



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



TUTELAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS DOS INSTITUTOS E O TEMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

KAREN PRISCILA PEDROSO RINALDI

**São Paulo
2014**

TUTELAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS DOS INSTITUTOS E O TEMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

POR

KAREN PRISCILA PEDROSO RINALDI

Monografia apresentada como parte dos requisitos para a conclusão do **Curso de ESPECIALIZAÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA COGAE/PUC**, sob a orientação da Professora **KATIA MANGONE**.

**São Paulo
2014**

Autora do Trabalho: Karen Priscila Pedroso Rinaldi

Título do Trabalho: **TUTELAS DE URGÊNCIA: ASPECTOS DOS INSTITUTOS E O TEMA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O presente trabalho foi examinado, nesta data, pela Banca Examinadora composta dos seguintes membros:

Orientador

Convidado(a)

Professor(a) indicado(a) pela Faculdade

MÉDIA: _____

São Paulo, ____/____, 2014.

AGRADECIMENTO

A **DEUS**, a quem devo a alegria que sinto em meu coração, apesar das dificuldades da vida.

Ao **MEU PAI**, que tem me ajudado a atravessar os momentos difíceis que a vida tem nos imposto.

Aos meus **IRMÃOS**, amores de uma vida inteira, “**todos por um e um por todos**”.

Aos meus **SOBRINHOS, Giulia, Junior e Gabriel**, que são a razão da minha vida, que DEUS ilumine os seus caminhos e se tornem boas pessoas, assim como são boas crianças.

Ao meu **AMIGO SANDRO MELONI**, presente de DEUS na minha vida, é uma honra e um privilégio tê-lo como amigo, a minha eterna gratidão. Obrigada pelas palavras de incentivo, pensei em desistir, mas eu não poderia decepcioná-lo, resolvi prosseguir.

A **minha Orientadora Professora KATIA MANGONE**, pela paciência, carinho e incentivo, que me motivaram na árdua tarefa de concretizar esse trabalho. Obrigada por entender os momentos difíceis.

DEDICATÓRIA

DEDICO esse trabalho a MAMÃE ANA EZIR, a lembrança do seu sorriso me faz SORRIR, a lembrança dos seus conselhos me faz PROSEGUIR, a lembrança do seu amor me faz sentir AMADA, o seu EXEMPLO me faz querer ser uma pessoa cada vez MELHOR. Você FOI, É e sempre SERÁ a melhor coisa que DEUS poderia ter me dado ao longo da vida. Minha amiga e companheira. MAMÃE você nunca estará ausente, você para mim é onipresente. SAUDADES.

SUMÁRIO

Resumo	7
Abstract	8
1 Introdução	9
2 O Tempo no Processo Civil	11
3 As Tutelas de Urgência no Processo Civil	15
3.1 Da Antecipação de Tutela.....	16
3.2 Da Medida Cautelar	23
3.3 O Princípio da Fungibilidade.....	26
4 As Tutelas de Urgência no Anteprojeto de Lei no Novo Código de Processo Civil	31
4.1 Tutela de Urgência.....	35
4.2 Tutela de Evidência.....	37
4.3 Da Tutela Cautelar Antecedente.....	39
5. Considerações Finais	41
Referências	44

RESUMO

É de conhecimento de todos os operadores de Direito que a morosidade do Poder Judiciário leva a uma ineficiência da prestação jurisdicional. Por tal razão, o Código de Processo Civil previu a possibilidade do processo cautelar, em livro próprio. Mas essa medida se viu, ao longo dos anos, parcialmente ineficaz para os anseios das partes litigantes no processo. Assim, em 1994, o Código de Processo Civil passou por uma reforma, introduzindo-se no ordenamento jurídico o instituto da antecipação de tutela. Não obstante o processo cautelar e a antecipação de tutela ter pressupostos distintos, na prática, estabeleceu-se a permissividade da aplicação do princípio da fungibilidade, a partir de 2002, tema central do presente artigo. O que significa? Qual o alcance? É eficaz? São esses questionamentos que entendemos imprescindível desvendar no presente artigo. Adicionalmente, com o anteprojeto de lei do novo Código de Processo Civil, ainda, buscar-se-á perquirir acerca como o instituto das tutelas estão sendo desenhados.

Palavras-Chave: fungibilidade; tutelas de urgência; medidas cautelares; medidas antecipatórias.

ABSTRACT

It is known to all operators of law that the slowness of the Judiciary Power leads to inefficiency of the judicial services. For this reason, Brazilian Code of Civil Procedure provides for the possibility of injunctive proceedings in an own book. But this measure is seen, over the years, partially ineffective for the aspirations of the litigants in the process. In 1994, Brazilian Code of Civil Procedure underwent a renovation, introducing into the legal system the institute of provisional measure. Notwithstanding the injunction process and provisional measure have different assumptions in practice established the permissiveness of the principle of fungibility, the central theme of this article. What does it mean? What's the range? Is it effective? These are questions that we believe essential to unravel in this article. Additionally, with the draft bill of the new Brazilian Code of Civil Procedure also will seek to assert themselves - about how the institute of guardianship are being drawn.

Keywords: fungibility; injunctive proceedings; provisional measures.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma do Poder Judiciário, decorrente da Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, celebrou a inserção do inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), com vistas a possibilitar não somente o acesso à justiça, mas também prestigiar a razoável duração do processo, para tornar este menos burocrático e mais eficiente. Não é de hoje que o Poder Judiciário vem sendo palco de inúmeras críticas, principalmente por sua ineficiência de conduzir o litígio dentro de um prazo considerado “justo”.

Não obstante outras importantes reformas sofridas pelo Código de Processo Civil (“CPC”), o presente artigo focará na de 1994, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a chamada antecipação de tutela, ao lado do já existente instituto do processo cautelar, e na de 2002, que prestigiou a inserção da fungibilidade.

O processo (ou medida) cautelar, previsto no Livro III do CPC (artigos 796 a 888) é um procedimento preventivo que tem como objetivo principal prevenir e conservar um direito existente, desde que amparado por lei e preenchido seus requisitos, servindo como uma espécie de “ato preparatório” ao processo principal. De toda maneira, visa o não perecimento de um direito.

Por outro lado, a antecipação de tutela, previsto no artigo 273 do CPC, da mesma forma que o processo cautelar, isto é, desde que observados os requisitos do CPC, propicia à parte litigante que os efeitos de uma eventual decisão sejam concedidos em momento anterior ao regular fluxo processual (petição inicial, contestação, produção de provas e sentença), podendo ser tanto preventivo quanto incidental. Ou seja, a antecipação de tutela poderá ser proposta tanto antes da propositura do processo principal, quando esta já estiver em curso.

Entre ambos os institutos não se olvida que seus requisitos ou pressupostos sejam diversos, conforme delinearemos nos itens a seguir. Mas suas diferenças são, por vezes, muito tênue, razão pela qual havia certa insegurança por parte dos operadores do direito – na medida em que a própria doutrina não é uniforme na interpretação desses requisitos – na escolha da utilização de um ou outro instituto, acabando por trazer à baila o princípio da fungibilidade,

numa outra reforma do CPC em 2002, consubstanciado no §7º do artigo 273, que prescreve que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Referido artigo procura vislumbrar a celeridade processual em detrimento do formalismo jurídico. Mas qual seu efetivo alcance, propósito? É eficaz sob o ponto de vista finalístico? Adicionalmente e tendo em vista que tramita atualmente no Congresso Nacional o Anteprojeto de Lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010, buscaremos tratar neste artigo como o novo CPC está solucionando a temática, analisando eventuais críticas à redação. Houve realmente unificação dos institutos?

Assim, por meio de um método dedutivo e de revisão de literatura, pretendemos esclarecer as problemáticas inseridas nesse intróito. Para tanto, entendemos necessário abordar de forma clara e objetiva que o tempo pode ser, por vezes, inimigo da justiça e que é necessário analisá-lo sob o ponto de vista do princípio da segurança jurídica, do princípio da razoável duração do processo e do princípio do acesso à justiça, a partir da máxima da proporcionalidade.

Em um segundo momento, pertinente para responder as primeiras problemáticas deste artigo é delinear as principais características das tutelas de urgência permitidas pelo ordenamento processual civil brasileiro e a razão pela qual foi inserido o princípio da fungibilidade. Por fim, as últimas problemáticas poderão ser respondidas no momento em que for analisada a redação das chamadas tutela de urgência.

