

RAFAEL BARONI

**TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – UMA ANÁLISE
CRÍTICA AO NOVO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO DIPLOMA
PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO**

**CURITIBA
2003**

RAFAEL BARONI

**TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – UMA ANÁLISE
CRÍTICA AO NOVO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO DIPLOMA
PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO**

**Monografia apresentada pelo acadêmico
Rafael Baroni, pertencente ao 5º ano Diurno,
Matrícula nº 992786-7, como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Edson Ribas Malachini

**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL BARONI

TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – UMA ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

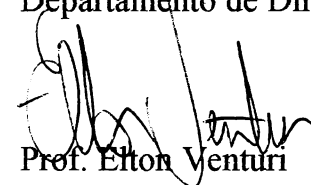


Orientador:

Prof. Edson Ribas Malachini
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Elton Venturi
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 de Outubro de 2003

RESUMO

Monografia visando, primeiramente, a análise dos aspectos gerais da antecipação de tutela genérica (artigo 273, § 7º, Código de Processo Civil) e da medida cautelar, para que, sob um enfoque crítico, possa ser examinado o novo parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, adicionado pela Lei nº 10.444 de 2.002. Discorre-se sobre as semelhanças e diferenças existentes entre as tutelas cautelar e antecipada; assim como sobre as conseqüências, vantagens e desvantagens trazidas pela inovação legal referida, bem como se procura estabelecer as prováveis razões que levaram o legislador a editar esta norma.

Palavras-chave: Antecipação de tutela, medida cautelar, fungibilidade.

SUMÁRIO

RESUMO	ii
1 INTRODUÇÃO	4
2 COGNIÇÃO PLENA E LIMITADA. COGNIÇÃO EXAURIENTE E SUMÁRIA	6
3 DOS REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	8
3.1 DA PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO.....	8
3.2 DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL AO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (<i>PERICULUM IN MORA</i>).....	10
3.3 DO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU O MANIFESTO PROPÓSITO PORTELATÓRIO DO RÉU.....	11
3.4 A REVERSIBILIDADE E IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	13
3.5A PROVISORIEDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM CONTRAPOSIÇÃO À TEMPORARIEDADE DA MEDIDA CAUTELAR..	15
3.6 A REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA..	17
4 DOS REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA MEDIDA CAUTELAR	18
4.1 DO PODER GERAL DE CAUTELA.....	18
4.2 FUMUS BONI IURIS.....	20
4.3 PERICULUM IN MORA.....	22
4.4 A AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR.....	23
4.5 A TEMPORARIEDADE DA MEDIDA CAUTELAR.....	27
4.6 A INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL.....	27
4.7 A REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR.....	29
5 TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR: PRINCIPAIS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	31
6 A ADIÇÃO DO PARÁGRAFO SÉTIMO AO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELA LEI 10.444/2.002	35
6.1 DO SINCRETISMO PROCESSUAL E DA (RECENTE) FUNGIBILIDADE ENTRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A MEDIDA CAUTELAR.....	36
6.2 NOÇÕES SOBRE FUNGIBILIDADE, SEUS REQUISITOS E SUA APLICAÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO ARTIGO 273. § 7º, CPC.....	39
6.3 A OPINIÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA.....	41
6.4 A FUNGIBILIDADE NO SENTIDO INVERSO.....	43
7 CONCLUSÃO	47
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

Quando falamos nas chamadas “tutelas de urgência”, das quais são espécies a antecipação de tutela e a medida cautelar, vem a nossa mente, como decorrência lógica do tema suscitado, aspectos viscerais do Processo Civil, tais como efetividade, celeridade e morosidade. Nas palavras do grande mestre LUIZ GUILHERME MARINONI, “em um determinado momento o processualista acordou e observou que a Justiça Civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que, por várias razões evitava recorrer ao Poder Judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude da sua lentidão”¹. Ou seja, são notórios e impassíveis de discussão os danos causados pela malfazeja lentidão que caracteriza, em geral, o rito processual. Todavia, o processualista civil, tocado pelas necessidades que emanavam da realidade fática, despertou para tal situação, e, procurando amainar os óbices que se punham no caminho do indivíduo para a efetivação do seu direito de acesso à jurisdição (notadamente para os *menos favorecidos*), concebeu os dois instrumentos que por ora fazem parte do objeto de estudo do presente trabalho: a tutela antecipatória e as medidas acautelatórias.

Contudo, o estudo a ser realizado não tem como meta primária uma abordagem da importância que as duas figuras processuais mencionadas possuem no cenário jurídico, bem como não tem como objetivo principal realizar um exame detalhado e minucioso sobre as tutelas aludidas. Na verdade, o nosso intento é confeccionarmos uma análise crítica do parágrafo 7º do artigo 273, CPC, recentemente adicionado ao nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Entretanto, para um estudo do parágrafo 7º é necessário que, mesmo de maneira geral, sejam tecidas algumas considerações sobre as principais características da tutela antecipada e da medida cautelar. A parte inicial do nosso estudo consiste precipuamente nisso: uma delimitação, sem caráter exaustivo, sobre as características e requisitos dos provimentos cautelar e antecipatório genérico.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Pois bem, além do exame dos mais relevantes pressupostos e caracteres da antecipação de tutela e do provimento acautelatório, dedicamos um tópico deste trabalho para a exposição das semelhanças e dissonâncias entre as tutelas mencionadas; já que, de acordo com a doutrina de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA e LUIZ GUILHERME MARINONI, propugna-se que não existe identidade entre os dois institutos. Colocando de maneira bem simples: *a antecipação de tutela trata-se de uma coisa, a medida cautelar trata-se de outra coisa* – ambas são “tutelas de urgência”, de cognição sumária, mas aquela, em termos fáticos, satisfaz o direito, enquanto esta apenas protege, preserva o interesse da parte. Por conseguinte, acredita-se que, no momento em que se “consagra a fungibilidade” entre os dois instrumentos processuais, faz-se mister ter em mente a diferença entre um e outro, a fim de que não se cometam equívocos ou abusos pela aplicação do parágrafo 7º.

Por fim, a abordagem do referido parágrafo 7º, além de ser um tema de razoável juventude (haja vista a data de edição da lei 10.444/02), é um tema que apresenta aspectos bastante curiosos e importantes a serem analisados. Procura-se descobrir as razões que se encontram imiscuídas na atitude do legislador, a qual permitiu a conversão de um provimento noutra. Além disso, realiza-se um estudo sobre a fungibilidade inculcada no parágrafo 7º, para que possam ser delineados os seus limites e possibilidades. Em suma, tentamos averiguar e montar um panorama sobre os principais aspectos e conseqüências que podem provir da utilização da novidade normativa que é o alvo desta monografia.

2. COGNIÇÃO PLENA E LIMITADA. COGNIÇÃO EXAURIENTE E SUMÁRIA

Neste tópico iremos tecer breves considerações sobre as diferenças que existem entre as modalidades de cognição referidas acima, para que, além de ser proporcionada uma melhor compreensão do nosso trabalho, fique esclarecida e justificada a alegação de que tanto a antecipação de tutela quando a medida cautelar são modalidades de tutela sumária, e que, portanto, requerem o exercício da cognição sumária.

Destarte, para a consecução do fim aqui visado, utilizaremos a classificação proposta por ZAVASCKI; sem, todavia, descurarmos que essa classificação varia conforme o entendimento de cada autor, com diferença na designação dada a um determinado tipo de cognição, ou então com a exclusão ou inclusão de uma determinada modalidade cognosciva.

Antes de adentrarmos no mérito da distinção entre os tipos de cognição, cumpre salientar que a cognição é uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível), a qual se desenvolve em vistas à peculiaridade da pretensão de direito material que se pretende tutelar. Ela (a cognição) se desenvolve em dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, que pertine à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos¹.

De acordo com o que leciona ZAVASCKI, no plano horizontal a cognição pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do debate travado no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada².

Para o intuito desta monografia, é de especial importância a diferença existente entre cognição exauriente e cognição sumária. Aquela, típica do processo de

¹ MARINONI, L. G. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 21

² ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 18

conhecimento, visa à solução definitiva das lides trazidas ao conhecimento do magistrado, e, portanto, é exercida de maneira que o juiz realize uma análise profunda e minuciosa de tudo aquilo que é trazido ao processo, para que, desse modo, o órgão jurisdicional possa emitir um juízo de certeza sobre os interesses que se encontram em litígio. Já a cognição sumária é típica de situações de urgência, em que se requer uma resposta imediata do órgão julgador, sob pena de, na inocorrência, negativa ou impossibilidade do provimento célere, haver o perecimento do direito pleiteado. Por isso é que a cognição sumária é menos aprofundada em sentido vertical, haja vista destinar-se à consolidação de um juízo de mera probabilidade ou verossimilhança no magistrado, e não à formação de um juízo de certeza.

Com base no que foi dito acima, pode-se, então, afirmar que as tutelas antecipatória e acautelatória são espécies do gênero *tutela sumária*.

3. DOS REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

3.1 DA PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO

O artigo 273 do Código de Processo Civil ao dispor em seu *caput* que “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”, estabelece como condição geral para a concessão da tutela antecipada a “prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado”.

Primeiramente, cumpre esclarecermos que a condição elencada no *caput* do artigo 273 é uma condição genérica, a qual, para o deferimento da antecipação de tutela, deve vir acompanhada de uma das condições específicas enumeradas nos incisos I e II do mesmo artigo. Ou seja, para a concessão da tutela antecipada, a condição genérica deve vir conjugada com pelo menos uma das condições específicas, as quais serão mais bem explanadas nos tópicos subseqüentes deste trabalho.

Pois bem, mas do que se trata a “prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado?” Essa condição se assemelha ao *fumus boni iuris* que é requisitado para o deferimento da medida cautelar? Entende-se que esta pergunta deve ser respondida de forma negativa. Com efeito, o pressuposto estabelecido no *caput* do artigo 273 poderia ser situado numa posição intermediária entre a *certeza* (se realmente é possível atingi-la!) e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar. A prova inequívoca da verossimilhança do direito não consiste num juízo de mera aparência ou possibilidade que configuraria o *fumus boni iuris*, bem como não se destina a produzir um *juízo de certeza* no juiz. A prova inequívoca seria um juízo de “quase-certeza” (ou “quase-verdade”), mais contundente que uma mera probabilidade, porém menos robusta que a certeza dos fatos alegados³.

³ “Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva” (BEDAQUE, 1998, p. 334)

Para o ilustríssimo PONTES DE MIRANDA, a prova inequívoca das alegações do autor seria aquela “insuscetível de gerar perplexidade quanto ao fato constitutivo do direito alegado”.⁴ Segundo o escólio deste mesmo autor, “torna-se indispensável que as alegações da inicial, nas quais se funda o pedido cuja antecipação se busca, tenham a aparência de verdadeiras, não só pela coerência da exposição como por sua conformidade com a prova”.⁵

CALMON DE PASSOS entende que “prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza”.⁶ Para reforçar o seu entendimento, sustenta ainda o autor que “a lei é clara: não basta que a prova seja inequívoca, ela precisa ser prova inequívoca que alicerce o convencimento do magistrado quanto à procedência da pretensão do autor. Não se exige a certeza, nem é suficiente a dúvida”.⁷ O ensinamento de FIGUEIRA JÚNIOR segue o mesmo raciocínio: “... não é suficiente para a obtenção da tutela antecipada a demonstração dos fatos articulados na inicial por intermédio de prova tênue, fazendo-se mister que a prova (*qualquer tipo* – desde que *licitas*) seja robusta, forte, firme, harmônica e convergente a ponto de tornar factível a concessão da providência”.⁸

Para definitivamente elucidarmos o significado da “prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado”, trazemos à tona a magistério de ZAVASCKI:

... exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta –, que sempre será relativa, mesmo quando concluída

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários do código de processo civil*. 4ª ed. Tomo 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 536.

