

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

FACULDADE DE DIREITO

JOANNA BENEDINI STRINI PORTINARI BEJA

*"A FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A
TUTELA CAUTELAR"*

COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – 2013

JOANNA BENEDINI STRINI PORTINARI BEJA

*"A FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A
TUTELA CAUTELAR"*

Monografia apresentada à PUC –
COGEAE - Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão, como parte dos requisitos para
a obtenção do título de especialista em
Direito Processual Civil da Pontifica
Universidade Católica de São Paulo –
PUC SP.

Orientadora: Profa. Izabelle
Albuquerque Costa

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – OUTUBRO/2013

Agradeço a minha orientadora, Profa. Izabelle Albuquerque Costa, pelo apoio, interesse e colaboração na realização deste trabalho, bem como pelos sábios entendimentos.

Aos meus Pais, tanto pelo amor, quanto ao valor que dão à família, por terem dedicado toda a vida aos filhos e pelo incentivo, apoio e oportunidade para que eu concluísse mais uma etapa da minha vida.

A mim, por ter tido paciência, tolerância e dedicação para a realização dessa especialização e conseguir chegar até esta etapa de minha vida.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia procurou realizar de forma sintética, dentro de quatro capítulos, a explanação referente à Fungibilidade entre a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar, a fim de demonstrar a sua eficácia perante situações confusas sobre qual a medida adequada. Este trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, será realizada uma abordagem sobre a Tutela Antecipada. O segundo capítulo versará sobre a Tutela Cautelar. O terceiro capítulo tratará da Fungibilidade da Tutela Antecipada com a Tutela Cautelar, comentado em especial, a fungibilidade de “mão dupla”. O quarto capítulo falará tratará das alterações desses institutos com a criação do Novo Projeto do CPC.

Palavras chaves:1. Tutela Antecipada. 2. Tutela Cautelar. 3. Fungibilidade entre a Tutela Antecipada e a Tutela Cautelar. 4. Novo Projeto do CPC e as Tutelas de Urgência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
METODOLOGIA.....	10
1. TUTELA ANTECIPADA.....	11
1.1. Conceito.....	11
1.2. Natureza Jurídica.....	18
1.3. Requisitos.....	19
1.3.1. Prova inequívoca da verossimilhança da alegação.....	21
1.3.2 Reversibilidade do provimento antecipado.....	25
1.3.3. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	27
1.3.4. Abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.....	29
1.4 Momento para a concessão da tutela antecipada.....	30
2. TUTELA CAUTELAR.....	38
2.1. Conceito.....	38
2.2. Natureza Jurídica.....	44
2.3. Requisitos.....	47
2.3.1 Fumus boni iuris.....	51
2.3.2. Periculum in mora.....	52
2.4 Momento para a concessão da tutela cautelar.....	54
3. FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR.....	57
3.1 Introdução.....	57
3.2 A fungibilidade presente no § 7º do artigo 273 do CPC.....	59
3.2.1. Pressupostos para a fungibilidade.....	61
3.2.2. Fungibilidade de mão dupla.....	64
3.3. Diferenças e semelhanças entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	68
4. NOVO PROJETO DO CPC E AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	74
4.1. Introdução.....	74

4.2. Principais mudanças.....75

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....88

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....90

INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido em virtude de considerá-lo de grande importância, tendo em vista que a Lei nº 8.952/94 deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, trouxe a possibilidade da concessão da tutela antecipada nos processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos específicos previstos no artigo 273 CPC, tais como: requerimento da parte, prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso caracterizado de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu. A antiga redação do artigo 273 do CPC permitia a concessão de tutela antecipada apenas em situações que tivessem previsão na legal (*numerus clausus*), bem como aquelas que dependiam do preenchimento dos requisitos específicos.

Antes do advento da Lei nº 8.952/94, o autor suportava a morosidade processual, pois a demora do processo impossibilitava-o de ver a sua pretensão apreciada e satisfeita em um curto espaço de tempo. Consequentemente muitos réus utilizavam-se dessa demora processual, como forma de eliminar a resistência do autor, realizando acordos às vezes desfavoráveis. No entanto, a nova redação do artigo 273 do CPC busca maior celeridade com relação à morosidade nas soluções dos litígios, pois, com a concessão da tutela antecipada ao autor, o juiz satisfará, ainda que de forma provisória, o pedido, desde logo, em detrimento ao réu, que passará a suportar o ônus da demora.

Com essa antecipação, todos ou alguns efeitos da tutela, serão confirmados com o proferimento da decisão principal, ou, em caso de rejeição do pedido, eles serão revogados. Acaba-se se criando, em favor da parte, uma situação provisória, que pode tornar-se definitiva ou não.