2 O TEMPO NO PROCESSO CIVIL

O tempo no processo assume uma importância tal que a própria CF/88 determina em seu artigo 5º, inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. Tempo, um conceito tão subjetivo; mas, em se tratando de prestação jurisdicional, não se pode admitir que o ordenamento jurídico permita que as partes litigantes esperem mais do que o necessário para que veja o deslinde do processo a que se submete, seja como autor, seja como réu.

É verdade, também, que se deve balancear a razoável duração do processo com os princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios estes também constitucionalmente protegidos no artigo 5º, inciso LV, a saber: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No entanto, sob a bandeira do contraditório e ampla defesa, não se pode dar ao processo uma perspectiva de eternidade, com formalismos desnecessários, demoras injustificadas ou até mesmos protelações de má-fé.

Ao assegurar “todos os meios e recursos a ele inerentes”, certamente, o legislador não pretendeu abranger àqueles atos processuais que visam exclusivamente causar prejuízos a qualquer das partes, que, por vezes, podem ser irreversíveis. Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro¹ leciona que:

Cuidamos de prejuízos maiores, quer na esfera patrimonial, como na de direitos personalíssimos: *pendente o processo*, e até que entregue em definitivo a prestação jurisdicional, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer; a marca de comércio pode continuar a ser indevidamente usada, com perda de prestígio e clientela ao seu legítimo titular; o credor permanece sem receber o que lhe é devido, e o proprietário não pode reaver o que lhe pertence; a propaganda enganosa continuará embaindo consumidores; a manutenção do *status quo* implicará quiçá o perecimento do próprio direito afirmado pelo demandante, e assim por diante.

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela: Exposição Didática*. 7.ed. rev.atual e ampl. de acordo com a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010, pp. 2-3.

Com isso, referido autor chega a sugerir que o decorrer do tempo é, de fato, um ônus a ser suportado pelo demandante, e esse ônus causado pela demora do provimento jurisdicional constitui um problema social, porquanto, esclarece Nicolò Trockerapud Luiz Guilherme Marinoni²que:

Provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.

Mais do que concretizar o princípio do acesso à justiça, se faz necessário priorizar a função social do processo. O tempo enquanto ônus permite afirmar que, em certos casos, a prestação jurisdicional pode se tornar obsoleta, se levarmos em consideração que o próprio objeto da lide pode revelar-se inútil ou perecer. Adicionalmente, ao se permitir tal ocorrência, o Poder Judiciário, pilar do Estado Democrático de Direito, passar a ser desacreditado pela população, perdendo sua capacidade de garantir a tão almejada segurança jurídica.

A utilização, tanto pela CF/88 quanto pelo CPC, de fórmulas principiológicas de conteúdo indeterminado transfere a competência do legislador, enquanto criador de normas (função típica), para o juiz (enquanto aplicador da norma), que desempenhará uma função de valoração e preenchimento do conteúdo no caso concreto. Ao tratar de conceitos jurídicos indeterminados, Luís Roberto Barroso³ considera que:

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações na quais o legislador não pode ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão socorre-se ele de locuções como as que constam a Constituição Brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, interesse público (...). Como natural, o emprego dessa técnica abre para o

² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. 9.ed. Editora RT: Rio de Janeiro, 2006, p. 23.

³ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.

E é por isso que Chaïm Perelman⁴ defende que:

quem é encarregado de tomar uma decisão em direito (...) deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de uma tese. Pois raras são as situações em que as boas razões, que militam a favor de uma solução, não sejam contrabalanceadas por razões mais ou menos boas em favor de uma solução diferente: a apreciação do valor destas razões – que muito raramente pode ser reduzida a um cálculo, um peso ou uma medida – é que pode variar de um indivíduo para outro e sublinha o caráter pessoal da decisão tomada.

O que se quer dizer é que as regras são conceitos determinados, ou seja, a partir da existência do fato se dá o direito (*da mihifactum, dabotibius*). Por sua vez, ao tratarmos de princípios, estes são eivados de valores que necessitam de preenchimento. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵ esclarecem que:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos (...). Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem.

Porém, voltando especificamente questão principal desse item o que vem a ser a “duração razoável do processo”? Gilmar Mendes⁶ buscou tratar do tema da seguinte forma:

O direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado

⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2004, pp. 8-9.

⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

⁶*Ibidem*, p. 393.

determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até mesmo o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica.

Sob outro aspecto, Francisco Fernandes de Araújo⁷ leciona que a “duração razoável do processo” seria o respeito ao prazo. Senão vejamos:

Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

De toda forma, o tempo no processo é aquele definido pelo próprio Código de Processo Civil que, por vezes, podem ser relativizados, observados certos requisitos, notadamente em se tratando de medidas cautelares e da tutela antecipada, por exemplo.

⁷Araújo, Francisco Fernandes. *Do Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=Direito>>. Acesso em 20 de outubro de 2014. Às 22:42 horas.

3 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

Um dos maiores problemas daquele que invoca a tutela jurisdicional do Estado, a fim de garantir o bem da vida que se julga merecedor, refere-se à demora dos ritos processuais que conduzem o processo até solução definitiva da lide posta em discussão, o que, por vezes, torna o provimento prestado inócuo diante das necessidades urgentes do demandante. Nesse sentido, o CPC, em um primeiro momento, tratou das medidas cautelares e, posteriormente, da tutela antecipada, ambas de extrema importância no contexto contencioso civil.

Há que se ter em mente que ao tratarmos do princípio do devido processo legal, este vincula-se diretamente ao direito à adequada tutela jurisdicional, de modo a propiciar a efetividade dos direitos em detrimento, por vezes, da segurança jurídica. Isso porque, o legislador não consegue prever todas as situações ensejadoras de conflitos. Sendo assim, parece-nos aceitável a criação de mecanismos ágeis e eficazes, ainda que de caráter provisório e passíveis de posterior confirmação, para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade.

Sempre que possível, cumpre ao juiz aguardar a formação do contraditório para decidir-se, buscando sempre a medida ideal da ponderação, da proporcionalidade de princípios. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) vem adotando referida máxima, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy acerca da prevalência de direitos fundamentais. A esse respeito,

Num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro⁸.

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

Trazendo a máxima da proporcionalidade à realidade processual civil verifica-se a concretização de determinado princípio constitucional – que possuem a mesma hierarquia, diga-se de passagem – em detrimento a outro. Não se infere com isso que houve desmerecimento deste princípio; mas reconheceu-se que, naquela determinada situação, tal ou qual princípio deve prevalecer. No caso em análise, o princípio da razoável duração do processo.

Obviamente que, tratando-se de situações de urgência, na qual não se torna possível a espera pela resposta do réu, sob pena de inutilização do provimento, não se estará afrontando o princípio da segurança jurídica e da efetividade, até mesmo porque estar-se-á diante de uma decisão tomada com fundamento nos requisitos exigidos pela lei processual civil. Não se trata, portanto, de um ato discricionário do juiz.

Em síntese, enquanto a medida cautelar se caracteriza por uma cognição sumária, visando garantir o resultado útil do processo principal, ou seja, não visa, nesse diapasão, a satisfação do direito, a tutela antecipada objetiva a satisfação do direito afirmado pela parte, a partir da antecipação dos efeitos de uma eventual sentença procedente. Não obstante suas características distintas, como consequência, seus requisitos ou pressupostos também serão diferenciados, como passaremos a tratar nos itens seguintes, ainda que se busquem objetivos em comum: preservar direitos.

3.1. DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A antecipação da tutela⁹, inserida no ordenamento jurídico em 1994, pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro e, posteriormente complementada em 2002, pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, teve como objetivo não somente impedir a utilização desenfreada da medida cautelar inominada, como também representou “expressiva resposta à exigência de equânime distribuição dos ônus do tempo no processo”¹⁰. Teori Albino Zavascki acresce que

⁹José Carlos Barbosa Moreira critica veementemente tal denominação preferindo falar em “decisão antecipatória” ou “providência antecipatória”. Nesse sentido, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Editora Saraiva: São Paul, 2004, pp. 77-78.

¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela: Exposição Didática*. 7.ed. rev.atual e ampl. de acordo com a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 11.

a inserção deste instituto criou uma “disciplina processual e procedimental própria, diversa da prevista para as medidas cautelares”¹¹.

