onde se considera a amplitude do conhecimento do juiz a respeito da matéria.

Portanto, tendo em vista o conceito, os requisitos e demais observações acerca do instituto da tutela antecipada acima exposto, em outro passo faz-se necessário abordar as questões relativas à tutela cautelar, de suma importância para a compreensão da fungibilidade entre os dois tipos de provimento jurisdicional.

⁶⁹ No caso de tutela cautelar, fala-se em plausibilidade do direito invocado, o que será estudado em momento pertinente.

CAPÍTULO III - A tutela cautelar

III. 1 - Conceito e finalidade

A partir do momento em que ocorre uma possível lesão a um direito até o encerramento da morosa prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, com a declaração desse direito, os bens jurídicos envolvidos no processo correm perigo de deterioração a ponto de gerar uma inutilidade da própria atividade jurisdicional.

Assim, a tutela cautelar se apresenta como um meio de proteção de condições fáticas e jurídicas relacionadas ao processo, com a finalidade de se possibilitar o desenvolvimento da prestação jurisdicional com efetividade.

Seguindo esse entendimento, vale trazer a lição do e. ministro Luiz Fux, que ao discorrer sobre o conceito da tutela cautelar, afirma ser

“um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade.”

Em seguida, aduz que

“o processo de amadurecimento da decisão após a manifestação das partes impõe um lapso de tempo, por vezes prejudicial, posto que o objeto do juízo fica sujeito a mutações que podem frustrar o julgamento, quer por atos maléficis perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, quer em função da própria natureza das coisas.”⁷⁰

Portanto, segundo esse entendimento, a tutela cautelar atribuída pelo Estado através da concessão de medidas cautelares tem por escopo a garantia

⁷⁰ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1549.

da efetividade jurisdicional, mantendo-se as condições de fato e de direito necessárias ao julgamento do mérito. Além disso, a medida cautelar pode ser deferida não apenas dentro de um processo cautelar, como também, excepcionalmente, no processo de conhecimento, de execução e também em procedimentos especiais, desvinculados de um processo principal.

Nessa linha de argumentação, José Frederico Marques afirma que a “tutela cautelar é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo”.⁷¹

Com isso, já afirmava Ovídio Baptista da Silva, seguindo lição de Carnelluti, que, “não visando o processo cautelar a produção da coisa julgada a respeito do interesse jurídico cuja proteção se pretende, é evidente que essa situação tenha reflexo sobre a estrutura do procedimento das ações de segurança”.⁷²

Já a lição trazida por Vicente Greco Filho se coaduna com esse entendimento, mas restringe a finalidade do instituto ao afirmar que “o processo cautelar e as medidas cautelares formam um tipo de atividade jurisdicional destinada a proteger bens jurídicos envolvidos no processo”⁷³. Em seguida, traz importante distinção entre o conceito de processo cautelar e medida cautelar, comumente confundida nos tribunais pátrios.

Nesse sentido, distingue esses dois conceitos nos seguintes termos:

⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. V. São Paulo: Millenium, 2000. p. 423.

⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. *As Ações Cautelares e o novo Processo Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 47.

⁷³ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

“ A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a concessão e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar.”⁷⁴

É sob esse prisma que o legislador regulou o instituto no Livro III do diploma processual, em seu artigo 796 e seguintes. Prevê o referido artigo que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Percebe-se que, pelo fato de nem todas as medidas previstas no Livro III constituírem-se através de processo ou ação cautelar, a redação do artigo foge desse conceito para trazer a noção de “procedimento”.

Além disso, o referido dispositivo traz outra distinção, ao expor o conceito de procedimento cautelar *preventivo*, na hipótese de ser instaurado antes do processo principal, ou *incidental*, quando instaurado no curso do processo principal, em que pese o fato de em alguns casos não existir vínculo de dependência, acessoriedade ou subordinação entre o procedimento cautelar e qualquer outro processo.

Finalmente, o que não pode ser deixado de lado é a afirmação de que a tutela cautelar constitui uma garantia constitucional, consagrada pelo inciso XXXV, art. 5^a da Magna Carta, onde se prevê que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Isso porque de nada valeria permitir ao cidadão o acesso à justiça se a sentença final não tivesse condições de assegurar a efetividade do direito reconhecido ao

⁷⁴ Ibid. p. 154

vitorioso da causa, o que também poderia ser considerada uma afronta ao princípio geral do devido processo legal.

III. 2 - Classificação e Requisitos

Como bem leciona Teori Zavaski, medida liminar e medida cautelar não são expressões sinônimas. Nesse sentido, afirma que

“a medida cautelar é o objeto da ação cautelar, ou seja, é a providência cautelar a ser deferida em sentença e seus pressupostos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A medida liminar, nesses casos, será a antecipação da medida cautelar e sua concessão está subordinada, além dos pressupostos citados, ao requisito adicional, que lhe é próprio: a particular iminência do risco, capaz de consumir, em prazo menor do que da defesa, a ineficácia da sentença cautelar.”⁷⁵

É de extrema importância a distinção desses dois conceitos, uma vez que, ao saber que o processo cautelar é o instrumento utilizado para a concessão de medidas cautelares, de modo a garantir a eficácia da futura sentença de mérito, percebe-se que as medidas liminares no processo cautelar nada mais são do que antecipações desse provimento buscado pelo litigante, em decorrência da urgente necessidade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a classificação das liminares em ações cautelares como satisfativas, sobretudo antes da reforma processual de 1994, se refere ao fato de que visavam exclusivamente a satisfação do direito material buscado pelo litigante, e não a antecipação da eficácia da sentença cautelar, sob pena de toda e qualquer liminar ser considerada satisfativa.

⁷⁵ ZAVASKI, Teori Albino. *Restrição à Concessão de Liminares*: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 718, p. 54 – 62, ago. 1995.

Assim, serão abordadas concisamente a seguir linhas gerais de classificações das medidas cautelares, além de seus requisitos que, por sua vez, guardam extrema semelhança com os requisitos já vistos no estudo da tutela antecipada.

III. 2.1 - Classificação

Há várias classificações de medida cautelar na doutrina, ora quanto à natureza, ora quanto ao procedimento, ora quanto à eficácia. Entretanto, como bem afirma José Frederico Marques⁷⁶, não há interesse prático nessa classificação, ficando sempre num plano transcendente, razão pela qual será abordada apenas a classificação formal exposta pelo autor, extraída do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, dividem-se as medidas cautelares em:

a) medidas cautelares *típicas* ou *nominadas*: são objeto das ações cautelares reguladas sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos”, previstas no capítulo II, livro III do CPC. Nesse caso, o legislador estabeleceu hipóteses de procedimento comum (art. 888 do CPC) e de procedimento específico para cada tipo de provimento cautelar buscado pela parte. São estes últimos os casos de arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, além do protesto e da apreensão de títulos (art. 813 até 887 do CPC).

⁷⁶ MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 440.

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁷⁷, as medidas de natureza essencialmente cautelar estão subdivididas em *medidas para assegurar bens* – visando garantir uma futura execução forçada ou um futuro estado de coisas – *peças* – compreendendo a guarda provisória de pessoas ou as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes e *prova* – quando se coletam elementos de convicção a serem utilizados futuramente.

b) medidas cautelares *atípicas* ou *inominadas*: compreendem o que se convencionou chamar de “poder geral de cautela” do juiz, consubstanciado no art. 798 do CPC, e com procedimento comum regulado nos artigos seguintes.

Dessa forma, percebe-se que a função cautelar não fica restrita às providências típicas, já que o objetivo da tutela cautelar é evitar qualquer situação de perigo que coloque em risco a eficácia e a utilidade do processo principal, podendo o juiz determinar outras medidas provisórias que julgar adequadas, desde que cumpridos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, presentes em todo o tipo de provimento cautelar e que será abordado mais adiante.

Além disso, vale lembrar uma segunda classificação legal, prevista no art. 796 do diploma processual que, como já afirmado anteriormente, dividiu as medidas cautelares em *incidentes* e *preparatórias*, seguindo esta última a nomenclatura conferida pelo art. 800, o que é criticado na doutrina tendo em vista que a tutela cautelar não visa preparar o processo principal, mas sim garantir a sua eficácia e utilidade. As medidas preparatórias são as que antecedem à propositura da ação principal, enquanto que as incidentes são as que surgem no curso do processo principal.

⁷⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 37ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

Outro aspecto relevante para o estudo da tutela cautelar e, sobretudo, da fungibilidade entre as tutelas de urgência reside no fato de que a própria lei prevê medidas sujeitas a procedimento cautelar, mas que não guardam relação com a natureza e finalidade específicas do procedimento⁷⁸, o que demonstra uma confusão de conceitos e um certo grau de incerteza gerada pela intenção do legislador em dividir de maneira rígida o processo cautelar do principal, sobretudo quanto à diferenciação feita com relação ao instituto da tutela antecipada.

III. 2.2 - Requisitos

Na lição de Vicente Greco Filho,

“além das condições gerais de admissibilidade da ação cautelar, que são as condições gerais da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes), o procedimento cautelar tem como pressupostos de procedência o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.”⁷⁹

O *periculum in mora*, segundo leciona o renomado jurista, nada mais é do que um dano potencial, uma probabilidade de dano a uma das partes de uma futura ou atual ação principal, em razão da demora de trâmites processuais. Isto pode ocorrer quando houver risco de perecimento ou mudança no estado de pessoas, bens ou provas necessários para a efetividade e utilidade do processo principal.

⁷⁸ Segundo Humberto Theodoro Júnior, estão compreendidos nos seguintes casos: justificação (art. 801), protestos, notificações e interpelações (art. 867), homologação do penhor legal (art. 874), posse em nome do nascituro (art. 877), protestos de títulos cambiários (art. 882), interdição e demolição de prédios para resguardar saúde e segurança (art. 888, VIII), e entrega de bens pessoais do cônjuge (art. 888, II) Ibid., p. 357.

⁷⁹ FILHO, Vicente Greco. Op. cit., 155.

Já o *fumus boni iuris* é a plausibilidade do direito invocado pelo autor⁸⁰ da ação cautelar, o que justifica sua proteção, pois, ainda que em caráter hipotético, o resultado favorável ao autor se mostra como provável⁸¹.

Seguindo esse entendimento, cabe ressaltar que inúmeras são as divergências quanto à qualificação desses pressupostos, ora considerados requisitos concernentes ao interesse processual (condição da ação), ora o próprio mérito cautelar.

