

PAULO ROBERTO ANGHINONI

**FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O NOVO § 7º DO ARTIGO
273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

**CURITIBA
2004**

PAULO ROBERTO ANGHINONI

**FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O NOVO § 7º DO ARTIGO
273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

**CURITIBA
2004**

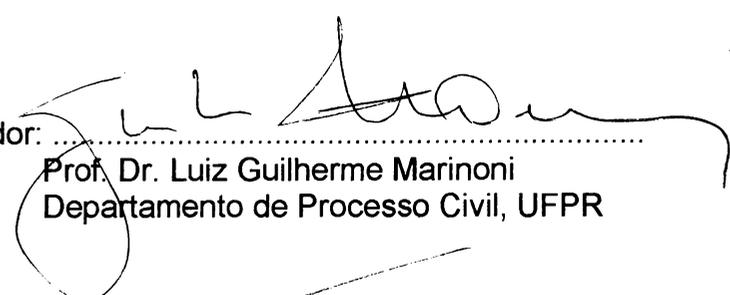
TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ROBERTO ANGHINONI

FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O NOVO § 7º DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

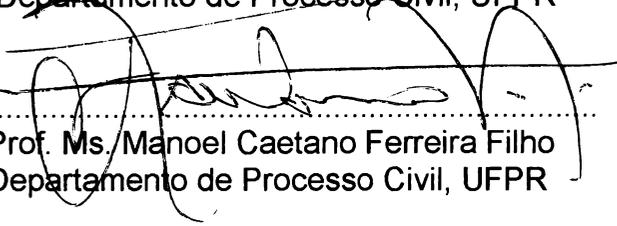
Examinador:


Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Departamento de Processo Civil, UFPR

Examinador:

~~Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Processo Civil, UFPR~~

Examinador:


Prof. Ms. Manoel Caetano Ferreira Filho
Departamento de Processo Civil, UFPR

Curitiba, 2004.

*Aos meus pais, cuja presença foi constante em todos
os momentos da minha vida. Obrigado por tanto
amor!*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que foram meus orientadores nesta monografia, apesar de suas ocupações no magistério e em suas habituais funções.

Também não posso deixar de agradecer à todas aquelas pessoas que me apoiaram na elaboração deste trabalho, com indicações bibliográficas e jurisprudenciais, correção de texto, ou mesmo com paciência nas horas menos felizes. Todos os que estou a me referir, por certo que sabem do seu valor... Meu muito obrigado!

*“Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando
encontrares o direito em conflito com a justiça, luta
pela justiça.”*

Eduardo Couture

SUMÁRIO

RESUMO	vii
1 - INTRODUÇÃO	1
2 - DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E TUTELA JURISDICIONAL	3
2.1 – Direito constitucional de ação	3
2.2 - Devido processo constitucional	4
2.3 - O acesso efetivo à ordem jurídica justa e o resultado do processo	6
2.4 - Ineficiência do sistema e busca de soluções	6
3 - TUTELAS DE URGÊNCIA	10
3.1 - Tutela sumária satisfativa	10
3.1.1 - Requisitos para concessão da medida antecipatória	12
3.2 - Tutela cautelar	17
3.2.1 - Requisitos para concessão da medida cautelar	19
4 - FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	23
4.1 - Conflito entre tempestividade e segurança jurídica: efetividade processual	23
4.2 - O novo § 7º do artigo 273 do CPC	26
4.3 - Duplo sentido da fungibilidade	29
5 - CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

RESUMO

Apontamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca de tema contemporâneo da ciência processual civil brasileira, qual seja, a fungibilidade das tutelas de urgência, recentemente introduzida no Código de Processo Civil seguindo a tendência atual que visa conferir maior efetividade ao instrumento estatal de realização da função jurisdicional, ou seja, o processo. A grande preocupação moderna dos operadores do direito se foca na eficiência do sistema, na utilidade do processo no plano concreto, consubstanciando, desta forma, os preceitos e garantias assegurados pela Constituição Federal. As duas modalidades de tutela de emergência estudadas, medida cautelar e medida antecipatória, por serem ambas medidas que visam a proteção do direito do lapso temporal de tramitação do processo, e por apresentarem pressuposto comum para sua obtenção, que é o *periculum in mora*, por vezes geram dúvidas fundadas de qual o correto meio a ser utilizado pelo litigante no caso concreto. Admitindo essa dificuldade, a doutrina passou a considerar a possibilidade de substituição de uma modalidade pela outra, quando o erro na nomenclatura fosse justificável e o conteúdo permitisse ao julgador que concedesse a medida realmente aplicável à situação, aproveitando o processo e tornando-o eficaz no mundo fático. A inovação legislativa que regulamentou tal situação se deu com o advento da lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que incluiu, dentre outras modificações, o parágrafo 7º ao artigo 273 do diploma processual civil. O presente estudo inicia com enfoque constitucional do processo, passando em seguida para análise de cada uma das medidas de urgência, para então abordar o tema da fungibilidade entre as espécies, baseando-se em jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça, além de posicionamentos doutrinários qualificados a respeito do tema em tela.

1 - INTRODUÇÃO

Sabe-se que não existe sociedade sem que haja direito: *ubi societas ibi jus*. Dado o grau de complexidade crescente das relações intersubjetivas e suas nuances, percebe-se daí a função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, regulamentando os interesses da vida social, com escopo maior na composição dos conflitos que se manifestam entre os sujeitos.

Com esse intuito, concede-se ao Estado o poder de aplicar o Direito ao caso concreto, para dirimir os conflitos entre as pessoas. É o poder jurisdicional do Estado, que busca a pacificação social através da aplicação das normas e princípios que o ordenamento jurídico oferece.

Para tal, isto é, para que se concretizem os objetivos da jurisdição estatal, o Estado criou o sistema processual, instituindo órgãos jurisdicionais e ditando regras processuais para fazer do processo um instrumento efetivo para a realização da justiça.

Conforme veremos adiante, a doutrina moderna não mais procura distanciar o direito processual do direito material, entendendo que, seja qual for a natureza de um princípio ou norma, o que prevalece é a proteção constitucional aos bens jurídicos, a qual pode ser percebida tanto em normas substanciais quanto naquelas de caráter processual.

Daí porque não só o direito material, mas também o processual, precisam de meios efetivos que garantam a proteção ao bem jurídico que se busca tutelar quando se procura o Poder Judiciário. Tomando-se como exemplo o Direito Civil, não basta que este regule situações relativas a bens da vida, sendo que, uma vez necessária a realização desse direito através de tutela jurisdicional do Estado, o

Processo Civil, como instrumento, não tenha sistemas que possam garantir a efetividade desse direito no plano concreto.

Vale dizer, para cada relação prevista no ordenamento substancial, é necessário que o direito processual apresente uma alternativa diversa, que possa garantir a efetividade do direito previsto. Em virtude disso é que, sabe-se, não existe apenas um tipo de processo, sendo que a tutela jurisdicional a ser concedida fica na dependência da modalidade de proteção que o direito material exige.

O presente trabalho tratará de duas dessas espécies de tutelas previstas no ordenamento processual civil brasileiro, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipada. São construções jurídicas que visam proteger um direito, ou assegurar uma situação levada à discussão no Poder Judiciário, da morosidade de um provimento final, o que poderia resultar na total ineficácia da decisão, restando prejudicada a segurança jurídica.