Sem sombra de dúvida, a possibilidade de concessão de medidas antecipatórias pelo juiz traz ao processo uma maior efetividade, porquanto, diante do procedimento processual comum, não há que se esperar prolongadamente a satisfação de seu direito, por meio de uma sentença definitiva (título executivo judicial), que será passível, ainda, das fases de liquidação e/ou cumprimento de sentença. Em outras palavras, busca-se satisfazer previamente o pedido formulado pelo autor na petição inicial. Nesse sentido, Donaldo Armelin¹² esclarece que tal reforma do CPC buscou,

introduzir, no Direito contemporâneo, a estrutura romana dos interditos, legitimando, por essa via, os *juízos de verossimilhança*, que o Direito moderno em vão procura suprimir de nosso horizonte teórico, e com os quais o procedimento ordinário não pode conviver.

Assim, inseriu-se no CPC, o artigo 273, *in verbis*:

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

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

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

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

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

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

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

¹¹ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2009, p. 46.

¹²ARMELIN, Donaldo. *O Processo Civil Contemporâneo*. Editora Juruá: Curitiba, 1994, pp. 127-128.

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

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

Prima facie, verifica-se que os efeitos da tutela poderão ser antecipados desde que a parte, munida de prova inequívoca¹³ (dentre àquelas permitidas em lei), requeira e convença o juiz de que as alegações são verossimilhantes, ou seja, há uma “quase” certeza com relação aos fatos narrados. Ademais, tais requisitos não são suficientes, porquanto os incisos deste artigo prescrevem que são necessários também que:

(i) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação no andamento do processo; ou

(ii) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O inciso I do artigo 273, entendemos, é que se reveste em uma medida de urgência propriamente dita, pois visa combater um prejuízo de difícil reparação. Esse risco de se ver prejudicado, entretanto, deve ser iminente e atual e que constitua uma ameaça ao direito de outrem. Por tal razão, é denominada de antecipação assecuratória. Nesse sentido, é possível a concessão do provimento de urgência antes do aperfeiçoamento da relação jurídica processual (muito embora seja possível a concessão em qualquer momento do processo, inclusive na fase recursal), porquanto a irreparabilidade “relaciona-se às situações em que ou se antecipa a tutela para a proteção de um específico direito ou a tutela jurisdicional será, com relação à fruição *in natura* daquele mesmo direito, ineficaz”¹⁴.

Por outro lado, o inciso II do artigo 273 é preciso que ocorra, necessariamente, a manifestação do réu, para que seja possível falar em concessão de tutela antecipada

¹³Cássio Scarpinella Bueno entende que por prova inequívoca deve ser considerada de “prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 6.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2014, p. 41).

¹⁴*Ibidem*, pp. 45-46.

(denominada de antecipação punitiva). Ou seja, a concessão somente ocorrerá após a apresentação da defesa, sem sequer, poder se falar em concessão da tutela *inaudita altera pars*, como pode ocorrer incidindo o inciso I. Há, neste caso, o que alguns denominam de “urgência presumida”, por atos de má-fé por parte do réu¹⁵, em evidente quebra do princípio da lealdade.

A aplicação do inciso II do artigo 273, a nosso ver, não depende, exclusivamente, da conduta do réu no curso do processo. Pode, portanto, o juiz conceder a medida com base em elementos produzidos extrajudicialmente. Exemplificamos. Um dos requisitos do inciso II refere-se ao abuso de direito de defesa. Sua técnica assemelha-se à antecipação do pedido incontroverso (artigo 273, § 6º). Nesse sentido, o abuso de direito pode ser processual ou extraprocessual, mostrando-se como um fato de convencimento judicial.

O abuso processual pode caracterizar-se pela contestação manifestamente improcedente, por exemplo. Já o extrajudicial pode caracterizar-se pela prática de atos fora do processo e que sejam passíveis de turbar seu perfeito andamento, podendo ser citado como exemplo, a retenção dos autos por tempo delongado, o fornecimento de endereços inexatos a fim de retardar intimações, o não comparecimento injustificado nas audiências, dentre tantos outros.

O segundo requisito do inciso II refere-se ao manifesto caráter protelatório do réu. Este, contudo, entendemos ter aspectos apenas processuais, se levarmos em conta que o réu tem o intuito de retardar o provimento judicial. Temos como exemplo, a prática de atos inúteis ou a provocação de incidentes (como a incompetência ou a suspeição, por exemplo), perceptivelmente protelatórios e que não traz proveito alguma para o processo.

Ao lado da antecipação assecuratória e a punitiva, a legislação ainda trouxe outra forma de antecipação, em seu § 6º, conhecida por antecipação de direito evidente, que ocorre

¹⁵ Inclusive, a esse respeito, o artigo 17 do CPC determina que:

“Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados; e

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

quando não houve controvérsia ou divergência em um ou mais pedidos do autor, ou seja, o pedido não foi contestado pela parte contrária. Melhor esclarecer essa hipótese Teori Albino Zavascki¹⁶, quando leciona que:

Cabe na situação em que o pedido (ou parcela dele), apesar de sua manifesta evidência, não pode ser desde logo atendido em razão de se encontrar processualmente atrelado a outro (ou a outra parcela) ainda controvertido, e, por isso mesmo, sujeito aos trâmites procedimentais comuns que precedem seu julgamento.

Considerando que a tutela antecipada desempenha um relevante papel na efetivação do direito material (instrumentalidade do processo), por permitir a antecipação do provimento jurisdicional sem formação de coisa julgada, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica, se levarmos em conta que a coisa julgada material só se forma enquanto não se produz a preclusão da decisão que a concedeu, ou seja, apenas com a inércia das partes.

Adicionalmente, por ter essa natureza de provisoriedade, de exceção¹⁷, “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Fundamentada justamente por força de comandos constitucionais¹⁸ (portanto, afasta-se por completo a ideia de que a concessão da tutela antecipada é medida discricionária por parte do juiz), razão pela qual, inclusive, ao se decidir sobre antecipação de tutela, “o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

Entretanto, ausentes quaisquer dos requisitos acima mencionados, ou ainda, mesmo ausentes todos os requisitos, aventada a hipótese de irreversibilidade do provimento jurisdicional antecipado (e, portanto, diga-se de passagem, o §2º faz referência aos efeitos e

¹⁶ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2009, p. 46.

¹⁷Ovídio Batista da Silva, a respeito do caráter excepcional da antecipação de tutela afirma que: “as formas de tutela urgente, seja cautelar ou não, devem ser postas no sistema jurídico como remédios extraordinários, para situações especiais, quando os meios jurisdicionais comuns se mostrem incapazes de tutelar adequadamente o direito eventual. Sua generalização, além de não solucionar os problemas institucionais criados pela morosidade excessiva da prestação jurisdicional ordinária, em verdade correria o risco de uma duplicação desnecessária dos litígios, o que, evidentemente, só poderia estar justificado em casos excepcionais” (SILVA, Ovídio Batista. *Do Processo Cautelar*. 1.ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 89).

¹⁸Determina o artigo 93, inciso IX que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

não a irreversibilidade da decisão em si), a legislação processual civil obriga o seu não provimento (a partir do entendimento de que “não se concederá (...)), porquanto os riscos e prejuízos à outra parte poderão ser ainda maiores. Não é por outra razão, que alguns doutrinadores corroboram o entendimento de que “a medida antecipatória tenha seu cumprimento condicionado à exigência de caução idônea quando ele ‘possa resultar dano grave’ ao requerido, segundo prevê o inciso III do art. 475-O”¹⁹.

No que se refere à efetivação da tutela antecipada, ou seja, ao cumprimento da decisão antecipatória, o §3º determina de forma clara que, em sendo prestação de fazer ou não fazer, devem-se observar as normas constantes no artigo 461 do CPC, em seus §§ 4º e 5º; ao passo que em tendo como objeto a entrega de coisa, rege-se pelo artigo 461-A do CPC. Por fim, em se tratando de prestação de pagar quantia certa se observará o disposto no artigo 475-O do CPC (e não mais o artigo 588, em função da edição da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005).