Dessa forma, é de se ressaltar o entendimento de José Frederico Marques, ao lecionar que “na conjugação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* é que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar”.⁸²

Além disso, sustenta Vicente Greco Filho, acompanhando as posições de Galeno Lacerda e Ovídio A. Batista da Silva, que “são requisitos e pressupostos de procedência do pedido ou da pretensão cautelar e, portanto, concernentes ao mérito cautelar. Se um deles não estiver presente, a pretensão de proteção será improcedente”.⁸³

De outro lado, Darci Ribeiro, de acordo com a lição de Ronaldo Cunha Campos e tratando desses dois requisitos, os qualifica como “duas condições específicas da ação cautelar”.⁸⁴

⁸⁰ JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 360.

⁸¹ A respeito dessa assertiva, Vicente Greco Filho afirma que “o *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal,..., mas simplesmente um juízo de probabilidade, perspectiva esta que basta para justificar o asseguramento do direito”. (FILHO, Vicente Greco. Op. cit., p. 156.)

⁸² MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 434. Apenas como observação, vale esposar o entendimento do autor no sentido de que “esses pressupostos devem ser examinados nas medidas atípicas e naquelas do art. 888, visto que, nos casos de procedimentos cautelares específicos eles, de regra, estão expressos, de fundo especial, nos pressupostos e condições particulares de cada um.”

⁸³ FILHO, Vicente Greco. Op. cit., 155.

⁸⁴ RIBEIRO, Darci. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*: Revista de Processo. São Paulo, n. 86, p. 56 – 75, abr./jun. 1997.

Na verdade, seja qualificando os requisitos ora analisados como condições da ação, seja atribuindo a qualidade de mérito cautelar, o que fica claro é a semelhança com que o legislador pátrio regulou as tutelas de urgência.

Note-se que, apesar de o caput do art. 273 apresentar maior rigidez à concessão do provimento antecipado, essas exigências se assemelham àquelas estabelecidas para a tutela antecipada de urgência, o que se revela como ponto fundamental na compreensão da reforma de 2002 do CPC, ao estabelecer a fungibilidade entre as medidas de urgência.

III. 3 - Características

A luz da visão constitucional abordada inicialmente, que permeia os objetivos buscados pelo legislador tanto na criação como nas reformas dos institutos das tutelas de urgência, devem ser citadas as seguintes características que, segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior⁸⁵, apresentam-se como as de maior relevo para o estudo do processo cautelar:

a) *Instrumentabilidade*: na medida que as cautelares não declaram direito algum, visando apenas a preservar a utilidade do processo principal, pendente ou a ser ajuizado.

Quanto a esse aspecto, vale ressaltar que, diante de seu caráter instrumental, pode-se entender a razão pela qual inexiste coisa julgada material do processo cautelar.

⁸⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 362/364.

b) *Provisoriedade*: a tutela cautelar foi concebida para ter uma existência limitada no tempo, e enquanto existir a situação de perigo que lhe dá fundamento.

Vale lembrar que a noção de provisoriedade, para alguns autores, se revela muitas vezes equivocada, tendo em vista que a tutela cautelar estaria mais próxima à noção de temporariedade, o que foi ressaltado por Luiz Guilherme Marinoni⁸⁶ que, ao trazer a distinção desses dois conceitos, estabelecida por Calamandrei, afirma que temporal é o que tem uma duração por si mesmo limitada no tempo, enquanto que o termo provisório se adapta à idéia de duração estabelecida pela superveniência de um evento sucessivo, como seria o caso da tutela sumária antecipatória, a ser substituída pela sentença.

c) *Revogabilidade*: a medida cautelar pode ser modificada sempre que a situação fática que ensejou a concessão da medida desaparecer, ou, ainda, quando alterada a situação empírica, relativamente ao processo principal. (art. 807 do CPC).

d) *Autonomia*: essa característica se refere ao aspecto procedimental, uma vez que, apesar da *instrumentalidade* inerente à tutela cautelar, tem objeto e finalidade distintos das demais tutelas.

Nesse entendimento, Marinoni leciona que

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 64-65.

“A tutela cautelar é instrumentalmente ligada à tutela definitiva, porque se destina a assegurar a realização de uma pretensão. Isso não significa negar a autonomia à cautelar. A tutela cautelar possui perfil característico e autônomo. Tem objeto e finalidade distintos das demais tutelas.”⁸⁷

No que diz respeito ao caráter instrumental conferido à tutela cautelar, ausente nos casos de tutela antecipada, vale lembrar que, antes da reforma que trouxe ao diploma processual este último instituto, o uso impróprio das cautelares satisfativas veio a obscurecer a nitidez dessa idéia, uma vez que não condiziam com a finalidade instrumental para a qual a tutela cautelar se destinava.

Ademais, ainda que as características abordadas sejam as de maior relevância para o processo cautelar, vale mencionar outras características apontadas pelos diversos doutrinadores do tema, quais sejam:

- a *sumariedade da cognição e do procedimento adotado*: em decorrência da situação de urgência que envolve o processo cautelar, gerada por uma situação de perigo, o procedimento é curto e célere. Além disso, também faz-se necessário uma sumariedade de cognição, ou melhor dizendo, material, capaz de se adaptar à sumariedade procedimental, também conhecida como sumariedade formal.

- *referibilidade*: não há que se falar, em sede de procedimento cautelar, em satisfação do direito subjetivo ou da pretensão assegurada. A partir desse confronto ganha sentido o conceito de referibilidade, na medida que o processo cautelar é sempre referível a um processo classificado como principal. A única satisfação no processo cautelar se dá no sentido de que

⁸⁷ Ibid. p. 74.

satisfaz a específica pretensão do autor em assegurar o seu direito através da garantia de efetividade do processo principal.

III. 4 - Exegese do art. 798 do CPC (observações pertinentes)

Como já visto, o poder conferido ao juiz pelo art. 798⁸⁸ do CPC de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo CPC, mas que guardam igualdade de natureza e semelhança, recebe, doutrinariamente, o nome de “poder geral de cautela”.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, diante do poder geral de cautela “a atividade jurisdicional apóia-se em poderes indeterminados, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico”.⁸⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se concluir que, deixando ao critério do juiz a determinação dessas providências, através da concessão de medidas cautelares, a lei acaba por conferir ao magistrado um poder discricionário de largas dimensões, mesmo porque não seria capaz de prever todas as hipóteses sujeitas à proteção cautelar.

Nesse sentido, não é apenas no caso de haver possibilidade de uma parte causar a outra uma lesão grave e de difícil reparação que o poder geral de cautela atua, mas sim quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ainda que a lesão possa ser causada por terceiros ou

⁸⁸ Art.798 do CPC: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

⁸⁹ JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 365.

fenômeno da natureza, o que não significa que a parte contrária que resiste deixará de ser responsabilizada.

Em que pese a literalidade do dispositivo que trouxe o poder geral de cautela ao diploma processual brasileiro, Vicente Greco Filho, a partir de uma interpretação sistemática da norma, leciona que esse poder atua sobre duas formas:

“a) quando a parte, presentes os pressupostos, requer a instauração, preventiva ou incidental, de processo cautelar, pleiteando medida não prevista no rol legal e, portanto, chamada de inominada. b) nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte”.⁹⁰

Apesar disso, ao mesmo tempo em que esse poder discricionário foi criado, é de se ressaltar o fato de que recebeu uma certa limitação dentro da sua função cautelar e de seus requisitos tradicionais, o que a difere da discricionariedade típica de direito administrativo.

Percebe-se, assim, que o fato de ter sido conferido ao juiz a possibilidade de concessão *ex officio* da tutela cautelar pelo art. 797 do CPC não prejudica o entendimento de que esse poder discricionário sofre uma certa limitação, até porque houve uma restrição expressa dessa hipótese a casos excepcionais.

Na verdade, o que se pode afirmar ao certo é que o poder geral de cautela conferido ao juiz deve ser estudado à luz dos preceitos constitucionais da segurança e da efetividade da jurisdição que permitiram o legislador a

⁹⁰ FILHO, Vicente Greco. Op. cit., 158.

regular as tutelas de urgência, o que levou alguns doutrinadores a defenderem a concessão dessas medidas de ofício ou desvinculadas de qualquer requisito estabelecido pela legislação ordinária⁹¹.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 67.

CAPÍTULO IV - Importância da fungibilidade entre as tutelas de urgência

IV. 1 - Dificuldades de distinção entre as tutelas de urgência – semelhanças e diferenças

São inúmeros os questionamentos apontados por diversos doutrinadores entre os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar. A partir do estudo de suas mais relevantes semelhanças e diferenças, fica clara a razão pela qual o legislador vem se esforçando para evitar conflitos de interpretação que prejudicam a própria finalidade da atividade jurisdicional.

Assim, cabe ressaltar inicialmente que foi em razão da falta de previsão legal expressa que, no Brasil⁹², a antecipação de provimentos satisfativos começou a ser tratada sob o manto do poder geral de cautela estabelecido pelo art. 798 do CPC.

Como foi dito anteriormente, essa tendência de tratá-las de maneira homogênea perdeu sentido com o advento da reforma de 1994, ao trazer a antecipação da tutela para o ordenamento pátrio, distinguindo-a de vez do provimento de natureza cautelar.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior, ao lecionar a respeito das tutelas de urgência, afirmava que “são providências que têm natureza jurídica, conteúdo e finalidade distintas, de modo que não podem ser confundidas”.⁹³

⁹² Cabe lembrar que no direito italiano verifica-se a existência de cautelares cujo objeto é o bem da vida pretendido pelo autor, as quais recebem a nomenclatura de cautelares satisfativas ou de índole meritória.

⁹³ JÚNIOR, Nelson Nery. *Atualidades sobre o Processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 121.

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior, ao fazer uma análise da distinção sob o ângulo da afetação do patrimônio jurídico das partes e seguindo lição de Adroaldo Furtado Fabrício, aduz que

“tanto a liminar da tutela cautelar como da tutela antecipatória retiram algo da esfera jurídica do demandado, privando-o do gozo, atual ou potencial, de um certo direito. É no entanto, em relação ao promovente que os efeitos se distinguem de maneira mais sensível: a cautela não lhe acrescenta de imediato nada no ativo jurídico, salvo a segurança; já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito.”⁹⁴

IV. 1.1 - Linhas Gerais

A partir desse entendimento e após análise dos conceitos e requisitos das tutelas antecipada e cautelar, cabe analisar, comparativamente, os principais aspectos de ambos os institutos, permitindo ao intérprete do direito entender as questões que levaram o legislador a trazer o que se convencionou chamar de fungibilidade entre as tutelas de urgência:

a) apesar de desempenharem função constitucional semelhante, propiciando condições de ponderação entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica, o regime processual e procedimental ao qual se sujeitam a tutela cautelar e a antecipatória são distintos, tendo em vista que a tutela cautelar é postulada em ação autônoma com o objetivo de assegurar a efetividade e utilidade do processo principal, enquanto que a tutela antecipada é postulada incidentalmente ao processo principal, de modo que haja uma antecipação da eficácia do provimento final de mérito, sendo esta diferença motivo de diversos estudos doutrinários⁹⁵.