⁵ Idem. p. 537.

⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989. p. 14

⁷ Idem. p. 17.

⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Comentários ao código de processo civil*. v. 4. Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 180-181.

a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.⁹

3.2 DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (*PERICULUM IN MORA*)

Encontra-se estabelecida no inciso I do artigo 273 uma das condições específicas para que se torne viável a concessão da tutela antecipada: “o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou então *periculum in mora*, como preferem certos autores.

Tendo-se em vista que a antecipação de tutela é um instrumento o qual procura auferir efetividade ao processo, tornando mais rápida e eficaz a resposta do órgão jurisdicional àquelas situações que, por seu caráter emergencial, demandariam a utilização das chamadas “tutelas de urgência”, parece lógica a aplicação da tutela antecipada nos casos em que seja plausível a ocorrência de lesão ao interesse pleiteado pela parte, pois de nada valeria a eficácia formal da sentença se o direito que se procurava obter perecera, devido à demora que é inerente ao curso regular da relação processual.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja o provimento antecipatório é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade¹⁰. Trazendo um complemento ao que foi dito, leciona MARINONI que “o dano é de ‘difícil reparação’ se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de ‘difícil reparação’ se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão.”¹¹

⁹ ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 76.

¹⁰ *Idem.* p. 77.

¹¹ MARINONI, L. G. *A antecipação da tutela*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 138.

FIGUEIRA JÚNIOR propugna que “o alegado *periculum* de prejuízo irreparável ou de difícil reparação pressupõe temporalmente que o dano ainda não tenha ocorrido; todavia, deverá estar na iminência de ocorrer, tratando-se, pois, de um *futuro próximo*, sendo que o *fundado receio* haverá de encontrar respaldo em circunstâncias fáticas sobre as quais se baseiam as alegações do pretendente à obtenção de tutela antecipada.”¹² O fundado receio de sofrer dano futuro não se confunde com mera possibilidade, especulação ou ilação do autor; haverá de resultar da demonstração de circunstâncias inequívocas, atuais e factíveis no tocante ao dano futuro.

Por fim, colacionamos a lição de FRIEDE:

O denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundado (ainda que não necessariamente limitado a um tipo de *dano* de impossível ou difícil reparação, como na tutela cautelar), calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em existência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não omitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem que o juízo restritivo de probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de possibilidade.¹³

3.3 DO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU O MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU

No inciso II do artigo 273 encontramos o outro requisito específico que, conjugado com a condição genérica, torna possível a obtenção da tutela antecipada – o “abuso do direito de defesa pelo réu ou o com intuito manifestamente protetatório”.

A nosso ver, este é um requisito que deve ser tratado com extrema cautela e parcimônia, haja vista princípios como o da “ampla defesa” e do “contraditório” podem vir a ser violados caso se faça um uso incorreto e inadequado da norma contida no artigo 273, II, CPC. Dessa maneira, para que haja a efetiva caracterização do abuso de direito de defesa pelo réu, é necessária uma análise do caso concreto, a qual somente pode ser procedida pelo juiz, visto que o magistrado, como órgão julgador e

¹² FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários...*, p. 195.

¹³ FRIEDE, R. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. p. 86.

parte do processo, é a pessoa mais indicada a examinar e verificar se a conduta do réu objetiva somente a procrastinação do andamento do processo, não trazendo nada de útil aos autos. Nesta particular hipótese de antecipação de tutela faz-se, como nunca, relevante o papel do órgão julgador; já que ele, e unicamente ele, é capaz de apurar se a condição do inciso II se mostra presente.

Conforme BEDAQUE, a disposição do inciso é justificada pelo fato que:

Embora não exista perigo causado por algum acontecimento extraordinário [já que o inciso II não necessita da ocorrência concomitantemente do que dispõe o inciso I do artigo 273], há o risco sempre presente do dano marginal, que o legislador houve por bem eliminar, em consequência do abuso de defesa ou do intuito protelatório do réu. Se o réu age dessa forma, por que sujeitar o autor à agruras do procedimento comum, para somente depois conceder-lhe a tutela? Entendeu-se conveniente a antecipação dos efeitos, não apenas como punição ao réu, mas também e principalmente como meio de assegurar integralmente o direito do autor.¹⁴

Para CALMON DE PASSOS, “talvez a melhor maneira de definir o abuso de direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, mas sim outro fim, mesmo que seja lícito ou moralmente justificável. Todo desvio é um abuso.”¹⁵ Entretanto, sem desmerecer os ensinamentos dos autores colacionados *supra*, OVÍDIO é quem, a nosso ver, melhor sintetiza a prescrição contida no artigo 273, II, CPC:

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela.¹⁶

Prossegue o célebre processualista alegando que:

¹⁴ BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 328.

¹⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários...*, p. 215.

¹⁶ SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 142.

...é evidente que o comportamento indesejável do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma ‘contestação séria’, a opor ao autor. Neste caso, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do autor tornara-se ainda mais consistente ante a conduta do réu, sem que o juiz esteja necessariamente obrigado a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo.¹⁷

Em suma, sempre que o réu, agindo maliciosamente, extrapole os limites do seu direito de defesa de modo a prejudicar os interesses do autor, estar-se-á diante de uma situação processual de abuso do direito de defesa. Em tal circunstância deve-se antecipar a tutela jurisdicional, no intuito de se evitar um prejuízo ainda maior ao autor ou (quando inexistir o *periculum in mora*) simplesmente para o fim de garantir a efetividade da jurisdição.¹⁸

3.4 A REVERSIBILIDADE E IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O parágrafo segundo do artigo 273, CPC, é bem claro ao dispor que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Em outras palavras, a tutela antecipada só poderia ser concedida nos casos em que seus efeitos, práticos e jurídicos, pudessem ser revertidos a qualquer tempo, de modo que pudéssemos restabelecer o *status quo ante* que vigorasse ao tempo do deferimento da tutela antecipatória.

Todavia, a regra esculpida no parágrafo segundo deve ser relativizada, a fim que se adeqüe aos fins almejados pelo provimento antecipatório. Imaginemos o seguinte caso: uma pessoa ingressa com uma ação, com pedido de antecipação de tutela, contra um plano de saúde para a realização de determinada operação (que estaria sendo negada pelo plano de saúde), a qual, se não for procedida dentro em breve, poderá causar malefícios permanentes à saúde do pleiteante, ou até mesmo a sua morte. Neste caso, é lógica a observação de que, se a tutela antecipatória for deferida, os seus efeitos práticos não podem ser desfeitos, já que a natureza do objeto

¹⁷ Idem. p. 143

¹⁸ DORIA, R. D. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (Temas atuais de direito processual civil, 1). p. 55.

da antecipação de tutela (a realização da operação) impede a sua reversibilidade. E aqui, como ficaria a regra do artigo 273, § 2º?

A situação ilustrada no parágrafo anterior é relevante na medida em que aponta para os infortúnios que podem surgir se cumprida à risca a regra do parágrafo segundo.¹⁹ Em outros termos, a proibição de concessão de tutela, diante de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, poderá significar, para o autor, o perecimento do seu próprio direito, ou seja, a perda do objeto da demanda. Mister se faz, portanto, que se encontre o equilíbrio, a via do meio, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e dos sistemas de freios e contrapesos, na busca da decisão justa, capaz de evitar o que chamaríamos de “um mal maior”, tendo-se sempre presente a imprescindível proibição de excessos, em face da distribuição adequada dos direitos (bens da vida) litigiosos.²⁰ Torna-se imprescindível, destarte, a análise da hipótese *sub judice*, confrontando-se o bem da vida objeto do litígio e os riscos decorrentes da concessão ou denegação da tutela emergencial para qualquer das partes.²¹

Como já bem anotara BEDAQUE, “somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada.”²² De grande valia também é a lição de ZAVASCKI:

¹⁹ “Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.” (MARINONI, 1999, p. 177)

²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Comentários à novíssima reforma do CPC: lei 10.444, de 07 de maio de 2.002*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 71.

²¹ “Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil. (...) Pode ocorrer igualmente que o índice de verossimilhança de ambos os direitos em conflito seja equivalente, ou apresente diferenças pouco significativas, mas um deles tenha relevância, para o ordenamento jurídico, expressivamente superior à de seu antagonista. Neste caso – ante a ‘bilateralidade’ do risco de dano irreparável, que poderá ocorrer sempre que a não concessão da medida possa causar também um dano irreversível ao autor –, estará o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante.” (SILVA, 2001, p. 144)

²² BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 344.

A vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados à reversibilidade da situação, como, por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.²³

Ao lado da discussão que foi tratada acima, surge uma questão de igual importância: concedido provimento antecipado cujos efeitos fáticos são irreversíveis, como ficará a responsabilidade do beneficiado caso haja a revogação da decisão que deferiu a antecipação de tutela, visto que o retorno ao *status quo ante* fica impraticável? Para a resposta desta indagação, afigura-se bastante apropriado o escólio de FIGUEIRA JÚNIOR:

Verificando-se a revogação posterior da decisão que concede antecipação de tutela em favor do autor, em qualquer grau de jurisdição, estaremos diante de *responsabilidade processual civil objetiva*, tendo-se em conta que o postulante, por sua conta e risco (assim como das demais espécies de ‘execuções’ provisionais) provocou livremente a proteção emergencial do Estado-juiz, terminando por obter a medida pleiteada e depois modificada. A parte prejudicada, haverá de demonstrar apenas o dano e o nexo causal entre a efetivação da tutela e o prejuízo sofrido pela parte passiva, surgindo, então, o inarredável dever de indenizar, independentemente de culpa, com a inversão do ônus da prova.²⁴

3.5 A PROVISORIEDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM CONTRAPOSIÇÃO À TEMPORARIEDADE DA MEDIDA CAUTELAR

Este trabalho tem como um dos seus escopos delinear de maneira precisa as diferenças que persistem entre a antecipação de tutela e a medida cautelar. Pois bem, para dar um realce mais nítido a este escopo é que confeccionaremos este tópico, distinguindo a provisoriedade do provimento antecipado da temporariedade da tutela acautelatória.

A doutrina, em geral, não faz distinção entre provisoriedade e temporariedade. A maioria dos autores qualifica como provisórias (destinadas a subsistir durante um

²³ ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 97

²⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à novíssima...*, p. 64.

determinado período de tempo) as tutelas cautelar e antecipada. Contudo, alicerçados na lição de OVÍDIO, parece-nos correto traçar uma linha divisória entre a provisoriedade (da antecipação de tutela) e a temporariedade (da medida cautelar), haja vista se tratarem de duas coisas distintas.