Com vistas a combater a concessão da tutela antecipada caberá recurso de agravo de instrumento, por se tratar de uma decisão interlocutória, devendo seguir os trâmites processuais consubstanciados no artigo 524 do CPC, mesmo em se tratando da concessão em sede de sentença, conforme nos traz à baila Nelson Nery Júnior²⁰:

É evidente que o critério utilizado pelo Código para determinar a natureza do pronunciamento judicial foi o de conteúdo, o da essência desse mesmo pronunciamento, a dizer que não importa a *forma* que o juiz haja dado ao proferir o ato, nem tampouco o *nome* que se lhe atribuiu.

Todavia, esse entendimento minoritário é totalmente combativo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se utiliza do princípio da unicidade recursal para justificar a desnecessidade de interposição simultânea de apelação e do recurso de agravo de instrumento, consoante ementa abaixo:

¹⁹ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2009, p. 93.

²⁰NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 2.ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, p. 294.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL. MEDIDA TOMADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE.

De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que da sentença cabível apelável e da decisão interlocutória, agravo de instrumento.

Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação.

Resta prejudicada a análise quanto à impossibilidade de se conceder tutela antecipada contra a Fazenda Pública uma vez determinado que o agravo de instrumento interposto contra essa decisão não seja conhecido, ante a interposição inadequada do recurso.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 456.633/MG, Relator Ministro Paulo Medina, 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça, Publicado no Diário Oficial da União em 01 de agosto de 2008).

Por fim, cumpre informar ainda a respeito deste tema, a existência de um anteprojeto de lei (Projeto de Lei do Senado Federal nº 186, de 24 de maio de 2005), de autoria de alguns processualistas, membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, com vistas a instituir a possibilidade de estabilização da tutela antecipada. Ou seja, a proposta:

é de que a decisão antecipatória da tutela, posto ser proferida com base em “cognição sumária”, assumida estabilidade suficiente para tornar desnecessário, consoante determinadas circunstâncias, o prosseguimento do processo quando sua concessão for *incidental* ou, quando antecedente, que a parte por ela beneficiada provoque o Estado-juiz com vistas a obter a “tutela jurisdicional *ulterior*”²¹.

Referida estabilização nada mais seria do que conferir um caráter de coisa julgada material, nos limites da decisão proferida, em sede de tutela antecipada, no caso de inércia das partes. Entendemos, por conseguinte, que tal estabilização poderia vir a ser conflitante com o fato da tutela antecipada se tratar de espécie do gênero cognição sumária. Isso porque o

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 6.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2014, p. 62.

projeto de lei em referência, refrise-se, objetiva possibilitar a formação da autoridade da *res judicata*, em detrimento da formação do juízo de probabilidade.

Em outras palavras, as decisões baseadas em cognição sumária têm por alicerce apenas a aparência e não a suposta existência do direito material pleiteado. Reitere-se que na antecipação de tutela não há que se falar em decisão de mérito (julgamento definitivo), mas um provimento provisório que pode, ao final, ser revertido. Assim sendo, entendemos que a antecipação de tutela nada mais serve do que “acelerar” os efeitos fáticos da tutela jurisdicional, nos casos de prova inequívoca e verossimilhança dos fatos, mas nada obsta que no futuro tais requisitos sejam derrubados pela parte contrária.

Tão somente em caso de inatividade da parte contrária em demonstrar de forma efetiva acerca da inveracidade da prova e dos fatos é que a estabilização da liminar seria viável, prestigiando-se, assim, a celeridade processual e a segurança jurídica.

3.2. DA MEDIDA CAUTELAR

A medida cautelar, prevista em Livro próprio no CPC, nos artigos 796 e seguintes, é, por vezes, interpretada como uma terceira forma de processo, *vis-à-vis* processo de conhecimento e de execução. Em verdade, nas lições de José Carlos Barbosa Moreira²², “não é absolutamente correto considerar o processo cautelar como um terceiro gênero, contraposto aos processos de conhecimento e de execução, pois aquele se contrapõe (...) aos processos de conhecimento e de execução considerados em conjunto”. Continua o autor explicando que “tanto o processo de conhecimento, como o de execução, têm natureza satisfativa, enquanto o cautelar constitui uma tutela mediata, instrumental”.

²²MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Cautelar. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Líber Júris: Rio de Janeiro, 1974, p. 230.

Na mesma linha de raciocínio Cássio Scarpinella Bueno²³ preconiza que “em função das ressalvas e das remissões feitas (...), o emprego da expressão ‘processo cautelar’ impõe o constante e consciente uso de aspas”. Isso porque,

este *Curso* não aceita a existência de um “processo cautelar” em contraposição a um “processo de conhecimento” e a um “processo de execução”. O que há é um *processo*, sem qualquer qualificativo, em que se desenvolvem determinadas atividades jurisdicionais para o atingimento de determinados fins.

Quer dizer que seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução nada impede a apreciação de um direito provável, porquanto, consoante artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, a medida cautelar tem como intuito revelar a possibilidade de um mecanismo autônomo, ou seja, é passível de ser adotada tanto em um quanto em outro.

O próprio Alfredo Buzaid, ao expor os motivos do anteprojeto de lei que acabou culminando no CPC reiterou esse entendimento da seguinte forma:

A classificação dos três primeiros livros corresponde à função de conhecimento, de execução e cautelar da jurisdição civil. A dogmática do processo civil moderno sanciona essa classificação.

O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que se distingue das duas primeiras funções do processo civil, sem, entretanto, excluí-las. O se elemento novo está na prevenção.

Em outras palavras, pode-se inferir que a medida cautelar se distingue dos demais, porquanto um está voltado ao “conhecimento” (dos fatos) e o outro à execução (do que foi determinado em sede satisfatória). Nesta esteira, leciona Luiz Rodrigo Wambier, Flávio R. Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁴ que:

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 6.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2014, p. 155.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio R. Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 2.ed. RT: São Paulo, 1999, pp. 25-27.

costuma-se dizer que o processo cautelar é instrumento do instrumento, ou seja, se o processo, em si, é considerado instrumento para a realização da justiça, na medida em que existe para que o direito material seja aplicado de forma efetiva, o processo cautelar vem garantir a eficácia dos processos de conhecimento e de execução, fazendo com que o provimento jurisdicional produza, efetivamente, efeitos no mundo empírico.

De forma relativamente similar à antecipação de tutela, o processo cautelar existe para preservar à parte de um eventual risco de ineficácia do processo, *in casu*, do principal, e, por isso, a medida cautelar é considerada como instrumento do processo que, por sua vez, é o meio pelo qual se realiza a justiça.

Por isso é que o direito pátrio prestigia essa medida, “por meio da instauração de um outro processo, acessório e dependente daquele onde a lide é travada”, toda vez que o processo principal estiver em vias de ameaça – “seja por ato da parte contrária, seja por fato natural –, deve a parte interessada na concessão da medida ajuizar uma ação própria – ação cautelar – tendente à sua concessão, que fará instaurar processo autônomo, com autos e procedimento distinto daquele principal”²⁵.

Diferencia-se, entretanto, no que diz respeito aos requisitos ou pressupostos da tutela antecipada. Vejamos.

Para que seja possível falar em medida cautelar, imprescindível a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ainda que o CPC enumere alguns procedimentos cautelares específicos (artigos 813 a 888), também chamado de “cautelares nominadas”²⁶, e cada um desses procedimentos tenham requisitos próprios para sua concessão, em todos eles faz-se necessária a observância destes dois requisitos acima mencionados, seja para a obtenção da liminar, seja para sentença de procedência do pedido.

²⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade da Tutela de Urgência*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 75.

²⁶ Há, também, as chamadas “cautelares inominadas”, por força do disposto no artigo 798 do CPC, que dispõe que: “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”.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos²⁷ ensina que:

O *fumus boni iuris* ou “fumaça do bom direito” é definido como a plausibilidade do direito da parte (direito ao processo, e não ao direito subjetivo material), e o *periculum in mora*, como a irreparabilidade ou difícil reparação de tal direito, pela alteração da situação inicial das partes, resultante da duração normal do processo. Presentes esses pressupostos, a parte faz jus à tutela cautelar expressamente prevista (cautelares nominadas), bem como à obtenção de providências com função cautelar, não tipificada (cautelar inominadas), as quais sequer necessitam de requerimento da parte interessada. Fundamentam-se, as últimas, no poder geral de cautela, de especial relevância antes a impossibilidade de se enumerar todas as situações de risco que ameaçam a eficácia do processo.