As constantes discussões e estudos de processualistas no sentido de dar maior efetividade às tutelas jurisdicionais, para a realização do direito concreto, levaram o legislador a introduzir no Código de Processo Civil o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, acima referidas.

O estudo que se desenvolverá acerca da questão em tela não visa de forma alguma esgotar o tema, mas sim, colocá-lo à reflexão através de produção jurídico-literária que aborde aspectos históricos e atuais, além de apontamentos doutrinários e jurisprudenciais que levem à melhor compreensão dos institutos.

2 - DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E TUTELA JURISDICIONAL

A concepção moderna do Processo Civil busca estudá-lo a partir das garantias e princípios estabelecidos em sede constitucional. É o chamado direito processual constitucional; vale dizer, o processo civil, assim como os demais ramos do direito, passa a ter uma nova leitura à luz da Constituição, uma espécie de filtragem constitucional, ou seja, tem sua interpretação e aplicabilidade profundamente influenciados pela estrutura normativa e principiológica que se extrai do texto da Lei Maior.

Indo mais além, Cândido Rangel DINAMARCO¹ bem coloca a esse respeito:

“O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) a tutela constitucional do processo, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais etc.); e (b) a chamada jurisdição constitucional das liberdades, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, como o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência dos juizados especiais etc.”

2.1 – Direito constitucional de ação

¹ V. *Instituições de direito processual civil*, I, p. 53.

A Constituição Federal assegura a todas as pessoas o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado quando dela necessitar, retirando-a de sua inércia. O texto do artigo 5º, inciso XXXV reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Da leitura do texto constitucional deve-se considerar que a intenção do constituinte foi não só a de garantir de forma ampla o acesso das pessoas ao Poder responsável por proporcionar tutelas jurisdicionais, mas sim assegurar um acesso efetivo a uma ordem jurídica justa, respeitados todos os demais princípios que se extraem da Carta Magna.

Ademais, a previsão constitucional não se dirige apenas às pessoas que efetivamente possuem um direito, mas a todos que queiram socorrer-se da tutela jurisdicional para discutir suas pretensões, mesmo que infundadas.

Mister afirmar, portanto, que a ordem constitucional, inserido aí todo o sistema processual, está voltada para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos; isto é, embora todos tenham acesso ao Poder Judiciário, sejam reais titulares de direitos ou meros detentores de interesses infundados, obviamente o mecanismo está direcionado para a satisfação daquele que efetivamente merece a tutela jurisdicional.

Por fim, esse direito de ação assegurado pela Constituição não deve ser confundido com o direito material violado ou ameaçado, para o qual se pede a tutela do Estado. São, dessa forma, direitos autônomos, no sentido de que, quando se garante à pessoa o direito de ação, isto não quer dizer que se lhe está garantindo o reconhecimento do direito material, que será objeto de análise em sede jurisdicional.

2.2 - Devido processo constitucional

Aceita a premissa de que a todos é assegurado o direito de ação, faz-se necessário verificar qual o conteúdo dessa garantia constitucional. Importa identificar este conteúdo para que o legislador ordinário possa adequar o sistema processual aos postulados estabelecidos pela Constituição.

Sabe-se que o direito de ação é um direito atípico, uma vez que se destina à discussão, em sede jurisdicional, de qualquer espécie de direito assegurado pelo ordenamento substancial. O próprio texto constitucional (art. 5º, XXXV) vem amparar todo e qualquer direito, afirmando a amplitude do direito de ação. O que varia, portanto, nas demandas, é a categoria de tutelas.

Essa mesma garantia constitucional da ação estabelece, por consequência, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Se é assegurado a todos o acesso ao Poder Judiciário, e sabendo-se que a jurisdição atua pelo processo, conclui-se desde logo que todos têm direito ao processo.

Mas a Constituição preocupou-se em estabelecer linhas fundamentais para esse meio de atuação de uma das funções do Estado. O constituinte determinou princípios e regras essenciais ao método utilizado pelo Poder Judiciário para solução de conflitos, instituindo o modelo processual brasileiro. Portanto, o direito que se assegura a todos de utilizarem-se do processo diz respeito não a qualquer processo, mas àquele em conformidade com os ditames da Lei Maior.

O significado de acesso à justiça, ou à ordem jurídica justa, é proporcionar a todos o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de encontrar à disposição o meio constitucionalmente previsto para que se possa chegar ao resultado.

Ninguém pode, destarte, ser privado do devido processo legal, ou, como sugere a leitura conforme a Constituição, do devido processo constitucional; vale dizer, o processo deve estar estruturado em conformidade com as garantias fundamentais, para que se obtenha resultado correto e justo.

2.3 - O acesso efetivo à ordem jurídica justa e o resultado do processo

Os princípios e regras componentes do devido processo constitucional visam, além de embasar o modelo processual, conferir-lhe efetividade, isto é, aptidão para produzir resultados úteis a todos aqueles que buscarem a atuação jurisdicional do Estado.

Para servir de instrumento de realização do direito material, o processo deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de, muitas vezes, tornar-se inútil ao caso concreto.

A existência de mecanismos adequados para solução de controvérsias de nada adianta se as pessoas não tiverem efetivo acesso a eles. A idéia de efetividade, extraída dos princípios constitucionais norteadores do sistema processual, deve ser entendida como garantia fundamental do processo.

Com relação ao que foi esposado, registre-se a observação do Prof. Luiz Guilherme MARINONI², que afirma que *“direito ao ‘devido processo legal’ não representa apenas direito à ampla defesa e ao contraditório, mas também direito a uma tutela efetiva, ou direito a um procedimento adequado à realidade de direito material.”*

Enfim, efetividade significa que todos devem ter amplo acesso à atividade jurisdicional, tendo a seu dispor meios adequados para obtenção de um resultado útil, ou seja, capaz de assegurar aquele valor humano reconhecido pelo ordenamento jurídico material.

2.4 - Ineficiência do sistema e busca de soluções

² V. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 91.

Conforme já visto, a efetividade é garantia fundamental do processo; por isso não se pode conceber a possibilidade de um titular de direito material não conseguir a satisfação desse direito pela via processual, dada a vedação legal à autotutela privada.

O Estado, portanto, precisa oferecer mecanismos úteis para resolução de controvérsias levadas ao seu conhecimento em sede jurisdicional. No mesmo sentido, corroborando com a posição, bem explica José Roberto dos Santos BEDAQUE³:

“Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício de ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.”

Constata-se, a partir da leitura da doutrina processualista contemporânea, que a grande preocupação atual está relacionada com a eficiência do Poder Judiciário, traduzida na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Como o direito processual é o responsável por sistematizar o método estatal de solução de conflitos, há necessidade de criar meios aptos à obtenção de resultados úteis no plano concreto.

Um dos grandes óbices, sabe-se, à efetividade da tutela jurisdicional é o tempo. Como o processo deve obrigatoriamente obedecer aos princípios constitucionais que o regem, tais como o contraditório e a ampla defesa, muitas vezes a atividade cognitiva do julgador é extremamente demorada até que se chegue ao provimento final. Isto pode gerar risco de ineficácia ou inutilidade, haja

³ V. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 73.

visto que, por vezes, a satisfação necessita ser imediata, sob pena de não aproveitamento do direito reclamado.

Cite-se, para evidenciar, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART⁴:

“Na verdade, no caso do procedimento comum não há outra alternativa a não ser inserir no seu interior uma técnica capaz de permitir a distribuição do tempo no processo. (...) Para que impere a igualdade no processo, é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre as partes litigantes. O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado.”