A provisoriedade do provimento antecipatório consiste no fato de que ele se destina a ser substituído pelo provimento jurisdicional final, qual seja, a sentença. A antecipação de tutela não surte efeitos por tempo indeterminado, ela somente vigora no lapso temporal necessário à prolação da sentença, ou seja, ela produz os seus efeitos durante o espaço de tempo em que dura o processo. Ademais, a decisão que concede o provimento antecipatório pode ser revogada a qualquer tempo, o que pode elasticar ou encurtar a sua vigência. Em suma: a antecipação de tutela é provisória porque é sumária, e, por conseguinte, porque será substituída pela sentença.

A medida cautelar, por outro lado, é temporária porque os seus efeitos persistem enquanto as condições que permitiram a sua concessão subsistirem (já que ela não será substituída por uma decisão final). Em outras palavras: os efeitos da medida cautelar regem-se pela cláusula *rebus sic standibus*, porquanto os mesmos permanecem enquanto não houver modificação nas condições que ensejaram o deferimento do provimento cautelar.

Segundo OVÍDIO:

As medidas cautelares devem ser *temporárias*, e não provisórias, de modo a atender às seguintes exigências: *a)* não deverão ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva que as substitua, mas deverão de durar enquanto dure o *estado perigoso*, e não mais!; (...) *b)* as medidas cautelares deverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo se limitarem a ser uma forma de proteção menos (*minus*), ou algo diferente (*aliud*) em relação à tutela satisfativa correspondente; (...) *c)* se a medida cautelar deve durar enquanto existir o *estado perigoso*, então a exigência fundamental é que ela não crie uma *situação fática definitiva* ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos.²⁵

²⁵ SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ª ed. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.73-74.

3.6 A REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O artigo 273, em seu parágrafo 4º, determina que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Devido à clareza e objetividade da lei, só nos resta acrescentar que a “medida antecipatória poderá ser modificada ou revogada quando forem alterados os pressupostos que a determinaram, sendo que a nova decisão produzirá efeitos imediatos e *ex tunc*.”²⁶

²⁶ ZAVASCKI, *Antecipação...*, p. 102.

4. DOS REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DA MEDIDA CAUTELAR

4.1 DO PODER GERAL DE CAUTELA

O Livro III do Diploma Processual Civil pátrio, o qual trata do processo cautelar, em seu Capítulo I traz disposições gerais aplicáveis ao regramento jurídico das medidas cautelares; já em seu Capítulo II ele traz um rol de procedimentos cautelares específicos²⁷, bem como a disciplina normativa aplicável a esses procedimentos.

Por mais que o Capítulo II enumere determinados procedimentos cautelares específicos, é de se esperar que estes procedimentos não sejam capazes de regular todas as situações da vida em sociedade que demandariam a utilização da tutela cautelar, devido à mutabilidade e à especificidade que as relações intersubjetivas trazem ínsitas em si. O legislador, demonstrando estar atento às necessidades do cotidiano, não fixou o rol do Capítulo II de maneira taxativa, *numerus clausus*, posto que previu a utilização de “medidas cautelares atípicas”, “inominadas” por assim dizer, que não se enquadrariam no elenco previsto no Capítulo II. Nesse propósito é o que prescreve o artigo 798 do Código de Processo Civil: “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”.

Em conseqüência do que normatiza o artigo 798, conjugado com o artigo 799, ambos do CPC, pode-se inferir um *poder geral de cautela*, dirigido ao magistrado, para que este, na ausência de um procedimento específico, possa colmatar a lacuna existente, com a concessão da tutela cautelar adequada ao caso que se coloca *sub judice*. Por conseguinte, as medidas cautelares oriundas do poder geral de cautela

²⁷ A crítica a ser feita ao Capítulo II do Livro III é que nem todos os procedimentos ali previstos são de natureza cautelar, pois alguns, por mais que estejam situados no Código na área destinada à tutela acautelatória (devido a um erro de técnica legislativa), são evidentemente de natureza satisfativa, antecipatórios dos efeitos da sentença que se almeja obter, e, portanto, não são cautelares.

visam atender certas necessidades, no caso de não existir na lei uma medida propícia e específica para o que se pretende preservar.

De acordo com o que leciona MARINS:

Os procedimentos especificamente previstos, no entanto, não contemplam todas as hipóteses de proteção cautelar, oriundas da variedade infinita de situações, que a vida social apresenta. Por outras palavras, o legislador não logrou enquadrar todos os acontecimentos suscetíveis dessa proteção jurisdicional em moldes pré-determinados, resultando daí a manifesta insuficiência das previsões singulares. (...) Da necessidade, por conseguinte, de providência legal mais flexível, adaptável às diversas situações de fato, surgiu a construção do chamado poder cautelar geral ou poder geral de cautela, cujos contornos são previstos nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil.²⁸

BEDAQUE, no que concerne ao *poder geral de cautela*, posiciona-se de maneira similar: “A possibilidade de o juiz determinar as medidas provisórias que entender adequadas para afastar o risco de lesão ao direito (CPC, art. 798), sem dúvida, indica a adoção, pelo legislador brasileiro, do poder geral de cautela.”²⁹

Por mais que haja um fundamento legal expresso no Código de Processo Civil que preveja o poder geral de tutela, entende-se, como MUNHOZ DA CUNHA, que na verdade, este poder tem um fundamento constitucional, já que se encontra intimamente ligado aos princípios constitucionais do *acesso à justiça* e da *efetividade do processo*. Para o professor MUNHOZ DA CUNHA:

Esse poder geral de cautela do juiz têm fundamento constitucional ineliminável em qualquer Estado de Direito, que não pode deixar de armar os indivíduos de um direito subsidiário, nem de armar o juiz do correlativo poder residual de cautela, para responder às insuficiências insuperáveis da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias normatizadas, em face das situações de perigo de dano irreparável a interesses plausíveis e juridicamente relevantes, sob pena de agravar as situações jurídicas carentes de tutela e fomentar a exasperação de conflitos, para cujas situações existe a jurisdição.³⁰

²⁸ MARINS, V. A. A. B.. *Tutela cautelar*: teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Editora Juruá, 1996. p. 218-219.

²⁹ BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 224.

³⁰ CUNHA, A. M. da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 543.

4.2 FUMUS BONI IURIS

O primeiro requisito que será abordado, no que concerne à concessão da tutela cautelar, é o *fumus boni iuris*, expressão latina que, versada para o português, significa algo como “fumaça do bom direito”. Destarte, para que a parte, ao requerer a medida cautelar ao juiz, possa ver sua pretensão atendida, é imprescindível que a mesma demonstre o *fumus boni iuris* do direito subjetivo que pretende assegurar com a tutela acautelatória.

Isto significa que existe uma exigência de que o direito acautelado seja tratado, no juízo da ação assegurativa, não como um direito efetivamente existente, e sim como uma simples probabilidade que ele realmente exista. A urgência, que é o verdadeiro “pano de fundo” a legitimar a jurisdição cautelar, impõe que o julgador proveja baseado em cognição sumária e superficial, carente da segurança de um julgamento fundado em prova plena, capaz de conduzir a um juízo de certeza.³¹

Conforme o magistério de MESQUITA, o *fumus boni iuris* consiste no fato de que “o autor deve demonstrar ao órgão jurisdicional a plausibilidade do interesse ou direito substancial sob risco de lesão.”³² De acordo com este mesmo autor, “o requerente, julgando-se titular do interesse ou direito, deve apresentar ao juiz elementos que *prima facie* permitam, através de cognição sumária e superficial, demonstrar a credibilidade da alegação.”³³ Não é outro senão o ensinamento de THEODORO JÚNIOR: “haverá *fumus boni iuris* se a parte demonstrar as condições para exercer o direito de ação, se o fato narrado assegura pronunciamento de mérito, em tese, favorável”³⁴.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a expressão *fumus boni iuris*, significando “aparência de bom direito”, é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em *fumus*

³¹ SILVA, *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, p. 75-76.

³² MESQUITA, E. M. de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 299.

³³ Idem. p. 300.

³⁴ THEODORO JÚNIOR. H. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. *RePro* 50/21.

boni iuris não tem conhecimento pleno e total dos fatos, e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte³⁵.

O grande BARBOSA MOREIRA, ao discorrer sobre o aspecto *urgente* do qual se revestem as medidas cautelares, propugna que, deste caráter urgente, decorre

... o fato de que, para legitimar-lhes a adoção, não é possível investigar, previamente, de maneira completa, a real concorrência dos pressupostos que autorizariam o órgão judicial a dispensar ao interessado a tutela satisfativa: ele tem de contentar-se com uma averiguação superficial e provisória, e deve conceder a medida pleiteada desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um *juízo de probabilidade* acerca da existência do direito alegado.³⁶

Como se pôde notar, o *fumus boni iuris* nada mais é do que uma aparência, uma possibilidade de que o direito alegado pela parte exista. A medida cautelar não se presta a consolidar no órgão julgador um juízo inequívoco de certeza sobre a pretensão alegada³⁷, na verdade, ela se destina a fazer com que o juiz possa deduzir, das alegações do pleiteante, um indício, uma probabilidade, consistente e fundamentada em material probatório idôneo, de que o direito que se procura proteger possa existir. Ancoramos nosso entendimento no magnífico escólio de OVÍDIO: “Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples *aparência* do direito a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível. (...) se o direito apresenta-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa.”³⁸

³⁵ WAMBIER, L. R. (Coord.) et al. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e Procedimentos Especiais*. 5ª ed. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

³⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C. *O Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002. p. 301.

³⁷ Parece-nos lógico que, excepcionalmente em determinadas situações, o “juízo inequívoco de certeza” sobre os fatos e sobre o direito alegado só poderia ser construído via *procedimento ordinário*, incompatível com o escopo acautelatório.

³⁸ SILVA, *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. p. 77.

4.3 PERICULUM IN MORA

O artigo 798 do Código de Processo Civil, ao disciplinar 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”, enumera outro requisito para a efetivação da medida cautelar: o *periculum in mora*.³⁹

Em linhas gerais, o *periculum in mora* é o perigo concreto, real e iminente de que o direito da parte que se procura acautelar venha a ser atingido por um fato danoso, de difícil ou impossível reparação, o qual impossibilitasse a sua regular fruição, ou até mesmo desse causa ao perecimento do direito pleiteado⁴⁰.

Outro aspecto integrante do *periculum in mora* consiste em que o ato lesivo, o qual justificaria a concessão da medida cautelar, pode originar-se de uma determinada situação fática (auferida simplesmente pela análise do cotidiano empírico) ou então da demora que é peculiar ao desenvolvimento do processo de rito ordinário, caso o particular visasse proteger o seu direito através da tutela jurisdicional. Ou seja, tanto os “fatos da realidade” quanto a “demora da atividade judiciária” (e não somente uma ou outra) podem ser a causa do *periculum in mora* que ameaça o direito subjetivo.⁴¹

Conforme leciona MARINS, “a situação autorizatória do acautelamento não é aquela revestida de perigo comum ou rotineiro, decorrente da afronta a direitos, mas sim, aquela que exponha a risco de lesão grave e de difícil reparação, a efetividade do processo principal, isto é, situação de perigo grave e iminente. (...) trata-se, portanto,

³⁹ Utilizaremos a expressão *periculum in mora* (“perigo na demora”) para designar o *perigo de dano iminente e irreparável* ao qual se refere o artigo 798, sem, todavia, olvidarmos da doutrina de OVÍDIO e de MUNHOZ DA CUNHA, que diferenciam o *periculum in mora* do “perigo de dano iminente e irreparável” e do *periculum damnum irreparabile*, respectivamente, reservando aquele como requisito da antecipação de tutela, e estes como pressuposto para concessão da tutela acautelatória. Entretanto, espelhados na doutrina majoritária, utilizaremos a designação *periculum in mora*.

