

**Uni-ANHANGUERA CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS CURSO
DE DIREITO**

**FUNGIBILIDADE DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA
ANTECIPADA
À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Denise Martins Correia Lopes

Goiânia, Junho de 2009.

DENISE MARTINS CORREIA LOPES

**FUNGIBILIDADE DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA
ANTECIPADA
À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à professora Ana Flávia Mori Lima do Curso de Direito do Uni – ANHANGUERA – Centro Universitário de Goiás, como trabalho de conclusão de curso, requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ms. Ana Flávia Mori Lima

Goiânia, Junho de 2009.

Monografia Fungibilidade da Medida Cautelar e da Tutela Antecipada à Luz do Código de Processo Civil, apresentada a professora Dra. Ana Flávia Mori Lima do Curso de Direito do Uni-ANHANGUERA – Centro Universitário de Goiás, pelo Bacharelando Denise Martins Correia Lopes como trabalho de conclusão de Curso, requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito aprovada pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientadora

Prof^a. Dr^a. / Prof^a. Ms^a.: Ana Flávia Mori Lima

Assinatura:

Examinador

Prof. Dr. / Prof. Ms.: Benedito José Mendes

Assinatura:

Goiânia, Junho de 2009.

Não foi da vontade de Deus que você estivesse materialmente comigo na conclusão desse curso. Mas é a você minha menina, “sobrinha”, companheira, amiga, Nara Rúbia (In Memoriam), que dedico esse trabalho, por me incentivar e me encorajar a lutar por esse ideal depois de tantos anos sem estudar.

Agradeço a Deus por me permitir a conclusão de mais essa etapa em minha história de vida.

Agradeço a minha “sobrinha” Nara Rúbia (in Memoriam), por acreditar em mim e confiar na minha capacidade de crescer.

Agradeço aos meus filhos por me apoiarem e me socorrerem nas horas das manobras com o computador.

Agradeço ao meu esposo que mesmo contra sua vontade me apoiou.

Agradeço a minha cunhada Vânia por me ajudar nesse trabalho.

Agradeço a minha família, amigos e todas as pessoas que de uma forma ou de outra me ajudaram e torceram por mim nessa caminhada.

"[...] a vida quase nunca se amolda docilmente às previsões do legislador, nem aceita a rigidez de suas normas como fórmulas infalíveis de compreensão e solução da complexa e multifacetária convivência humana numa sociedade cuja característica dominante é o conflito acima de tudo e não a singela e espontânea busca de comportamento individual pautado segundo o programa do direito positivo".

Theodoro Júnior

RESUMO

O trabalho apresentado limitou-se à Fungibilidade entre as Medidas Cautelares e a Antecipação da Tutela à Luz do Código de Processo Civil Brasileiro. Apontou as diferenças básicas entre essas duas medidas e a possibilidade de o juiz utilizar-se do Princípio da Fungibilidade. Entretanto, existem limites que deverão ser observados por parte do magistrado. Tais medidas de urgência só serão concedidas se preenchidos todos os requisitos necessários. Nas Cautelares, esses requisitos são: a existência do perigo de lesão grave ou de difícil reparação causados pelo *periculum in mora*; e a existência de uma situação que, além de trazer perigo ao bem pretendido, esteja relacionada ao direito de pedir do mesmo (*fumus boni iuris*). Cautelar é uma medida preventiva, usada em casos excepcionais previstos em lei. Quanto à tutela antecipada, os requisitos são: a existência de prova inequívoca que deve ser apresentada a um grau de convencimento que leve o juiz a acreditar ser verdadeiro; a presença de verossimilhança da alegação, ou seja, uma probabilidade muito forte do pedido vir a ser acolhido; a não existência do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, requisito essencial, uma vez que o pedido antecipado deve voltar ao seu estado *a quo*, caso seja necessário; a existência de fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação - o que significa que, se o pedido do requerente não for atendido antes da sentença final, será tarde para alcançar o bem pretendido e de nada mais adiantará a decisão favorável -, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa - uso excessivo das faculdades que compõe o direito de contestar, ficando evidente o direito do autor e a fragilidade do réu em provar o contrário -, ou manifesto propósito protelatório do réu - significando que, ao recorrer ao direito de resposta, ocorra desvio usando métodos ou formas que não são permitidos em lei. Há divergências doutrinárias quanto à possibilidade da “mão-dupla” da fungibilidade, isso ocorre porque alguns doutrinadores entendem que os requisitos para obter a tutela antecipada são mais rigorosos.

PALAVRAS CHAVES: Fungibilidade. Medida Cautelar. Antecipação da Tutela.

ABSTRACT

The presented work limited itself in the Fungibility between Precautionary Measures and the Anticipation of Tutelage of the Light of the Brazilian Civil Procedure Code. It has pointed out the basic differences between these two measures and the possibility of the judge use the principle of fungibility. However, there are limits to be observed by the magistrate. Such emergency measures shall be granted only if completed all the necessary requirements. In Precautionary, these requirements are: the existence of the danger of serious injury or of difficult repair caused by *periculum in mora*; and the existence of a situation which, in addition to bring danger to a quite pretended one, is related to the right of this one to ask (*fumus boni iuris*). Precautionary is a preventive measure used in exceptional cases predicted in law. Regarding the Anticipation of tutelage, the requirements are: the existence of clear evidence that must be submitted to a degree of convincing that light the judge to believe it is true; The presence of verisimilitude in the claim, that is, a very strong probability of request come to be accepted; The no-existence of the danger of the filling anticipated irreversibility, essential requirement, since the anticipated request must return to their state *a quo*, if necessary; And the existence of founded fear of irreparable harm or difficult to repair - it means that, if the application of the applicant is not attended before the final judgment, will be too late to achieve the desired and nothing more will advance the favorable decision -, or that it is characterized the abuse of the right of defense - excessive use of the powers that consists the right of reply, it being evident the right of the author and the fragility of the defendant to prove the opposite -, or manifest intention of postponement of the defendant - meaning that, to use the right of reply, occurs deviation using methods or forms which are not permitted in law. There are differences doctrinal regarding the possibility of "hand-dual" of fungibility. This happens because some masters believe that the requirements to obtain the tutelage advance are more stringent.

WORD KEY: Fungibility. Precautionary Measures. Anticipation of Tutelage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 Definição de Medida Cautelar	12
1.2 Definição de Tutela Antecipada	13
1.3 Posição Doutrinaria acerca da Medida Cautelar e Antecipação dos Efeitos da Tutela	13
2 DISTINÇÃO ENTRE AS MEDIDAS ANTECIPATÓRIA E CAUTELAR	16
2.1 Requisitos Específicos das Medidas Cautelares e Espécies	18
2.2 Requisitos específicos da Antecipação de Tutela	26
2.3 Características do processo cautelar	29
3 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE	32
3.1 Fungibilidade das tutelas de urgência – Artigo 273, § 7º do CPC	32
3.2 Requisitos para aplicação da Fungibilidade nas Medidas Cautelares e na Antecipação de Tutela	34
3.3 A “mão dupla” da fungibilidade nas tutelas de urgência	35
3.4 Posição Jurisprudencial quanto a Fungibilidade nas Medidas de Urgência	38
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS E FONTES CONSULTADAS	44

INTRODUÇÃO

O Estado ao vedar a chamada “justiça pelas próprias mãos” ou “autotutela”, assumiu o monopólio da jurisdição e ficou obrigado a solucionar os conflitos de interesses existentes na convivência humana. Essa condição humana de viver em sociedade levou o desenvolvimento da jurisdição privada à jurisdição pública, ou seja, a aplicabilidade do conceito de justiça saiu do particular, que normalmente se impunha pela força bruta, e passou ao poder do ente público que, de forma imparcial e coerente, aplica a norma existente ao caso concreto. Dessa forma chegou-se a idéia de que o Estado é que teria a função e a obrigação de propagar o “direito” ao caso concreto e criar normas, de forma antecipada, as relações sociais. O que se poderia chamar de jurisdição.

Para que o particular não fizesse justiça pelas “próprias mãos”, ele deveria solicitar que o ente público o fizesse. Para solucionar esse problema a máquina estatal deveria buscar um meio pelo qual a norma seria aplicada a cada caso de forma concreta, a esse meio denomina-se processo.

A possibilidade que esse indivíduo tem de provocar no órgão estatal uma atitude que venha a por fim a sua pretensão denomina-se ação. É necessário que o que o Estado seja provocado pela parte para que possa exercer a jurisdição.

Segundo Ramiro Podetti, conclui-se que “jurisdição, processo e ação são três elementos indissolavelmente ligados e representam à trilogia estrutural dos conceitos básicos ou fundamentais do direito processual civil”¹.