Por isso mesmo é que a doutrina é unânime em apontar a necessidade de providências de caráter urgente, que possam amenizar os males decorrentes da demora na concessão de tutela jurisdicional, pois quem procura a proteção estatal precisa de uma resposta útil e tempestiva para realização do direito a que faz jus.

A doutrina apresentou algumas soluções que vêm sendo incorporadas e ampliadas nas codificações modernas. Exemplos disso são duas medidas que assumem papel cada vez mais importante no sistema processual, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

As modalidades variam de acordo com especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas. Elas podem ser classificadas, no entanto, numa única categoria, isto é, tutelas de urgência. Ambas destinam-se a evitar que o tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional, tornando-a inútil.

Tais instrumentos trazem certa dificuldade aos aplicadores do direito, de verificar a qual das duas espécies pertence a providência que, no caso concreto, deve ser adotada para afastar o *periculum in mora*.

⁴ V. *Manual do processo de conhecimento*, p. 224.

O julgador que se ater em demasia ao preciosismo técnico de classificação das tutelas, corre o risco de denegar a tutela de urgência por uma questão meramente formal, privando o litigante da efetividade do processo.

Em virtude disso, da preocupação da ciência processual contemporânea em orientar-se pela efetividade, o entendimento é de que a forma erroneamente escolhida para o pleito não deve obstar à análise do conteúdo, que pode ser merecedor de tutela de urgência, embora diversa daquela requerida.

3 - TUTELAS DE URGÊNCIA

3.1 - Tutela sumária satisfativa

O Código de Processo Civil de 1973 manteve a controvérsia que havia já desde a vigência do Código de 1939, acerca da possibilidade de o juiz utilizar-se de um poder geral de cautela, uma vez que o artigo 798 do atual diploma normativo dispõe da seguinte forma:

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

O princípio que se extrai do texto supracitado colocou em debate a doutrina processualista. Uma das linhas de pensamento procurava manter-se fiel à tutela cautelar, não admitindo a decisão antecipada com base no artigo 798 do CPC. Por outro lado, havia quem entendesse que, para a efetividade do processo, poder-se-ia utilizar o que se convencionou chamar de “cautelar satisfativa”, isto é, medida acautelatória com característica de satisfatividade, pois na verdade antecipava os efeitos da tutela que se pretendia ao final.

O quadro de incertezas, criado pela expansão ou não do âmbito de aplicação do referido artigo, acarreta inúmeros equívocos, com a concessão de liminares irreversíveis que inviabilizam o retorno à situação anterior, comprometendo, com isso, os direitos de ampla defesa e do contraditório.

Levando em conta a problemática da aceitação, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, da tutela sumária satisfativa ser concedida com base na ação cautelar inominada, veio a reforma processual de 1994, com a Lei 8952/94, que conferiu novo texto ao artigo 273 do Código de Processo Civil, positivando de forma geral a antecipação de tutela.

Assim reza o atual texto do Codex:

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.

(...)

A nova redação do artigo 273 do CPC consagrou-se como um acréscimo legislativo de grande relevância para o processo civil, especialmente no tocante à eficácia da atividade jurisdicional, uma vez que ampliou os poderes conferidos ao juiz, propiciando maior equidade na distribuição do ônus do tempo.

O instituto contribuiu, ainda, para o rompimento do processo cognitivo clássico, com a idéia de sincretismo das ações, admitindo-se, dessa forma, a cisão entre cognição e execução. Isto porque antecipar a tutela passou a representar a antecipação de providências executórias que podem ser concedidas na futura sentença de procedência, considerando que, na prática, a decisão do juiz que antecipa a tutela conterà, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a tutela definitiva.

Com relação ao provimento jurisdicional que concede a tutela antecipada, trata-se de decisão interlocutória, que poderá portanto ser atacada pelo recurso de agravo de instrumento.

3.1.1 - Requisitos para concessão da medida antecipatória

Embora nem sempre as medidas elencadas no artigo 273 sejam necessariamente liminares, podendo inclusive ser concedidas a qualquer tempo no curso do processo, estarão antecipando provisoriamente os efeitos de uma sentença procedente, devendo, para tanto, o seu requerente se fazer convencer da verossimilhança da alegação por meio de uma prova que o Código diz ser inequívoca.

No tocante à prova, Athos Gusmão CARNEIRO⁵ coloca que *“a rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável.”* Para exemplificar, explica que *“mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada em ação anulatória.”*

A condição de existência de prova inequívoca para a concessão de tutela satisfativa, aludida no caput do artigo 273, não representa, pois, total certeza a respeito da afirmação feita pelo autor, consistindo sim, em um juízo de probabilidade elevado, que proporcionará ao julgador uma convicção interior capaz de fundamentar coerentemente a decisão de antecipação.

A esse respeito, Cândido Rangel DINAMARCO⁶ ensina:

⁵ V. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 21.

⁶ Op. cit., p. 143.

“Probabilidade é mais do que mera credibilidade ou mesmo que verossimilhança, mas é necessariamente menos que certeza. Não passa de preponderância dos elementos convergentes à aceitação de uma proposição, sobre os elementos divergentes: quando há mais razões para acreditar numa afirmação, diz-se que o fato afirmado é provável e, havendo mais razões para rejeitá-la, ele é improvável (Nicolò Framarino dei Malatesta). E, como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente.”

O convencimento da verossimilhança da alegação diz respeito à maneira como foi exposta a causa de pedir na exordial, uma vez que somente a demonstração de que o alegado seja provavelmente verdadeiro acarretará no provimento jurisdicional antecipatório.

Também com relação à verossimilhança, Athos Gusmão CARNEIRO⁷ suscita a respeito do risco inerente ao conceito, haja visto que *“o que é verossímil para determinado Juiz, poderá não sê-lo para outro, além de que, a verossimilhança poderá se esvaír quando da instrução e, ao final, ser a demanda julgada favorável ao réu.”* Pondera, no entanto, que *“tal margem de risco faz-se pertinente em prol da efetividade.”*

O provimento antecipatório, sabe-se, é de cunho eminentemente provisório e, portanto, excepcional, o que pode ser constatado na própria disposição legal⁸, ao mencionar que a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Proferida a sentença de mérito, irá esta, se procedente a demanda, implicar a consumação dos efeitos antecipados; ao contrário, se improcedente a demanda, tais efeitos serão cassados e o *status quo ante* restabelecido, com a decorrente responsabilidade objetiva do autor (que postulara a providência antecipatória) pelos

⁷ Op. cit., pp. 26-27.

⁸ V. Art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil.

prejuízos que a efetivação de tal providência tenha causado ao demandado ao final vitorioso.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação⁹, previsto como requisito ao deferimento da tutela antecipada, consiste no mesmo *periculum in mora* exigido para a concessão de medida cautelar, isto é, o perigo de que a demora na concessão de provimento final possa acarretar danos irreparáveis ao litigante, tornando a decisão final inútil no plano fático.

O *periculum in mora* não diz respeito necessariamente ao perecimento da pretensão principal, em caso de não ser antecipada a tutela¹⁰. É o caso, por exemplo, de protesto cambiário, em que a parte autora poderá postular a concessão de tutela antecipada para que seu nome seja expungido, até ulterior decisão, do cadastro de inadimplentes, para que não sofra prejuízos em virtude da permanência do nome no rol dos devedores.