⁴⁰ “É essa idéia de prejuízo irreparável ou de difícil reparação a nortear a concessão da tutela cautelar. Não basta, evidentemente, argumentar apenas com a demora, ainda que patológica, do processo. Necessário o risco de dano irreparável, causado por algum acontecimento concretamente identificado.”. (BEDAQUE, 1998, p. 221)

⁴¹ Destarte, discordamos de MESQUITA, no sentido de que este autor vê o “perigo na demora” exclusivamente como a impossibilidade de acelerar o procedimento definitivo e a mora decorrente desta impossibilidade. (MESQUITA, 2002, p. 207).

de perigo especial, grave e iminente, objetivamente demonstrável, para o êxito do processo principal”⁴².

PONTES DE MIRANDA, ao se referir ao *periculum in mora*, sustenta que “o pressuposto suficiente para a medida cautelar é a probabilidade de ‘atos’ capazes de causar lesão grave e dificilmente reparável ao direito de uma das partes. Tanto o autor futuro quanto o réu, ou o autor ou réu atual, podem pedir a medida cautelar invocando o art. 798.”⁴³ Para SHIMURA, “só haverá *periculum in mora* se houver risco de dano, perecimento, destruição, desvio, deterioração, mutação de pessoas, bens ou provas, imprescindíveis a perfeita e eficaz atuação do provimento final no processo principal”⁴⁴.

4.4 A AUTONOMIA E A INSTRUMENTALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR

Uma das discussões doutrinárias mais relevantes no campo das medidas cautelares é sobre a natureza autônoma e instrumental da tutela cautelar, no que tange à lide principal. Uma interpretação literal dos artigos 796 e 806 do Diploma Processual Civil nos leva a concluir que inexistente autonomia da tutela cautelar, subsistindo somente a sua instrumentalidade voltada ao processo principal. Nas linhas *infra* é o que iremos averiguar.

Conforme já foi dito, o nosso Código de Processo Civil não reconhece, como acabamos de ver, uma autêntica autonomia à ação cautelar, a ponto de poder ela prescindir de um processo satisfativo, dito *principal*, de modo que a tutela obtida através de demanda cautelar pudesse bastar-si a si mesma e não carecesse a tutela outorgada no juízo cautelar de ser confirmada pela sentença do processo principal. Todavia, queira ou não queira o legislador, esta autonomia existe em inúmeros casos,

⁴² MARINS, *Tutela cautelar...*, p. 111.

⁴³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Tomo 12. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 35.

⁴⁴ SHIMURA, S. S. *Arresto Cautelar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 61

sem que nossa lei ou a própria doutrina sejam capazes de contrariar a realidade e a própria natureza das coisas⁴⁵.

CHIOVENDA⁴⁶, citado por MUNHOZ DA CUNHA (2001, p. 216) também sustenta a tese da autonomia da tutela cautelar, já que para o douto processualista italiano, “a medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; essa é a sua justificação atual, isto é, em vista das aparências do momento, o que não se confunde com a justificação final (quanto à garantia duradoura de um bem da vida), que será apurada na verificação definitiva”. Outro doutrinador que propugna pela autonomia é o professor da casa MUNHOZ DA CUNHA, para quem:

A autonomia do fundamento e da pretensão material cautelar já revela que se trata de uma lide autônoma, posto que a subsidiariedade do direito de cautela não significa dependência nem acessoriedade aos direitos subjetivos primários, mas uma subsidiariedade de fim (tutela sobre o *fumus* em situação agravada pelo *periculum damnum*), vindo daí que a lide cautelar é igualmente autônoma, não sendo, pois acessória nem dependente, muito menos coincidente em relação à lide de cognição (sumária ou exauriente) que se propõe a atuar sobre os mesmos interesses, mas com outra causa de pedir e outro fim – na perspectiva da declaração ou realização dos interesses como direitos subjetivos primários.⁴⁷

Além destes autores, podemos citar ainda BATALHA e RODRIGUES NETTO⁴⁸ como defensores da autonomia do processo cautelar.

Segundo OVÍDIO⁴⁹, seriam exemplos de *ações cautelares principais* ou autônomas: a) a “ação cautelar para produção antecipada de provas” (conquanto o douto autor designe esta modalidade de ação como *ações de asseguaração ad*

⁴⁵ SILVA, *Curso de Processo Civil*: processo cautelar (tutela de urgência), p. 123.

⁴⁶ CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

⁴⁷ CUNHA, *Comentários...*, p. 256.

⁴⁸ BATALHA, W. S. C.; NETTO, S. M. L. B. de R. *Cautelares e liminares*. 3ª ed. São Paulo: LTr Editora, 1996. p. 100.

⁴⁹ Há de se ressaltar que, conquanto o eminente processualista defenda a natureza autônoma da medida cautelar, ele não retira o seu caráter instrumental, já que, para OVÍDIO, uma das exigências para o cabimento de uma medida cautelar é que o requerente esteja em condições de indicar, detalhadamente, em sua petição inicial, qual o interesse que ele pretende proteger com a medida. Todavia, ressalta o ilustre autor que, ao contrário do que pretendia CALAMANDREI, as medidas cautelares não são “instrumento do instrumento”, e sim instrumentos jurisdicionais criados para proteção dos direitos. (SILVA, 2000, p. 54)

perpetuam *de provas*); b) a *cautio damni infecti*; e c) a ação que teria como fundamento o artigo 477 do Código Civil⁵⁰.

Pois bem, firmado o entendimento no que concerne à autonomia da tutela cautelar, passaremos ao exame da *instrumentalidade* do processo cautelar. Conforme veremos abaixo, há aqueles que, notadamente influenciados pela doutrina de CALAMANDREI⁵¹, defendem a instrumentalidade da tutela cautelar em relação ao processo principal (em outras palavras, a medida cautelar seria um instrumento a garantir a tutela jurisdicional definitiva, prolatada em outro processo), enquanto existem outros que propugnam que a medida cautelar é um instrumento que protege o direito alegado (e não o processo principal que deveria ser instaurado após a concessão da tutela acautelatória).

Entre aqueles que defendem a tutela cautelar como instrumento do processo principal, além do grande mestre italiano já citado, podemos citar BATALHA e RODRIGUES NETTO⁵², bem como RODRIGUES⁵³ e BEDAQUE⁵⁴.

Já entre aqueles que defendem a medida cautelar como instrumento do direito que se visa assegurar, encontramos OVÍDIO⁵⁵, o qual, criticando a teoria da

⁵⁰ *Idem.* p. 123, 124, 1288

⁵¹ Para o eminente processualista italiano, citado por CUNHA (2001, p. 100-101), “antes de ter a finalidade de atuar o direito, têm a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo, que, por sua vez, servirá para atuar o direito. A tutela cautelar exerce, em relação ao direito substancial, uma tutela imediata: antes de fazer justiça, contribui para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que se realiza através deles, nos provimentos cautelares se encontra, por assim dizer, uma instrumentalidade qualificada ou uma instrumentalidade elevada ao quadrado; os provimentos cautelares representam um meio para o melhor êxito dos provimentos definitivos, enquanto estes representam um meio para a atuação do direito material, o que equivale a dizer que as medidas cautelares representam, em relação à finalidade última da função jurisdicional, ‘instrumento do instrumento.’” (CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. p. 22)

⁵² “A ação cautelar não tem um fim em si, nem assegura um bem da vida a determinada pessoa. Serve a ação cautelar de instrumento para a atuação definitiva da lei através de outro processo.” (BATALHA; NETTO, 1996. p. 101)

⁵³ “Por tutela cautelar entendemos aquela que é concedida em razão da necessidade de se dar efetividade a outra tutela jurisdicional. É daí que se permite inferir a sua instrumentalidade e acessoriedade. A tutela cautelar só nasce para fazer com que (servir) uma outra tutela jurisdicional possa ser efetiva do ponto de vista jurídico ou prático.” (RODRIGUES, 2003. p.184)

⁵⁴ “Não tem ela [a medida cautelar] um fim em si mesma, pois não é suficiente para eliminar definitivamente a crise verificada no plano das relações materiais. O pronunciamento de natureza cautelar existe em função de outro, este destinado a dar solução ao litígio, aquele com função de assegurar a efetividade do resultado definitivo. Onde houver cautelar haverá, necessariamente, outra tutela. (...) A tutela cautelar está a serviço de outra, a definitiva”. (BEDAQUE, 1998. p.139)

instrumentalidade hipotética de CALAMANDREI, sustenta que “a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. (...) A tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem.”⁵⁶

Outro crítico ferrenho da teoria da instrumentalidade da tutela cautelar cunhada por CALAMANDREI é MUNHOZ DA CUNHA. Na construção de sua crítica, alega o professor MUNHOZ DA CUNHA que “a função cautelar não estará necessariamente contribuindo para a tutela do processo principal e, mediatamente, para a eficácia proveitosa e constante da providência definitiva e, conseqüentemente, para a instrumentalização, ainda que remota, do direito material em dado conflito, se freqüentemente a providência cautelar poderá se revelar como medida que não teria devido existir”.⁵⁷ Sustenta ainda o nosso professor que:

Nem sempre a medida cautelar porventura deferida estará favorecendo a realização do direito a ser certificado ou atuado nos processos definitivos, pois inúmeras vezes a providência cautelar culmina por penalizar o interesse que afinal é reconhecido como prevalente ou como autêntico direito subjetivo no processo definitivo. Aliás, o provimento cautelar pode até agravar a situação do processo, sacrificando, total ou parcialmente, o interesse que, no processo definitivo, for declarado digno de toda a proteção, dando ensejo então a uma tutela ressarcitória. (...) enfim, as medidas tradicionalmente conhecidas como cautelares, (...) importam habitualmente, quase sempre, em uma constrição direta ou indireta a um interesse daquele que sofre os efeitos da sua decretação, muito embora, afinal, possa sair-se vitorioso na solução da lide no processo principal. Se o direito material pode ser prejudicado com a tutela cautelar, a locução *instrumento do instrumento* deixa de assumir um valor constante, porque poderá se revelar um *anti-instrumento do instrumento*.⁵⁸

⁵⁵ “Por fim, é ainda possível objetar à teoria da ‘instrumentalidade hipotética’ de CALAMANDREI um derradeiro argumento. Se, como dizia o grande processualista italiano, inspirando-se em CHIOVENDA, a função exercida pela tutela cautelar equipara-se à de uma verdadeira ‘polícia judiciária’, criada pela lei para que o juiz se arme de um instrumento destinado a salvaguardar o *imperium iudicis* e impedir que a justiça se transforme numa simples quimera, então se pergunta: qual a razão para limitar a utilização desse instrumento pelo magistrado somente aos casos em que a parte tome a iniciativa de postulá-la, por meio de um processo cautelar a que o juiz não pode dar início *ex officio*, a não ser nos apertadíssimos casos expressamente previstos em lei, como prescreve o art. 797 do nosso Código?” (SILVA, 2000, p. 51)

⁵⁶ Alega ainda o autor que “o que a tutela cautelar visa a assegurar é a realizabilidade do direito, não a sua existência como pura realidade normativa”. (SILVA, 2000, p. 49, 63)

⁵⁷ CUNHA, *Comentários...*, p. 190.