A morosidade dos ritos processuais, ao lado da tramitação delongada dos feitos, leva às partes à renúncia ou até mesmo a desistir da pretensão resistida. Por um lado, com essa atitude das partes, tem-se o desafogamento do Poder

¹ BORGES, Flávio Buonaduce. Tutelas Cautelares e Tutelas Antecipatórias. Disponível em: www.mundojuridico.avv.br. Acesso em: 25 de fev. 2009, 20:30:45.

Judiciário, mas, por outro se tem a insatisfação das partes envolvidas no conflito de interesses ante a demora da solução a lide.

O Código de Processo Civil prevê a concessão de medidas de urgência quando houver uma situação de risco ao provimento final decorrente da demora.

O direito à tutela jurisdicional célere, tempestiva e efetiva é direito fundamental previsto na Carta Magna Brasileira.

Criam-se institutos processuais para evitar dentro do possível essa morosidade jurisdicional, procurando evitar também, prejuízos causados e irreparáveis ocasionados por essa demora.

O primeiro instituto criado com o intuito de amenizar a intensidade da mora processual foi a Ação Cautelar, cujo procedimento veio regrado pelo Código de Processo Civil de 1973. Mais recentemente veio o segundo instituto, criado há mais de dez anos atrás, com a inserção, em nosso ordenamento jurídico, da Antecipação de Tutela por força da Lei 8.952/94.

Até a entrada em vigor da Lei acima mencionada, no nosso ordenamento jurídico não havia tutelas antecipadas genéricas, só com a reforma do art. 273 do Código de Processo Civil foi atribuído ao juiz o poder de concedê-las nos processos de conhecimento, de maneira geral, preenchidos os requisitos ali exigidos.

O método utilizado de abordagem foi o método dialético e o método de procedimento foi o método histórico.

As medidas de urgência visam garantir a eficácia do processo principal (de natureza satisfatória), o qual poderá ser comprometido pelo tempo de sua duração, buscando do Estado-Juiz uma decisão, uma garantia inicial que possa assegurar o seu direito, caso o processo de conhecimento, ação principal, seja julgada procedente.

Sabendo que no Brasil a busca pela tutela jurisdicional do Estado pode vir a levar muito tempo, podendo prejudicar a pretensão do autor e sendo caracterizada como uma denegação de justiça, ferindo o direito fundamental, foi criado os instrumentos, as chamadas tutelas de urgência, dentre as quais estão à medida cautelar e da antecipação de tutela, isso quando preenchidos os requisitos necessários. A partir de 2002 por meio da Lei n. 10.444, foi inserido um parágrafo permitindo o princípio da fungibilidade pelo juiz, o qual permite que de ex-offício o juiz altere um pedido de medida cautelar por um pedido de antecipação da tutela.

CAPITULO I

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As medidas de urgências já eram conhecidas à época do direito romano.

As primeiras tentativas de gerar um ato processual dessa natureza de medidas e de sistematizá-las surgiram na Alemanha, mas, foram os italianos que elaboraram dentre varias posições divergentes, a doutrina da autonomia do processo cautelar, diferenciando-o dos processos de conhecimento e de execução.

Dentre os processualistas italianos que explicaram por meio de teoria e colaboraram para o aperfeiçoamento de uma legislação mais moderna, estão Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

Na teoria de Chiovenda, as medidas cautelares já são consideradas ações asseguradoras. Segundo o mestre “a medida provisória corresponde a necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico” (apud BALREIRA, 2005, p.421): Após avaliações posteriores Chiovenda falhou em não completar seu conceito dizendo que o receio do dano deveria originar-se do perigo da demora na obtenção da tutela jurisdicional comum.

Por sua vez, Calamandrei sustentou a condição de instrumentalidade da medida cautelar. Segundo o doutrinador:² “mais que a finalidade de atuar o direito, existe a finalidade imediata de assegurar a eficácia pratica da providência definitiva”.

² Doutrina: Fungibilidade entre Cautela e Antecipação de Tutela. Alterações da legislação Processual no Período. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4607/Fungibilidade_entre_Cautela_e_Antecipacao_de_Tutela_Alteracoes_da_legislacao_Processual_no_Periodo. Acesso em 17 dez. 2008, 20:36:42.

A opinião de Carnelutti é a mais avançada sobre o tema de tutela cautelar. No início o mestre entendeu que a ação cautelar produzia a sistematização de fato durante a lide. Depois passou a entender que “a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte e sim para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide” (THEODORO, 1976. p. 52/53). Desenvolvendo assim a problemática do processo cautelar até os dias de hoje.

A necessidade de se receber uma tutela jurisdicional efetiva em face da existência de um perigo que lhe comprometa foi que levou a utilização da tutela cautelar como uma forma de garantir o processo principal, pois, uma das características mais importante das medidas cautelares é sua instrumentalidade, ou seja, o processo cautelar é instrumento do processo principal. A medida cautelar não tem natureza satisfativa, somente provisória.

Visando a tão desejada prestação jurisdicional, onde o desejo das partes era de ver a satisfação de seu pedido, o legislador brasileiro introduziu no Código de Processo Civil, no Título VII (Do Processo e do Procedimento), Capítulo I (Das Disposições Gerais), artigo 273, a denominada tutela antecipatória.

A antecipação dos efeitos da tutela, consagrada pelo art. 273 do C.P.C, e deferido no processo principal, onde o autor busca satisfazer o seu pedido já no início do processo, diferentemente das medidas cautelares que são medidas preparatórias. O pedido feito com base no art. 273 do CPC, desde preenchidos todos os requisitos ali exigidos é deferido pelo Magistrado com rigorosa cognição dos fatos alegados e provados pelo autor.

1.1 Definição de Medidas Cautelares

Medida Cautelar é um remédio processual que tem por finalidade prevenir a eficácia do processo principal, afastando os perigos decorrentes da demora que ocorre no desenrolar do processo, buscando garantir a efetividade em relação à pretensão do autor. É um procedimento preventivo que, ante o perigo na demora e a fumaça do bom direito, pode se instaurar antes da ação principal ou no decorrer dela, para evitar prejuízo às partes, em caso da principal ser julgada procedente e a mesma perder a eficácia, em razão do tempo percorrido.

Medida Cautelar segundo DINIZ (2005, p.269). “É o procedimento preventivo ou provisional que ante o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, se instaura antes da ação principal ou no curso dela, para evitar prejuízo em caso de ser julgada procedente a ação a que se vincula em prol do postulante”.

1.2 Definição de Tutela Antecipada

A Tutela Antecipada é uma antecipação do próprio pedido principal, o qual foi requerido na petição inicial, e é ameaçado em situação de urgência.

É uma tutela satisfativa. Só poderá ser concedida pelo juiz se não houver perigo de reversibilidade do provimento antecipado. É uma medida de urgência que poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que essa decisão venha fundamentada (art.273, § 4º CPC). Segundo NERY (apud DINIZ, 2005, p.783), Tutela Antecipada é: “providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”. Tem caráter satisfativo, pois o autor não pretende evitar o dano decorrente da demora, mas obter, ainda que provisoriamente, a satisfação do direito.

1.3 Posição Doutrinaria acerca da medida Cautelar e Antecipação dos Efeitos da Tutela.

As diferenças substanciais dos requisitos existentes entre as medidas de urgência são vista por parte da doutrina como desnecessárias. Talamini aduz: (2001, p.353-354).

(...) descartada a existência de substancial diferença entre requisitos, reforça-se a tese da fungibilidade e comunicabilidade entre os regimes das medidas de urgência não tendentes à definitividade (não só entre a via cautelar e a da tutela antecipada, como entre as duas espécies de antecipação). As considerações ora desenvolvidas inclusive auxiliam na adequada interpretação do novo § 7.º do art. 273.

Para Nery Júnior: (2002, p. 652-653).

Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transforma-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de

cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para obtenção da tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar, se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Para Luiz Rodrigues Wambier e outros autores, o artigo 273, § 7º em última análise, permitem formular no próprio processo de conhecimento os pedidos de natureza cautelar.

Para eles: (2005, p.173).

Não há necessidade, como à primeira vista se poderia pensar a partir da leitura mais apressada, que a parte “qualifique” o seu pedido de “pedido de antecipação de tutela”, tendo na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. É que, ao que parece se pudesse pensar em algum tipo de graduação entre pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, aqueles que seriam *mais* e estes *menos*. Logo, não teria sentido admitir-se que poderia o autor pedir o mais no bojo do processo de conhecimento e precisar instaurar *outro processo* para formular pedido de natureza cautelar, que é *menos*. (destaques do autor)

Afirma José Maria Rosa Tesheiner que somente na órbita procedimental as diferenças entre as duas espécies de tutela ocorrem, *verbis*: (2000, p.28).