Assim, o perigo na demora, desde que respeitado o direito de ação, é neutralizado, por assim dizer, a partir de uma medida cautelar, com vistas a garantir o resultado útil do processo principal. Não obstante, “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes” (artigo 797 do CPC).

Vale dizer que também nesta hipótese, isto é, mesma havendo o deferimento da medida cautelar, não há que se falar em coisa julgada, fenômeno que ocorre tão somente em sede de processo de conhecimento, este apto a prover uma sentença de mérito. Por tal razão, também não deixa de ser uma medida provisória, passível de revogação ou modificação a qualquer momento do processo, tal qual a antecipação de tutela.

3.3. O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Propositadamente deixamos de mencionar o § 7º do artigo 273 do CPC ao tratarmos da antecipação de tutela, para que, assim, o presente item verse exclusivamente na análise deste princípio, inserido no ordenamento jurídico processual em 2002, momento em que o CPC passou por uma segunda reforma, conforme dito alhures.

²⁷VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Fungibilidade na Tutela de Urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º do CPC)*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 112, out./dez. 2003, p. 72.

Prescreve referido parágrafo que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Em outros dizeres, busca tal inserção possibilitar que se formulem pedidos de natureza cautelar incidental em processos de conhecimento. É o chamado princípio da fungibilidade entre os institutos, “o que revela a preocupação do legislador de regular a tutela de urgência à luz dos valores fundamentais”²⁸.

E como vimos anteriormente, o que difere a antecipação de tutela da medida cautelar é que naquele o pedido de liminar pode ser feito tanto antes quanto durante o processo, ao passo que neste a medida cautelar funciona como uma fase preparatória ou garantidora de um direito em eventual pedido futuro no processo principal, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, sob pena de perda da eficácia (artigo 806 combinado com artigo 808, inciso II do CPC).

Importante mencionar também que a medida cautelar, porquanto dependente do processo principal, será sempre apensado aos autos do processo principal, porque a sorte deste terá consequências diretas à sorte daquela.

Dentro do contexto processual civil, o princípio da fungibilidade foi inicialmente utilizado na seara inerente ao sistema recursal²⁹. E ao passo que o CPC foi sofrendo reformas e atualizações referido princípio passou a alcançar o sistema processual como um todo, notadamente o instituto das tutelas de urgência, e mais notoriamente ainda, na antecipação de tutela, desde que se verifique dúvida objetiva, entendida como “aquela derivada de impropriedades terminológicas presentes no próprio Código e, principalmente, de divergências existentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual recurso cabível”³⁰, mas desde que não decorrentes de má-fé ou erros grosseiros. No caso deste artigo, a dúvida

²⁸VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Fungibilidade na Tutela de Urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º do CPC)*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 112, out./dez. 2003, p. 64.

²⁹Para juristas como Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos, “o princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação a esses princípios [singularidade, taxatividade e o da correspondência], num abrandamento dessas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial. Segundo os doutrinadores, decorre do princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 250 do CPC, mas não está expressamente previsto em nosso Código como estava no de 1939” (*Ibidem*, p. 73).

³⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 128.

objetiva repousaria acerca da ausência de certeza sobre qual o procedimento a ser utilizado em determinada situação fática.

E a respeito da diferença entre má-fé e erro grosseiro trouxemos à baila às lições de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcellos³¹ e de Pontes de Miranda³², respectivamente, na qual:

No tocante ao erro grosseiro, algumas circunstâncias serviam para caracterizá-lo: disposição expressa de lei sobre qual o recurso cabível; haver um entendimento doutrinário e jurisprudencial pacífico quanto ao cabimento de determinado recurso. Em verdade, essas circunstâncias servem exatamente para configurar a existência de dúvida objetiva.

Seriam indicativos de má-fé: usar de recurso inadequado de maior prazo, pois o de recurso cabível estaria perdido; usar o recurso de maior devolutividade para “fugir” da coisa julgada formal; valer-se do recurso mais demorado para protelar o processo; ou simplesmente provocar divergência na jurisprudência para, mais tarde, poder lançar mão de outro recurso.

Inobstante essas considerações cujo alcance já foi superado em termos de interpretação tanto doutrinária quanto jurisprudencial, o que se indagou e ainda se indaga na literatura brasileira a respeito deste princípio no âmbito das tutelas de urgência, é a ocorrência de um eventual desprestígio das medidas cautelares incidentais (em função do advento do princípio da fungibilidade) e a possibilidade de concessão de liminares serem concedidas no seio do processo de conhecimento. A nosso ver, tal preocupação resta infundada, porquanto, em nosso entendimento, ambos os institutos permanecem preservando suas características e autonomia.

Reitere-se que a fungibilidade é a possibilidade de substituir uma coisa por outra e, *in casu*, em situações de dúvidas objetivas e não em qualquer situação. Portanto, o artigo 273, § 7º do CPC permite que, presentes os requisitos da medida cautelar, seja autorizada a antecipação de tutela incidentalmente no processo de conhecimento em que se postula o

³¹VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Fungibilidade na Tutela de Urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º do CPC)*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 112, out./dez. 2003, p. 74.

³²MIRANDA, Pontes de. *Comentários do Código de Processo Civil*. Tomo XI. 2.ed. Rio de Janeiro, 1960, p. 49.

veredicto final, ou seja, a sentença, principalmente pelo dever-poder geral de cautela dado a ele pelo legislador, no artigo 798 do CPC, que dispõe que “(...) 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”.

Inclusive, o poder geral de cautela a que detém o magistrado é justamente lhe dado para permitir que ele preste adequadamente a tutela jurisdicional, na medida em que “a função jurisdicional não se esgota no *reconhecer* (dizer) o direito, mas também, no seu *realizar* (satisfazer) na exata medida e para os mesmos fins em que suficientemente reconhecido”³³.

Joaquim Felipe Spadoni³⁴ leciona que o princípio da fungibilidade pode ser analisado sob 02 (duas) perspectivas diferentes. A primeira indaga se, mesmo diante da ausência de um erro grosseiro, ou de uma divergência jurisprudencial, poderia o magistrado aplicar a medida cautelar, mesmo não sendo requerida? Para o autor:

De logo, por isso, afastamos a possibilidade de ser concedida, mediante a aplicação da prevista fungibilidade, medida cautelar típica, prevista expressamente no Código de Processo Civil. Para a obtenção daquelas medidas urgentes, o Código de Processo Civil é claro e expresso sobre as hipóteses de cabimento, os requisitos específicos exigidos e o procedimento a ser adotado, não podendo, portanto, ser sustentada a existência de dúvida objetiva sobre a qual a medida adequada para aquelas situações fáticas previamente definidas pelo legislador. Entendimento contrário permitiria, por exemplo, que o requerente, a título de antecipação de tutela, pleiteasse a apreensão de bens do devedor suficientes para garantir a execução de dívida líquida e certa cobrada em ação ordinária, alcançando, assim, indevidamente, típica medida cautelar de arresto sem o atendimento das exigências e sem o percurso do procedimento determinado pelo art. 813 *et seq.* do CPC.

Compartilha da mesma opinião Araken de Assis, na qual entende que o princípio da fungibilidade só é possível nas medidas cautelares inominadas, porque se pudesse ser

³³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 6.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2014, p. 186.

³⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, pp. 84 e ss.

aplicadas às medidas cautelares nominadas tornaria “letra morta as medidas cautelares típicas na prática, já que o demandante sempre se utilizaria dos artigos 798 (poder geral de cautela) e 273 do CPC, que possuem requisitos genéricos”³⁵.

Não discordamos totalmente das opiniões acima apontadas, mas deixamos uma reflexão que nos parece pertinente: a legislação processual civil prestigiou o princípio da fungibilidade condicionado, relativizado, mesmo havendo evidências de grave lesão ou de difícil reparação? Não estaríamos na contramão do não formalismo processual ou até mesmo da celeridade processual?

No que diz respeito à segunda perspectiva apontada pelo autor seria a dificuldade em aplicar tal princípio nos casos em que é requerida medida cautelar inominada quando, em verdade, o correto seria a antecipação de tutela. E a esse respeito nos elucida Cândido Rangel Dinamarco³⁶ com as seguintes palavras:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado. (...). Não há fungibilidade em uma só direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*.