Quanto à prova da existência do fundado receio, não exigiu a norma legal exclusividade de prova documental, apesar de admitir-se ser esta a mais plausível, de maneira que se aplicam, analogicamente, as regras referentes à liminar no processo cautelar, considerando a identidade com o *periculum in mora* exigível em tal provimento.

Cumprido salientar que a irreparabilidade pode atingir além dos direitos patrimoniais, os não patrimoniais e ainda aqueles direitos patrimoniais com função não patrimonial, como no caso em que é necessário soma em dinheiro para aliviar um estado de necessidade causado por um ato ilícito.

Outra possibilidade de o Juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor encontra respaldo no comportamento indesejável do réu ao demonstrar abuso

⁹ V. Art. 273, inc. I, do Código de Processo Civil.

¹⁰ Teori Albino Zavascki traz que esta hipótese de concessão de tutela pode ser denominada como “antecipação assecuratória”, eis que se antecipa por segurança, a fim de evitar que, no curso do processo, ocorra a danificação do direito afirmado. In *Antecipação de tutela*, p. 74.

do seu direito de defesa ou manifesto propósito protelatório¹¹. Importante esclarecer que, neste caso, a concessão da medida satisfativa terá por fundamento a maior consistência da verossimilhança do direito alegado pelo autor, uma vez que se pode concluir que a defesa do réu que não ataca com seriedade a afirmação do autor, isto é, notadamente protelatória, é vazia de conteúdo, sendo, conseqüentemente, mais verossímil a alegação do autor.

Com isto, pretende-se ressaltar que a antecipação de tutela não será deferida com o intuito de castigar o réu, mas sim demonstrar que seu comportamento foi adicional no convencimento do Magistrado quanto à provável veracidade do direito pleiteado.

Na lição de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART¹²:

“Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado, ainda que com base em um critério de probabilidade, desde logo. Para a tutela antecipatória no direito brasileiro, contudo, são necessárias, em regra, a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro.”

Os efeitos antecipáveis no deferimento da tutela satisfativa são os efeitos que estão na sentença – aqueles cuja reversibilidade seja possível, conforme reza o diploma processual – , de modo que a antecipação dos mesmos somente contribuirá para a efetividade processual quando tiverem o condão de provocar mudanças ou impedi-las no plano da realidade fática, pois assim a tutela comportará, de alguma forma, execução.

Todavia, insta salientar que a efetivação terá de ser provisória, sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, atentando-se ao disposto no parágrafo 2º do artigo 273, ou seja, deve ser garantida a reversibilidade ao estado

¹¹ V. Art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil.

¹² Op. cit., pp. 223-224.

anterior da concessão do provimento antecipatório. Teori Albino ZAVASCKI¹³ menciona que o dispositivo observa estritamente o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*, segundo o qual, antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender.

Obviamente que, em muitos casos, o perigo de irreversibilidade coexiste com as situações previstas como aptas à concessão da medida de urgência, sendo que, coerente será a decisão jurisdicional que ponderar os bens jurídicos em confronto e fizer prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, vencedora.

Por exemplo, se no caso de uma ação declaratória objetivando interpretação de cláusula de plano de saúde, o juiz indeferir pedido de realização de cirurgia inadiável, com fundamento no citado parágrafo 2º do artigo 273 do CPC, o paciente poderá vir a correr risco de morte. A doutrina menciona, ainda, o caso dos alimentos provisionais como hipótese de excepcionalidade, pois dificilmente aquele que realmente necessita de alimentos terá condições de devolvê-los, sendo, desta forma, irreversíveis os efeitos da antecipação da tutela.

Convém, em tais situações, que o julgador promova meios adequados que garantam a reversibilidade dos fatos decorrentes do cumprimento da decisão, sendo possível, em determinados casos, a exigência de caução¹⁴, atentando-se que não se deve cogitar simplesmente da reversibilidade do provimento prestado antecipadamente, pois nem sempre a reversão do provimento eliminará do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos.

Por fim, saliente-se que nem todas as situações de urgência serão capazes de autorizar a execução provisória da pretensão requerida na inicial, como ocorre na

¹³ Op. cit., p. 97.

¹⁴ Tal exigência tornou-se possível com o advento da Lei 10.444/02, que alterou o § 3º do art. 273 do CPC, passando-se a admitir que a execução de medida antecipatória pode ser feita de acordo com o sistema da execução provisória.

concessão da tutela antecipatória satisfativa, ao passo que, por vezes, a urgência centra-se na necessidade de assegurar a situação da coisa litigiosa, sendo, nestes casos, cabível a tutela de natureza cautelar.

3.2 - Tutela cautelar

Conforme esposado, a tutela antecipada propõe-se a satisfazer um direito sumariamente, muito embora tal prestação jurisdicional ainda não seja definitiva. Já a medida cautelar visa tão-somente garantir a viabilidade de realização de um direito, salvaguardando-o até final decisão. Denota-se que, com a sistematização da antecipação de tutela no direito processual, o provimento cautelar readquiriu a sua finalidade clássica, qual seja, a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito sem satisfazê-lo de imediato.

Característica da providência cautelar é o fato de a concessão da medida não coincidir com o reconhecimento do direito material, isto é, serve apenas de instrumento para assegurar situação concernente a esse direito. Sendo assim, não se tornará apta a converter-se em situação consolidada quando da decisão final, diferentemente do que ocorre com a concessão da tutela antecipada, que, em caso de a sentença ser procedente quanto ao pedido firmado na inicial, a medida restará confirmada.

Desta forma, a providência cautelar terá sempre um limite temporal, persistindo apenas enquanto existir o estado de perigo que visa impedir, uma vez que não consistirá no objeto da tutela definitiva e jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que dá concretude à coisa julgada material.

Importa lembrar que as tutelas acautelatórias, assim como as antecipatórias, são espécies das denominadas tutelas de urgência, que representam instrumentos de proteção estatal conferidas em demandas fundadas em situações concretas, que

exigem providência de natureza emergencial para satisfazer ou assegurar situações aos litigantes, no plano material ou processual, diante de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

O ponto de principal divergência entre processualistas no que se refere à diferenciação das medidas de urgência concentra-se na suposta satisfatividade inerente à tutela antecipatória prevista no artigo 273, a qual não estaria presente nas medidas cautelares.

Cumprindo inferir que muitos ainda relutam em aceitar a referida distinção, como expôs Ovídio Baptista da SILVA¹⁵, ao mencionar que *"tanto CALAMANDREI quanto seus seguidores brasileiros não contrapõem cautelaridade à satisfatividade, e sim à definitividade, ao julgamento definitivo, de modo que sendo ambos, para a doutrina, decisões provisórias, não haverá critério que os possa distinguir."*

Contudo, inobstante pareça ser a provisoriedade característica de ambas as medidas, eis que serão aplicadas em tempo anterior ao julgamento definitivo, não há que se confundir o deferimento de uma tutela que vise a simples segurança de um direito daquela que de certa forma estará concedendo o pedido formulado na inicial. E isto pode ser melhor vislumbrado quando se toma por exemplo o seqüestro, medida tipicamente cautelar, cujo caráter é apenas assecuratório, eis que a nenhuma das partes satisfará. O objeto litigioso deverá ser entregue em depósito judicial a um terceiro nomeado pelo Juiz, sendo que apenas a sentença definitiva dirá a quem será reconhecida a posse definitiva.