Vi que a diferença fundamental entre as medidas cautelares e antecipação de tutela não está, como enganosamente fazem crer as palavras, entre acautelar e satisfazer. A diferença decorre da circunstância de que as medidas ditas cautelares exigem procedimento próprio e específico para que sejam concedidas, ao passo que a antecipação de tutela é concedida por mera decisão interlocutória.

Porém para outra parte da doutrina encabeçada por Arruda Alvim, seria incabível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em caso de ter sido pleiteado a medida cautelar, uma vez que a antecipação de tutela exige pressupostos mais robustos que os previstos para medida cautelar. Para ALVIM (2002 p.111-112) “pedindo-se o mais o juiz poderá a vir conceder o menos. Mas não inversamente”.

Para esses doutrinadores que não concordam com a via inversa da fungibilidade, prevalece o entendimento que os requisitos da tutela antecipada são mais difíceis de ser comprovados em comparação com a medida cautelar. Na antecipação exige prova inequívoca dos fatos, verossimilhança das alegações e a

necessidade de demonstrar que o dano é irreparável ou de difícil reparação. Enquanto que a cautelar pauta-se na presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Dessa forma, a possibilidade de deferimento de tutela antecipada, mesmo que o pedido tenha sido postulado sob forma de tutela cautelar, não é unânime entre os doutrinadores. A principal argumentação é de que o pedido de antecipação de tutela necessita preencher um grau de verossimilhança da alegação mais profundo do que o *fumus boni iuris*.

Segundo Dinamarco³:

Não restam dúvidas que o dispositivo falou menos que deveria. Se a regra da fungibilidade permite a concessão de cautelar quando requerida à antecipação de tutela é inegável que a mesma seja também permitida para quando a antecipação é requerida, mas o caso é cautelar. Registre-se somente que nesse caso, tratando-se de ação cautelar preparatória, deve o juiz conceder a antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos, abrindo depois um prazo de 10 dias para o autor emendar a petição inicial, adaptando-a ao processo de conhecimento.

Ambas as medidas são uma maneira de assegurar ao cidadão o acesso à justiça de forma célere e justa.

A tutela necessitada deve ser de provimento adequado e tempestivo, devendo as técnicas e formalidades processuais se adaptar a necessidade postulada.

³ http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_Tutela.doc. Acesso em 17 dez. 2008, 21:49:55.

CAPITULO II

2 DISTINÇÃO ENTRE AS MEDIDAS ANTECIPATÓRIA E CAUTELAR

A tutela cautelar é preventiva, tendo como função específica garantir o resultado final do processo principal, de modo que não decide o mérito da lide e não influencia nessa decisão, já a tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, não limita em assegurar a realização do direito pretendido como ocorre na cautelar, mas busca sim satisfaz esse direito.

A medida cautelar tem como característica a dependência e a instrumentalidade de um processo principal, o que não ocorre na tutela antecipada.

Enquanto que a antecipação de tutela tem que ser requerida em uma ação, com todas as características, os quais são: pressupostos para existência, condições da ação, custas e termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário, as medidas cautelares podem ser intentadas antes mesmo da existência de um processo principal ou de forma incidental, ou seja, na tramitação de uma ação de execução ou conhecimento. A antecipação de tutela se dá no início da ação, através de uma decisão interlocutória proferida nos autos, cabendo dessa decisão agravo.

A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, vez que, na tutela antecipada é necessário à prova inequívoca e a verossimilhança, tendo em vista a tutela antecipada é um adiantamento da tutela de mérito, ou seja, é um adiantamento do objeto da demanda ou dos efeitos da sentença que concedeu o pedido. A cautelar pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes e a antecipação de tutela somente poderão ser com requerimento do autor.

A cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, pois a mesma visa resguardar o bem pretendido para que a futura decisão não seja frustrada. Já a tutela antecipada tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, incide direito a tutela específica, é a própria pretensão do autor.

A tutela antecipada não poderá ser concedida caso haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Trata-se de situações em que a irreversibilidade se dará tanto com a concessão da medida quanto com seu indeferimento.

Em determinados casos o juiz percebe que o deferimento ao pedido antecipado feito pelo autor vai gerar um efeito com prejuízo irreversível ao réu, mas percebe ao mesmo tempo, que, se não for concedida à tutela pleiteada em face do autor, gerará também um prejuízo irreversível ao mesmo, causando o perecimento do seu direito alegado. Nesse caso o juiz deverá ater-se ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade. Sobre esse tema já discorreu o ilustre Jardim: (2005, P.111).

(...) Em outros termos, a pura e radical proibição de concessão da tutela diante do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado poderá significar, para o autor, o perecimento de 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 menor”, tendo-se sempre presente a imprescindível proibição de excessos em face da distribuição adequada dos direitos (bens da vida) litigiosos.

Como exemplo, basta analisar os dizeres de Gonçalves: (2008, p.243).

Imagine-se pessoa portadora de doença grave que necessite ser internada com urgência e não consiga obter autorização do seu plano de saúde. Se fosse preciso aguardar o resultado do final da ação seria tarde demais.

Nesse exemplo, o autor postulará que o plano de saúde seja condenado a arcar com todas as despesas médicas e hospitalares para que possa ser efetivado seu tratamento, o que ocorreria somente na sentença final. Nesse caso de urgência o juiz deferirá o pedido do autor ainda que em caráter provisório, pois, o processo seguirá adiante para que seja dado provimento de caráter definitivo. Ocorreu que nesse caso a medida concedida pelo juiz já satisfaz a pretensão do

autor, pois o mesmo pôde conceder total ou parcial aquilo que o requerente almeja, ocorrendo aí a antecipação de tutela, caracterizada pela natureza satisfativa de mérito, com a concessão, no todo ou em parte, daquilo que foi pedido.

Segundo Gonçalves, pode ocorrer outro exemplo como sendo de medida cautelar: (2008, p.243-244).

Credor ajuíze contra o devedor uma ação de cobrança. Enquanto não sai a sentença, o credor não pode promover a execução. É possível que o devedor, sabendo da existência do processo, dilapide o seu patrimônio, transferindo seus bens a terceiros.

Exemplo esse, que mostra grande diferença ao anterior, pois, nesse caso o autor não precisa que o juiz, antecipadamente, condene o réu ao pagamento da obrigação e nem o execute de imediato. Para afastar o risco de o devedor dilapidar seu patrimônio, basta que seja concedido uma providência acautelatória, de preservação do patrimônio, ou seja, o juiz para evitar a dilapidação dos bens do devedor, determinará o arresto dos bens suficientes para garantir o pagamento da dívida. A pretensão do autor no processo de conhecimento não estará satisfeita, ele não poderá promover a execução sem a sentença condenatória, mas ficará garantido o patrimônio do devedor com bens suficientes para futuramente o credor venha a ter sua pretensão atendida.

2.1 Requisitos Específicos para Concessão das Medidas Cautelares e Espécies

Como toda ação, a medida cautelar deverá preencher todos os requisitos das condições da ação, que são: a legitimidade das partes, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. O juiz ao proferir sentença, deverá observar em ordem os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito, devendo o requerente informar ao juiz qual será a ação principal e os seus fundamentos, também deverá preencher as condições específicas, os quais requisitos são consagrados pela doutrina e costumam vir nos conceitos de “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”.

O Código de Processo Civil em seu artigo 801 inciso IV dispõe sobre o *fumus boni iuris*, cuja redação é a seguinte:

Art. 801 - O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão.

No processo cautelar o juiz contenta-se com a aparência do direito invocado, o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Diante da urgência que é característica do processo cautelar, não se pode exigir a prova inequívoca da existência do direito alegado e nem a prova inequívoca da existência do perigo, é necessário que exista somente a aparência, tanto do direito como do perigo que ameaça a pretensão do demandante.

Quanto ao “*periculum in mora*”, para que se obtenha a tutela cautelar, entende-se que a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto se aguarda a decisão definitiva, pode vir a faltar condições de efetivar a pretensão pedida na exordial. Com receio de lesão e com fundado temor de dano de que o tempo necessário para obtenção da pretensão jurisdicional fará o direito perecer, o juiz poderá determinar a medida provisória que achar necessário. Para cumprir tal requisito, é preciso demonstrar com fatos a situação de urgência.

As medidas cautelares podem e devem ser concedidas pelo juiz em determinados casos, onde sua decisão visa resguardar o direito tutelado pelas partes, e que muitas vezes ficam prejudicados por excesso de cautelas e formalismo.

O artigo 797 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2008, p.702) diz que: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência da parte”.