⁹⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*: Revista Jurídica. São Paulo, n. 245, p. 5-27, mar. 1998.

⁹⁵ ZAVASKI, Teori Albino. Op. cit., p. 57. Vale lembrar que, apesar de ter regime procedimental autônomo, a tutela cautelar, ela mantém sempre uma dependência à ação principal, já que a sua razão de existência está na necessidade de obtenção de um resultado positivo em outro processo, dito principal, o que se permitiu aos estudiosos do tema a ressaltarem que na tutela cautelar está presente a *referibilidade* da medida a outra ação.

b) mesmo estando ausente a certeza jurídica em ambos os casos, o requisito da verossimilhança exigido na antecipação de tutela se difere do *fumus boni iuris* da cautelar na medida que este último, por um juízo de aparência, se satisfaz com a exposição dos fatos objeto da lide, ainda que desprovida de provas (plausibilidade do direito invocado), diferentemente do juízo de probabilidade exigido pela antecipação de tutela, o qual requer prova inequívoca de verossimilhança das alegações⁹⁶.

Cabe ressaltar que essa hipótese se apresenta como motivo marcante para os conflitos de semelhança e distinções entre as tutelas de urgência. Por isso, vale trazer aqui brilhante lição de Luiz Fux a respeito das distinções entre os requisitos das tutelas de urgência:

“A diferença está em que o *periculum in mora* no processo cautelar refere-se à futura tutela; há um risco de malogro da prestação jurisdicional principal e definitiva. Na tutela de segurança ou satisfativa urgente, a periclitada é do próprio direito material da parte própria, a pretensão é que está sob a ameaça de desaparecimento naquele momento, não se cogitando de outro qualquer processo.⁹⁷ (...) No que pertine ao *fumus boni iuris*, os traços distintivos são maiores, haja vista que na cautela o juízo de probabilidade é o único concebível pela possibilidade de verificação da verossimilhança na ação principal (Liebman, *Manuale*, cit., p.92). Na ação satisfativa urgente exige-se uma análise mais vertical do próprio direito, sendo certo que o *fumus boni iuris* está numa gradação que mais propende para a certeza e assim deve ser observado para a concessão de liminares”⁹⁸.

c) a técnica de cognição utilizada em ambos os institutos, apesar da semelhança marcada pela sumariedade tanto nos juízos de probabilidade quanto nos de aparência, são distintas, na medida que este último, relativo à

⁹⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 89.

⁹⁷ FUX, Luiz. Op. cit., p. 1564.

⁹⁸ Ibid. p. 1566.

tutela cautelar, requer uma cognição mais superficial, já que as antecipações de tutela exigem uma probabilidade máxima⁹⁹.

d) quanto ao conteúdo, vale ressaltar que no caso da tutela antecipatória verifica-se uma coincidência entre o pedido antecipatório e o definitivo, o que não ocorre no pedido cautelar.

e) em relação à provisoriedade, ainda que ausente em algumas medidas cautelares (vistoria, inquirições ou melhor, nas chamadas instruções antecipadas), pode-se afirmar que encontra-se presente em ambos os institutos, em que pese entendimentos no sentido de que a tutela cautelar é temporária, até porque, nesse caso, a sua duração está adstrita à efetivação da decisão de mérito relativa ao processo principal, enquanto que no caso da tutela antecipada, sua duração ocorre até a sentença, ocasião em que é substituída para ganhar uma roupagem definitiva¹⁰⁰.

f) Pelo princípio da fungibilidade que sempre norteou a tutela cautelar, permite-se a sua concessão mesmo que requerida em conteúdo diverso, ou até de ofício, quando a lei autorizar (art. 797 do CPC). Já no caso da tutela antecipada, não há previsão expressa nesse sentido, apesar de ser aceita a sua concessão de ofício por certos doutrinadores.¹⁰¹

⁹⁹ Nesse sentido, Malatesta distingue três graus de probabilidade, que podem ser encontrados em cada uma das espécies de tutela, na seguinte ordem: “a) as liminares em ação cautelar constituem juízo de probabilidade mínima e superficialidade máxima (verossímil); b) a sentença na ação cautelar compreende probabilidade média (provável); e c) as antecipações de tutela exigem probabilidade máxima (probabilíssimo)”. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução: Alexandre Augusto Vieira. Saraiva. 1960 Apud WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 95.

¹⁰⁰ Como já afirmado anteriormente, essa distinção entre temporariedade e provisoriedade foi elaborada por Piero Calamandrei e seguida por diversos doutrinadores do tema, como Ovídio Baptista e Marinoni. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreassi Bassi, Campinas: Servanda, 2000. p. 25-6. Apud VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 91.

g) Quanto à responsabilidade do requerente, o art. 811 do CPC afirma que este deverá responder pelos prejuízos que causar ao requerido quando, por exemplo, a sentença lhe resultar desfavorável. Já no caso da antecipação de tutela, apesar de não haver norma expressa nesse sentido o tratamento é o mesmo, sobretudo após a alteração trazida pela reforma de 2002, que reformou o parágrafo 3º do art. 273 do CPC.¹⁰²

Com efeito, se não bastasse a identidade de funções entre a tutela antecipada e a cautelar, a proximidade verificada entre o *fumus boni iuris* da cautelar e a *verossimilhança da alegação* da tutela antecipada em muito contribui para uma dificuldade de diferenciação, nem sempre perceptível ao intérprete do direito.

Nesse passo, Joaquim Spadoni entende que essa identidade inegável entre os requisitos das tutelas de urgência não foi trazida pelos doutrinadores de maneira razoável, sobretudo quando considera que o *fumus boni iuris* da cautelar está ligado apenas à idéia de proteção ao direito de um julgamento de mérito, e não ao direito de um julgamento de mérito favorável, como só o seria no caso da antecipação de tutela.¹⁰³

Entretanto, o que se apresenta como incontroverso é o fato de que as tutelas antecipada e cautelar, apesar de diversas, em muito se assemelham, sobretudo pela identidade de funções, o que tem gerado diversas discussões

¹⁰¹ Nesse sentido, FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352 – 353.

¹⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. Vol. I. 6ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

¹⁰³ SPADONI, Joaquim. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295 – 320.

acerca da natureza da tutela na análise dos casos que são levados à apreciação do poder judiciário.

IV. 1.2 - Liminares em Mandado de Segurança

A partir da análise distintiva entre os institutos das tutelas de urgência e apenas para citar um exemplo em que a natureza da medida pleiteada se torna confusa, cabe lembrar da liminar em Mandado de Segurança. Nesse caso, apesar de regulada em procedimento próprio, o que torna o problema da natureza da medida apenas de relevância teórica, evidencia-se o conflito interpretativo entre as tutelas de urgência nas diversas posições doutrinárias sobre o tema.

Nesse sentido, cabe transcrever o entendimento de Vicente Greco Filho, ao asseverar que “o critério da liminar, portanto, não é o prognóstico de sucesso da concessão definitiva, mas a irreparabilidade do dano no caso da demora”.¹⁰⁴ Além disso, também afirma ser o mandado de segurança preventivo um processo definitivo, de procedimento diverso do cautelar, mas que serve para acautelar direitos¹⁰⁵.

Nessa mesma linha de argumentação Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, situa a liminar em mandado de segurança na seara das medidas cautelares, senão vejamos:

“a medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar, devem concorrer os dois requisitos legais...- *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A medida liminar

¹⁰⁴ FILHO, Vicente Greco. Op. cit. p. 312.

¹⁰⁵ Ibid. p., 154.

não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.”¹⁰⁶

Em posição oposta, vale transcrever entendimento esposado pelo eminente jurista Teori Zavascki, ao mencionar que “não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código”. Ademais, afirma que “quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo que prejulgamento da causa”.¹⁰⁷

É de se ressaltar, portanto, o fato de que as liminares em mandado de segurança evidenciam a conexão e os conflitos entre os institutos das tutelas de urgência, sobretudo com o tratamento diferenciado atribuído pelos mais brilhantes doutrinadores do tema.

IV. 2 - Conceito e finalidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência

A partir da exposição de semelhanças e distinções das tutelas antecipada e cautelar, dentre outras questões inseridas no gênero das tutelas de urgência, deve-se ter em mente que o motivo pelo qual seus regimes jurídicos se comunicam em diversas ocasiões se deve ao fato de que, em certos casos, entende-se não haver incompatibilidade e, em outros, a identificação da natureza da tutela se torna confusa, causando conflitos de interpretação normativa na sistemática processual e, conseqüentemente, uma insegurança

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

¹⁰⁷ ZAVASKI, Teori Albino. Op. cit., p. 193.

para quem pretende ver sua pretensão acolhida através de um processo útil e eficaz.

Apenas para exemplificar casos em que se verificam dúvidas a respeito da natureza da medida, até porque não se destina esse trabalho a resolvê-los, cabe fazer menção àqueles que versam sobre a suspensão ou vedação de inscrição em cadastro de inadimplentes, a suspensão de exigibilidade de crédito tributário, o depósito elisivo fiscal, e o caso clássico de sustação de protesto e sua relação com a ação declaratória de nulidade cambial ou de inexistência de relação jurídica, dentre outros.

Assim, em diversos casos, há uma grande dificuldade em se estabelecer se está presente a antecipação de tutela ou a medida cautelar, o que traz uma enorme insegurança, já que o litigante, muitas vezes, depende da “sorte” de o magistrado incumbido de analisar seu pedido ter o mesmo entendimento que o seu sobre a medida cabível para a hipótese.¹⁰⁸ Caso contrário, haveria indeferimento liminar do pleito em atendimento ao disposto no art. 295, inciso V do CPC.

Ocorre que, apesar de estar o juiz vinculado ao pedido, como bem preceitua a norma transcrita nos artigos 128 e 460 do CPC, o indeferimento do pleito ocasionaria uma evidente ofensa aos princípios constitucionais norteadores dos institutos das tutelas de urgência.

Seguindo esse entendimento, Paulo Afonso Brum Vaz afirma que

¹⁰⁸ SPADONI, Joaquim. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295 – 320.