Daí pode-se concluir que a satisfatividade não se faz presente nas medidas cautelares, exceto quanto ao direito ou pretensão autônoma, a qual não coincide com o pedido da ação principal, sendo destinada tão-somente a afastar situação de perigo.

Insta salientar, todavia, que nem mesmo a tutela de cognição sumária satisfativa tem o condão de esgotar o objeto da ação, eis que o adiantamento dos

¹⁵ V. *Curso de Processo Civil*, p. 101.

efeitos da sentença proporcionados por esta são meramente provisórios, ou seja, sempre haverá um risco de o primeiro procedimento (sumário) não restar confirmado, sendo anulados ou modificados seus efeitos.

Faz-se oportuno mencionar a questão da satisfatividade nas ações cautelares inominadas de sustação de protesto, uma vez que parte da doutrina defende a tese de que a sustação de protesto consiste em uma medida antecipatória da decisão final de mérito, dotada de caráter satisfativo.

Neste ponto, aqueles que são contrários à referida tese entendem – e a posição parece ser a mais acertada – que só haveria satisfatividade se a ação principal fosse uma ação de sustação de protesto, ao passo que, em outras demandas, como a de rescisão contratual, por exemplo, o protesto levado à efeito é fato externo à lide, de modo que o deferimento da sustação não abrevia o lapso temporal, quanto menos executa provisoriamente a decisão final de rescisão do contrato.

3.2.1 - Requisitos para concessão da medida cautelar

Com relação aos requisitos da medida cautelar, o primeiro exigível para a sua concessão consiste na demonstração pelo requerente de que seu interesse necessita de proteção, sob pena de perecer, tornando-se, posteriormente, inútil o deferimento do pedido principal, ou seja, que realmente haja urgência na procedência da tutela para assegurar o objeto da pretensão.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 798, que trata das cautelares inominadas e tem por fundamento o poder geral de cautela conferido ao juiz, elenca, como elemento indispensável à sua concessão, o perigo de lesão grave ou de difícil reparação, ou *periculum in mora*.

Ovídio Baptista da SILVA¹⁶ distingue “receio de dano irreparável” de *periculum in mora*, afirmando em sua obra que:

“Ao que tudo indica, porém, estamos na iminência de inverter o emprego dos dois conceitos, teimando em conjugar o pressuposto do *periculum in mora* com as cautelares, para ligar o ‘receio de dano irreparável’ às antecipações satisfativas quando eles, para manterem-se fiéis às suas origens históricas e dogmáticas, deveriam inverter as respectivas posições, passando a *periculum in mora* determinar execução urgente, reservando-se a alegação de ‘receio de dano irreparável para a tutela cautelar.”

A análise do referido preceito (*periculum*) torna-se coerente tendo em vista a necessidade de diferenciá-lo na tutela antecipatória, satisfativa, a qual, como já foi salientado anteriormente, exige o respectivo pressuposto – entendido aqui como espécie do mesmo gênero do perigo de dano – , dentre outros, como necessário para sua concessão.

O *periculum in mora*, tanto nas medidas cautelares como nas sumárias satisfativas, representa um risco iminente de que, ocorrendo determinados fatos, a efetividade da prestação jurisdicional reste impedida, sendo que, no caso das cautelares, é preciso que este requisito esteja associado ao *fumus boni iuris* para a sua concessão, enquanto que, nas antecipatórias faz-se necessário que o Juiz se convença da verossimilhança da alegação, tornando-a, desta forma, mais rigorosa.

É também requisito do provimento cautelar, conforme dito, o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade de que o direito acautelado exista, consistindo em uma simples aparência, pois caso contrário, se o direito se mostra como uma realidade indiscutível, a prestação jurisdicional não deve ser apenas uma tutela de segurança, mas sim, uma forma definitiva e satisfativa. A expressão plausibilidade pode representar melhor o respectivo requisito, deixando que a probabilidade, conforme

¹⁶ Op. cit., p. 141.

visto anteriormente, se torne mais expressiva quando se fala em verossimilhança, a qual é exigida na antecipação de tutela, eis que esta requer maior certeza quanto à possibilidade de serem verdadeiras as razões do pedido sumário.

No que concerne aos requisitos para concessão da medida, explica Humberto THEODORO JÚNIOR¹⁷:

“Sua postulação válida reclama, por isso mesmo, a observância dos pressupostos processuais e das condições da ação, dentro do mesmo conceito com que esses requisitos se impõem ao processo principal. Mas, além desses requisitos comuns, a obtenção da tutela cautelar reclama outros que se devem considerar específicos, e que, na doutrina, recebem a denominação de fumus boni iuris e periculum in mora. Na ordem prática, portanto, para se obter uma providência de natureza cautelar, é necessário que: a) ocorra uma situação de ‘dano potencial’, ou seja, um risco criado para um interesse do litigante, em razão da demora do processo principal. Concretizando o dano temido, o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante (periculum in mora); e b) que o direito em risco seja ‘plausível’, segundo sumária apreciação do interesse revelado pela parte (fumus boni iuris).”

Apesar da relação de instrumentalidade com o pleito principal, a medida cautelar possui autonomia procedimental, eis que é processada em autos apartados, o que, inclusive, a diferencia da antecipação de tutela, uma vez que esta é requerida no próprio bojo do processo principal. Ressalte-se que tal autonomia não afastará a acessoriedade característica dos provimentos cautelares, que envolve a própria essência e finalidade do processo cautelar, qual seja, a de servir de instrumento que assegure o resultado útil da demanda principal, através da prevenção de provável perigo na demora.

Com relação à essa característica do processo cautelar, Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio Renato Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI¹⁸ trazem que:

¹⁷ V. *Curso de direito processual civil*, p. 359.

¹⁸ V. *Curso avançado de Processo Civil*, vol. 3, p.30.

“O processo cautelar é autônomo, ou seja, é um outro processo, que nasce com uma petição inicial e termina necessariamente por sentença. Não se trata de um mero incidente de outro processo qualquer. Tem objetivos e razão de ser próprios, diferentes dos do processo principal. No entanto, é processo acessório, já que existe em função do e para servir ao processo principal.”

As ações cautelares podem ser classificadas em preparatórias e incidentais, conforme o momento em que são propostas. Preparatórias são as cautelares propostas antes mesmo da propositura de ação principal, ao passo que incidentes são aquelas propostas durante o trâmite de ação principal. Afere-se daí que a competência para julgar a cautelar é a do juízo da ação principal.

Importa dizer, ainda, que o litigante que pediu a medida cautelar tem responsabilidade objetiva, isto é, independente de dolo ou culpa, relativamente aos danos que a outra parte venha a sofrer em virtude da medida, caso o direito do requerente não seja reconhecido.

4 - FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

4.1 - Conflito entre tempestividade e segurança jurídica: efetividade processual

A verificação da lentidão com que tramita um processo pelo rito ordinário, o que por vezes pode tornar o provimento judicial inútil, fez com que aumentasse a busca pelos processualistas de meios para a efetivação do processo cognitivo.

Constata-se que houve uma evolução na técnica de sumarização, dado que, conforme visto, inicialmente utilizava-se a tutela cautelar de caráter satisfativo como forma de obter uma prestação jurisdicional efetiva, e, apesar dos equívocos em decisões que se tornavam irreversíveis, a medida foi por diversas vezes responsável por decisões mais justas e úteis no plano concreto.