Nada impede a decisão favorável na ação cautelar, e desfavorável na principal ou sentença favorável na principal e desfavorável na ação cautelar, como exemplo: quando a ação principal é julgada procedente, e a cautelar improcedente, por não haver necessidade de proteger ou garantir o que é postulado no processo principal.

O art. 807 do Código de Processo Civil traz em seu conteúdo que:

Art. 807 - As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente 30 (trinta) dias e na pendência do processo principal; mas, podem, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

A decisão proferida nas ações cautelares, embora possa ser de mérito, não satisfaz e não realiza o direito alegado pelo autor, apenas toma providências para assegurar e proteger o bem em questão.

Leciona Theodoro:⁴

Assim, ao lado da tutela de conhecimento e da executiva, ambas de caráter satisfativo, concebeu-se a função acessória, complementar, da tutela cautelar, com o propósito claro de afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição.

As medidas cautelares (medidas preventivas) visam garantir a eficácia do processo principal (de natureza satisfativa), o que poderá ser comprometido pelo tempo de sua duração, a cautelar busca do Estado-Juiz uma decisão, uma garantia inicial que possa assegurar o seu direito, caso o processo de conhecimento, ação principal, seja julgada procedente.

O que se busca com essa medida é a prevenção contra o risco de dano imediato ao litigante.

No mesmo entendimento, Theodoro: (2004, p.352).

O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Toda cautelar é instrumental de um processo principal, as ações cautelares podem ser instauradas antes ou no curso desse processo, motivo que levam essas ações a poder ser preparatórias ou incidentais: preparatórias quando são ajuizadas antes do aforamento da ação principal; incidentais quando são ajuizadas no curso do processo. Ambas cautelares são dependentes do processo principal.

É possível ao juiz diante do seu poder de cautela e frente a uma situação de perigo, a concessão de qualquer tipo de providência de urgência adequada e eficaz, podendo o juiz conceder medida cautelar atípica ou inominada ou medida cautelar específica ou nominada, conforme se vê no art. 797 do CPC.

⁴ <http://www.preparatorioaufiero.com.br/art/art3.htm>. Acesso em 30 jan.2009. 21:32:04

A medida cautelar inominada é determinada pelo magistrado com a intenção de evitar dano irreparável a qualquer dos litigantes, havendo fundado receio de que um deles pode causar lesão ao outro antes do julgamento da lide, os requisitos são os mesmos das ações cautelares típicas, quais sejam: “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Consistem no receio de não alcançar a tutela pretendida no processo de conhecimento ou de execução, em razão do tempo gasto na decisão final, a sentença. O juiz poderá autorizar ou vedar a prática de certos atos.

São muitas as hipóteses que comportam as ações cautelares inominadas. Dentre as mais conhecidas estão segundo Greco (1995, p.156) as seguintes: a) suspensão de deliberações sociais; b) sustação de protesto de títulos; c) medidas contra riscos de dilapidação da fortuna; d) proibição de usar nome comercial; exercício provisório de servidão de passagem; f) remoção de administradores;

A ação cautelar inominada dá oportunidades infinitas para serem pleiteadas, as hipóteses existentes são ilimitadas. Obedecem, porém, ao procedimento geral cautelar e tem o mesmo objetivo que as demais ações cautelares. São aquelas que não foram especificadamente previstas na lei, mas que justificam pela urgência medidas provisórias imediatas.

As medidas cautelares nominadas ou típica são aquelas prevista em lei e dentre outras abrange as mais conhecidas que são:

1) Arresto – É medida cautelar com finalidade de apreender judicialmente bens indeterminados do devedor, como garantia de futura execução por quantia certa, com finalidade de evitar que o devedor lapide seu patrimônio, antes que o credor possa penhorar bens suficientes para garantia da dívida. São apreendidos tantos bens quanto sejam necessários para futura satisfação do credor.

Os bens arrestados ficarão depositados, e, posteriormente, o arresto será convertido em penhora.

O arresto pode ser incidental ou preparatório, tanto de ação de execução como de ação de conhecimento, basta que haja prova de existência da dívida.

As hipóteses legais de concessão do arresto caracterizam o *periculum in mora* e estão elencados no artigo 813 do Código de Processo Civil:

Art. 813 – O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II – quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta se ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrair ou tenta contrair dívidas extraordinárias; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores.

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipoteca-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas;

IV – nos demais casos expressos em lei.

Caberá arresto sempre que houver perigo de que no decurso do tempo possa trazer a futura execução por quantia certa, adequando ou não a circunstancia concretas previstas no art. 813 do CPC, as quais não são taxativas e sim explicativas.

O arresto tem que recair apenas sobre bens penhoráveis, pois sua finalidade é garantir e resguardar o patrimônio do devedor.

2) Seqüestro - Consiste na apreensão de coisa determinada, que é objeto de um litígio, a fim de resguardar a sua entrega ao vencedor.

Existem pontos comuns entre o seqüestro e o arresto, em razão da natureza cautelar de ambos, e do fato de ambos recaírem sobre bens móveis e imóveis, mas as duas não se confundem.

No seqüestro apreende-se uma coisa determinada, que é objeto de litígio entre as partes. A apreensão é justificada pelo temor de que a coisa litigiosa venha a parecer ou a deteriorar-se, não podendo mais tarde ser entregue ileso ao vencedor.

O seqüestro diferentemente do arresto não será convertido em penhora, para futura alienação do bem, mas garantir a posterior entrega a quem vencer a ação principal.

Como no arresto, o seqüestro será entregue a um depositário, que assume o encargo de guardar a coisa e de preservar sua integridade e incolumidade. Esse depositário é escolhido pelo juiz, podendo recair sobre uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea (CPC, art.824).

Art. 824 – Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair:

I – em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes;

II – em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea.

3) Da caução - É a garantia do cumprimento de uma obrigação, podendo ser prestada pelo próprio interessado ou por terceiro e se efetiva com a apresentação de um fiador idônea ou com o oferecimento de bens colocados à disposição do juízo. Quando é efetivada com a apresentação do fiador, a caução é chamada de fidejussória e com o oferecimento de bens é chamada de caução real.

Quando a caução for fidejussória, o fiador judicial torna-se sujeito passivo de eventual execução, tornando se responsável pelo débito.

Não haverá necessidade de instaurar-se procedimento específico toda vez que a caução for determinada no bojo de um processo, será determinada judicialmente ou a requerimento da parte interessada, cabendo ao juiz decidir sua idoneidade e adequação.

4) Da busca e apreensão - O artigo 362, segunda parte do CPC autoriza a busca e apreensão quando for descumprida a ordem judicial de depósito do cumprimento da coisa.

Art. 362 – segunda parte:

Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

A ação de busca e apreensão pode ser de natureza cautelar ou principal. Quando se busca, por meio da ação de busca e apreensão, um provimento definitivo, sem necessidade de propositura da outra demanda, a ação será de conhecimento, e não cautelar.

De acordo com o artigo 839 do CPC, o juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Quando não preenchidos os pressupostos para a concessão do arresto e do seqüestro, será deferida a apreensão judicial da coisa, por meio da busca e apreensão.

5) Da exibição - Incumbe aos art. 844 e 845 do CPC cuidar da ação cautelar preparatória de exibição de documento ou coisa. Não se confunde com a ação principal e autônoma, em que se requer em caráter definitivo, a exibição.

A ação será proposta como principal e sob a forma de conhecimento quando a exibição do documento ou coisa for bastante para satisfazer o interesse do autor. Será de natureza cautelar quando a exibição tiver por fim permitir que o interessado constate determinado fato, ou obtenha prova, para a propositura de outra ação.

Ao ajuizar a ação cautelar, o autor indicará qual a ação principal a ser proposta, permitindo ao juiz verificar se a exibição é relevante para a propositura e o desfecho da ação principal.

6) Da produção antecipada de provas – Sabe-se que há um momento oportuno para que as provas sejam produzidas, mas é possível que a demora dessa produção de provas traga perigo para certa prova, será permitido que a sua produção seja antecipada, podendo essa antecipação ser requerida como preparatória ou incidental. Caberá o ajuizamento de cautelar incidental quando o processo principal já estiver em curso, mas não apropriada para a produção de provas, postulando assim essa antecipação.

O Código do Processo Civil deveria enumerar as hipóteses em que caberia a antecipação de provas, vez que sua natureza cautelar permite ao juiz deferi-lá sempre que, do perigo na demora, puder resultar algum prejuízo para a produção de prova.

7) Dos alimentos provisórios – sendo a alimentação ao sustento de pessoa natural uma necessidade primordial, não se pode esperar até que exista uma solução definitiva entre devedor e credor. Os alimentos provisionais constituem objeto de ação cautelar e ocorrem quando ainda não há prova formada da obrigação legal de alimento. Essa obrigação legal pode ter origem no parentesco (ascendentes, descendentes e irmãos), no casamento ou na união estável.