⁵⁸ *Idem.* p. 191.

Por fim, é dever trazermos a lume o ensinamento do colendo PONTES DE MIRANDA, para quem “é erro dizer-se que são [as medidas cautelares] sempre instrumentos a serviço de providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva. A confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se torna por preparatório o que previne, e não prepara”.⁵⁹

4.5 A TEMPORARIEDADE DA MEDIDA CAUTELAR

A medida cautelar é temporária, já que ela produz efeitos enquanto as condições que ensejaram a sua edição subsistirem. Ou seja, a duração da medida cautelar é vinculada à cláusula *rebus sic standibus*, já que qualquer modificação fática pode fazer com que os requisitos da tutela cautelar desapareçam, provocando a revogação da decisão de concessão do provimento acautelatório.

De qualquer modo, para uma melhor compreensão da temporariedade da medida cautelar, remetemos o leitor para o tópico anterior deste trabalho que versa precipuamente sobre a distinção entre “provisoriedade” e “temporariedade”.

4.6 A INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL

Outro tópico atinente à matéria das medidas cautelares é a produção, ou não, de coisa julgada material pela decisão de deferimento ou denegação da tutela cautelar. Como o enunciado deste tópico sugere, argumenta-se pela inexistência de coisa julgada material na decisão que concede ou indefere o pleito cautelar, pelas características inerentes à medida cautelar, e pelas razões a seguir aduzidas.

Primeiramente, cumpre analisarmos as características que circunscrevem a tutela cautelar. Conforme o que já foi explanado, a medida cautelar é fundada em cognição sumária, já que não pretende produzir um juízo de certeza sobre o direito

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII: arts. 796-889. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 07

pleiteado, mas sim tem como objetivo providenciar mecanismos idôneos a proteger, preservar o direito aduzido em juízo; o qual sofreria um risco iminente de ser atingido por um dano irreparável ou de difícil reparação. De outro lado, a medida cautelar é temporária, pois produz os seus efeitos enquanto as condições que permitiram a sua concessão subsistirem. Além destes dois argumentos, é dever trazer à tona o artigo 807 do Código de Processo Civil, que prescreve que as medidas cautelares “podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

A partir das premissas estabelecidas *supra*, conclui-se que a decisão que concede ou denega a tutela cautelar não é acobertada pela coisa julgada material. Esta assertiva é albergada pela doutrina de MARINONI⁶⁰, pois, na visão do doutrinador paranaense, a tutela cautelar não tem aptidão para produzir coisa julgada material, já que esta seria uma característica básica desta espécie de tutela⁶¹. O ensinamento do ilustre FREDERICO MARQUES se situa na mesma esteira, haja vista que para este notável processualista o pronunciamento contra o réu não passa em julgado, porque a sentença que concede medida cautelar é decisão *rebus sic standibus*, uma vez que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Mas a sentença que nega a medida cautelar, ou declara ineficaz, segundo o brilhante jurista, produz coisa julgada formal, portanto, no processo em que foi proferida são imutáveis seus efeitos⁶².

OVÍDIO é outro duto jurista que confecciona a sua lição no sentido de não conceber a existência da coisa julgada material na sentença que julga a ação cautelar⁶³.

⁶⁰ MARINONI, *Tutela cautelar...*, p. 65.

⁶¹ Sustenta ainda o autor que “realmente, nenhuma sentença acobertada pela coisa julgada material pode ser modificada ou revogada. Quando novas circunstâncias autorizam a modificação ou a revogação de uma medida cautelar não se está modificando ou revogando a sentença, mas afirmando-se que a medida cautelar que foi concedida pela sentença não é mais apropriada às novas circunstâncias. Não é pela modificabilidade de seus efeitos, pois, que a sentença do processo cautelar não gera coisa julgada material”. (MARINONI, 1992, p. 68)

⁶² MARINONI, *op. cit.*, p. 66.

⁶³ “Ora, no caso da sentença cautelar, o que lhe falta, para que possa produzir coisa julgada, é a declaração que o juiz teria, para tanto, de fazer sobre a existência ou a não-existência de uma dada relação jurídica litigiosa, que o processo cautelar protege como simples possibilidade de existência, sem que o juiz possa declará-la existente. (...) falta à sentença cautelar tanto o juízo declaratório sobre a relação jurídica protegida pela sentença como, igualmente, não há nela qualquer declaração sobre a ilicitude da conduta do demandado ...” (SILVA, 2000, p. 204)

4.7 A REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Como decorrência natural da natureza temporária da medida cautelar tem-se a possibilidade da sua revogação. De outra maneira não dispõe o artigo 807 do Diploma Processual Civil, ao normatizar que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente [art. 806] e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

Considerando-se o fato de que a concessão da tutela cautelar pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, surgidas após a concessão da medida acautelatória, revelam o seu não cabimento e acarretam sua revogação (de acordo com o que dispõe o artigo 807, segunda parte).

Entretanto, uma questão que se mostra interessante sobre a revogabilidade da medida cautelar é se ela (a revogação) ainda seria possível após a prolação e o trânsito em julgado da sentença que concedeu a medida cautelar; prescindindo-se, destarte, da utilização de ação rescisória para tal fim.

BEDAQUE propugna que, por não admitir que a coisa julgada material qualifique a sentença proferida nos autos da ação cautelar:

Ainda que já proferida a sentença no processo cautelar, mas enquanto não concedida a tutela final, definitiva, parece-me possível a alteração da medida provisória, o que decorre de sua própria natureza. Imagine-se que, deferido o pedido cautelar, no curso do processo principal, após cognição mais profunda, verifique o juiz não ser caso da medida. Não poderá revogá-la mais, mesmo que se convença da desnecessidade da segurança ou da probabilidade de que seu beneficiário não possua o direito que alega? Parece-me que a conclusão negativa não se coaduna com os objetivos da tutela de urgência, eminentemente provisória e instrumental. Se não há mais o que assegurar, para que mantê-la?”. Diz ainda este autor que “deve ser aceita a possibilidade de revogação nos próprios autos do processo principal, sem necessidade de maiores formalismos. (...) se atentarmos para a natureza da tutela cautelar, eminentemente provisória, e para a função instrumental por ela exercida no sistema, veremos que a conclusão não se afigura incorreta. O aspecto substancial deve sobrepor-se ao formal, mesmo porque nenhum prejuízo resultará dessa solução, quer para as partes, quer para o sistema. (...) o que não me parece atender à necessidade de simplificar a técnica em prol da rapidez, sem sacrifício das garantias processuais, é a exigência de ação rescisória para desconstituir sentença cautelar. Trata-se, a meu ver, de culto exagerado à técnica, sem nenhum benefício

para o sistema e não condizente com a natureza dessa modalidade de tutela provisória, nem com o disposto no art. 807 do Código de Processo Civil.⁶⁴

⁶⁴ BEDAQUE. *Tutela cautelar...*, p. 151-152.

5. TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR: PRINCIPAIS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

O parágrafo sétimo do artigo 273 do Código de Processo Civil, posto em vigor pela lei nº 10.444/2.002, traz um novo alento para a seguinte discussão doutrinária: qual seria a exata natureza da antecipação da tutela e da medida cautelar? Em que ponto esses instrumentos processuais se aproximam e diferem entre si?

Num primeiro momento, as indagações formuladas acima aparentam ser de fácil resposta. Entretanto, tanto a prática forense como a doutrina contribuíram de maneira decisiva para que a distinção entre os dois institutos não ficasse suficientemente inteligível, a ponto de se confundir uma tutela com a outra. Ademais, poderíamos citar ainda o Diploma Processual Civil, o qual, ao incluir dentro do Capítulo II do Livro III, sob o nome de procedimentos cautelares específicos, determinadas providências de natureza manifestamente antecipatória, colaborou de maneira sensível para que surgisse a miscelânea jurídica que permeia este específico campo do Processo Civil.

Além da confusão jurídica, não poderíamos nos omitir quanto a uma questão que se mostra muito mais relevante no campo social, do que meros caprichos técnico-formais: “as conseqüências fáticas a serem suportadas pelas partes”, decorrentes da confusão criada pelo operador jurídico. Era comum a ocasião em que, presente uma determinada situação, ao se pleitear a antecipação de tutela, o magistrado a indeferia por entender que se tratava de ocasião que demandasse medida cautelar; bem como o contrário: presente a mesma situação, ou então situação similar, ao se requerer a outro juiz a concessão de medida cautelar, o mesmo não a concedia, por estar convencido que a tutela adequada era a antecipatória, e não a cautelar.

Pois bem, traçados os delineamentos acima, vislumbra-se que os principais prejudicados no que tange à discussão doutrinária aludida eram – e não poderia ser de maneira diferente – os indivíduos que invocassem a atividade jurisdicional, porquanto a proteção de seus interesses, que demandassem uma resposta célere, imediata e

efetiva do órgão jurisdicional, ficava à mercê da convicção íntima do juiz sobre qual das tutelas urgentes seria idônea para o caso posto em juízo.

Por conseguinte, infere-se que um dos escopos que levaram o legislador à edição do parágrafo sétimo foi o de tentar evitar os percalços que surgiriam para as partes na ocorrência de hipóteses similares à descrita acima. Foi como se o legislador dissesse ao magistrado que, na verdade, a forma não vincula mais, mas sim o que interesse é o conteúdo do pedido aduzido pela parte. Portanto, a “fungibilidade” impressa no parágrafo sétimo se revela num instrumento hábil a dotar de efetividade e celeridade o desenvolvimento do processo, na busca por um “processo civil de resultados”, que refletiria a observância e aplicação da justiça nos provimentos jurisdicionais; sem, por óbvio, ofender os princípios do devido processo legal, do contraditório e da segurança jurídica.

Poder-se-ia pensar que a fungibilidade (a qual será tema exclusivo de capítulo posterior do presente trabalho) a que alude a doutrina e que estaria contida no novo parágrafo sétimo, na verdade, contribuiria ainda mais para que a indistinção perdurasse no âmbito das tutelas cautelar e antecipatória. Porém, pensamos no sentido inverso. A recém forjada fungibilidade entre o provimento cautelar e o provimento antecipatório fez com que se tornasse ainda mais imprescindível o conhecimento das similitudes e dissonâncias entre uma e outra providência, visto que o novo dispositivo legal (artigo 273, parágrafo sétimo) pode dar azo a inúmeros equívocos e abusos na utilização do proficuo permissivo legal que alberga.

Pois bem, com vistas ao que foi escrito acima, passaremos ao cerne do assunto que objetivamos tratar neste tópico. A primeira e principal diferença entre a antecipação de tutela e a medida cautelar reside na natureza destas tutelas: **enquanto aquela satisfaz, esta assegura, acautela**. Vale dizer, a tutela antecipada, quando presentes os seus requisitos, tem como objetivo antecipar, total ou parcialmente, os efeitos práticos do provimento jurisdicional definitivo (a sentença) que se pretende obter, adiantando, dessa forma, a eficácia prática da sentença, e não sua eficácia jurídico-formal. A antecipação de tutela, como o próprio nome sugere, satisfaz, em sua inteireza ou apenas em parte, o direito posto em juízo pela parte, para evitar o

pericimento do mesmo; assegurando, de forma mediata, os efeitos práticos que decorreriam da sentença.