Parece-nos um equívoco permitir o argumento de que quem pode o mais pode o menos e, portanto, seria possível tão somente a antecipação de tutela para a cautelar e não o inverso. A máxima de que a cada ação tem-se uma reação e, por conseguinte, uma medida cautelar, foge ao racional proposto pelas tutelas de urgência em geral e dos princípios que a CF/88 procurou resguardar.

³⁵ASSIS, Araken. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. RJ 272. Jun./2000, pp. 5-24.

³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. Editora Malheiros: São Paulo, 2002, p. 93.

4. A TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR NO ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aguardando retorno do Senado Federal, após ter passado pela Câmara dos Deputados, o anteprojeto de lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010 (cujo número de origem é Projeto de Lei nº 166/2010) tem como objetivo reformular integralmente o atual CPC. De iniciativa do Presidente do Senado Federal, foi montada uma comissão de juristas, conduzida pelo Ministro Luiz Fux, que avaliou a reforma da seguinte maneira:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (=pontos que geram polêmica e atraem a atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro deve acompanhar os fenômenos sociais. À prática processual dos dias de hoje, quiçá em função da universalização do acesso à justiça, se tornou distante da realidade do CPC de 1973 e, por tal razão, vem sofrendo constantes modificações em seu texto. Mas pelo que se depreende da transcrição de um trecho da exposição de motivos, tais modificações acabou por transformar o CPC em uma espécie de “colcha de retalhos”.

Quando se percebe que uma norma jurídica precisa de constantes atualizações, a melhor saída é sua substituição por outra que melhor reflita à realidade. A par do fato de que o anteprojeto de lei esteja tramitando no Congresso Nacional pelos últimos 04 (quatro) anos e talvez chegue já desatualizado frente à dinâmica social, a comissão responsável pela elaboração do novo CPC se preocupou em reunir os profissionais mais notórios, na tentativa de uniformizar as regras e convergir pontos que eram alvo de divergências doutrinárias.

Mas no que diz respeito às tutelas de urgência, o que o CPC nos traz de novo? Como a comissão de juristas tratou da temática? Houve unificação dos institutos da tutela antecipada e da medida cautelar? E o princípio da fungibilidade? Subsiste nesse novo contexto? Para fins deste trabalho, iremos utilizar a mais recente versão do anteprojeto aprovado pela Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014³⁷.

A tutela de urgência e a tutela de evidência foram temas tratados nos Títulos I e II e Capítulos I a III (estes dentro do Título I) do novo CPC, todos inseridos no Livro V (“Da Tutela Antecipada”), havendo dessa forma uma generalização da nomenclatura das tutelas diferenciadas, sejam elas de natureza satisfativa ou cautelar.

De forma esclarecedora, dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves³⁸:

No PLNCP há um livro destinado à tutela antecipada, que passa a ser qualquer espécie de tutela provisória concedida mediante cognição sumária. Haverá a tutela antecipada de urgência, dividida em cautelar e satisfativa, e a tutela antecipada de evidência. Em sentido semelhante o Enunciado 27 do Segundo Encontro de Jovens Processualistas (IBDP): “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”.

Há uma sensível aproximação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, não só porque ambas passam a ser tutela antecipada, a primeira satisfativa e a segunda cautelar, mas porque, naquilo que o legislador poderia tornar homogêneo, o tratamento procedimental de ambas assim o fez. A diferença de natureza jurídica satisfativa e acautelatória, que não pode ser modificada ou unificada por vontade do legislador, não só é reconhecida como expressamente consagrada pelo PLNCP.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 295 do novo CPC dispõe acerca da tutela antecipada tanto de natureza satisfativa ou cautelar, como meio de instrumentalização do processo. E em

³⁷Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+8046/2010>. Acesso em 27 de outubro de 2014, às 20:25 horas.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. Editora Método: São Paulo, 2014, p. 1311.

uma manobra bastante interessante, e com viés esclarecedor, incluiu no parágrafo único, neste mesmo artigo, que os dois tipos de medidas seriam concedidos pelo juiz com base na “urgência e na evidência”.

Assim, os requisitos para a concessão das medidas satisfativas ou cautelares seriam os mesmos, inclusive o Título I do Livro V, trata das disposições gerais e também da “tutela de urgência e tutela de evidência”. Vale destacar acerca dessa nova nomenclatura que José Roberto dos Santos Bedaque já a previa antes do novo CPC e, à época definia-as da seguinte forma: enquanto a primeira se baseia no risco da inutilidade prática do resultado final (ante a ameaça iminente de lesão ao direito, o que torna perigosa a demora), a segunda poderia ser concedida independentemente desse risco, contentando-se o juiz com a probabilidade de o autor ter razão. Assim, conclui o autor³⁹ com razão:

(...) a tutela diferenciada funda-se ora na Urgência na entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existir. Teríamos, pois, como espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a de evidência.

Ainda, o *caput* do artigo 295 do NCPC, salienta ainda que a tutela antecipada pode ser concedida em caráter antecedente (antes de instaurado o processo principal) ou incidental (no curso do processo), o que revela a acessoriedade, a instrumentalidade e a provisoriedade⁴⁰ da “tutela antecipada”, mantendo-se, portanto, as características do instituto no atual CPC. A crítica que se faz é que talvez o texto original fosse mais adequado, pois apenas citava as tutelas de urgência e evidência, sem a utilização direta de “tutela antecipada” para todas as tutelas diferenciadas, principalmente no que concerne a tutela cautelar.

Uma das grandes inovações do novo CPC é a proposta do legislador em não distinguir procedimentos às medidas satisfativas e/ou cautelares, tratando-o como iguais,

³⁹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 3.ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, p. 333.

⁴⁰A esse respeito, o artigo 297 do novo CPC determina que “a tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, se revogada ou modificada”. E complementa o parágrafo único que “salvo decisão judicial em contrário, a tutela antecipada conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

mantendo-se, entretanto, o caráter preparatório e incidental das tutelas de urgência. Por tal razão, Bruno Vinícius da Rós Bodart⁴¹ que:

Se no Código de Buzaid essa adaptação era realizada primordialmente na lei, com a previsão de inúmeros procedimentos especiais, o anteprojeto optou pelo método dos ‘módulos procedimentais’, ou seja, microprocedimentos a serem adicionados ao comum (ou, eventualmente, a algum especial) no caso concreto, de acordo com as necessidades da causa.

Em se tratando da questão do dever geral de cautela, a redação do artigo 298 do novo CPC, prevê que a discricionariedade do juiz (e não a arbitrariedade), acrescentando, no parágrafo único, a possibilidade de se utilizar a via do cumprimento provisório da sentença, naquilo que for cabível, para concretização e efetivação das tutelas antecipadas, tratando-se de forma *latu sensu* de execução urgente.

O artigo 299, que trata da justificativa da decisão judicial que concede a tutela antecipada, já traçamos comentários no capítulo acima e, por não ter havido uma efetiva mudança em sua redação, não vislumbraremos maiores comentários daqueles que já mencionamos. Apenas no que se refere ao parágrafo único deste artigo merece uma crítica. Ao dizer que a decisão é impugnável por agravo de instrumento, poderia o referido artigo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela⁴².

Entrando especificamente nas questões centrais do presente trabalho, os artigos 301 a 305 tratam da tutela de urgência e o artigo 306 da tutela de evidência, em substituição à atual antecipação de tutela. Por fim, os artigos 307 a 312 tratam do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

⁴¹BODART, Bruno Vinícius da Rós. *O Processo Civil Participativo – A Efetividade Constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista do Processo. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 205. Mar./2012, p. 333-345.

⁴²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. Editora Método: São Paulo, 2014, p. 1319.

4.1. TUTELA DE URGÊNCIA

Verifica-se no artigo 301 e seus parágrafos do novo CPC que, para ser concedida a tutela de urgência cautelar, ainda será preciso demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Entretanto, no atual Código um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada é a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, segundo previsão do artigo 273 do CPC e para a tutela cautelar, um dos requisitos para a sua concessão é o *fumus bonis iuris*. Ambos se situam no plano de probabilidade, porém entre eles é inegável que existe uma diferença fundamental. Essa distinção desaparece no novo CPC, que igualará o grau de probabilidade de o Direito existir para a concessão de qualquer espécie da tutela de urgência, independentemente de sua natureza.