Há que se falar a respeito da discussão surgida na doutrina no que tange à perda do caráter instrumental quando da transformação da tutela cautelar em antecipatória, pois nesta existe uma identificação do provimento prestado provisoriamente com aquele que será concedido ao final, ou seja, a antecipação de tutela não servirá de "instrumento do instrumento em que pode ser buscado o resultado útil"¹⁹, uma vez que ela será o próprio resultado almejado com o ajuizamento da demanda. Na verdade, a instrumentalidade é característica própria do provimento cautelar, pois se destina à segurança do processo principal, enquanto este serve à tutela do direito material.

Mister salientar, todavia, a importância de uma prestação jurisdicional adequada às necessidades das partes, seja ela satisfativa ou cautelar, pois ao

¹⁹ A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra *A antecipação de tutela*, p. 146.

requerente desimporta a natureza da tutela pretendida, sendo relevante apenas que lhe seja dada uma resposta à situação conflitiva em que está envolvido.

A partir desta reflexão é que se passou a questionar a capacidade do procedimento ordinário em atender concretamente a situações que por vezes exigem uma forma particular de tutela. Não mais se permite, destarte, que o Estado se negue a prestar a tutela antecipatória valendo-se tão-somente do argumento da segurança jurídica, bem como do formalismo inerente ao processo cognitivo.

Correta é a afirmação de Ovídio Baptista da SILVA²⁰ sobre o assunto:

“Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau, que, no entanto, poderia ser inútil do ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso.”

Cumprir inferir que a tutela a ser prestada ao autor não mais arcará com os fatores negativos inerentes ao processo ordinário, especialmente no que tange à espera por uma cognição exauriente, ao passo que os procedimentos é que deverão se adequar às necessidades do demandante em pura atenção ao princípio constitucional garantidor da ação, donde extrai-se, por consequência, a garantia de efetividade.

A concepção clássica do direito processual civil, a qual se caracterizava pelo apego extremado às fórmulas imutáveis e previamente estabelecidas, não mais subsiste no âmbito em que se encontra o sistema de medidas de urgência, o qual busca a interação de funções dos processos de conhecimento, de execução e

²⁰ Op. cit., p. 19.

cautelar, em prol da efetiva satisfação do direito pretendido, adotando-se o que se denominou de sincretismo das ações.

O que se pretende abandonar, atualmente, é a idéia clássica de que o processo é um meio utilizado quase que exclusivamente para a reparação de ilícitos já causados, pelo ressarcimento, o que nem sempre possibilita a consecução do *status quo ante*.

A nova tendência sugere que os atos jurisdicionais busquem em grande escala prevenir a ocorrência de dano a direito ameaçado. Essa possibilidade de tutela inibitória contra ameaça de lesão é, como se sabe, previsão constitucional²¹, situada dentre os direitos e garantias fundamentais.

Nota-se que o processo atual tende a ser mais flexível, enfatizando princípios ao invés de normas, de forma que equívocos procedimentais não mais sejam considerados entraves a providências legítimas e eficazes, cuja finalidade precípua é a pacificação social.

Neste contexto, a reforma processual²² que implantou a fungibilidade das medidas de urgência reflete amplamente a intenção do legislador de coadunar-se a esta nova leitura constitucional de desapego às formas em prol da efetividade.

A doutrina cada vez mais utiliza a expressão "ordem jurídica justa", representando exatamente esta nova aceção processual que tende a valorizar as decisões capazes de pacificar conflitos com justiça, as quais invocam o princípio constitucional do devido processo legal, sem ater-se em demasia à certeza e segurança do provimento prestado, como ocorria antigamente, onde só se obtinha efeitos satisfativos com o trânsito em julgado das decisões, isto é, com a produção de coisa julgada.

O conflito entre segurança jurídica e efetividade tem gerado grande polêmica e preocupação nos dias atuais em decorrência do avanço acelerado que envolve a

²¹ V. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

²² Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

sociedade, de tal maneira que é praticamente impossível que o legislador preveja todas as situações ensejadoras de conflitos.

Sendo assim, parece acertada a criação de mecanismos mais ágeis e eficazes, que abarquem uma gama de soluções genéricas aos possíveis litígios, a fim de que o processo não se torne obsoleto e possa acompanhar a evolução social.

Diante disso, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de direitos, mas, em contrapartida, possam ser revertidas em caso de não ser reconhecido o direito ao final da demanda.

4.2 - O novo § 7º do artigo 273 do CPC

Com a inserção do princípio da fungibilidade, permite-se, incidentalmente, a concessão de provimentos cautelares no bojo do próprio processo de conhecimento, de modo que o autor não correrá o risco de ver negada a providência requerida em decorrência da não interposição de processo autônomo, uma vez que os requisitos exigíveis serão os mesmos.

Importa dizer que, antes mesmo da introdução do princípio em questão no texto do Código, algumas decisões judiciais²³ já admitiam a possibilidade de o juiz deferir medida de natureza conservativa quando requerida medida antecipatória, no próprio processo de conhecimento:

“Agravo de instrumento. Tutela antecipatória indeferida em ação de imissão de posse de veículo – poder geral de cautela exercido de ofício para determinar a apreensão e depósito do bem em mãos do autor –

²³ V. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná [on line], Jurisprudência disponível: www.tj.pr.gov.br.

possibilidade – CPC, art. 798. Recurso provido em parte. Se o juiz não se convence da existência de prova inequívoca para conceder a tutela antecipatória pretendida pelo autor, mas do fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, poderá vir a causar a outra lesão grave e de difícil reparação, pode e deve exercer seu poder geral de cautela para, de ofício, deferir medida cautelar, no caso, de apreensão e depósito do bem.” (TJPR – Agr. Instr. 92367500, 5ª C. Cív., j. 15/08/2000)

Regulamentando esta prática, a inovação legislativa se deu com a introdução da atual redação:

Art. 273. (...)

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

Conforme visto, o §7º do artigo 273 trata, expressamente, da fungibilidade da tutela antecipada para a tutela cautelar, ou seja, tendo o autor requerido a antecipação de tutela, quando, na realidade, a providência pretendida possui natureza cautelar, poderá o Juiz adaptar o requerimento, transformando o pedido de tutela antecipada em cautelar incidental. Neste caso, em termos processuais, a questão será resolvida nos próprios autos, assim como se procederia a um pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Com relação a isso, o ensinamento de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART²⁴:

²⁴ Op. cit., p. 271.

“O §7º do art. 273 não supõe a identidade entre a tutela cautelar e tutela antecipatória ou afirma que toda e qualquer cautelar poder ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória).”

Reforçando a idéia de que não se almeja igualar as duas espécies de tutela, há que se dizer que o princípio da fungibilidade só foi inserido no ordenamento processual porque se reconhece a diferença entre as medidas, haja vista o fato de que não existe fungibilidade, substituição, de uma coisa por outra igual.

Em análise superficial do dispositivo supracitado, poder-se-ia dizer que o legislador pretendeu consagrar norma já elencada no Estatuto Processual Civil, qual seja, a disciplinada no artigo 250²⁵, na medida em que o erro de forma não deve subsistir em prejuízo do direito, devendo ser aproveitada a postulação efetuada pelo autor, muito embora tenha sido feita de forma equivocada quanto ao nome.

Entende-se, todavia, que tal interpretação não é a mais correta, haja visto que a fungibilidade ora tratada não se limita apenas à transformação de procedimento, mas sim, da prestação de tutela jurisdicional, vale dizer, do próprio pedido.