Essa medida cautelar visa proporcionar o sustento da parte durante a pendência do processo principal.

8) Arrolamento de bens – Tem por fim deixar registrado a existência de determinados bens, protegendo-os de extravio ou dissipação. Qualquer pessoa que tenha interesse na conservação dos bens pode requerer o seu arrolamento, observando o dispositivo no artigo 856 e parágrafos do CPC que diz:

Art. 856 – Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens.

§ 1.º O interesse do requerente pode resultar de direito já constituído ou que deva ser declarado em ação própria.

§ 2.º Aos credores só é permitido requerer arrolamento nos casos em que tenha lugar a arrecadação de herança.

9) Da justificação – Embora esteja entre as ações cautelares, a justificação não tem natureza cautelar, mas sim de simples documentação. A justificação consiste em documentar, faz prova apenas de que as testemunhas compareceram perante o juiz e prestaram aquelas declarações que constam no termo.

10) Dos protestos, notificações e interpelações – São os procedimentos em que o juiz comunica a alguém uma manifestação de vontade, com o fim de prevenir responsabilidade ou impedir que o destinatário alegue no futuro que não tomou conhecimento de tal manifestação.

11) Penhor legal – É uma garantia instituída pela lei, com a finalidade de assegurar o pagamento de certas dívidas, cuja natureza é de tratamento especial. Embora inserida entre as ações cautelares, a homologação do penhor legal não tem esse caráter. A ação tem por finalidade consistir a garantia pignoratícia, ou seja, que o credor fique garantido com o penhor.

No penhor não há dependência com qualquer outro processo principal e homologação (confirmação), não é ação preparatória de futura execução, afinal não tem por objetivo constituir título executivo e sim garantir o crédito. O contrato de penhor é título executivo extrajudicial.

12) Posse em nome do nascituro – Tem por finalidade permitir a mulher provar que está grávida, garantindo, com isso, os direitos do nascituro. Decisão a respeito da paternidade deverá ser tratada em ação autônoma.

13) Do atentado – A finalidade do atentado é constatar a alteração do estado da coisa no curso de uma lide, que contrariando o direito, cause prejuízo aos efeitos da sentença que se proferir em favor do requerente e determinar o restabelecimento para que as coisas permaneçam como estavam inicialmente, sob pena daquele que o praticou ficar proibido de falar nos autos até a purgação do atentado.

A ação de atentado é sempre incidente e nunca preparatória, pois pressupõe a existência de modificação do estado fático no curso do processo.

14) Protesto e apreensão de títulos – Têm caráter meramente mercantil, e não processual, o protesto constitui ato extrajudicial, não tendo nada a ver com medida cautelar, foi equivocadamente colocado entre as ações cautelares no Código de Processo Civil. A sustação de protesto é ação de natureza cautelar, mas o protesto é ato extrajudicial.

O protesto é indispensável para que o credor requeira a falência do devedor comerciante, indispensável também para que a duplicata não aceite revista-se de força executiva, desde que acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação de serviços. Antes a recusa na devolução do título permitia ao juiz decretar a prisão do réu, essa possibilidade não foi recepcionada pela Constituição Federal, que restringe as hipóteses de prisão civil por dívida ao devedor de alimentos e ao depositário infiel, não podendo mais ocorrer prisão a recusa na devolução do título.

2.2 Requisitos específicos da Tutela Antecipada

Visando conceder aos sujeitos do processo meio capaz de afastar os danos materiais que podem ser causados por sua demora, a Lei 8.952/94 introduziu em nosso sistema processual a antecipação de tutela em seu art. 273, que assim dispõe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 7.º 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.

Não se concede tutela antecipada de ofício. Para o juiz conceder a tutela antecipada tem que haver a existência de requisitos obrigatórios que são: prova inequívoca da verossimilhança e a reversibilidade. Além dos requisitos obrigatórios, deve o interessado na antecipação de tutela preencher ao menos um dos requisitos alternativos que são: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; pedido incontroverso.

Prova inequívoca, não refere à certeza do direito, mas sim a sua aparência de verdade, exigindo a lei uma prova que confirme a afirmação do autor. Significa prova suficiente para que o juiz, no seu entendimento primário, momento em que faz análise de pedido de tutela antecipada, considere o fato alegado pelo autor, muito parecido com a verdade.

Quanto à verossimilhança é a semelhança com a verdade, ou seja, que ocorra um fato que dê mais razões ao interlocutor acreditar ser verdadeiro que falso. Para alguns doutrinadores a mera verossimilhança confunde-se com o *fumus boni juris*, requisito exigido para medida cautelar. Apesar de parecidos, diferenciam pelo fato de que na verossimilhança o legislador criou requisito mais difícil de ser preenchido no caso concreto, não bastando que a alegação pareça verdade,

devendo que tal aparência esteja ligada a alguma prova. Exige tanto que o fato pareça verdadeiro, como uma prova que o ampare, ainda que superficialmente.

No que diz respeito à reversibilidade, só será concedido à antecipação de tutela se eventual sentença de improcedência puder reverter os efeitos concretos gerados pela decisão provisória, fazendo voltar às partes ao *status quo* antes.

Nos requisitos alternativos, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é idêntico ao *periculum in mora* do processo cautelar. Consiste em mostrar ao juiz que o tempo de duração da entrega da prestação jurisdicional definitiva levará ao perecimento do direito do autor ou ao menos lhe ocasionará um prejuízo de difícil reparação, sendo necessária à concessão da tutela de forma imediata sob pena de em uma decisão positiva futura nada adiantar a parte vencedora, tornando-se inútil vencer. Esse perigo deverá ser comprovado como sendo sério, iminente e real.

Para o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, pode parecer estranho à tutela ser antecipada, o que ocorre é que, com a formalidade dos atos do processo, exigida para que ocorra um julgamento justo, muitas vezes é utilizada pelo réu como forma de prolatar a sentença, mesmo quando o direito é visivelmente a favor do autor, caso em que o réu age de má-fé, nesses casos permite a concessão antecipada do provimento final como forma de punir o réu que abusa do seu direito de defesa.

O dispositivo legal ao mencionar pedido incontroverso pretendia indicar situações em que haja mais dúvidas quanto aos fatos que fundamentam o pedido do autor, o que tornaria possível a antecipação de tutela, em duas situações: - fatos incontroversos que seriam os fatos confessados de forma expressa ou tácita pelo réu; - atos controversos que seriam os que já estão provados nos autos. Nesses casos não seria necessário à comprovação probatória, permitindo assim a antecipação da tutela, enquanto a parcela controvertida do pedido, o que demanda instrução probatória, seria responsável pela continuação do processo.

A tutela antecipada é própria do processo de conhecimento. Não é admitida no processo de execução porque nesse o titular do direito já tem formas suficientes para concretizá-los. Não caberá a antecipação de tutela em processo cautelar, pois nele se busca obter a proteção e resguardo do provimento.

Cabe tutela antecipada tanto em processo de procedimento comum, sendo ele ordinário ou sumário e também nos de procedimento especial.

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

Concedida ou não a tutela, o processo prosseguirá até julgamento final.

2.3 Características do processo cautelar

Características existentes nas medidas cautelares que as diferenciam dos demais:

- Instrumentalidade: Ao analisar o processo cautelar, é necessário que o juiz verifique o principal para ter certeza da medida mais adequada. Surgindo daí, sua natureza instrumental, pois essa medida não tutela o direito material em si, mas visa proteger o provimento jurisdicional. Por ser o meio que procura resguardar o resultado final positivo a favor do pedido do autor, essa medida é qualificada por alguns autores como sendo instrumento do instrumento e há entendimento que o processo principal serve á tutela do direito material, enquanto o cautelar serve a tutela do processo.

- Acessoriedade: por não terem natureza satisfativa, as medidas cautelares buscam a proteção do provimento de um processo principal. A sentença no processo cautelar só tem sentido como forma de proteger outro provimento, sendo este o definitivo. Como consequência o processo cautelar terá seguimento somente se houver a existência do principal, caso este se extingue o processo cautelar deixará de existir.

- Autonomia: o processo cautelar apesar de ser acessório, ou seja, ligado ao processo principal, ele tem dupla face, pois, forma-se uma nova relação processual, o qual exige outra citação do réu e um procedimento próprio, com peculiaridades que o diferenciam de outros processos. O processo cautelar deve ser julgado por sentença distinta da proferida no processo principal. Com freqüências os juizes proferem sentença única, julgando os dois juntos, principalmente quando foi deferida liminar no processo cautelar, alcançando antecipadamente a finalidade de proteger e resguardar o bem almejado. O juiz tem que se preocupar em examinar tanto o processo cautelar quanto o principal, não podendo esquecer de fazê-lo, pois o mérito do processo de conhecimento e diferente do processo cautelar. Se o procedimento do processo cautelar já estiver chegado em fase oportuna, o magistrado deverá proferir a sentença cautelar,

deferindo ou indeferindo o pedido postulado, e, posteriormente, julgar o processo principal.