A medida cautelar, por outro lado, visa proporcionar meios de defesa e preservação do direito aduzido pela parte, o qual estaria diante da iminência de sofrer lesão irreparável ou de difícil reparação. Em outras palavras, a medida cautelar não satisfaz o interesse da parte, ela apenas garante a existência do mesmo. Enquanto que os efeitos da antecipação da tutela se assemelham aos efeitos da sentença que a parte pretende obter, os efeitos da medida cautelar não se confundem com aqueles que decorreriam da sentença, primeiramente, porque a tutela cautelar não tem o condão de realizar, satisfazer o direito da parte, mas sim somente protege o mesmo; e, em segundo lugar, porque a lide cautelar não se confunde com a lide principal.

A distinção entre a natureza satisfativa da tutela antecipatória da natureza preservativa da tutela acautelatória, de outro modo, poderia ser colocada nos seguintes termos: *enquanto que a antecipação imediatamente preserva o direito, e mediamente, o processo (a tutela jurisdicional definitiva); a medida cautelar assegura imediatamente o processo (os efeitos práticos que se originariam da sentença), e mediamente, o direito.*

Outra questão relevante no que tange às semelhanças e diferenças entre os dois instrumentos processuais reside na análise dos seus requisitos. A tutela antecipatória do artigo 273 requer, como pressuposto genérico, “prova inequívoca da verossimilhança do direito”, e como requisitos específicos (os quais, um ou outro, mas não necessariamente ambos, devem acompanhar concomitantemente o pressuposto genérico) o *periculum in mora* e o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. Já a medida cautelar tem no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora* os seus requisitos. Diante do exposto, verifica-se que o *periculum in mora*, sendo comum ao deferimento de ambas as tutelas, as aproxima. Entretanto, as mesmas se distanciam, no que concerne aos seus requisitos, em dois pontos: a) a medida cautelar não requer como requisito específico o *abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*; e b) a prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado exigido para a antecipação de tutela difere do *fumus boni iuris* exigido para a

concessão da medida cautelar. Como já ficou explanado em capítulo anterior, o *fumus boni iuris* requerido para o deferimento da medida cautelar é um *fumus* de aparência, de mera possibilidade de existência do direito alegado. Por outro lado, a “prova inequívoca” da antecipação de tutela é mais consistente, veemente, devendo ter a capacidade provocar no magistrado um juízo de quase-certeza, um juízo de verossimilhança (e não de mera aparência ou possibilidade) sobre o direito alegado. **Ou seja, o grau de certeza exigido para a concessão da medida cautelar é menor do que o exigido para a tutela antecipatória.**

Ainda poderíamos enumerar mais duas diferenças existentes entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar. A primeira delas consiste no fato de que enquanto a medida cautelar é processada em autos apartados (visto que há um procedimento específico para sua instauração), que ficam apenas aos autos da ação principal; o pedido de antecipação de tutela é feito no bojo da petição inicial do processo inicial, não ensejando a formação de autos apartados para o seu processamento e apreciação. A segunda diferença é que a tutela cautelar pode ser concedida *ex officio*, já o provimento antecipatório, não.

A principal semelhança entre a antecipação de tutela e a medida cautelar consiste em que ambas são tutelas urgentes de cognição sumária; sendo que, cada uma a sua maneira, visam à proteção do direito da parte que se encontra numa situação de risco; dotando de efetividade a atividade jurisdicional, e garantindo a eficácia prática do provimento definitivo. Em outras palavras, as tutelas antecipada e cautelar são institutos que permitem uma resposta célere do órgão jurisdicional, mitigando os efeitos decorrentes da morosidade do regular andamento do processo ordinário.

6. A ADIÇÃO DO PARÁGRAFO SÉTIMO AO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELA LEI 10.444/2002

A lei nº 10.444, de 07 de maio de 2.002, a qual alterou um considerável número de dispositivos do nosso Código Processual Civil, veio, digamos, como uma amálgama à recente reforma que se processou sobre o Diploma legal mencionado, iniciada pelas leis nº 10.352 e 10.358, ambas do mês de dezembro do ano de 2.001.

Se realizarmos uma leitura superficial dos três atos normativos citados acima, podemos inferir que um dos principais motivos que motivou o legislador a conceber a reforma foi a necessidade de imbuir de maior efetividade o processo, ou então criar artificios que permitam um acesso mais imediato ao provimento jurisdicional pleiteado, abreviando-se, dessa maneira, muitos dos percalços intrínsecos ao procedimento ordinário. Ou seja, em defesa de um “processo civil de resultados” que possibilite, concretamente, uma prestação jurisdicional justa, faz-se necessária a criação de determinados instrumentos processuais, os quais procuram se amoldar aos ditames que, necessariamente, deveriam ser perseguidos e respeitados na relação processual: *celeridade*, *efetividade* e justiça.

É notório que a atividade jurisdicional pátria é deficitária, deficiência essa que provém da própria estrutura judiciária brasileira – sempre insuficiente quanto ao número de juízes – e da concepção que temos do processo⁶⁵, a qual vem sendo paulatinamente revista e modernizada⁶⁶. Desse modo, para que o processo não se torne um empecilho ao direito da parte, criam-se institutos processuais que, respeitando

⁶⁵ Refere-se aqui à divisão, em campos estanques, que a doutrina, notadamente influenciada pelo magistério de LIEBMAN, faz entre processo de conhecimento e processo de execução. Mais precisamente, o ponto passível de crítica nessa divisão é a impossibilidade, defendida por alguns doutrinadores arraigados em noções ultrapassadas do processo, de que haja uma imissão entre processo de conhecimento e processo de execução. Todavia, é válido que essa separação, a qual vem sendo gradualmente mitigada pela ação legisladora e doutrinária, subsista, exclusivamente, para fins acadêmicos.

⁶⁶ “Com essa novidade [artigo 273, §7º], o legislador enceta, em termos concretos, o *sincretismo instrumental absoluto* matizado pelo trinômio *cognição*, *execução* e *cautelaridade*, rompendo-se, por completo, o vetusto processo civil clássico, fundado na *ordinariedade* (*ordo iudiciorum privatorum* – ordem dos juízos privados), na *cognição* em busca da ‘verdade’ e ‘certeza’ e no inoperante modelo da ação condenatória”. (FIGUEIRA, 2002, p.117)

sempre os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, permitam uma resposta célere, adequada e efetiva, mesmo que temporária e provisória, ao pedido do autor. Por conseguinte, presenciamos a aproximação, cada vez mais acentuada, entre os direitos instrumental e material, bem como, o sincretismo do processo em prol de uma jurisdição prestada pelo Estado-juiz em benefício dos litigantes, fortalecendo-se a idéia do processo civil de resultados.

Todavia, por mais que o assunto seja merecedor de extrema relevância, este trabalho não tem como escopo vetorial tecer comentários sobre o movimento reformista, sobre a estrutura judiciária pátria ou sobre a construção teórica que se desenvolve em torno do processo. Em verdade, as linhas supra e infra confeccionadas objetivam a análise de um dispositivo legal trazido a lume pela lei nº 10.444, mais precisamente o recém adicionado parágrafo sétimo ao artigo 273 do Código de Processo Civil⁶⁷.

Trataremos de abordar as possíveis razões que levaram o legislador a adotar tal medida⁶⁸, bem como procuraremos estabelecer os principais efeitos que poderão surgir desta alteração legislativa, sempre balizados na experiência jurídica e nos ensinamentos doutrinários sobre o assunto.

6.1 DO SINCRETISMO PROCESSUAL E DA (RECENTE) FUNGIBILIDADE ENTRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A MEDIDA CAUTELAR

Conforme visto em tópico anterior do presente trabalho, tanto a tutela antecipada como a medida cautelar possuem determinados requisitos que, quando

⁶⁷ “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: (...)”

§ 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”.

⁶⁸ “...a finalidade da reforma neste tocante [a possibilidade de conversão da tutela antecipada em medida cautelar incidental] é tutelar a *situação de urgência*, que pela via cautelar, quer pela via antecipatória, privilegiando-se mais a *finalidade do ato* do que a sua *forma processual ou procedimental*.” (MARINONI; DIDIER JÚNIOR (Coord.), 2001. p. 87)

presentes, possibilitam a sua efetivação. De acordo com o que já foi esclarecido, ambas são espécies do gênero *tutela de urgência*, fundadas em cognição sumária⁶⁹, mas se prestam a situações e resultados diversos: enquanto que a antecipação de tutela é de natureza satisfativa (pois, como a própria denominação já indica, se presta a antecipação, total ou parcial, do provimento buscado pelo autor no processo, que via de regra só seria concretizado na sentença final de mérito), a medida cautelar é de natureza preservativa, assecuratória (haja vista procurar, através de certos atos, efetivar medidas que protejam, que garantam a subsistência do direito pleiteado pela parte, mas que não se voltam à realização, plena ou em parte, deste direito)⁷⁰.

Entretanto, com a entrada em vigor do dispositivo legal ora examinado, e devido à aproximação (mas não identidade) que existe entre os requisitos de uma e outra, parte da doutrina passou a sustentar uma existência de fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar, fungibilidade a qual se confirmaria com o parágrafo sétimo do artigo 273 do Código de Processo Civil⁷¹. Não é outro o entendimento de WAMBIER, quando comentando a adição do aludido dispositivo normativo: "... [fez-se] o reconhecimento de certo grau de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ..."⁷².

Além deste efeito primário, que é a admissão da fungibilidade entre os dois institutos processuais, sobrevém um efeito secundário, conexo ao primário, que é a possibilidade de concessão de tutela cautelar assecuratória em sede de processo de conhecimento, incidentalmente. De acordo com FIGUEIRA JÚNIOR, ocorre:

⁶⁹ “Na cognição sumária não há exame total da lide, por que esta, ao se enquadrar no processo, sofre limitações (...) Não há exame exaustivo na cognição sumária, como ocorre nas hipóteses de tutela jurisdicional cautelar (Código de Processo Civil, arts. 796 e segs.) e de tutela jurisdicional antecipada (Código de Processo Civil, art. 273).” (MARQUES, 2001. p. 24)

⁷⁰ “Quanto a estas, há distinção conceitual, que se pode apontar, sem exauriência do discripe possível, entre medidas liminares e medidas cautelares. Aquelas são medidas provisórias que o ordenamento jurídico prevê como possível antecipação satisfativa do pedido (...). Estas não têm esse caráter de satisfação antecipada do *petitum*, apresentando diversamente um quê de neutralidade, visando sobretudo à garantia do provimento jurisdicional”. (MARQUES, 2001. p.25)

⁷¹ Há de se ressaltar que, na mesma medida em que se reconhece a fungibilidade, põe-se em evidência, de outro lado, a manifesta distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

⁷² WAMBIER, *Curso avançado...*, p. 36.