“ao tempo em que se busca deixar bem definidos os campos de atuação da tutela cautelar e da tutela antecipatória, tarefa árdua que impõe exame aprofundado e atento dos casos concretos, em razão da existência de situações fronteiriças não muito nítidas, convém não radicalizar em relação às conseqüências práticas decorrentes da chamada purificação do processo cautelar. A obstinação e o excessivo zelo por parte do juiz ao fiscalizar o emprego da adequação técnica poderá comprometer a efetividade da prestação constitucional.”¹⁰⁹

Diante dessa idéia, mais uma vez nos deparamos com a tão almejada efetividade processual que, aliada ao princípio da segurança jurídica e em respeito à economia processual, se apresenta como o motivo marcante do que se convencionou chamar de fungibilidade entre as tutelas de urgência, já discutida na doutrina desde o surgimento da tutela antecipada e amplamente aceita após a alteração trazida pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, ao introduzir o parágrafo 7º do art. 273 do CPC nos seguintes termos: “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, o legislador permitiu a apreciação pelo juiz de uma medida cautelar quando, na verdade, o provimento correto sob o ponto de vista normativo a ser requerido seria a tutela antecipada.

Com efeito, para entender esse conceito de fungibilidade, cabe mencionar entendimento de Vitor A. A. Bonfim Marins em estudo sobre as medidas cautelares, segundo o qual “juridicamente dizem-se fungíveis as coisas ou bens que equivalem a outros da mesma classe ou espécie, vale dizer,

¹⁰⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 100.

que são substituíveis”¹¹⁰, concluindo que o sentido da fungibilidade é a substitutibilidade, em qualidade e quantidade.

Nesse sentido, cabe trazer à colação lição de Alexandre Câmara, ao afirmar que esse dispositivo representa o fim da necessidade de instauração do processo cautelar, consolidando de maneira inovadora essa idéia de substitutibilidade para as tutelas de urgência, senão vejamos:

“Com a fungibilidade existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela jurisdicional satisfativa, decorrente do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, aquele que requerer uma medida cautelar verá o juiz conceder a medida adequada. Isto significa dizer que é possível ao juiz conceder medidas cautelares sem necessidade de instauração de um processo cautelar. (...) A instauração de um processo cautelar autônomo não é mais, pois, requisito necessário para que se possa obter tutela cautelar (embora continue a ser possível a obtenção da tutela cautelar pela via tradicional do processo cautelar). (...) Falta, agora, ao legislador, a ousadia de abolir definitivamente o processo cautelar (ao menos o incidental), fazendo com que o sistema saia simplificado, deformalizando-se o processo civil, o que é exigência da luta incessante por pleno acesso à justiça”.¹¹¹

Em posição mais cuidadosa se situa Jefferson Carús Guedes, ao lecionar que a reforma em análise não exclui a diferenciação entre os institutos:

“Recente modificação produzida no art. 273, com a introdução de um parágrafo 7º, permite que o juiz conceda a tutela cautelar, em caráter incidental, ainda quando a parte tenha requerido antecipação de tutela, desde que identificáveis os pressupostos da medida não requerida. A fungibilidade entre as tutelas de urgência, como consagrado nesse recente acréscimo legal, não exclui a diferenciação entre um e outro meio processual, pelo

¹¹⁰ MARINS, Vitor A. A. Bonfim. *Comentários ao CPC: Do Processo Cautelar* arts. 813 a 889. Vol. 12. 2ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 16.

contrário, confirma a sua existência e permite a tão reclamada *depuração dos institutos*”.¹¹²

De fato, o que é importante avaliar é a interpretação uníssona que a doutrina vem conferindo ao dispositivo ora analisado, a respeito do qual se aduz que sempre que a medida deva ser examinada com base no poder geral de cautela (medidas cautelares inominadas), não haverá razão para indeferir liminarmente o pleito, tendo em vista que os requisitos impostos para a concessão da tutela cautelar são menos rigorosos¹¹³ e, além disso, não se pode admitir que questões formais obstem a realização de valores constitucionalmente garantidos.

É por isso que, nessa hipótese, o adágio *ne procedat iudex ex officio* deve ser interpretado restritivamente, já que, embora o pedido tenha uma roupagem jurídica indevida, ele foi efetivamente formulado. Além disso, “se é lícito ao juiz em certos casos decretar, de ofício, medidas cautelares, com muito mais razão deve-se admitir que possam ser determinadas em atendimento ao pedido da parte interessada”¹¹⁴ e, sobretudo, em respeito a própria finalidade do processo, estabelecida por princípios constitucionais que norteiam o seu funcionamento.

Na verdade, é sob esse fundamento constitucional que boa parte da doutrina já defendia a fungibilidade entre as tutelas de urgência antes mesmo

¹¹² GUEDES, Jefferson Carús. Linhas Mínimas para a Descrição de uma Teoria dos Procedimentos Cautelares. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 269 – 294.

¹¹³ Como se vê em obra de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “não teria sentido admitir-se que poderia o autor pedir o mais no bojo do processo de conhecimento e precisar instaurar outro processo para formular pedido de natureza cautelar, que é menos. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 173).

¹¹⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 100.

da reforma do CPC trazida pela lei 10.444 de 2002, em que pese afirmações contrárias a essa idéia¹¹⁵.

Com efeito, Araken de Assis, antes da reforma em comento e seguindo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, já nos agraciava com brilhantes conclusões a respeito da fungibilidade entre as tutelas de urgência, quando, após lecionar a respeito das medidas de sustação de protesto e afirmar que o procedimento cautelar possui diversa intensidade de cognição daquela relativa ao procedimento comum, expõe o seguinte:

“Por outro lado, constitui flagrante contra-senso rejeitar a obtenção de medidas de urgência satisfativas, autonomamente, porque, existindo o art. 273, não há mais lugar para semelhante expediente. A flexibilidade da via incidental não impede, outorgada imprópria natureza satisfativa à sustação, o pedido por via autônoma. (...) O emprego do rito errôneo só importa à extinção do processo quando não puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal (art. 295, V, 2ª parte, *in fine*). (...)

Além disso, sempre existirão casos duvidosos, dividindo doutrina e jurisprudência em torno da exata natureza da medida de urgência, e tal fato viabiliza a duplicidade de meios.

Na realidade, o fundamento comum das medidas de urgência – litisregulação -, combinado à falta de previsão específica da situação de perigo, e, por conseguinte, de medida típica, conduz à fungibilidade procedimental das providências atípicas”¹¹⁶.

Também em momento anterior à reforma, afirmava Humberto Theodoro Júnior que

“não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa.”¹¹⁷

¹¹⁵ Teori Zavaski, ao lecionar a respeito da reforma processual de 1994 e, conseqüentemente, sobre distinções entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, afirmava que “a razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, por assim dizer, “infungível”, insuscetível de substituição pelo regime da outra.” (ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46.).

¹¹⁶ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 56. (grifos nossos)

¹¹⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela de Segurança*: Revista de Processo. São Paulo, n. 88, p. 9 – 30, out./dez. 1997.

Pode-se afirmar, portanto, que a regulamentação distinta da tutela antecipatória não foi criada para restringir a apreciação das tutelas de urgência, mas sim para ampliá-la, atendendo aos anseios já revelados pela doutrina inspirada no direito comparado¹¹⁸.

Por isso, deve-se atribuir aos litigantes em geral a garantia de um processo útil e eficaz, com a atenção devida à sua função eminentemente instrumental e em respeito ao princípio do acesso à justiça e do devido processo legal. Aliás, já diziam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que o fato de a Justiça não cumprir “suas funções dentro de um prazo razoável”¹¹⁹ é um dos grandes obstáculos ao acesso à justiça, sendo um dos fatores que os levam a defender uma mudança nos procedimentos judiciais em geral.

Sob a ótica desses princípios, não se deve admitir, portanto, a ocorrência de dano grave ou de difícil reparação que um eventual conflito de interpretação normativa pudesse causar ao direito do litigante, e é sob esse mesmo raciocínio que deve ser avaliada a minuciosa interpretação conferida ao parágrafo 7º do artigo 273 do CPC pela doutrina e pela jurisprudência, o que adiante se verá.

¹¹⁸ Nessa ocasião, Humberto Theodoro Júnior lembra que “no direito comparado nem sequer se faz distinção entre os dois tipos de tutela provisória e facilmente se admitem no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de medidas cautelares, tanto as conservativas como as satisfativas”.

Id. As liminares e a Tutela de Urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239 – 267.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.

CAPÍTULO V - A fungibilidade entre as tutelas de urgência no CPC

V. 1 – Interpretação do parágrafo 7º do art. 273

Tendo em vista o conceito e a finalidade da fungibilidade, cabe nesse momento analisar as correntes doutrinárias que se formaram a respeito da interpretação do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, já que, como se verá a seguir, essa norma tem um significado e um alcance prático que vão muito além do objetivo do legislador.

Esse aspecto do dispositivo é bem explicado por Cândido Rangel Dinamarco que, em seus estudos sobre as reformas do Processo Civil, se aproxima do entendimento de Alexandre Câmara já analisado no capítulo anterior para chegar às seguintes conclusões acerca do dispositivo ora analisado:

“Ele pode valer muito mais pelos caminhos que é capaz de abrir, do que por aquilo que resulta da mera leitura de suas palavras. A *fungibilidade* entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes”.¹²⁰

Na realidade, o entendimento de que esse dispositivo é capaz de trazer a unificação dos institutos das tutelas de urgência é o que tem de mais interessante na análise da reforma e deve ser avaliado com cuidado, uma vez que essa interpretação, não raras vezes, permite ao postulante burlar os requisitos impostos pelas normas relativas à tutela antecipada para pleiteá-las

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92.

sob a roupagem de medida cautelar que, por sua vez, reclama uma cognição mais superficial.

Sob esse aspecto, verifica-se que as distinções de diversas naturezas entre as tutelas de urgência, embora mitigadas pela alteração legislativa em análise, continua mantida pelo legislador. Por isso a interpretação do dispositivo em análise se mantém controvertida, como se verá a seguir.

V. 1.1 – A primeira direção da fungibilidade

A interpretação literal do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC permite afirmar ao certo que o legislador houve por bem autorizar o magistrado a conceder medida cautelar, em caráter incidental ao processo ajuizado, quando presentes os seus pressupostos, mesmo que o pedido tenha sido de antecipação de tutela. É através dessa interpretação que se verifica a primeira mão da fungibilidade e, sob esse aspecto, o entendimento é uníssono na doutrina.