- Urgência: são consideradas tutelas de urgência, pois pressupõe uma situação de risco, perigo que deve ser afastado de imediato ou em curto espaço de tempo. Isso ocorre pelo fato de o magistrado não ter tempo hábil para fazer uma reflexão mais aprofundada e definitiva e nem colher todos os elementos necessários para essa verificação do direito.

- Sumariedade da cognição (forma de como o juiz deve se proceder na lide): Nas cautelares é muito superficial essa análise do magistrado, pois, sua natureza urgente não permite uma análise mais profunda dos fatos, levando o juiz a contentar-se em primeira análise com o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Há casos que a medida precisa ser concedida sem ouvir a parte contrária. Essa sumariedade da cognição não diz respeito apenas ao direito que o autor diz ser titular, mas também a existência do perigo.

- Provisoriedade: por sua natureza as cautelares são provisórias, vindo a serem substituídas em momento oportuno, por outras de natureza definitiva. Ao conceder uma liminar o juiz tem em vista o que está ocorrendo naquele momento, podendo ocorrer posteriormente a revogação ou a modificação. O deferimento da medida cautelar não influencia na sentença final, visto que essa medida não dá solução a litígio.

- Revogabilidade: com o fim do processo principal, encerra-se a utilidade das cautelares, pois, as mesmas se não revogadas são substituídas pelo provimento definitivo. Deferida uma tutela cautelar o magistrado poderá a qualquer tempo modificá-la ou revogá-la, seja por aparecerem fatos ou provas novos ou porque o juiz avaliou melhor o que tinha concedido anteriormente. Se o magistrado julgar o processo cautelar enquanto o processo principal está em curso, a medida concedida na sentença poderá ser modificada antes do julgamento da principal, caso o mesmo perceba ter se tornado inadequado, excessivo, desnecessário ou insuficiente.

- Inexistência de coisa julgada: a sentença nas ações cautelares não se torna definitiva, isto é, não estão sujeitas a coisa julgada material. Por exemplo: um credor ajuíza ação cautelar de arresto preparatória da cobrança. A cautelar segue seu percurso normal sendo julgada procedente. No decorrer do processo principal o juiz verifica que a medida de urgência deve ser modificada para preservar os

interesses do autor ou revogada por não ter mais necessidade. O juiz deve modificar ou revogar a medida sem nenhum problema.

- Fungibilidade: É a possibilidade que o juiz tem em conceder à medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte em questão, mesmo não sendo essa a medida postulada. Entre as cautelares existe a dificuldade freqüente em apurar qual espécie de medida é mais adequada a ser postulado, ou seja, qual o ato processual mais adequado a ser tomado. Nesse caso, o juiz pode valer-se do princípio da fungibilidade para conceder ao autor à medida que lhe pareça mais adequada, mesmo não correspondendo à medida que foi postulada. Essa aplicação da fungibilidade ocorre nas cautelares pelo fato de não estar em análise, o direito material das partes e sim a eficácia do processo que é o instrumento da jurisdição, sendo a cautelar um dos meios a garantir a efetividade do processo. O juiz poderá determinar a medida provisória que julgar adequada, desde que haja fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, pode causar ao direito da outra parte, lesão grave e de difícil reparação.

CAPITULO III

3 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida de urgência que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

Todas as situações que admitem a aplicação da fungibilidade têm por dificuldade apurar qual o provimento jurisdicional mais adequado a ser postulado, ou qual ato processual é mais adequado para tal situação.

3.1 Fungibilidade das tutelas de urgência – Artigo 273, § 7º do CPC.

A demora dos ritos processuais que levam o processo a uma sentença definitiva é um dos maiores problemas daquele que invoca a tutela jurisdicional do Estado, a fim de ver sua pretensão atendida a qual julga ter direito.

Foram criadas assim, as medidas de urgência que são em estudo as medidas cautelares e a tutela antecipada.

Surgiu assim, a dificuldade do litigante em escolher qual a medida adequada para solucionar seu problema levando em conta que a diferença de caráter teórico entre medidas cautelares e antecipatórias tem gerado dificuldades a advogados, que em razão das divergências entre autores e da dificuldade que a matéria apresenta, sempre enfrentam dúvidas a respeito de requererem tutela de urgência de acordo com o sistema cautelar ou no início do processo de conhecimento como o pedido de tutela antecipada.

A expressão “fungibilidade” foi emprestada do legislador civil ao processual. No direito civil, coisas fungíveis são aquelas que podem ser substituídas por outras de espécie, qualidade e quantidade.

No processo civil sabe-se que o juiz não pode apreciar o pedido do autor diferente do que foi pedido, não pode conceder nem a mais e nem a menos sob pena de sua sentença ser *extra petita* ou *ultra petita*.

Porém, há casos que o legislador permite que o juiz conceda determinada medida ou aprecie o pedido de forma diferente daquele que foi formulado, evitando prejuízo às partes. Para que o juiz tenha essa liberdade é preciso que a lei tenha instituído a fungibilidade entre a medida postulada e a concedida.

Em razão dessas divergências e da dificuldade que o profissional do direito encontra em diferenciá-las, a jurisprudência, com a nova reforma processual em 2002, com o advento da Lei 10.444, acrescentou o § 7º do artigo 273 do CPC, o qual tem admitido a fungibilidade procedimental entre medidas cautelares e antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos necessários. Entretanto, existe quem recuse a fungibilidade quando há erro grosseiro na apresentação do pedido, existindo aqueles que acreditam que a lei deva ser interpretada literalmente, e não admite a apreciação de pedido de tutela satisfativa (antecipada) veiculado através do procedimento do Livro III do CPC, já que o novo dispositivo diz expressamente apenas a hipótese inversa, o qual assim descreve:

§ 7º do artigo 273 - 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.

O legislador autorizou conceder menos, o que ocorre quando se pede tutela antecipada e há concessão de uma medida cautelar por parte do juiz, chamado pelos doutrinadores de fungibilidade regressiva, ocorrendo o inverso quando o autor pede a tutela cautelar e o juiz concede a tutela antecipada, podendo chamar assim de fungibilidade progressiva, trazendo discussão na doutrina, pelo fato da ausência de previsão legal para presente possibilidade. Para alguns doutrinadores é possível em face do princípio da instrumentalidade, ou seja, o princípio pelo qual diz que o ato realizado de forma diversa da exigida por lei deve ser considerado válido pelo magistrado se alcançar à finalidade pretendida, enquanto que para

outros não é possível, porque não se pode valer de pressupostos simples para conseguir o mais grave. A maioria dos doutrinadores entende que o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil só pode ser aplicado em caso de dúvida, sob o fundamento que se deve aplicar o pressuposto da fungibilidade dos recursos.

3.2 Requisitos para aplicação da fungibilidade nas Medidas Cautelares e na Antecipação de Tutela.

Fazendo a leitura do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, é fácil verificar que a lei exigiu como primeiro requisito para que se possa utilizar do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a necessidade de estar presente todos os requisitos autorizadores da espécie de tutela que será concedida. Sendo assim, no processo de conhecimento, se o autor, a título de tutela antecipada, pleitear uma medida de natureza cautelar, para que possa ser deferida conforme a Lei é necessário que estejam presentes o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Ausentes esses requisitos, a medida não será deferida, vez que a situação apresentada e as alegações deduzidas não levam a concessão da tutela de urgência pleiteada por faltarem os respectivos pressupostos.

Há questões que se encontram de forma difícil de ser interpretada, são as chamadas “zona cinzenta”, são questões que geram dúvida. Existe entendimento que a fungibilidade só deveria existir nesses casos. Segundo (SPADONI, 2003, p. 72/94). “a demonstração desse requisito se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados”.

Pondera DELFINO:⁵

Afastando a subordinação aos requisitos para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, tendo em vista que não há, no dispositivo em análise, intenção de prevenir abuso de direito ou má-fé daqueles que pleiteiam a tutela, mas tão somente o objetivo de desburocratizar e flexibilizar o processo.

⁵ Delfino. Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *In* Revista de Processo n.112. São Paulo: RT

Além da questão em debate surge a indagação se o juiz está autorizado a conceder medidas cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento (com fundamento no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil) ou somente cautelares típicas, ou seja, nominadas.

Existem controvérsias em relação à aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, parecendo que o entendimento predominante é aquele que visa não existir outros requisitos senão os expressos no § 7.º do artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como ser possível concessão de cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento.