Observa-se, ainda, que a fungibilidade das tutelas representa a consolidação de uma norma de extrema importância aos operadores do direito, pois tem por escopo proporcionar a estes uma melhor aplicação das providências emergenciais, além de permitir ao Juiz conhecer, acautelar e executar no mesmo processo, o que vem a favorecer os litigantes e, conseqüentemente, realizar efetivamente o direito material.

²⁵ Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Cumprе salientar que a fungibilidade só deve ser utilizada em caso de erro justificável da parte quanto à espécie de tutela a ser pleiteada, não devendo ser aplicada quando o erro for grosseiro, inaceitável. Almeja-se, com isso, coibir manobras como a de lançar mão de pedido de antecipação de tutela sabendo da necessidade de medida cautelar autônoma, na tentativa de obter o provimento acautelatório no bojo do próprio processo cognitivo.

4.3 - Duplo sentido da fungibilidade

Outra questão que se coloca é que o entendimento literal da norma em comento, é no sentido de que a fungibilidade somente é possível regressivamente, ou seja, quando requer-se a medida cautelar sob o título de tutela antecipada. A divergência se dá quanto à possibilidade da chamada fungibilidade progressiva, que é o caso em que se pleiteia a antecipação de tutela sob o nome de providência cautelar, considerando-se que esta é vista como menos rigorosa que aquela.

Assim como no primeiro sentido, também para essa possibilidade de fungibilidade há decisões judiciais²⁶ anteriores à alteração legislativa:

“Administrativo – ação cautelar inominada – pedido de pagamento de salários atrasados de professora, absolvida em processo disciplinar por abandono de cargo – errônea denominação dada pela autora a ação – irrelevância – pedido conhecido como ação de conhecimento com tutela antecipatória – sentença que julgou a ação parcialmente procedente confirmada. É irrelevante a denominação de ação, quando possível o seu julgamento, sem mudança da causa de pedir ou pedido. Reexame necessário desprovido.” (TJPR, Reexame necessário 60224800, 3ª C. Cív., j. 01/12/1998)

²⁶ V. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná [on line], Jurisprudência disponível: www.tj.pr.gov.br.

As discussões acerca desse segundo sentido da fungibilidade encontram respaldo na falta de procedimento compatível com a pretensão satisfativa, pois permitir a fungibilidade sem alteração procedimental, seria incentivar o uso da ação cautelar satisfativa. No entanto, nada impede que o Juiz, ao deparar-se com pedido que preencha os requisitos de medida antecipatória em processo cautelar, conceda a medida satisfativa com a condição de que se proceda a conversão para o rito comum, o que, diga-se, é perfeitamente viável em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas. Assim, tanto a parte não verá sua pretensão afastada por equívocos técnicos, quanto o Estado cumprirá sua função jurisdicional sem ater-se a questões meramente formais.

A melhor doutrina processualista confirma essa possibilidade, atentando para a excepcionalidade desse segundo sentido, como pode-se observar na obra de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART²⁷:

“Em uma primeira interpretação poderia ser dito que o § 7º do art. 273 pretendeu somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória. Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento de tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.”

Há, no entanto, quem entenda contrariamente à essa hipótese, apesar de admitir que em alguns casos específicos, poder-se-ia aplicar a fungibilidade também no sentido inverso daquele mencionado na lei. É o caso de Arruda ALVIM²⁸:

²⁷ Op. cit., p. 270.

²⁸ V. *Direito processual civil*, v. 3, p. 379.

“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. Talvez em casos absolutamente extremos, em que poderia haver irremissivelmente perda do direito, se possa vir a fazer exceção, ainda que arranhando a letra da lei e o próprio princípio que, no caso, a informa, que é o referencial do princípio dispositivo.”

Parece-nos, todavia, que o legislador teria dito menos do que desejava dizer (*dixit minus quam voluit*). Reitera-se que, para aplicação dessa fungibilidade progressiva, há que ser feita uma distinção, isto é: se a parte requerer nominalmente uma medida cautelar, mas que na realidade, pelo preenchimento dos requisitos exigidos, se trate de medida antecipatória, esta deverá sim ser concedida, observando-se a sua forma procedimental. Vale dizer, converte-se o rito e concede-se a tutela a que realmente o litigante faz jus, posto que seu único erro foi quanto à nomenclatura. Não se estará, dessa forma, julgando além do pedido, mas simplesmente adequando-o à tutela que deve ser aplicada no caso. Contudo, pode ocorrer de a parte requerer medida cautelar propriamente dita, apesar do merecimento da tutela antecipatória, ou seja, formular seu pedido com requisitos menos rigorosos do que se exige para uma antecipação, mas no entanto suficientes para a assecuração, caso em que o Juiz não poderá decidir *extra petita*, pois estaria acentuando por vontade própria os pressupostos do pedido.

Com isso queremos significar que a possibilidade de conversão de medida cautelar para medida antecipatória pode ser feita desde que se observe rigorosamente o atendimento dos requisitos necessários para o pedido satisfativo, sendo que, neste caso, e tendo em vista a garantia de acesso efetivo à ordem jurídica justa, não se haveria de negar uma tutela pelo simples defeito de postulação do demandante.

Sabe-se que o texto do § 7º do artigo 273 comporta regra de exceção, a qual reclama interpretação restritiva. Contudo, em virtude disso é que afirmamos que o equívoco do litigante sujeito à aplicação do princípio da fungibilidade deve ser no mínimo justificável, não incidindo tal regra em caso de erro evidente, que pode inclusive estar revestido da má-fé por parte do requerente.

Percebe-se daí que a intenção do legislador não foi a de confundir os institutos da antecipação de tutela e medida cautelar, mas sim de solucionar problemas comuns na prática forense, a fim de evitar dano ou perecimento do direito em face do formalismo normativo ou, ainda, para os casos em que os julgadores possuem uma interpretação diferenciada da do autor, justamente em razão de a tutela pretendida encontrar-se numa zona limítrofe entre a satisfação e o acautelamento de um direito.

Nota-se, ademais, que a prática forense tem-se mostrado flexível à aplicação da fungibilidade das medidas de urgência, ou seja, muito embora seja qualificada como regra de exceção, a tendência é de que, estando presentes os requisitos para a concessão da tutela pretendida, inobstante a errônea nomenclatura, seja adotada a fungibilidade e concedida a medida que melhor atenda à realização ou asseguuração do direito substancial.

É de se concluir que, apesar de a lei ter elencado a fungibilidade apenas em um sentido – e, conforme suscitado, alguns doutrinadores ainda entendem que a norma deva ser interpretada literal e restritivamente – o contexto atual preza por decisões que acolham uma compreensão mais ampla do preceito, aceitando, quando necessário, a fungibilidade inversa das medidas emergenciais, não prevista no texto, o que se faz em conformidade com o poder geral de cautela conferido ao Juiz, que o permite “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”²⁹ em caso de perigo na demora de um provimento definitivo.

Neste caso, em que seria preciso a conversão de processo cautelar para de conhecimento, deve o Juiz atentar para a necessidade de o autor voltar a se

²⁹ V. art. 798 do Código de Processo Civil.

pronunciar, emendando a petição inicial e adequando-a aos requisitos procedimentais da nova categoria de tutela em que se funda a ação.