O que pode gerar certa controvérsia é o procedimento a ser adotado nesses casos. Como exemplo, vale citar o mestre Ovídio Batista que, em obra atualizada após a reforma de 2002, leciona no seguinte sentido:

“Quanto ao parágrafo 7º, devemos considerar que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar determinará que se processe a ação cautelar incidental ao processo principal, assegurando-se ao demandado o contraditório, com produção de prova e sentença”.¹²¹

Note-se que o autor espousa idéia no sentido de que esse dispositivo exige a instauração de um processo cautelar incidental, com a conseqüente emenda da inicial, o que vai de encontro com a intenção do legislador calcada

¹²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 135.

na busca pela efetividade do processo especialmente pelo fato de evitar à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso. Além disso, o Código de Processo Civil já havia adotado esse entendimento ao prever situações excepcionais de medidas cautelares incidentes ao processo principal sem a necessidade de instauração de um novo processo, em atendimento ao princípio da economia processual, como visto anteriormente.¹²²

Percebe-se, portanto, que apesar de possuir uma redação clara e explícita, esse dispositivo deixa no ar alguns relevantes questionamentos a respeito de sua aplicabilidade que, por sua vez, merecem análise cuidadosa do intérprete.

Desse modo, outra questão que surge é se, mesmo diante de um erro grosseiro, quando não houver qualquer dúvida na doutrina ou jurisprudência acerca da natureza da medida requerida, pode o magistrado aplicar a fungibilidade para conceder a medida cautelar quando requerida a antecipação de tutela, sobretudo quando é sabido que, na aplicação da fungibilidade em sede recursal, é condição de sua efetivação a existência de dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro na escolha da medida ajuizada¹²³.

Nesse sentido, ao revelar o requisito da dúvida objetiva para o dispositivo em questão, Joaquim Felipe Spadoni ressalta a necessidade de sua observância de modo a evitar o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela nos seguintes termos:

¹²² SPADONI, Joaquim. Op. cit., p. 313.

¹²³ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 143.

“mesmo diante do silêncio da lei, a demonstração desse requisito se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados (...) É que a aplicação da fungibilidade é derivada de uma “zona de penumbra” existente nas leis sobre qual medida adequada para o caso concreto, e não derivada de vontade ou subterfúgio daquele que pleiteia a medida incorreta”.¹²⁴

Semelhante a essa assertiva é o entendimento seguido por Eduardo Talamini, que restringe a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência a certos requisitos, como se vê no trecho a seguir:

“Se a lei existe e não padece de nenhum defeito de constitucionalidade, cumpre observá-la, ainda que se discorde da opção feita pelo legislador. Por isso, a fungibilidade entre as duas vias de pleito¹²⁵ e concessão de tutelas de urgência deve ficar restrita aos casos: a) de dúvida objetiva acerca da natureza da medida, tal como acima delineado; *ou* b) de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave. Nessa segunda hipótese, quando for de absoluta premência a determinação da medida, é até dispensável haver dúvida objetiva quanto ao caminho a adotar”.¹²⁶

Já o mestre Arruda Alvim analisa a questão sobre outro enfoque, ao entender aplicável à espécie o poder geral de cautela conferido pelo artigo 798 do CPC, de onde se conclui que não há necessidade de dúvida objetiva para a aplicação da fungibilidade:

“Se se conjugar a modificação trazida pela Lei 10.444, no particular, com o significado dessa regra do art. 798, é possível entender-se que, requerida tutela *inadequadamente*, mas cabendo medida cautelar, ou, havendo, pelo critério do magistrado, medida cautelar adequada – avaliada no âmbito do poder cautelar geral do juiz -, este poderá conceder a medida cautelar, *que tenha por apropriada*”.¹²⁷

¹²⁴ SPADONI, Joaquim. Op. cit., p. 311.

¹²⁵ A dupla via da fungibilidade é matéria que será abordada no próximo tópico.

¹²⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 367-368.

¹²⁷ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3 – 19.

Seguindo essa linha contrária ao requisito da dúvida objetiva, cabe ressaltar, por derradeiro, o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier ao sustentar que, diante do fato de os requisitos impostos para a antecipação de tutela serem mais rigorosos, não há necessidade que a parte qualifique o seu pedido de tutela antecipada, tendo, na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. Isso porque não seria admissível pedir o mais no bojo do processo de conhecimento e precisar de outro processo para formular pedido de natureza cautelar, que é menos.¹²⁸ Essa assertiva é justificada logo em seguida ao ressaltar a finalidade conferida ao processo pelos preceitos constitucionais que o regulam, senão vejamos:

“O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, se a finalidade das medidas de natureza cautelar é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional. Por isso, qualquer restrição à concessão de medidas dessa natureza esbarra na própria Constituição Federal, quando pode impedir que seja eficaz o provimento jurisdicional principal, comprometendo, por vias transversas, o próprio direito material em jogo”.¹²⁹

Visto esse ponto que, por sinal, está longe de ser resolvido no âmbito doutrinário, o outro questionamento a ser destacado é a aplicação do dispositivo ora analisado para os casos de medidas cautelares específicas, previstas expressamente no CPC.

¹²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 173.

¹²⁹ Ibid., p. 174.

Quanto a esse ponto, é necessário ter em vista que, para a obtenção das medidas cautelares típicas, o Código é claro quando elenca as hipóteses de cabimento, os requisitos exigidos e o procedimento adotado para cada uma delas.

Nesse sentido, não há que se falar em um mínimo de dúvida capaz de gerar a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, uma vez que, ainda que se entenda não haver necessidade de dúvida objetiva acerca da natureza da medida, é sabido que as cautelares específicas ou típicas não admitem confusão nem engano, constituindo erro grosseiro o requerimento por via processual diversa da prevista em lei¹³⁰, em que pese o entendimento esposado por alguns doutrinadores, no sentido de que se deve permitir a fungibilidade entre as medidas cautelares típicas e atípicas, quando o poder geral de cautela for capaz de proteger um direito rejeitado pela via específica¹³¹.

Finalmente, depois de analisadas as primeiras controvérsias a respeito da interpretação do parágrafo 7º do artigo 273, essencial para demonstrar que, ainda depois da reforma de 2002, continuam acesos os conflitos atinentes à aplicação da tutela cautelar e da tutela antecipada, sobretudo quando estudados à luz dos princípios constitucionais norteadores desses institutos, passa-se a comentar uma interpretação ainda mais relevante do dispositivo estudado.

¹³⁰ Nesse sentido: VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., 104. e SPADONI, Joaquim. Op. cit., p. 312.

¹³¹ É o caso da medida de separação de corpos que, rejeitada pelo magistrado, pode o mesmo conceder igual providência com base no poder geral de cautela. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 180.

V. 1.2 – A segunda direção da fungibilidade

Outra dúvida que se coloca e, por suas conseqüências, é digna de maior estudo pela doutrina, seria a possibilidade de concessão de tutela antecipada, pela natureza satisfativa da pretensão, quando o pedido formulado for uma medida cautelar inominada.

Contra esse entendimento se apegam os doutrinadores seguidores não só de uma interpretação mais restritiva, ou melhor, literal da norma, como também da noção lógica que se depreende dos requisitos impostos aos provimentos de urgência e da vinculação do juiz ao pedido.

Realça essa tese com inegável autoridade o mestre Arruda Alvim, ao asseverar que

“a nossa impressão é a de que em relação à tutela antecipada para a cautelar, ter-se-á pedido o mais restando concedido o menos. Sendo assim, a hipótese inversa, importaria em que, tendo-se pedido o menos, mas cabendo o mais, o juiz concederia o mais; em rigor, concederia, portanto, nesta hipótese, além do pedido, ou, mais do que o que tenha sido pedido. Por esta razão – que nos parece estar subjacente à regra, de que tratamos – pensamos ser inviável. Trata-se, assim, de uma fungibilidade numa só direção, sem que se possa pretender estabelecer reciprocidade.”¹³²

Eduardo Arruda Alvim também se apega a esse entendimento, ressaltando que o legislador não previu essa hipótese, ao lecionar que

“a fungibilidade prevista em mencionado dispositivo só pode verificar-se em um único sentido, ou seja, da tutela antecipada para as medida cautelares, e não vice-versa. (...) Ademais, ao lado do silêncio da lei, que só previu essa fungibilidade em um único sentido, afigura-se-nos impossível aceitar venha a ser concedida medida que está pautada em requisitos mais intensos

¹³² ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 8.

(prova inequívoca e verossimilhança) com base na constatação de que no caso em concreto fazem-se presentes o receio de dano e o *fumus boni iuris*.”¹³³

É interessante notar que essa linha de pensamento foi utilizada pelos doutrinadores que rejeitavam as chamadas medidas cautelares satisfativas, mesmo após o advento da tutela antecipada, como se depreende das conclusões esposadas por Humberto Theodoro Júnior¹³⁴ antes da reforma de 2002, no seguinte sentido:

“o que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.”¹³⁵

De outro lado se situa um modo de interpretação mais extensivo, o qual é adotado pela doutrina majoritária e de extrema relevância para aproximar, não apenas sob o ponto de vista teórico, como sob o enfoque prático, as tutelas antecipada e cautelar, havendo quem entenda que esse dispositivo trouxe a unificação dos institutos.

Quem defende expressamente essa idéia é Alexandre Câmara que, ao comentar a fungibilidade entre as tutelas de urgência, afirma que

“O fato de serem duas modalidades distintas não significa que não se possa ter um sistema unificado de prestação das mesmas, o que permite a simplificação do processo, evitando-se que por

¹³³ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Notas para uma teoria geral do processo cautelar. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77 – 118.

¹³⁴ Cabe frisar que Humberto Theodoro Júnior, ainda que tenha refutado a concessão de medidas cautelares satisfativas, contribuiu com a flexibilidade na aplicação dos institutos da tutela antecipada e cautelar, sobretudo quando advertia a respeito do exagerado tecnicismo que contribuía para a aplicação rigidamente separada das tutelas de urgência, mesmo antes da reforma de 2002, o que vimos no capítulo anterior.