3.3 A “mão dupla” da fungibilidade nas tutelas de urgência.

A fungibilidade, que antes se limitava somente às medidas cautelares, com a Lei n. 10.444/002 que acrescentou ao texto o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, permitiu claramente ao juiz conceder tutela cautelar se o autor tiver requerido uma tutela antecipada, desde que preenchidos os todos os requisitos.

Pela doutrina essa hipótese já vinha sendo aceita durante algum tempo, primeiro por causa da instrumentalidade do processo como forma de diminuir o formalismo e em relação às duas medidas de urgência, pelo fato de que na tutela antecipada os requisitos são mais exigentes do que na aplicação da medida cautelar, além da economia e da celeridade processual.

O que se questiona é a possibilidade da via inversa, ou seja, o juiz deferir uma tutela antecipada, quando tiver sido postulado uma medida cautelar. Ocorre a dúvida em ser a fungibilidade viável nas duas direções.

Os doutrinadores divergem sobre essa via dupla. Existe posicionamento tanto em relação a essa mão dupla, quanto a sua impossibilidade. Valendo-se ambas as posições de fundados argumentos, porém, predomina a aceitação da fungibilidade em mão dupla.

Comentando a segunda fase da Reforma do Código de Processo Civil, Cândido Rangel Dinamarco, assim posiciona:⁶

O novo texto deve ser lido somente como portador de autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003, p. 92-94. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2578>. Acesso em 22 fev. 2009. 21:38:01

Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Bem pensando, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas, de propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, ter qualificado como coação os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra da *mihi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra. Tal é também o significado e a medida de aplicação da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda, de muito em direito processual (arts. 128 e 460). É da jurisprudência pacífica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrados, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). Esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.

Valendo-se do termo “duplo sentido” (BEDAQUE,2006, p.388-389), realça a posição de Dinamarco, lembrando que “a adequação a ser feita pelo juiz é a própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional”.

O processualista Paulo Afonso Brum Vaz pondera sobre essa questão, sustentando a impossibilidade do duplo sentido vetorial das tutelas de urgência:⁷

Pensamos que, em linha de princípios a fungibilidade autorizada pelo novo § 7º do artigo 273 do CPC não abarca a hipótese de antecipação dos efeitos da tutela de direito material postulada em processo cautelar. Nem poderia, sob pena de grave subversão da ordem processual e da natureza dos institutos. Se admitida a possibilidade de se deferir antecipação dos efeitos da tutela em processo cautelar, teríamos ferido de morte o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual. As partes têm o direito subjetivo ao rito definido por lei. Pretensão que tenha por objeto o reconhecimento da fruição do direito material objeto do litígio deve ser vertida no processo de conhecimento. Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória der direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela). Existe uma substancial distinção entre os

⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC)*. Revista de Processo. v.32.n.144. fev.07,p.23-37

modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo ao da cautelar deficitário em relação à antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo cautelar é limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.
(...)

Outro motivo diz respeito à questão do interesse processual. Se a medida antecipatória pode ser obtida em um único processo (o de conhecimento), faleceria o interesse processual do autor de postulá-la em procedimento cautelar, que exige a propositura de uma outra ação, denominada principal. Teríamos, então, dois processos, quando por um apenas se poderia solucionar a lide em todos os aspectos. A menos que se entenda que o processo principal ficaria dispensado para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos do que os da cautelar.

Contrário a mão dupla da fungibilidade, também é Arruda Alvim, porque segundo o jurista:⁸

O deferimento de tutela antecipada dentro da cautelar implicaria em uma decisão *ultra petita*, vez que o magistrado deferiria o “mais” quando pleiteado o “menos, ressaltando que os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos do que os da cautelar.

Destaca-se a abordagem feita por CARVALHO (2004/2005, p.8-11), para defender a inviabilidade da dupla direção da fungibilidade das tutelas de urgência. “por conta da distinção entre as medidas, não é lícito ao juiz deferir tutela antecipada quando pleiteada uma medida juridicamente identificada com cautelar porque se deferiria satisfativamente sem pedido”.

Para CRUZ (2006, p.161), “apenas em casos excepcionalíssimos, a fim de se evitar dano grave e irreparável, a mão inversa haverá de ser admitida permitindo-se a concessão de tutela antecipada quando formulado pedido cautelar”.

É unânime que a parte não pode ser prejudicada por questões formais ou por divergências de entendimento entre o advogado e o magistrado. Observando que ambas as tese são defensíveis, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, seja no caso literal da lei (providência cautelar pleiteada a título de tutela antecipada) ou no sentido inverso (pedido de tutela antecipada formulada em medida cautelar). Agindo assim estará o magistrado

⁸ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 07.05.2002*. Revista de Processo, n 108. out./dez.2002, p. 105-114.

concedendo proteção ao direito da parte, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da medida alterada.

De acordo com grandes doutrinadores destaca Marcato (2004, p.808): “Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder a tutela antecipada em lugar de cautelar”.

As melhores doutrinas já vêm pacificando que o artigo em questão, realmente deve funcionar em mão-dupla. Ou seja, feito um pedido cautelar no bojo de um processo de conhecimento, deverá o juiz de ofício conhece-lo e decidi-lo se o pleito é tutela antecipada, levando em consideração a presença dos requisitos que dão ensejos à sua concessão e vice-versa.

3.4 Posição Jurisprudencial quanto a Fungibilidade nas Medidas de Urgência.

“STJ - PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA ANTECIPATÓRIA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO À SENTENÇA RESCINDENDA. CABIMENTO. 'FUNGIBILIDADE' DAS MEDIDAS URGENTES. FUMUS BONI IURIS. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. - Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda. - Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual. - Não há o fumus boni iuris, requisito da suspensão da execução da sentença rescindenda, se a ação rescisória se funda em ofensa a literal disposição de lei e a sentença se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. (RESP 351766 / SP; RECURSO ESPECIAL 2001/0111012-0. DJ DATA:26/08/2002 PG:00214. Relator: Min. NANCY ANDRIGHI)”.

Nesse caso, o entendimento da aplicação da fungibilidade que pode ocorrer nas hipóteses de ausência de erro grosseiro ou dúvida fundada se repele. A medida cautelar é o meio adequado para dar suspensão à sentença rescindenda, ou seja, aquela sentença sujeita a ação rescisória, ação essa que se define segundo Guimarães (2004, p.37).

Ação Rescisória de sentença – Pede nesta a decretação da nulidade de sentença transitada em julgado e que, em razão disto, se profira novo julgamento. A ação será proposta perante o Presidente do Tribunal, dentro do prazo prescricional de 2 anos a partir do transito em julgado, e será julgado em única instância. O autor a propô-la, deve depositar 5% do valor da causa, que reverterá ao réu se houver improcedência da ação.

No entanto, o Tribunal, entendendo presentes os requisitos necessários à concessão de medida cautelar, a concedeu de forma incidental devido ao princípio da economia processual.

O nobre julgador analisou a causa de pedir e o conteúdo da pretensão, não levando em conta o erro quanto à nomeação do pedido.

“TJSC CAUTELAR INCIDENTAL. Vedação de inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplente. Contrato de arrendamento mercantil 'sub judice'. Matéria afeta à tutela antecipatória. Inicial inepta. Não configuração. Embora possa a providência cautelar deduzida enquadrar-se, com maior precisão jurídica, no âmbito da tutela antecipatória, nem por isso identifica-se a inépcia da inicial pela utilização daquela, ao invés desta. Ainda mais quando se tem que, nos moldes das últimas alterações introduzidas no texto da codificação processual civil, está autorizada expressamente a fungibilidade dentro do denominado 'duplo sentido vetorial', o que impõe ao magistrado o dever de operar a conversão da tutela antecipatória em medida cautelar, quando ajuizada aquela desta se tratar, e vice-versa. **Acórdão: Apelação Cível 2003.007646-8 Relator:** Des. Trindade dos Santos. **Data da Decisão:** 14/08/2003”.