Enfim, o melhor entendimento é no sentido de que a natureza jurídica da postulação do litigante é o conteúdo da pretensão deduzida em juízo, e não o eventual *nomen juris* que a parte tenha dado ao pleito. O julgador, que deve determinar-se pela realização efetiva dos direitos, há de conhecer o pedido pela sua essência, mesmo quando verificar o erro quanto à nomenclatura. Percebendo-se, então, que o postulado contempla os pressupostos exigíveis para uma espécie de medida, não deve se opor à sua concessão, garantindo a utilidade do processo.

5 - CONCLUSÃO

Conforme visto, a Constituição Federal elencou, dentre suas garantias fundamentais, o acesso de todos à atividade jurisdicional prestada pelo Estado, em caso de lesão ou mesmo de ameaça a direito. Essa garantia de ação trazida pelo constituinte significa garantia à tutela jurisdicional, a qual, sabe-se, realiza-se por intermédio do processo. Por sua vez, o processo, como instrumento necessário para a concretização desse direito constitucional de ação, é regido também por normas e princípios extraídos da Carta Maior. Daí a exigência de um devido processo legal, ou devido processo constitucional, ou seja, de um trâmite processual perante o Poder Judiciário que respeite os ditames da Constituição.

Contudo, esse direito fundamental de ação não pode ser entendido apenas no sentido formal. É preciso que a atuação estatal seja apta a realizar, no plano concreto, os direitos substanciais assegurados pelo ordenamento. É o que se convencionou chamar de acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que é dever do Estado oferecer instrumentos adequados que possam gerar resultados úteis, eficazes, com escopo maior na pacificação social.

Para tal, faz-se necessário a criação ou desenvolvimento de medidas processuais que possam afastar o perigo de dano causado por um dos principais óbices à plena realização da função jurisdicional, qual seja, o tempo. Muitas vezes, a demora para se alcançar um provimento final, em virtude da exigência de cognição exauriente e da obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pode resultar em decisão formalmente perfeita, mas que não mais atenda à necessidade fática, dado o perecimento do direito ou a concretização da ameaça a este.

O Processo Civil moderno busca abandonar a visão clássica de instrumento para a reparabilidade de ilícito, isto é, de ser utilizado precipuamente para o

ressarcimento de danos já configurados. Procura, portanto, servir também de meio para prevenir lesões a direitos, ou ainda, oferecer respostas rápidas, mesmo que provisórias, para situações urgentes, que não possam esperar por uma análise aprofundada, sob pena de perecimento do objeto em que se funda a lide.

Nesse intuito, o diploma processual civil de 1973 trouxe a previsão da medida cautelar, que é o instrumento apto a assegurar uma determinada situação, afastando-a do perigo de dano que a demora até final provimento poderia resultar. No entanto, havia situações em que a asseguuração apenas não era suficiente, isto é, para a total utilidade do processo, e conseqüente eficácia da sentença final, era preciso satisfazer o direito material da parte *ab initio*, em cognição sumária, para então prosseguir com a demanda. Os operadores do direito passaram a usar a tutela cautelar em caráter satisfativo, destoando a medida de sua finalidade clássica. Nesse ínterim, o legislador adotou expressamente, em 1994, a tutela antecipatória, a qual reza que o Juiz pode adiantar os efeitos da tutela pretendida, quando houver receio de dano grave e se demonstre com provas a aparência, a probabilidade do direito ser certo e vir a ser reconhecido ao final, que se percebe tanto pelas alegações do autor como pela fragilidade da defesa do réu.

Contudo, ambas as medidas de urgência exigem para sua concessão requisitos próximos, com destaque para o *periculum in mora*. Tal pressuposto significa que necessita-se de tutela urgente toda vez que houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, sempre que o ônus do tempo na demanda puder lesionar o direito do litigante de modo tal que seja impossível seu total aproveitamento, em caso de restar vitorioso ao final. Ademais, para concessão da medida cautelar, soma-se ao *periculum in mora* o *fumus boni iuris*, isto é, a simples aparência, plausibilidade, de que o direito alegado realmente exista e careça, portanto, de asseguuração. Já para a medida antecipatória exige-se, além do *periculum in mora*, a verossimilhança da alegação, vale dizer, uma convicção mais rígida do que aquela da medida acautelatória, uma probabilidade elevada de que o pedido venha a ser julgado procedente ao término do processo.

Não obstante essas diferenças, é reconhecida a dificuldade entre os operadores do direito em classificar com precisão alguns casos que demandam tutela de urgência, restando dúvidas fundadas no tocante à categoria de medida a ser pedida em juízo. Levando isso em conta, doutrina e também alguns julgados começaram a aceitar a fungibilidade entre as medidas, o que foi regulamentado pelo legislador com o advento da lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que incluiu, dentre outras importantes alterações, o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Tal inclusão só vem a confirmar a atual preocupação dos processualistas em conferir maior efetividade ao processo, aproximando-o do direito substancial e, por conseguinte, tornando-o mais útil no plano concreto.

O texto do parágrafo supracitado reza que, em caso de o autor elaborar erroneamente pedido com nome de antecipação de tutela, quando na verdade o adequado seria a tutela cautelar, pode o Juiz conceder a medida acautelatória em caráter incidental no processo de conhecimento. A discussão que seguiu foi com relação à possibilidade ou não de um duplo sentido para essa previsão de fungibilidade, ou seja, se é possível que, uma vez tendo sido pedida a medida cautelar, mas cabendo a tutela satisfativa, pode o Juiz decidir pela medida antecipatória.

Alguns doutrinadores entendem que não se pode aceitar essa fungibilidade progressiva, justamente porque estar-se-ia concedendo o “mais” – haja visto que os requisitos para concessão de tutela antecipada são mais rigorosos que os da cautelar – quando o que foi solicitado foi o “menos”. Argumentam, pois, que o Magistrado estaria julgando *ultra petita*. De outra banda, qualificada doutrina leciona no sentido de ser possível o duplo sentido, desde que os pressupostos exigíveis para concessão da satisfatividade estejam flagrantemente presentes.

Pensamos ser este último o melhor entendimento, ou seja, de que não deve o Julgador ater-se ao *nomem iuris* dado ao pedido, mas sim, ao conteúdo, à essência da pretensão deduzida pelo litigante, o que levará à concessão de medida a que faz jus a parte, vale dizer, que torne útil o provimento jurisdicional e realize plenamente o direito de que o sujeito é merecedor.

Não estamos preconizando, contudo, uma flexibilidade na delimitação dos institutos, sendo que só é de se admitir a fungibilidade nos dois sentidos quando, no caso concreto, se verifique a existência dos requisitos legais da medida de urgência cabível. Não é de se conceber, porém, que divergências de rito ou forma procedimental obstem a concessão de tutela emergencial necessária para a situação da vida levada ao conhecimento do Judiciário.

Afinal, se o debate atual da ciência processual gira em torno da eficácia do processo, da releitura constitucional da matéria que permita a realização de uma ordem jurídica justa, que muitas vezes se sobreponha ao formalismo técnico clássico do Processo Civil, e na atual perspectiva das garantias constitucionais do processo, as medidas de urgência exercem papel fundamental para promover o acesso efetivo à Justiça e a plena utilidade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Direito processual civil, volume 3. Execução, medidas cautelares, ações em espécie.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Estudos e Pareceres.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência,** 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil, volume I,** 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

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

_____. **Manual do processo de conhecimento,** 3ª edição. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo: Editora RT, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento, volume 1,** 5ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 2,** 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais.** Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela,** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.