¹³⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 9 – 30.

razões de técnica processual se deixe de prestar a tutela jurisdicional adequada. (...) Com o parágrafo 7º do art. 273, porém, a medida cautelar poderá ser deferida no mesmo processo em que se busca a tutela jurisdicional satisfativa. E como fungíveis são os bens jurídicos que podem ser substituídos *um pelo outro, indistintamente*, deve-se reconhecer que sendo ajuizado processo autônomo para obtenção de tutela de urgência, esta poderá ser concedida tanto nos casos em que tenha natureza cautelar como naqueles em que sua natureza seja de tutela antecipada, satisfativa”.¹³⁶

Esse entendimento é compartilhado por Cândido Rangel Dinamarco, que o justifica segundo a idéia de que “é regra surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”¹³⁷. Por esse motivo, entende que a lei nem precisaria ser tão explícita e que “não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*”.¹³⁸

Ressalte-se que ao esposar esse entendimento, o autor rejeita a hipótese de vinculação do juiz ao requerimento de tutela antecipada ou cautelar, afastando, para esse caso, as regras contidas nos artigos 128 e 460 do CPC.

De acordo com essa observação, fica realçado o duplo sentido da fungibilidade entre as medidas urgentes, já que estaria o juiz autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor, independentemente da norma expressa no parágrafo 7º do art. 273 do CPC.

Outra justificativa foi encontrada por Luiz Guilherme Marinoni (caput e parágrafos 4º e 5º), ao ressaltar as normas transcritas nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84, parágrafo 4º e 5º do Código de Defesa do

¹³⁶ CÂMARA, Alexandre. Op. cit., 463.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 93.

¹³⁸ Ibid., p. 92.

Consumidor¹³⁹. Segundo o autor, uma vez que esses dispositivos estabelecem a possibilidade de o juiz “tutelar o direito por meio da providência que reputar mais adequada, permitem ainda que o magistrado deixe de atender ao pedido”¹⁴⁰, seja em atenção ao princípio da efetividade, seja em atenção ao princípio da necessidade, impondo a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado. Assim, sob o enfoque de que o juiz pode determinar como tutela antecipatória providência diferente da requerida como tutela final, além de ressaltar o fato de que medidas cautelares podem ser deferidas no próprio processo de conhecimento, chega a seguinte conclusão:

“...partindo-se da premissa de que é possível o pedido de tutela cautelar no próprio processo de conhecimento, e entendendo-se que foi requerida tutela de natureza antecipatória a título de providência cautelar, nada impede a concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido utilizado o nome cautelar”.¹⁴¹

Além disso, é bom lembrar que a aceitação da via dupla da fungibilidade na aplicação das tutelas urgentes fica restrita, para alguns doutrinadores, à existência de uma dúvida objetiva, como demonstrado anteriormente, o que, segundo esses autores, deve ser aplicado tanto no caso de concessão da tutela antecipada no lugar da cautelar pleiteada como no caso inverso. Esse é o entendimento de Eduardo Talamini¹⁴² e Joaquim Spadoni, o qual entende que, se agora a lei permite que o jurisdicionado afetado por dúvida e que tenha requerido antecipação de tutela, obtenha a medida cautelar adequada, “o mesmo e idêntico tratamento deve ser dado àquele que, diante da

¹³⁹ Art. 461 CPC, parágrafo 4º: “O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.” parágrafo 5º: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias,...” No mesmo sentido, par. 4º e 5º, art.84 CDC.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 70.

¹⁴¹ Ibid., p. 71.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 369.

mesma dúvida objetiva, optou pelo pedido de cautelar”¹⁴³, no caso de o provimento correto ser a antecipação de tutela, quando deveria se impor como “obrigatória a maior flexibilização”.¹⁴⁴

Vale trazer também lição de José R. dos Santos Bedaque, ao defender a mão dupla por entender que o aspecto formal em nada influi na natureza da tutela. Assim, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, a respeito da concessão de antecipação da tutela em processo autônomo, conclui que, “a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.¹⁴⁵

Deve-se frisar, também, que o procedimento adotado nesses casos, assim como no caso da via única já estudada, deve respeitar a efetividade buscada pelo legislador. Nesse sentido, seguindo lição de Joaquim Spadoni, o magistrado deve receber a petição inicial de ação cautelar como simples petição incidente do processo principal, não determinando citação ou procedimento em autos apartados, ou, no caso de já autuada, deverá determinar o cancelamento do registro e autuação, com a sua conseqüente juntada aos autos principais.¹⁴⁶ Caberia exigir, nesse caso, que o advogado da parte requerente evidencie a presença dos requisitos da tutela antecipada, devendo o juiz examinar esses requisitos à luz do art. 273 do CPC, com o rigorismo que se impõe¹⁴⁷.

¹⁴³ SPADONI, Joaquim. Op. cit., p. 314.

¹⁴⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 103.

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 291.

¹⁴⁶ SPADONI, Joaquim. Op. cit., p. 315.

¹⁴⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 102.

Vale ressaltar o posicionamento de Paulo Afonso Brum Vaz, que defende a via dupla, também em atenção aos requisitos da tutela antecipada, até mesmo para certos casos de cautelares preparatórias, onde o requerente não dispõe de elementos suficientes para propor a ação principal, e também nos casos em que a incorreção da medida só venha a ser verificada em sede recursal, ocasião em que a extinção do processo sem julgamento do mérito significaria “aniquilar irremediavelmente a tutela de urgência requerida, com o grave risco de consagrar-se, em nome da forma, lesão de direito da parte litigante”.¹⁴⁸

Percebe-se, por todo o exposto, que apesar de as lições doutrinárias a respeito do tema se manterem controvertidas, os entendimentos marcados por uma visão inovadora de unificação entre os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar vêm ganhando força e é fruto da busca pela efetividade do processo, em respeito aos ditames constitucionais que as regulam, sobretudo quando considerados os estudos sobre a fungibilidade entre as tutelas de urgência antes mesmo da reforma processual de 2002, além do entendimento majoritário presente na doutrina a respeito da mão dupla trazida pela interpretação extensiva do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC.

Cabe, por fim, estudar o tratamento conferido ao tema pelos tribunais pátrios, de modo que se verifique a influência que os posicionamentos doutrinários vêm exercendo sobre as decisões colegiadas, diante das reformas pelas quais passou o nosso diploma processual civil.

¹⁴⁸ Ibid., p. 102.

V. 2 – Evolução jurisprudencial

Diante da análise da jurisprudência relativa às tutelas de urgência, percebe-se que a reforma de 2002, com a inclusão do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, não foi capaz de consolidar um posicionamento que permita a aplicação da fungibilidade desses institutos em sentido duplo, apesar de defendido por boa parte da doutrina.

Na verdade, em que pese o fato de apoiarem a reforma no sentido de permitir a fungibilidade em via única, como se verá, os magistrados se mostram cautelosos quanto à idéia de unicidade dos institutos da tutela antecipada e cautelar, sobretudo em virtude de posicionamentos consolidados antes da reforma de 2002, que contribuem para esse rigorismo.

Assim, em momento anterior à reforma de 2002, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro firmou entendimento no sentido de rechaçar a possibilidade jurídica do pedido cautelar de natureza satisfativa de mérito¹⁴⁹, permitidas até a reforma de 1994, realçando as diferenças de finalidade de cada instituto, como se verifica na seguinte ementa de acórdão da lavra do Des. Maurício Caldas Lopes:

“Procedimento Cautelar. Liminar de natureza satisfativa. Destinando-se o procedimento cautelar a assegurar os fins do processo e não os direitos da parte, ostenta-se descabida, em seu seio, a outorga de provimento de cunho satisfativo, e, por isso, de natureza antecipatória de tutela, notadamente porque importa em deferir o juiz, antecipação de pedido de fundo de ação sequer aforada ainda. Provimento do recurso”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Nesse sentido foram proferidos os seguintes acórdãos: “Apelação Cível 16974/01, 1ª CC TJRJ, relator: Des. Maria Augusta Vaz. Julgado em 18/12/01; Apelação Cível 11430/00, 3ª CC TJRJ, relator: Des. Murilo Andrade de Carvalho. Julgado em 11/12/01; Apelação Cível 25200/01, 17ª CC TJRJ, relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgado em 28/11/01; Agravo de Instrumento 9411/01, 1ª CC TJRJ, relator: Des. Maurício Caldas Lopes. Julgado em 22/11/01”.

Vale lembrar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina adotou entendimento semelhante, como se vê em acórdão da lavra do Des. Federal Amir Sarti, onde entende que, “a partir da Lei 8.952/94,..., as pretensões de antecipação da tutela satisfativa do direito material, agora, somente podem ser deduzidas pela via incidental, no próprio processo de conhecimento”.¹⁵¹

Dessa forma, a reforma processual de 1994, que trouxe a antecipação de tutela para o direito brasileiro contribuiu, num primeiro momento, para uma separação rígida entre as tutelas de urgência, o que veio a ser defendido não só pelos tribunais de todo o país, como também pelo STJ, como se percebe na ementa de acórdão da lavra do eminente ministro Gilson Dipp, em julgamento unânime:

“Processual Civil – administrativo – antecipação de tutela – art. 273 do CPC – concessão – pressupostos – distinção do processo cautelar – procedimento cognitivo – servidor público – correção monetária – 47,94% I – O procedimento da antecipação de tutela está inserido no processo de conhecimento (art. 273 do CPC), distinguindo-se totalmente dos pressupostos cautelares (*Fumus Boni Iuris e Periculum in Mora*), exatamente por ambos defenderem escopos distintos. O primeiro visa a assegurar uma verdade jurídica, enquanto o segundo serve, exclusivamente, para evitar o perecimento dos processos de cognição ou execução...”.¹⁵²

Aliás, a diferenciação entre os institutos se verificava pelos mais variados motivos, sobretudo diante dos requisitos e características procedimentais inerentes a cada um deles. Assim, vale mencionar o entendimento esposado pelo Des. Paulo Furtado, do Tribunal de Justiça

¹⁵⁰ Agravo de Instrumento nº 2001.002.09411, primeira câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Des. Maurício Caldas Lopes, julgado em 22/11/2001.

¹⁵¹ Ação Cautelar nº 04.45647-2/95, 5ª Turma do TRF4, Relator: Des. Federal Amir Finocchiaro Sarti, DJU 18/12/96.

¹⁵² Ação Cautelar nº 04.45647-2/95, 5ª Turma do TRF4, Relator: Des. Federal Amir Finocchiaro Sarti, DJU 18/12/96.

Bahiano, ao entender que, “não se confundindo com a medida de natureza cautelar, como não se confunde, a tutela antecipatória”¹⁵³ não poderia ser deferida *ex officio*, o que só poderia ser aplicado para as medidas cautelares, as quais exigiam requisitos bem mais brandos para a sua concessão.