Esse julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina trata da possibilidade da concessão da “mão-dupla” entre as medidas de urgência. Ocorreu nesse julgado o uso do princípio da fungibilidade, onde foi pleiteada tutela antecipada nos autos de ação cautelar. Foi possível essa mudança porque estavam presentes os requisitos necessários para tal concessão, onde pôde ser feito e recomendado à adequação, devido aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

“TRF1. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO — PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR — MIGRAÇÃO DE PARTICIPANTES E DE RECURSOS ENTRE ELES — FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDA CAUTELAR E MEDIDA ANTECIPATÓRIA DE TUTELA — POSSIBILIDADE, DESDE QUE REQUERIDA E ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS DA CAUTELAR — ART. 273, 7º, DO CPC. I - Não preenchidos os requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, permite o § 7º do art. 273 do CPC a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela, desde que, requerida, estejam presentes os pressupostos da cautelar. II - Conquanto, em princípio, possa haver plausibilidade de tutela do direito material invocado - cuja efetiva existência deverá ser apreciada e dirimida definitivamente a final - incorre, na espécie, o *periculum in mora*, vale dizer, o fundado receio de que o requerido, antes do julgamento da lide, cause, ao direito do autor, lesão grave e de difícil reparação, tal como previsto no art. 798 do CPC, com o risco de virem a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela do direito, por já se ter operado a migração de participantes e de recursos entre os Planos de previdência complementar, porquanto ambos os Planos são geridos e administrados pela Fundação Petrobrás de Seguridade Social - PETROS, que é parte no feito, como litisconsorte passiva necessária, ao lado da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, ficando ambas obrigadas a restabelecer o status quo ante, na hipótese de eventual procedência da ação ordinária. III - Agravo de instrumento provido. Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 01000000252 Processo: 200301000000252 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 09/06/2003. DJ DATA: 28/10/2003 PAGINA: 79. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO.”

Neste caso, o autor requereu antecipação de tutela, tendo o seu pedido de caráter claramente acautelatório. Mesmo se admitindo a fungibilidade, o magistrado entendeu ausentes os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar em função do *periculum in mora*.

CONCLUSÃO

As medidas de urgências já eram conhecidas à época do direito romano. As cautelares surgiram da necessidade de proteger o bem ameaçado, o qual fora postulado em uma lide, onde não ocorrendo essa proteção de nada adiantaria o juiz deferir o pedido do autor. É uma forma de prevenir a eficácia do processo principal. O processo cautelar terá seguimento somente se houver a existência do principal, caso este se extingue o processo cautelar deixará de existir.

Visando essa prestação jurisdicional, onde a parte busca a satisfação do seu pedido, o legislador introduziu no Código de Processo Civil, em seu artigo 273, a chamada tutela antecipada, pois a medida cautelar não tem poder de satisfazer antecipadamente a pretensão do autor, mas sim assegurar provisoriamente essa pretensão. Buscando de forma mais célere e justa e desde que preenchido os requisitos necessários, o magistrado poderá deferir o pedido feito pelo autor. A tutela antecipada é uma antecipação do próprio pedido na petição inicial. Enquanto que a antecipação de tutela é considerada uma tutela satisfativa, a medida cautelar é considerada uma medida preventiva.

Para que o juiz possa deferir um pedido de medida cautelar, terão que ser observados os requisitos ante o *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), podendo ser essa medida instaurada antes da ação principal ou no curso dela, para evitar prejuízo em caso de ser julgada procedente a ação requerida pelo autor. Já na antecipação de tutela os requisitos são mais rígidos, sendo necessário que haja prova inequívoca da verossimilhança e a reversibilidade. Além dos requisitos obrigatórios, deve o interessado na antecipação de tutela preencher ao menos um dos requisitos alternativos que são: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso de direito; defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; pedido incontroverso. Não se concede

tutela antecipada de ofício. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Concedida ou não a tutela, o processo prosseguirá até julgamento final.

As medidas cautelares podem ser propostas antes da ação de conhecimento ou de execução, ou no seu curso, enquanto que é possível postular a antecipação de tutela em qualquer momento do processo principal, até mesmo após a sentença ou em grau de recurso.

Por existir situações que deixam o magistrado em dúvidas ao requerimento adequado das medidas, as chamadas “zonas cinzentas”, o Código de Processo Civil inseriu em seu art. 273 o § 7º, que fala da possibilidade do princípio da fungibilidade, ou seja, que 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, o que significa que o juiz poderá de ofício alterar o pedido de natureza cautelar para um pedido de antecipação de tutela.

Com a inclusão desse parágrafo no referido artigo, surgiu à dúvida em relação à possibilidade dessa fungibilidade, quando o autor a título de medida cautelar, requer providência de antecipação de tutela.

Ocorre que a antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal, enquanto que a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

Sabe-se que os requisitos para antecipação de tutela são bem mais rigorosos que os requisitos da medida cautelar. Por esse motivo, a maioria dos doutrinadores entende que apesar do legislador não mencionar tão possibilidade dessa fungibilidade, poderá o magistrado conceder tão alteração de ofício.

A diferença básica entre as duas medidas está nas palavras prevenção e satisfação. Enquanto que a cautelar visa proteger o bem da vida de qualquer risco, a antecipada visa satisfazer o autor com a entrega do bem da vida antes do julgamento do mérito.

Antes a antecipação de tutela somente poderia existir se a parte solicitasse, enquanto que a cautelar, poderia ser de ofício como também a pedido do autor. Agora sem qualquer objeção doutrinaria, é possível a concessão de provimentos cautelares no correr das demandas de conhecimento. Não existe mais necessidade de instaurar um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um

provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente como menciona o texto legal. A redação do dispositivo é clara, quando fala que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado.

Outra questão foi quanto à necessidade de o autor fazer a emenda da petição inicial, quando tal modificação de requerimento ocorre de ofício. A maioria dos doutrinadores entende não existir a necessidade de emendar a exordial quando ocorrer à fungibilidade entre tais medidas de urgência, mas, discordando da maioria, o grande e admirado doutrinador Dinamarco concorda em não haver dúvidas que o dispositivo em julgo, falou menos que deveria, entende que, ocorrendo tal fungibilidade em qualquer um dos sentidos, ou seja, fungibilidade em “mão dupla” deverá o autor emendar a petição inicial, adaptando-a ao processo de conhecimento em 10 (dez) dias.

Quanto à posição jurisprudencial, há o entendimento da aplicação da fungibilidade que poderá ocorrer nas hipóteses de ausência de erro grosseiro ou dúvida fundada, entendem que estando presentes os requisitos necessários à concessão das medidas devem os magistrados de ofício concedê-las, visando o princípio da economia e da celeridade processual.

Concordo que o legislador ao deixar de mencionar no art. 273 o § 7º do CPC, a possibilidade da “mão dupla” entre as medidas de urgência cautelares e antecipatórias deixa ao magistrado, margem para interpretar tal situação ao seu modo, desde que respeitando todos os requisitos necessários.

Considerando que o que é “zona cinzenta” para um juiz, pode não ser para outro, cabe ao magistrado julgar pelo seu convencimento buscando ser justo, honesto e convicto em suas decisões, fundamentando-as.

Pela dificuldade que os advogados encontram em diferenciar tais medidas, partem para requerer a antecipação de tutela, visando à possibilidade da fungibilidade, muitas vezes não se preocupando em entender a diferença entre ambas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 07.05.2002. *Revista de Processo*, n 108. out./dez.2002, p. 105-114.

BORGES, Flávio Buonaduce. Tutelas Cautelares e Tutelas Antecipatórias. Disponível em: www.mundojuridico.avv.br. Acesso em: 25 de fev. 2009, 20:30:45.

Códigos, Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 4 ed. Ed. Saraiva, 2008.

_____. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004.

Delfino. Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *In Revista de Processo* n.112. São Paulo: RT

DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003, p. 92-94. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2578>. Acesso em 22 fev. 2009. 21:38:01

RIOS, Marcus Vinícius Gonçalves. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295-312.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71-75.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 2 tiragem vol. 3 São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241-302.

_____. **Processo de execução e cautelar** 2007, p.124-177 9 ed. Sinopses Jurídicas.

RODRIGUES, Luiz Wambier. in *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, p. 352-355, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 18 ed. São Paulo: Universidade de Direito, 1999. 505p.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 352-354).

Uni-ANHANGUERA-CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS. **Orientação para trabalhos acadêmicos**. Goiânia, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC)*. Revista de Processo. v.32.n.144. fev.07,p.23-37

<http://antares.ucpel.tche.br/direito/revista/vol6/12Claudiorevisado.pdf>.
www.jus.com.br/doutrina.

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_Tutela.doc. Acesso em 17 dez. 2008, 21:49:55.

www.jus.com.br/doutrina.

<http://www.preparatorioaufiero.com.br/art/art3.htm>. Acesso em 30 jan.2009. 21:32:04

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7313>

<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/antecipacao-tutela.htm>>.

http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4607/Fungibilidade_entre_Cautela_e_Antecipacao_de_Tutela_Alteracoes_da_legislacao_Processual_no_Periodo. Acesso em 17 dez. 2008, 20:36:42.

<http://www.webartigos.com/articles/2342/1/as-medidas-cautelares-e-a-fungibilidade-estabelecida-no-artigo-273--7-do-codigo-de-processo-civil/pagina1.html>