A unificação instrumental plena, onde numa única relação jurídico-processual, poderá o Estado-juiz conceder satisfação imediata ao autor, por intermédio das técnicas de antecipação da tutela (execução com efetivação da providência jurisdicional favorável), garantir a incolumidade do bem da vida objeto do litígio, por intermédio de medidas assegurativas (tutela acautelatória) e, concomitantemente, formar a sua paulatina convicção, por intermédio do trâmite do processo de conhecimento.⁷³

Com isso queremos significar que o autor pode pretender, no processo principal, tanto a antecipação de efeito(s) da providência jurisdicional pleiteada, quanto providências diferentes do(s) efeito(s) da sentença, mas com ela conectadas, por que sejam pressupostos para a sua exequibilidade (no sentido amplo).⁷⁴

Como conseqüência do que foi dito no parágrafo anterior, “o primeiro ponto de relevo é que o legislador passa a admitir uma tutela cautelar incidental sem a necessidade de instauração de processo autônomo”⁷⁵, já que “aboliu-se o formalismo de um processo cautelar autônomo, podendo ser requerida a medida no bojo do processo principal”⁷⁶. Como conseqüência, faz-se evidente a relativização da divisão ternária da tutela jurisdicional (conhecimento, execução e cautelar), a qual se revela no fato de que, em um mesmo processo, podemos presenciar a concessão das três modalidades de tutela jurisdicional (hipótese inconcebível na visão de certos doutrinadores), sendo que esta possibilidade está agora expressamente albergada pelo ordenamento jurídico positivo.

Destarte, reconhecendo que há um certo grau de fungibilidade entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar⁷⁷, pode-se inferir uma das prováveis razões que levaram o legislador à edição do parágrafo sétimo, artigo 273 do Código de Processo Civil. Todavia, devem-se estabelecer os contornos e deslindes desta *fungibilidade*, para que o sistema não seja desvirtuado, e para que os operadores do Direito não cometam abusos (ou equívocos) ao utilizar-se da inovação legislativa. Com isso, quer-

⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à novíssima...* p.117-118

⁷⁴ WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58-59

⁷⁵ MOREIRA, A. C. et al. *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 127

⁷⁶ RODRIGUES, M. A. *Elementos de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 187.

⁷⁷ Ressalta-se que essa fungibilidade é justificada pelo fato de que ambas são espécies do gênero *tutela de urgência*. No nosso entendimento, a fungibilidade não poderia ser justificada pela análise dos requisitos de um instituto e outro, que são destoantes entre si.

se afirmar que o novo parágrafo não servirá para igualar, mesclar ou confundir os dois institutos (tutela acautelatória e tutela antecipatória), pois essa não é a vontade da lei ou do legislador. Ao contrário, o seu intuito é meramente pragmático, voltado à resolução de problemas que a prática forense não raramente se defronta, buscando evitar o dano ou o perecimento do direito das partes, muitas vezes decorrentes do apego do órgão julgador ao formalismo excessivo, ou por interpretação diversa dos fatos quando cotejados com a compreensão formulada pelo procurador do autor, em razão da questão posta encontrar-se em zona limítrofe entre a cautelaridade e a antecipação dos efeitos da sentença de procedência, chancelados pela urgência da medida perseguida⁷⁸.

6.2 NOÇÕES SOBRE FUNGIBILIDADE, SEUS REQUISITOS E SUA APLICAÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO ARTIGO 273, §7º, CPC

Utilizando-nos do ensinamento de MARINONI e ARENHART⁷⁹ sobre o princípio da fungibilidade, pode-se afirmar que, a fim de que se tenha a aplicação do aludido princípio, é necessária a reunião de alguns critérios, tendentes a demonstrar a ausência de má-fé e de erro grosseiro daquele que pode ser beneficiado pelo parágrafo sétimo. Neste sentido é que se exige, para o reconhecimento da fungibilidade: *a) presença de dívida objetiva a respeito da tutela cabível; e b) inexistência de erro grosseiro na utilização da tutela equivocada*⁸⁰.

O primeiro requisito, em linhas gerais, configura-se quando haja dúvida fundada e objetiva, capaz de autorizar a interpretação inadequada do sistema processual e seu uso equivocado, diante do caso concreto. Ou seja, é necessário que, diante da situação fática, persista uma dúvida, razoável e consistente, que impossibilite o surgimento de um juízo de certeza no operador jurídico sobre qual medida utilizar (antecipação de tutela ou medida cautelar), já que “a fungibilidade não se presta para

⁷⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à novíssima...*, p. 121.

⁷⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 509-512.

⁸⁰ No mesmo sentido, NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

legitimar o equívoco crasso, ou para cancelar o profissional inábil; serve sim, porém, para salvar ato praticado erroneamente, mas sob a crença de ser o correto, diante de circunstâncias do caso concreto”⁸¹. É imperativo que o interessado tenha motivos plausíveis para cometer o equívoco, o qual deve ser escusável, restando demonstrada a ausência de sua má-fé. A “inexistência do erro grosseiro na utilização da tutela equivocada” equivale a sustentar que não se pode admitir a incidência da fungibilidade se o interessado se vale de medida completamente incabível na espécie; já que o § 7º do artigo 273 do CPC, por encetar regra de exceção, há de ser interpretado restritivamente.

A lição de FIGUEIRA JÚNIOR sobre os requisitos para a aplicação da fungibilidade não difere, em seu conteúdo, do magistério dos doutrinadores paranaenses mencionados acima. Para o autor referido:

Em síntese, são os seguintes os requisitos à aplicação da fungibilidade: *a)* pedido articulado pelo autor; *b)* lide pendente de natureza cognitiva, ou seja, estar tramitando processo de conhecimento; *c)* possibilidade de ser concedida em qualquer fase procedimental ou grau de jurisdição, enquanto não exaurida a instância pela preclusão máxima (coisa julgada); *d)* postulação equivocada do autor (pedido de antecipação – total ou parcial – dos efeitos práticos da providência jurisdicional perseguida com a demanda); *e)* presença dos elementos hábeis à concessão da tutela antecipatória; *f)* momento procedimental conveniente à concessão de tutela incidental (fungibilidade facultativa); *g)* impossibilidade jurídica de não conhecimento do pedido de tutela antecipatória por se tratar de postulação revestida de natureza cautelar.⁸²

Todavia, devemos atentar, em especial, para dois requisitos enumerados por este autor. O primeiro deles é o constante do item “*e)*”, cuja necessidade está bem clara na redação do artigo 273, § 7º, Código de Processo Civil. O segundo deles é o expresso na letra “*a)*”, já que “a fungibilidade ou concessão de providência acautelatória, no bojo do processo principal de conhecimento, somente será admissível quando articulada pelo *sujeito ativo*. Assim, se o réu necessitar obter proteção acautelatória, haverá de formulá-la através de ação acessória, de acordo com os ditames definidos no Livro III do CPC”⁸³.

⁸¹ MARINONI, ARENHART, *Manual...*, p. 510.

⁸² FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários à novíssima...*, p. 122.

⁸³ Idem p. 122

É evidente que os delineamentos traçados acima são meramente incipientes, visando apenas elencar aspectos gerais sobre a práxis da pretensa fungibilidade inculcada no parágrafo sétimo do artigo 273, CPC. No entanto, é mister enlevarmos mais uma vez que, se não houver a delimitação, doutrinária ou jurisprudencial, de certos pressupostos – adicionais àqueles estabelecidos na letra de lei – para a efetivação do parágrafo sétimo, possivelmente nos depararemos com abusos e equívocos cometidos pela prática forense. Conforme sustenta MOREIRA, “a concessão da cautelar quando requerida a antecipação deve seguir as tradições de nosso direito no que tange ao fenômeno da fungibilidade. Senão, aniquilaria-se a cautelar.”⁸⁴

6.3 A OPINIÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA

Antes de qualquer coisa, cumpre ressaltar, para que a fungibilidade entre as duas medidas não sirva a fins indesejados, que devemos ter sempre em mente a linha divisória entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela; permitindo-se a conversão nos casos de manifesta inaplicabilidade da tutela antecipada, em que fique evidente a configuração dos pressupostos das ações cautelares, haja vista serem dissonantes os efeitos e os meios de atuação dos institutos entre si.

Superado este tópico sobre os limites da aplicação da fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar, faz-se mister colacionar as opiniões que propugnam pela existência desta fungibilidade⁸⁵. Sendo assim, é de notável valia trazermos a lume a lição de WAMBIER sobre o assunto:

⁸⁴ MOREIRA, *Nova reforma...*, p. 127.

⁸⁵ Em que pese ser atraente a fungibilidade tutelar em face das vantagens que advirão para as partes, situações concretas poderão não indicar a sua admissibilidade, as quais ensejariam complicações de ordem processual ou procedimental. Para FIGUEIRA JÚNIOR, as situações seriam as seguintes: *a)* quando se fizer imprescindível a produção de provas em audiência (a exemplo do que ocorre no processo cautelar em audiência preliminar de justificação); *b)* se não puder ser concedida sem a oitiva da parte contrária; *c)* se o juiz puder antever que, nada obstante a possibilidade de concessão da tutela cautelar *inaudita altera pars*, diante das particularidades do caso, o réu necessitará produzir contraprova (documental ou testemunhal), terminando por acarretar verdadeiro tumulto processual; *d)* quando os autos estiverem fora de cartório (v.g. com a parte contrária, perito, etc.) e a espera colocar

... [fez-se] o reconhecimento de certo grau de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Muitas medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocadamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira “dúvida objetiva” – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade. Assim, em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta.⁸⁶

Para MOREIRA:

O objetivo do legislador, longe de admitir a igualdade das duas tutelas de urgência, foi tão somente, admitindo a evidente ligação entre elas, não permitir que em determinadas situações onde haja fundada dúvida entre qual das tutelas é a adequada se sacrifique o direito da parte. Como não se pode deixar de admitir que há situações no caso concreto onde impera a dúvida e a discórdia, o legislador pretendeu preservar o direito acima de tudo, ainda que em detrimento de uma melhor técnica processual.⁸⁷

Na mesma esteira se situa o pensamento de TALAMINI:

Nesses casos, em que há disputa séria e objetivamente exteriorizada acerca da natureza da medida de urgência, parece ser o caso de o juiz, ainda que pessoalmente convencido de que a via adequada era a outra que não a adotada pelo requerente, relevar esse aspecto formal e passar à análise dos demais requisitos para a concessão da providência. Os princípios que norteiam tal solução são os mesmos que dão suporte à teoria da fungibilidade em matéria de recursos (efetividade da tutela, instrumentalidade das formas, economia processual, proteção à boa-fé). (...) em situações excepcionais, será viável a concessão da tutela meramente conservativa no bojo do próprio processo principal. (...) se a lei existe e não padece de nenhum defeito de constitucionalidade, cumpre observá-la, ainda que se discorde da opção feita pelo legislador. Por isso, a fungibilidade entre as duas vias de pleito e concessão de tutelas de urgência deve ficar restrita aos casos: a) de dúvida objetiva acerca da natureza da medida, tal como anteriormente delineado; ou b) de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave.⁸⁸

RODRIGUES, comentando o parágrafo objeto de estudo do presente trabalho, sustenta que “ao abolir a forma autônoma para as cautelares incidentais o legislador não dispensou a utilização dos requisitos específicos da cautelar, ainda que venha a ser

em xeque a efetividade da providência pleiteada; e) quando a fase instrutória estiver concluída ou em vias de conclusão; f) durante a fase decisória (autos conclusos para prolação de sentença); g) após a publicação da sentença. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p 141)

⁸⁶ WAMBIER, *Curso avançado*..., p. 36.