Ocorre que, como visto no momento em que se analisou o histórico das tutelas de urgência no presente trabalho, a reforma de 1994, apesar de dividi-las tanto no modo procedimental quanto com relação aos seus requisitos, acabou por gerar outro problema: a identificação da natureza da medida pleiteada, tendo em vista que, embora distintos, seus requisitos guardavam, e ainda guardam, traços extremamente semelhantes.

Esse conflito, que foi motivo de grande manifestação na doutrina, também se verificou nos tribunais do país, inclusive no próprio STJ. É o que se depreende da leitura de acórdão da lavra do e. Ministro Humberto Gomes de Barros, onde ressalta em seu voto-vencido não haver distinção entre os requisitos das tutelas de urgência, o que demonstra uma grande instabilidade na consolidação de um entendimento a respeito da matéria, como se vê no seguinte trecho:

“Malgrado tente acompanhar os admiráveis exercícios semânticos desenvolvidos pelos comentadores, não consigo encontrar diferença ontológica entre esses dois pares de expressões. Com efeito: a) o direito só é aparentemente bom, se as razões de quem o alega são verossímeis, b) há inegável sinonímia entre as expressões ‘perigo de lesão irreversível’ e ‘fundado receio de dano irreparável’. Tampouco, enxergo diferença teleológica. O argumento de que a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo, ao passo que a antecipação de tutela adianta os efeitos pretendidos com a sentença de mérito não convence”.¹⁵⁴

¹⁵³ Recurso Especial nº 282.727-MS, 5ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Gilson Dipp, julgado em 13/12/00.

¹⁵⁴ Recurso Especial nº 195.984-RS, 15ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 12/09/00.

Por esses conflitos e com o intuito de não causar prejuízo ao direito da parte e respeitar a busca pela efetividade do processo, não só na doutrina, como visto anteriormente, como também em certos acórdãos, pôde-se, ainda com certa dificuldade, encontrar algum traço de flexibilidade para atender aos anseios urgentes das partes.

É o que se depreende de acórdão proferido na 2ª Seção do TRF da 4ª Região, onde se entendeu que uma cautelar, proposta inadvertidamente, poderia ser convertida em tutela antecipada¹⁵⁵, e também de julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão da lavra do Des. Araken de Assis, ao considerar irrelevante a errônea designação da demanda, cuja identificação decorre da causa de pedir e do pedido¹⁵⁶.

Talvez tenha sido por todo o esforço da doutrina e um início de repercussão de suas lições na jurisprudência que o legislador ordinário houve por bem alterar o artigo 273 do CPC, na ocasião da reforma processual trazida pela Lei 10.444 de 2002, para incluir o parágrafo 7º no referido dispositivo legal, prevendo expressamente a já discutida fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Entretanto, como já visto, essa alteração ainda está sujeita a diversas interpretações, não apenas na doutrina, como também na jurisprudência. Na verdade, a doutrina parece estar um passo à frente, consolidando o entendimento de que a fungibilidade pode se dar de maneira recíproca entre as

¹⁵⁵ Agravo de Instrumento nº 95.04.399883-5, 2ª Sessão do TRF4, Relator: Des. Federal Marga Tessler, julgado em 27.03.97, DJU 20/03/96.

¹⁵⁶ Apelação Cível nº 596191395, 5ª câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Araken de Assis, julgado em 27/03/1997.

tutelas de urgência, o que não tem sido bem visto pela jurisprudência¹⁵⁷ nesses primeiros anos que se seguiram à referida alteração legislativa, como se verá a seguir.

Assim, em acórdão prolatado recentemente no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a 3ª Turma alegou falta de interesse de agir do apelante que visava a concessão de medida cautelar de natureza satisfativa, sob a alegação de que, “em que pese ter necessitado de se socorrer das vias judiciais para ver atendido o seu direito, não escolheu a via adequada à pretensão deduzida em juízo já que deseja satisfação de um direito material”¹⁵⁸, este baseado em cognição sumária¹⁵⁹.

Vale transcrever, também, a seguinte ementa de julgamento de Questão de Ordem suscitada pelo eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

“Medida Cautelar. Concessão de liminar. Caráter satisfativo do provimento que se traduz no exaurimento, total ou parcial, do objeto da ação principal. Inadmissibilidade. Vedação legal, inscrita no art. 1º, parágrafo 3º da Lei 8.437/92”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Em que pese a possibilidade de a fungibilidade em mão única ter sido expressamente permitida pelo legislador, na reforma de 2002, ainda se verifica em certos julgados um desapego ao novo tratamento conferido pela Lei, como ocorreu em julgamento do Tribunal de Justiça do Amapá, onde o Des. Honildo Amaral de Mello Castro, relator do Agravo de Instrumento nº1107-03, em julgamento do dia 01/07/2003 (Câmara Única), após análise do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, deu provimento ao agravo por entender que, “se não houve pedido específico, ou se o pedido fora de uma providência judicial – antecipação de tutela – não poderia jamais o julgador conceder medida cautelar, como o fez”.

¹⁵⁸ Apelação Cível nº 2004.010201-1/0000-00, 3ª Turma, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 28/02/2005. Ementa: Medida Cautelar – Interposição visando a antecipação da tutela pretendida no processo principal. Inadequabilidade da via eleita. Ação cautelar que tem por fim apenas assegurar a viabilidade de um direito pleiteado na demanda principal – Pretensão que deve ser buscada via tutela antecipatória, nos termos do art. 273 do CPC.

¹⁵⁹ Seguindo esse mesmo entendimento: Agravo de Instrumento nº 02.008614-8, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Des. José Volpato de Souza, julgado em 21/02/2003.

¹⁶⁰ QO em Pet 2.772-8-RS, 2ª Turma, STF, relator: Min. Celso de Mello, julgado em 22/10/2002.

Realçando as distinções entre as tutelas de urgência, o Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou pedido de tutela antecipada em ação principal, em que pese o fato de ter sido deferida a liminar em ação cautelar de busca e apreensão, pelo fundamento de que “para a eventual concessão da antecipação da tutela, os requisitos abrangem a verossimilhança e a prova inequívoca”, além de afirmar ser necessário o desfecho da cautelar, “uma vez que se nem mesmo a cautelar foi concluída, a prova inequívoca por ora não se faz presente”.¹⁶¹

Já no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁶², em acórdãos da lavra dos Des. Paulo Sérgio Fabião e Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, firmou-se entendimento no sentido de rechaçar a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede de ação cautelar, como se verifica nos trechos expostos a seguir:

“Na hipótese, trata-se de sustação de protesto, portanto, instituto tipicamente cautelar que não possui natureza satisfativa (...) Não há como falar-se no princípio da fungibilidade disposto no parágrafo 7º do art. 273 do CPC, uma vez que tal dispositivo autoriza que o magistrado defira medida cautelar nos autos do processo cognitivo, que não é a hipótese destes autos. Há que se prover recurso no sentido de anular-se a decisão a fim de que a análise se estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida cautelar.”¹⁶³

“A interpretação do juízo agravado de que o parágrafo 7º do art. 273 estabeleceu “a regra da fungibilidade entre ambas as tutelas e significa conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela, ou conceder a antecipação de tutela quando pedida a tutela cautelar é absolutamente inaceitável. É inadmissível que, em uma ação ajuizada como cautelar seja

¹⁶¹ Agravo de Instrumento nº 320.724-4/2-00, 4ª câmara cível, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Des. Natan Zelinschi de Arruda, julgado em 27/11/2003.

¹⁶² Vale também lembrar de julgamento da 1ª Câmara Cível do TJRJ, onde a Des. Maria Augusta Vaz ressalta que o parágrafo 7º do art. 273 do CPC não se aplica às medidas cautelares específicas. Agravo de Instrumento nº 2005.002.05633, 1ª câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator: Des. Maria Augusta Vaz, julgado em 24/05/2005.

¹⁶³ Agravo de Instrumento nº 4718/03 (Petrópolis – 1ª VC), 1ª câmara cível, Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, Relator: Des. Paulo Sérgio Fabião, julgado em 16/09/2003.

concedida tutela antecipada. Deve o juiz examinar a ação, como foi proposta, i.e., medida cautelar inominada com pedido de liminar..¹⁶⁴

Com efeito, a única forma de aplicação aceita sem controvérsias na jurisprudência seria em casos onde se configuraria uma via única para a fungibilidade entre as tutela de urgência, o que se verifica nos trechos de votos a seguir, onde se demonstra a consolidação desse entendimento no STJ, sobretudo quando admite a concessão de medida cautelar quando não estão presentes os requisitos da tutela antecipada. Vale ressaltar que isso não deixa de representar um grande avanço na identidade de tratamento conferida pela jurisprudência às medidas de urgência:

“Ementa: Processual Civil. Ação Rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. Cabimento. Fungibilidade das medidas urgentes. *Fumus Boni Iuris*. Inocorrência. Violação a literal dispositivo de lei. Interpretação controvertida nos tribunais. - Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda. – Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual...”.¹⁶⁵

“Ementa: Processual Civil e Tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Certidão positiva com efeito de negativa. Concessão por medida cautelar (art. 273, parágrafo 7º do CPC e 115, V do CTN). Ausência dos requisitos para antecipação da tutela. Fungibilidade das medidas de urgência. 1. Direciona-se esta corte no sentido de reconhecer a possibilidade de concessão de medida cautelar no lugar de tutela antecipada, quando não estão presentes os requisitos para concessão desta medida. Aplicação do art. 273, parágrafo 7º do CPC...Recurso improvido”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Agravo de Instrumento nº 19160/02, 9ª câmara cível, Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, Relator: Des. Ruyz Athayde Alcântara de Carvalho, julgado em 15/04/2003.

¹⁶⁵ Recurso Especial nº 35176/SP, 3ª Turma, STJ, relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/05/2002.

¹⁶⁶ Recurso Especial nº 628388/MG, 2ª Turma, STJ, relator: Min. Eliana Calmon, julgado em 18/08/2005. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.051879-1, 5ª Turma, TRF4, relator: Des. Federal Ramos de Oliveira, julgado em 27.02.2003.

Além disso, é interessante notar que os anseios doutrinários pela efetividade do processo com a conseqüente aplicação da fungibilidade em seu duplo sentido já vem exercendo, ainda que de maneira branda, uma certa influência nos tribunais.

Vale mencionar, assim, a hipótese em que “a única medida deferível para segurança da futura eficácia equivale à antecipação, provisoriamente, de algum ou alguns dos efeitos da tutela”, como bem ressaltou a Sexta Turma do TRF da 1º Região¹⁶⁷, em acórdão seguindo a lição de Calmon de Passos. Nesses casos, há uma zona de interseção entre as tutelas de urgência e, por isso, entende-se incorreto o indeferimento inicial da cautelar.