Quando ao §§ 1º, 3º e 4º, é permitida a possibilidade de exigência de caução ou outras medidas, tal como arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto, dentre outros, por parte do juiz, com vistas a minimizar os danos que podem vir acarretar com a concessão da medida, com exceção dos economicamente hipossuficiente, a qual, em nosso entendimento, não deveria prosperar, porquanto não se justifica um tratamento desigual. Por que o economicamente hipossuficiente deveria ter privilégios neste sentido deixando à outra parte desprovida de proteção? O que se busca no artigo é resguardar eventuais prejuízos causados à outra parte quando da concessão da medida liminar, por meio de cauções, em caso de reversão do provimento final.

A respeito da atividade oficiosa do juiz, no novo CPC, não existe um artigo que expressamente permita a sua concessão de ofício, ainda que em situações excepcionais. Acreditamos que vai depender da doutrina a interpretação dessa matéria, na medida em que não há também previsão expressa condicionando a concessão da tutela antecipada a pedido expresso da parte, o que pode levar a diversas divergências. O novo CPC já permitiu o poder-dever geral de cautela.

A conclusão que se chega, é que o legislador, ao excluir as cautelares típicas, resolveu prever em tal dispositivo toda e qualquer medida cautelar admitida em direito que se preste a proteger a tutela concedida antes do pronunciamento jurisdicional definitivo.

Em relação ao artigo 302 do novo CPC, prevê, ainda, como condição para a concessão de tutelas urgentes, a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Manteve-se, portanto, e agora genericamente tanto para as tutelas de natureza satisfativa quanto cautelar, o previsto no artigo 273, §2º do atual CPC.

O artigo 303 do novo CPC trata da responsabilidade objetiva do beneficiado da tutela antecipada cautelar, prevendo em seus incisos a responsabilização da parte pelo prejuízo que a efetivação da tutela antecipada cautelar causar à parte. No dispositivo atual, o artigo 273, §3º, que trata da efetivação da tutela antecipada, faz remissão às regras da execução provisória, tornando aplicável o artigo 475-O, II do CPC, que prevê expressamente a responsabilidade objetiva do exequente.

Tal dispositivo do novo CPC inova ao trazer a possibilidade de se responsabilizar civilmente o requerente de tutela antecipada satisfativa, que concedida, causou prejuízos ao réu e, ao final do processo, foi revogada. Nesse sentido, a diferença com o CPC vigente que não faz essa relação entre responsabilidade civil do requerente e tutela satisfativa: o novo CPC, com a remissão do artigo 303, § 3º, preveria tal possibilidade. Inclusive, a indenização, nos termos do parágrafo único deste artigo 303, “será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”.

Em relação ao artigo 304, a parte poderá realizar um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, não se tratando propriamente da petição inicial, muito embora o § 4º exija a indicação do valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final.

Com a concessão da tutela antecipada satisfativa, o artigo 304, § 1º, inciso I, determina que o autor adite a petição inicial, no prazo de 15 dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional determinar, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, conforme disposto no § 2º. O aditamento será realizado nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais, nos termos do § 3º.

O artigo 304, inciso II do novo CPC, prevê que o réu deverá ser imediatamente citado e o prazo de resposta começará a fluir após a intimação do aditamento a que se refere o

inciso I, do § 1º, deste dispositivo. Se não houver a concessão da tutela antecipada, deverá o autor emendar a petição inicial no prazo de até 05 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da mesma, tendo o processo extinto sem resolução do mérito.

Já o artigo 305 é uma das grandes novidades trazidas neste dispositivo pelo novo CPC, prevendo que a tutela antecipada satisfativa, prevista no artigo 304, após a sua concessão torna-se estável caso não for interposto o respectivo recurso. Ou seja, o novo CPC prevê o chamado instituto da “estabilização” da tutela antecipada. Nesse caso, o processo será extinto e a tutela antecipada concedida será estabilizada, podendo qualquer das partes demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar essa decisão, no prazo de 02 (dois) anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§§ 1º e 2º do artigo 305).

4.2. TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência, por sua vez, está prevista no artigo 306 do novo CPC. A concessão de uma medida cautelar ou satisfativa se justificaria, tão somente pelo fato de que o alegado pela parte é altamente plausível, ou seja, possui um alto nível de verossimilhança, acima ainda, do *fumus boni iuris*. Juntamente, com a plausibilidade temos a injustificada demora para a concessão do direito da parte, com grave desprestígio ao Poder Judiciário.

Ressalta-se que a evidência do direito é que justifica a concessão da medida satisfativa, pois não é justo que a parte que tenha direito líquido e certo, tenha que aguardar a delonga de um procedimento ordinário. Observa-se, porém, que os requisitos centrais da tutela de evidência, atual antecipação de tutela, sofreram alterações estruturais. Ou seja, dá-se importância mais aos incisos que passaram a ser efetivamente os pressupostos da tutela de evidência, do que efetivamente a demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, apresentado no *caput* na medida em que a liminar será concedida mesmo sem o perigo da demora, quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; ou (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada

do contrato de depósito, caso em que será decretada a entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

O inciso I do artigo 306 acaba por reproduzir o inciso II do artigo 273 do atual CPC, e nossos comentários já foram realizados em momento anterior, inclusive no que diz respeito ao caráter punitivo deste inciso em virtude de ilícito processual. A conduta do réu, nesses casos eleva o grau de verossimilhança para um grau próximo da certeza, daí porque seria possível a antecipação da tutela, pois se evidencia ainda mais o direito do requerente. Por se tratar de hipótese que necessita da participação do réu, ativa ou passiva, é a única modalidade da tutela de evidência que não pode ser concedida liminarmente, conforme prevê o parágrafo único do artigo 306. Assim, só é permitida a concessão de liminar, nas hipóteses dos incisos II e III deste artigo.

O inciso II do artigo 306, reflete o proposto pela Emenda Constitucional 45/2004, como também o já colacionado no artigo 285-A⁴³ do atual CPC, ao trazer ao ordenamento jurídico brasileiro a figura da súmula vinculante, com vistas a uniformizar a jurisprudência nacional. A esse respeito, entendemos que se trata de julgamento antecipado da lide e não especificamente uma forma de concessão de tutela antecipada (ou concessão de tutela de evidência).

Vale lembrar que a tutela de urgência ainda se reveste da característica de provisoriedade e, portanto, jamais poderia invadir a seara de julgamento definitivo. Discordamos, nesse sentido, do argumento de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴ acerca da possibilidade de se “sacrificar o improvável em benefício do provável”. Em sendo um julgamento de mérito em caráter definitivo, o improvável deveria ser sacrificado em benefício do líquido e certo, sob pena de se frustrar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Por fim, o inciso III é bastante inovador, não tendo sido previsto no CPC vigente, se refere às hipóteses de concessão de tutela antecipada quando o depositário não restitui a coisa ao final do pacto do depósito; trata se, portanto, dos casos de depositário infiel. Por isso a evidência estaria relacionada “à prova documental adequada do contrato de depósito”, que

⁴³ “Artigo 285-A. Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. 9.ed. Editora RT: Rio de Janeiro, 2006, p. 170.

bastaria para que o magistrado concedesse medida liminar de reintegração de posse do bem custodiado injustamente pelo depositário.

4.3 DA TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE

O novo CPC reservou às tutelas cautelares, de forma específica, o Título II do Livro V, que trata do procedimento de tutela cautelar requerida antes da instauração do procedimento processual.

Nos termos do artigo 307 a petição inicial que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. O réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (artigo 308) e, não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias (artigo 309). Caso o pedido seja contestado seguir-se-á o procedimento comum.

Mostra-se dessa forma, que a tutela cautelar, no novo CPC, manterá a característica da instrumentalidade e acessoriedade, tendo autonomia meramente procedimental, como no CPC vigente. Isso porque a inicial cautelar deverá indicar a lide principal, conforme disposto no *caput*.

Os artigos seguintes também fazem referência ao “pedido principal” da lide. O artigo 310 dispõe que efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias, sendo apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. Nesse momento o § 2º do artigo 310 permite o aditamento também da causa de pedir. Nos termos do artigo 310, § 3º, apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do artigo 335, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. Não havendo autocomposição, o prazo para a contestação será contado na forma do artigo 336.