⁸⁷ MOREIRA, *Nova reforma*..., p. 127

⁸⁸ TALAMINI, E. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 366-367.

concedida nos mesmos autos da relação jurídica principal. (...) esta foi a orientação da nova reforma, o que se vê pelo artigo 273, §7º, que cria a fungibilização procedimental da tutela cautelar com a tutela antecipatória”.⁸⁹

De acordo com TERESA e LUIZ WAMBIER:

O artigo 273, § 7º, consagra, agora expressamente, regra que pensamos já existia mesmo antes de constar expressamente da lei. (...) Esse dispositivo, a nosso ver, tem grande alcance e significa, em última análise, que se podem formular pedidos de natureza cautelar no próprio processo de conhecimento. (...) Parece que esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm a urgência como pressuposto, sob risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica confirmada pelo art. 273, § 7º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela.⁹⁰

6.4 A FUNGIBILIDADE NO SENTIDO INVERSO

Conforme o que foi explicitado até o presente momento, a fungibilidade entre as tutelas de urgência ora examinadas se dá quando, a título de tutela antecipada, o autor faz um pedido de natureza cautelar, preenchendo os requisitos para a concessão desta medida. A dicção literal do parágrafo sétimo não nos permitiria concluir de outra maneira: a fungibilidade se dá no sentido prescrito no dispositivo normativo aludido (pedido de antecipação de tutela → concessão da tutela cautelar).

Todavia, um questionamento que se faz pertinente: seria possível a fungibilidade no sentido inverso? Ou seja, se o autor requeresse, a título de medida cautelar, tutela antecipatória satisfativa, poderia o órgão jurisdicional conceder a antecipação de tutela, formulada e maneira equivocada no bojo de ação inidônea para tal provimento?

A resposta parece nos ser afirmativa, pelos motivos que a seguinte enumeraremos. Primeiramente, a “fungibilidade em sentido inverso” se justificaria na natureza e nos objetivos dos dois institutos: enquanto que a tutela antecipada satisfaz, mesmo que parcialmente, os efeitos que o autor deseja obter na sentença, a medida cautelar “apenas” assegura a subsistência do direito, protegendo a sua incolumidade

⁸⁹ RODRIGUES, *Elementos* ..., p. 187.

⁹⁰ WAMBIER, *Comentários* ..., p. 58, 66.

contra eventuais fatos danosos e lesivos. Desse modo, numa comparação, poderíamos dizer que a antecipação de tutela é o “mais”, enquanto que a tutela cautelar é “menos”. Levando-se em conta a sistemática da reforma, a qual visa privilegiar a efetividade do processo⁹¹ – a idéia do *processo civil de resultados* –, permitindo, dessa forma, uma aplicação mais justa do direito, parece-nos correto pensar que não foi a intenção do legislador em criar óbices para a aplicação da fungibilidade na “outra mão” (pedido de cautelar, mas com caracteres de antecipação de tutela → concessão da medida antecipatória). Se a tutela urgente satisfativa afigura-se como o “mais” (o instrumento processual mais apto a propiciar a realização do direito alegado), não há porque defender que o parágrafo sétimo do artigo 273, CPC, não admitiria a fungibilidade ao contrário, no sentido inverso daquele prescrito na lei.

Corroborando o que foi explanado no parágrafo supra, faz-se imprescindível aludirmos ao escólio de MOREIRA, que se propõe nos seguintes termos: “E quando o autor ingressa com uma cautelar quando na verdade seria caso de antecipação de tutela? Poderia o juiz também aplicar o disposto no novo dispositivo legal? Nos parece que a resposta deva ser dada de forma positiva, lembrando que o indeferimento da pretensão cautelar por acreditar o juiz tratar-se de caso de tutela antecipada é ainda mais traumático e prejudicial à parte.”⁹²

O magistério de WAMBIER se situa na mesma linha de pensamentos esposada até agora, já que, para este autor, “... embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de medida cautelar.”⁹³

Para DINAMARCO, “também o contrário está autorizado, isto é, também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os

⁹¹ Neste sentido é a opinião de FIGUEIRA JÚNIOR., o qual sustenta, em comentários sobre a inclusão do § 7º no art. 273, que “conseguimos extrair, dessa inovação, o sutil esboço de um processo civil verdadeiramente novo, hábil a representar o instrumento do terceiro milênio, voltado ao equacionamento do trinômio valorativo identificado pela *celeridade, segurança e justiça da decisão*”. (FIGUEIRA JÚNIOR., 2002. p 119)

⁹² MOREIRA, *Nova reforma*..., p. 130.

⁹³ WAMBIER, *Curso*... p. 36.

pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em só uma mão de direção.”⁹⁴ Por fim, sustenta o eminente doutrinador que “em qualquer caso, o autor deveria ser intimado a emendar a petição inicial da medida cautelar, a fim de transformá-la em ação de conhecimento.”⁹⁵

O ensinamento de TALAMINI se conforma ao que foi dito até então, haja vista sustentar que “por certo, a fungibilidade também se põe no sentido inverso (pedido de tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar)”⁹⁶. Com o intuito de arrematar o tema ora proposto, vale a pena conferirmos a iluminadora lição de TEREZA e LUIZ WAMBIER: “... razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução”⁹⁷.

É importante ressaltarmos que, ao admitirmos a fungibilidade no sentido contrário daquele previsto expressamente na regra jurídica, a sua aplicação se fará com o respeito de determinados requisitos similares àqueles mencionados em tópico anterior, quando tratamos da instrumentalização da fungibilidade prevista na lei. São eles: *a*) pedido de natureza antecipatória travestido de ação cautelar; *b*) presença de dúvida objetiva a respeito da tutela cabível; e *c*) inexistência de erro grosseiro (inescusável) e de má-fé na utilização da tutela equivocada.

Em sentido diverso das opiniões elencadas acima encontramos a lição de FIGUEIRA JÚNIOR. Para este autor, a fungibilidade em sentido inverso não seria possível, tendo em vista o fato de que “o legislador tomou a precaução de admitir apenas a incidência do princípio da fungibilidade quando o pedido de antecipação de tutela estiver revestido dos requisitos da tutela cautelar, propositalmente omitindo-se sobre a situação inversa”⁹⁸. Propugna, no mesmo sentido, que “o sistema não prevê a aplicação do princípio da fungibilidade (§ 7º, art. 273) se o pedido formulado for de natureza satisfativa (antecipação de tutela), mas articulado a título de cautelar

⁹⁴ DINAMARCO, C. R.. *A reforma da reforma. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.* p. 87.

⁹⁵ Idem. p. 88.

⁹⁶ TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 368.

⁹⁷ WAMBIER, *Comentários* ... p 61.

⁹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, *Comentários...* p 121.

incidental, em separado. Somente a situação inversa é que está recepcionada e será, portanto, juridicamente possível”⁹⁹.

⁹⁹ Idem. p. 143.

7. CONCLUSÃO

É costumeiro dizermos que todos os aspectos que compõe a nossa vida, ao mesmo tempo em que apresentam um lado bom, têm a sua parcela prejudicial. A nosso ver, acontece o mesmo fenômeno com o parágrafo 7º do artigo 273, CPC.

O “lado bom” da inovação legislativa reside na simplificação que é ínsita à mesma: aquele que, devido a uma mera imprecisão formal desprovida de má-fé, requer medida cautelar sob a denominação de tutela antecipada, conseguirá, sem maiores delongas, o provimento a que faz jus. Não será mais necessário que a parte repita, num processo autônomo, o seu pedido acautelatório, posto que o magistrado poderá conceder, no bojo do processo principal, a tutela cautelar. Ou seja, o parágrafo 7º privilegia a celeridade e a efetividade processual, as quais, devido a determinadas controvérsias de entendimento entre os órgãos jurisdicionais, ficavam ameaçadas. Dá-se mais um passo na longa caminhada à obtenção do “processo civil de resultados”, mais justo e adequado à realidade.

O principal e mais preocupante “lado ruim” do parágrafo 7º é uma possível “desfiguração” do instituto da medida cautelar. Como o texto legal não delimita com precisão a maneira com que se deva operar a fungibilidade, e, por conseguinte, com a possibilidade de que a tutela acautelatória seja deferida no bojo do processo principal, sem a instauração do procedimento destinado às cautelares, alguns operadores jurídicos podem desvirtuar o sentido da inovação normativa, utilizando-a para fins escusos (por exemplo, o não pagamento das custas para a propositura da medida cautelar). Dessa maneira, faz-se extremamente importante o papel dos nossos magistrados, já que a discricionariedade do órgão julgador, no exame do caso concreto, é que vai decidir se é passível ou não a utilização do parágrafo 7º.

Outra questão sobre a “fungibilidade” é a sua aplicação no sentido inverso: o texto legal não a prevê, mas seria possível proceder de tal maneira? Uma outra indagação: a fungibilidade teria aplicação se mo pedido feito for o de uma medida cautelar específica? Além destas, outras perguntas surgirão, e somente a prática jurídica (doutrina e jurisprudência) é que vai proporcionar as respostas. Entretanto, o

mais importante é sabermos diferenciar a antecipação de tutela do provimento cautelar, para não incorrerem em erros ou equívocos que possam contribuir ainda mais para as controvérsias que se apresentam na seara do direito processual civil.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

BATALHA, W. S. C.; NETTO, S. M. L. B. de R. *Cautelares e liminares*. 3ª ed. São Paulo: LTr Editora, 1996.

BEDAQUE, J. R. dos S. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

CARNEIRO, A. G. *Da antecipação de tutela*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CASTELO, J. P. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: LTr Editora, 1999.

CUNHA, A. M. da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Editora Juruá, 1992.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, B. C. *A jurisdição na tutela antecipada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *A reforma da reforma*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DORIA, R. D. A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (Temas atuais de direito processual civil, 1).

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. Comentários ao código de processo civil. v. 4. Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRIEDE, R. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, L. G.; DIDIER JÚNIOR., F. (Coord.) A segunda etapa da reforma processual civil. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

MARINONI, L. G. A antecipação da tutela. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MARINS, V. A. A. B. Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Editora Juruá, 1996.

MARQUES, J. F. Manual de direito processual civil. 2ª ed. v. 2. Campinas: Millennium Editora, 2001.

_____. _____. 2ª ed., v. 4. Campinas: Millennium Editora, 2001.

MESQUITA, E. M. de. As tutelas cautelar e antecipada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, A. C. et al. Nova reforma processual civil comentada. São Paulo: Editora Método, 2003.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. Código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao código de processo civil. 4ª ed. Tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. _____. 2ª ed. Tomo 12. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

RODRIGUES, M. A. Elementos de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SHIMURA, S. S. Arresto cautelar. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SILVA, O. A. B. da. As ações cautelares e o novo processo civil. Porto Alegre: Editor. Fabris, 1973.

_____. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 5ª ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência). 3ª ed. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, E. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. Normas para a apresentação de documentos científicos: teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. v. 2. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

_____. Normas para a apresentação de documentos científicos: referências. v. 6. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

_____. Normas para a apresentação de documentos científicos: citações e notas de rodapé. v. 7. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ; IPARDES. Normas para a apresentação de documentos científicos: redação e editoração. v. 8. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. **RePro** 50/21.

WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, L. R. (Coord.) et al. Curso avançado do processo civil. 3ª ed., v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. _____. 3ª ed., v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, T. A. Antecipação da tutela. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.