Também é de se ressaltar o voto proferido pela Des. Federal Suzana Camargo, em que apresenta uma aula a respeito dos aspectos doutrinários que ressaltam a necessidade de dar maior celeridade ao processo, em vista das grandes dificuldades encontradas em se estabelecer uma aplicação correta dos institutos das tutelas de urgência sem causar prejuízo ao direito da parte. Expõe a magistrada que esse anseio pela ampliação da “efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional vem sendo alvo das maiores preocupações dos processualistas modernos, na busca do pleno acesso à justiça”, e chega à conclusão de que, “em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por entender que ela não foi requerida pela via que reputa cabível”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Apelação Cível nº 2003.38.03.005606-0 - MG, 1ª Turma, TRF1, Relator: Desa. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJU 15/08/2005. No mesmo sentido, Resp 383.129 – PR, 1ª Turma, STJ, Relator: Des. Min. José Delgado, DJU 01/08/00.

¹⁶⁸ Apelação Cível nº 1999.60.00.001202-1 - MS, 5ª Turma, TRF3, Relator: Desa. Federal Suzana Camargo, DJU 21/10/2003.

Outra solução foi apontada em julgamento proferido pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que o Des. Mário Guimarães Neto, ao analisar o parágrafo 7º do art. 273 do CPC, afirma que o juiz poderá até mesmo converter uma ação cautelar preparatória de ofício, sem nem ao menos ordenar a emenda da inicial, nos seguintes termos:

“esse novo dispositivo deixa claro que se ocorrer, como no caso em tela, de se ingressar com pleito judicial que caracteriza uma verdadeira antecipação de tutela, no entanto incidindo no equívoco de se ingressar com uma peça cautelar, o juiz, sem nem ao menos ordenar a emenda da exordial, poderá converter a ação de ofício e, conforme for, expedir a tutela jurisdicional.”¹⁶⁹

Portanto, o que se nota, à primeira vista, é o fato de que a doutrina tem influenciado não apenas as reformas do CPC, como também os posicionamentos dos tribunais, e por esse motivo acredita-se que em pouco tempo o entendimento majoritário dos estudiosos do tema será acatado pela jurisprudência de maneira uníssona, de modo a permitir de vez a aplicação da fungibilidade em seu duplo sentido, ou pelo legislador, de maneira a conferir a unicidade atribuída pela própria Constituição.

¹⁶⁹ Apelação Cível nº 24115/04, 17ª câmara cível, Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, Relator: Des. Mário Guimarães Neto, julgado em 01/12/2004.

CONCLUSÃO

O estudo da fungibilidade entre as tutelas de urgência em atenção ao seu desenvolvimento histórico e, sobretudo, norteado pelos preceitos constitucionais que as regulam se mostra extremamente necessário para a correta compreensão das reformas pelas quais passou o diploma processual civil.

Sob esse rumo que foi dado ao estudo se pôde entender a conexão entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, tendo em vista o fato de ambas representarem um meio de ponderação dos valores constitucionais da efetividade jurisdicional e da segurança jurídica, de modo a proteger a eficácia do provimento e o próprio direito material sujeito à deterioração pelo fator tempo no processo.

Assim, é preciso entender que a diferenciação estabelecida entre seus requisitos, procedimentos e finalidades, o que foi amplamente abordado no presente trabalho, se limita ao plano infra-constitucional, tendo em vista à identidade funcional verificada nos preceitos constitucionais que as regulam.

É exatamente em decorrência dessa identidade no plano constitucional que a tutela antecipada e a cautelar, mesmo com procedimentos regulados de maneira rigidamente separada pelo legislador ordinário, guardam nítidos traços de semelhança e, por conseguinte, acabam por gerar dúvidas a respeito da natureza da tutela pleiteada em diversos casos levados à apreciação do judiciário.

Assim, verifica-se que, em decorrência de conflitos de interpretação causados pelo próprio sistema normativo, restariam violados a efetividade e a

segurança jurídica tão almejadas com a criação das tutelas de urgência, tendo em vista que o procedimento escolhido pelo autor, quando não corresponder à natureza da causa, enseja o indeferimento liminar do pleito em atendimento ao disposto no art. 295, inciso V do CPC.

Por esse motivo o legislador houve por bem incluir o parágrafo 7º no artigo 273 do CPC que, por sua vez, em atenção aos anseios pela efetividade do processo, prevê a fungibilidade entre as tutelas de urgência, ao permitir que o juiz conceda medida cautelar quando o requerimento tenha sido equivocadamente elaborado sob a roupagem de tutela antecipada.

Cabe ressaltar, ainda, que não houve menção expressa quanto à necessidade de uma dúvida objetiva acerca da natureza da medida a ser pleiteada, até porque não há necessidade, visto que o erro do autor só viria a prejudicá-lo, já que a antecipação da tutela possui requisitos mais rigorosos e procedimento que reclama uma cognição menos superficial. Com efeito, nota-se que a própria utilidade do procedimento cautelar para a concessão de medidas cautelares inominadas é colocada em risco.

Além disso, sob a ótica dos princípios constitucionais que regulam as tutelas de urgência, é louvável a luta de boa parte da doutrina em se conferir uma interpretação extensiva para o dispositivo em comento, ao defender a sua aplicação em sentido inverso, permitindo a concessão de tutela antecipada, quando presentes seus requisitos, em pretensão formulada sob o *nomem júris* de medida cautelar. Neste caso, se verifica a via dupla da fungibilidade.

Ocorre que, tendo em vista o fato de o ordenamento jurídico ainda estabelecer a autonomia procedimental da tutela cautelar, no momento em que se faz uma interpretação extensiva da norma exatamente para atender a

princípios constitucionalmente garantidos, não se pode permitir a má-fé ou abuso de direito do litigante que, sabidamente, elabora pedido cautelar de natureza satisfativa com o intuito de se beneficiar de um procedimento inapropriado para a concessão da tutela antecipada, a qual, por sua vez, possui requisitos mais rigorosos.

Para evitar esse problema, entende-se correto o posicionamento doutrinário que, à luz dos princípios constitucionais norteadores das tutelas de urgência, afirma poder o juiz, em casos de extrema urgência, analisar a presença dos requisitos inerentes à tutela antecipada, exigindo da parte, no caso de cautelar incidental, as provas necessárias à sua concessão, ocasião em que receberá o pedido como uma simples petição.

Já no caso de cautelar preparatória, a possibilidade de concessão de antecipação de tutela recebe maior questionamento, uma vez que a utilização de um procedimento cautelar não pode ser destinada para a concessão de medidas eminentemente satisfativas, o que é sabidamente repudiado pelos tribunais, embora se possa encontrar na jurisprudência, como visto no presente trabalho, a concessão da tutela antecipada com a conversão do rito de ofício.

Ademais, verifica-se o acerto da interpretação do dispositivo reformado em estrita observância ao caráter eminentemente instrumental do processo, o que tem levado os intérpretes a admitir a fungibilidade sem a necessidade de conversão em outro procedimento nos casos em que a aplicação da via dupla por parte do magistrado, para a concessão da tutela antecipada, se der por conta de uma dúvida objetiva acerca da natureza da medida. Isso porque seria inadmissível causar qualquer prejuízo à parte em decorrência de conflitos de interpretação não resolvidos pelos tribunais, impondo-se, para esses casos, uma maior flexibilização.

Assim, é importante frisar que a necessidade de se estabelecer uma separação rígida sobre a natureza da medida na análise do caso concreto só vem a prejudicar o direito do litigante. Com efeito, vale lembrar que a própria antecipação de tutela assecuratória reveste-se de caráter cautelar, e são diversas as ocasiões de concessão de medidas cautelares inominadas capazes de gerar uma certa carga de satisfatividade ao direito do litigante, o que nos leva a concluir que deve o magistrado, atento ao princípio da equidade e aos preceitos constitucionais relativos às tutelas de urgência, verificar a possibilidade de se conceder, em ação cautelar, uma medida cautelar com certa carga de satisfatividade.

Por todo o exposto, percebe-se que essa separação procedimental, ainda existente em nosso ordenamento jurídico, tende a desaparecer. A idéia de que não se pode permitir a utilização do processo desvinculado de seu caráter meramente instrumental, - sob pena de perecimento do próprio direito material em virtude de formalidades procedimentais - quando aliada à fungibilidade entre as tutelas de urgência prevista no CPC, tem levado os intérpretes a defender a inutilidade do processo cautelar, de modo a conferir a efetividade tão almejada pelos operadores do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei nº 10.444 de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3 - 18.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Notas para uma teoria geral do processo cautelar. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77 – 118.

ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*: Revista de Processo. São Paulo, n. 100, p. 330 – 60, out./dez. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2001, 515 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: Tutelas Sumárias e de Urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. 540 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. 381 p.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. Linhas Mínimas para a Descrição de uma Teoria dos Procedimentos Cautelares. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 269 – 294.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 11ª ed.. São Paulo: Leud, 1989.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239 – 267.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*: Revista Jurídica. São Paulo, n. 245, p. 5-27, mar. 1998.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela de Segurança*: Revista de Processo. São Paulo, n. 88, p. 9 – 30, out./dez. 1997.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*: Revista Jurídica. São Paulo, n. 245, p. 5-27, mar. 1998.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 37ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Atualidades sobre o Processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, Neyton Fantoni. *Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil*: Revista de Processo. São Paulo, n. 86, p. 35-46, abr./jun. 1997.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAGALHÃES, José Eudeni. *Da Tutela Antecipatória*: Revista de Processo. São Paulo, n. 88, p. 262 – 268, out./dez. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MARINS, Vitor A. A. Bonfim. *Comentários ao CPC: Do Processo Cautelar arts. 813 a 889*. Vol. 12. 2ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. V. São Paulo: Millenium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed.. São Paulo: Forense, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*: Revista Forense. Rio de Janeiro, Vol. 342, p. 13-28, abr./mai. 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1998.

PASSOS, Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1995.

RIBEIRO, Darci. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*: Revista de Processo. São Paulo, n. 86, p. 56 – 75, abr./jun. 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*: Revista de Processo. São Paulo, n. 61, p. 7 – 23, jan./mar. 1991.

SILVA, Ovídio Baptista da. *As Ações Cautelares e o novo Processo Civil*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. Vol. I. 6ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SPADONI, Joaquim. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295 – 320.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 302 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Restrição à Concessão de Liminares*: Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 718, p. 54 – 62, ago. 1995.