No caso da parte não propor a ação principal no prazo de 30 dias, após a efetivação da medida cautelar, cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente (artigo 311, inciso I do novo CPC).

O parágrafo único do supracitado artigo 311 revela a necessidade de “novo fundamento” para que se renove o pedido de tutela cautelar cujos efeitos já cessaram. Entretanto, se reprime a reiteração de fatos já descartados como potenciais causadores de situação perigosa ou de fatos que já foram utilizados para a concessão da tutela cautelar que perdeu a eficácia.

A acessoriedade tem previsão mantida, também, quando se observa a redação do artigo 312 do Novo CPC, que diz que o indeferimento da cautelar não interfere o pedido principal e o julgamento deste; mantém-se a ideia, portanto, de que o acessório segue o principal e que o primeiro não exerce influencia no segundo.

Por fim, nos termos do artigo 307, parágrafo único, do novo CPC, caso o juiz entenda que o pedido de natureza antecedente de natureza cautelar tem natureza satisfativa, o órgão jurisdicional observará o procedimento previsto para essa espécie de tutela, aplicando o princípio da fungibilidade.

Curiosamente, o novo CPC, deixa de prever expressamente o caminho inverso, mantendo a falsa impressão de que a fungibilidade entre as diferentes espécies de tutela antecipada pode ter apenas uma via de direção. A omissão legislativa, ainda que pouco elogiável, não terá força para afastar a lógica de se aplicar a fungibilidade de tutela cautelar para satisfativa e vice-versa, já que o novo CPC permite a substituição da segurança pela satisfação, não haveria qualquer motivo que impedisse que o juiz substituísse a satisfação pela segurança.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que o ordenamento jurídico pátrio proibiu a “justiça com as próprias mãos” (a chamada autotutela) e fazendo com que o Estado passasse a deter a responsabilidade de solucionar as adversidades entre pessoas, tem o dever constitucional de garantir aos seus tutelados a concretização da justiça. E a concretização da justiça se dá por meio da possibilidade de a pessoa levar suas pretensões aos órgãos judiciários.

Já dissemos outrora que o direito ao acesso à justiça é um direito constitucionalmente garantido e garantidor da paz social, que “só é possível na medida em que o Estado é capaz de criar instrumentos adequados e eficazes para satisfazer as pretensões que a ele se formulam”⁴⁵. Ocorre que, por vezes, as pretensões encontram obstáculos das mais diversas ordens, dentre as quais citamos o tempo do processo, preterindo, assim, certos princípios em detrimento de outros, a partir de uma análise fática e concreta.

O tempo, já dissemos, é inimigo de uma boa prestação jurisdicional, põe em risco a seriedade do Poder Judiciário na resolução de demandas. Não por outra razão que a própria legislação buscou prever hipóteses em que se permite a não perpetuação de injustiças, ou, que não se prolongue situações que possam ser ameaças a um direito. Assim, as tutelas de urgência, na qual se inclui a medida cautelar e a tutela antecipada, surgem nesse contexto para suprir tais anseios.

A medida cautelar foi originariamente prevista no CPC com vistas a proteger um direito provável. Por outro lado, a antecipação de tutela, inserida no processo civil em um momento posterior, num contexto de reforma, protege direito evidente, por assim dizer. Ao passo que a primeira tem como objetivo preservar a eficiência e a utilidade do processo (por isso, a doutrina a considera um instrumento do processo), a segunda consubstancia-se na antecipação, ainda que provisória, de um provimento jurisdicional. Ao passo que a primeira é um processo autônomo, porém, dependente do principal, a segunda pode ser requerida em qualquer momento do processo.

⁴⁵PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 2.ed. Civitas: Madrid, 1989, p. 21.

Restam evidentes certas diferenças entre ambos os institutos, ainda que não se tenha delineado todas. Por tal razão, muito se divergiu acerca da possibilidade do princípio da fungibilidade na tutela antecipada, mas acabou sendo incorporada para atendimento, mas não só, da economia processual e da celeridade do processo. Em sendo uma forma “excepcional” de proteção jurisdicional, a tutela antecipada objetiva, de modo preventivo, assegurar a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos.

A tutela, portanto, protege o direito da parte. E, nesse sentido, o tempo, por vezes, é inimigo dos direitos e o seu decurso pode lesá-los ou comprometê-los. Indiscutível, portanto, a importância das tutelas de urgência. Mas ao passo que os operadores do direito passam a enfrentar dificuldades quanto a que instituto utilizar, causando prejuízo à parte interessada, o legislador previu o princípio da fungibilidade. Um princípio que tem que como ponto de partida aceitar como certo um pedido que, por diversas razões, tomou forma de outro (tutela antecipada no lugar de medida cautelar ou vice-versa).

Em se tratando da possibilidade de aplicação deste princípio em medidas cautelares inominadas, a doutrina é uniforme em seu entendimento. Ou seja, é possível. Mas o inverso causa divergências doutrinárias das mais diversas, ora aceitando ou recusando sua substituição. Entendemos que não basta apenas olhar a letra da lei. É imprescindível que se olhe todo o arcabouço jurídico envolvido, e principalmente os princípios que regem o processo civil, inclusive no âmbito constitucional e, em especial, a partir da já mencionada Emenda Constitucional nº 45, sob pena de novo engessamento do CPC, sob pena de trazer mais óbices à tutela jurisdicional.

De fato, um novo anteprojeto de lei tramita atualmente no Congresso Nacional com vistas a renovar integralmente a legislação processual civil. Já tecemos nossos comentários no item anterior, mas reiteramos o entendimento de que as questões amplamente debatidas na doutrina e pelos próprios juristas responsáveis pela sua estruturação deveriam ser observadas na discussão desse novo *Codex*.

Em suma e com base na análise proposta pelo presente artigo verificam-se algumas diferenças entre o atual e o novo CPC, a saber:

(i) o atual CPC tem requisitos específicos para cada um dos institutos, ao passo que o novo CPC unifica os requisitos para concessão de todas as tutelas consideradas de urgência;

(ii) o atual CPC procura deixar ao arbítrio da doutrina esclarecer o conceito e o alcance dos pressupostos das tutelas de urgência, ao passo que o novo CPC busca esclarecer em quais situações cada uma dessas tutelas será aplicada;

(iii) no atual CPC as tutelas de urgência podem ser modificadas ou revogadas, a qualquer momento, ao passo que o novo CPC permite a chamada estabilização da tutela de evidência em certos casos;

(iv) no atual CPC o poder geral de cautela nos permite inferir a possibilidade de concessão *ex officio* da tutela de urgência, ao passo que o novo CPC nada dispõe sobre o assunto, se omitindo também em relação à parte; e, por fim,

(v) o atual CPC não trata da possibilidade de tramitação especial das tutelas de urgência, ao passo que o novo CPC expressamente permite a tramitação especial das tutelas de evidência.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Do Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=Direito>>. Acesso em 20 de outubro de 2014. Às 22:42 horas.
- ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais. Ano 17, n. 65, jan./mar. 1992.
- _____. *O Processo Civil Contemporâneo*. Editora Juruá: Curitiba, 1994.
- ASSIS, Araken. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. RJ 272. Jun./2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 3.ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *O Processo Civil Participativo – A Efetividade Constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista do Processo. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 205. Mar./2012, p. 333-345.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 6.ed. rev.atual. Editora Saraiva: São Paulo, 2014.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela: Exposição Didática*. 7.ed. rev.atual e ampl. de acordo com a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. Editora Malheiros: São Paulo, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. 9.ed. Editora RT: Rio de Janeiro, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2013.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários do Código de Processo Civil*. Tomo XI. 2.ed. Rio de Janeiro, 1960.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Editora Saraiva: São Paul, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 2.ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. Editora Método: São Paulo, 2014.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutela de Urgência*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 110, abr./jun. 2003.
- SILVA, Ovídio Batista. *Do Processo Cautelar*. 1.ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Primeiras Observações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil: Porto Alegre, v. 6, mai./jun. 2010, n. 36, p. 5-11.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Fungibilidade na Tutela de Urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º do CPC)*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 28, n. 112, out./dez. 2003.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de Urgência e o Princípio da Fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC)*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. Ano 32, n. 144, fev. 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio R. Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. 2.ed. RT: São Paulo, 1999, pp. 25-27.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. Editora Saraiva: São Paulo, 2009.