Outra novidade que a Lei n° 8.952/94 trouxe ao artigo 273 do CPC foi a criação do §7º, que consiste na possibilidade de aplicar a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, tendo em vista que nem sempre é possível identificar, no caso concreto, se a medida adequada é cautelar, devendo ser requerida nos termos dos artigos 796 e seguintes do CPC ou se trata-se de antecipação dos efeitos da tutela. Nessas situações em que há dúvidas sobre qual a modalidade de tutela de urgência deve ser concedida, e sobre qual procedimento deve ser utilizado, o §7º do artigo 273 do CPC autoriza que o juiz aplique o princípio da fungibilidade, ou seja, o juiz poderá receber o pedido antecipatório como sendo cautelar.

Veremos no decorrer deste trabalho, que há grande controvérsia acerca da possibilidade de se interpretar o artigo 273, § 7º, como fungibilidade de “mão dupla”, ou seja, se a parte, a título de tutela antecipada, requerer medida de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os requisitos específicos, deferir a medida cautelar e vice-versa.

O novo projeto do Código de Processo Civil possui o escopo de eliminar o livro destinado ao processo cautelar, bem como passa a chamar a tutela antecipada e a tutela cautelar como tutelas de urgência, tendo em vista que ambas constituem espécies do mesmo gênero, ou seja, de urgência.

Para que não seja necessário o requisito de urgência, o projeto também visou criar a tutela de evidência, fundando-se apenas na evidência dos fatos alegados por uma das partes. A tutela de evidência surge porque alguns direitos são mais evidentes que outros, porque os fatos alegados por uma das partes podem apresentar maior comprovação de certeza, merecendo a concessão de uma tutela imediata, prescindindo do requisito urgência.

METODOLOGIA

No desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método analítico dedutivo, pois a investigação foi feita por meio de estudos doutrinários, com jurisprudências e leis, para buscar a devida compreensão sobre tutela antecipada, tutela cautelar, suas diferenças e possibilidade de fungibilidade. Neste trabalho pretende-se entender e explicar o tema de forma ampla e clara.

Segundo Maria Margarida Andrade, “pesquisa é o conjunto de procedimentos sistemáticos, baseados no raciocínio lógico, que tem por objetivo encontrar soluções para problemas propostos, mediante a utilização de métodos científicos”.¹

A fungibilidade entre as tutelas de urgências, objeto de estudo deste trabalho, é tema de futura reestruturação com o advento do Novo CPC.

Utilizaram-se pesquisas bibliográficas, assim como, análises publicadas em artigos de revistas sobre o tema, obras doutrinárias, pesquisas na internet, jurisprudências ministrada sobre o assunto da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Utilizaram-se também a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, a Lei n° 8.952/94 e, Novo projeto do CPC. Houve seleção do material pesquisado e muita leitura para que a discussão fosse aqui desenvolvida.

¹ ANDRADE. Maria Margarida. **Introdução à metodologia do trabalho científico.** 7 ed. São Paulo:

1. TUTELA ANTECIPADA

1.1 Conceito

A tutela antecipada é uma espécie do gênero das tutelas de urgência, que está prevista no artigo 273 do CPC e, consiste na possibilidade de o juiz, mediante requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pleiteada na demanda inicial. No entanto, não basta somente o requerimento ao juiz; é imprescindível que se preencham alguns requisitos essenciais para a concessão da tutela antecipada. Dentre esses requisitos, devem existir prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

O artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que:

“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 manifesto propósito protelatório do réu.”

Assim, com o preenchimento desses requisitos, o juiz, por meio de decisão interlocutória, concederá a tutela antecipada, total ou parcialmente, bem como deverá, na sua decisão, indicar de forma clara e precisa quais foram as razões para a concessão da tutela.

No entanto, não será concedida a antecipação dos efeitos da tutela quando não houver o preenchimento dos requisitos e quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 273 do CPC.

Todavia, é de se notar que o § 6º do artigo 273 do CPC permite a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso e os demais pedidos forem controvertidos.

Ademais, ainda que haja um pedido na demanda e se parte dele ficar sem impugnação, é possível a concessão da tutela antecipada.

O artigo 273 § 6º do CPC estabelece:

“**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:

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

Humberto Theodoro Junior entende que:

“O § 6º, acrescentado ao art. 273 pela Lei nº 10.444, de 07.02.2002, cuida de um caso em que se torna mais facilmente alcançável a antecipação de tutela. Trata-se da cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros. Em tal conjuntura a antecipação se mostra possível, sem necessidade de recorrer se aos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca, etc.). É que, pela não contestação, o fato básico se tornou incontroverso, nos limites da pretensão não impugnada, e a consequência dele extraível não depende mais de outras provas (...)”²

Com relação à antecipação dos efeitos da tutela com base no artigo 273, § 6º do CPC, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves faz uma crítica à sua redação. Vejamos:

“A redação não é das mais felizes, por trazer a falsa impressão de que a antecipação só cabe na hipótese de pedidos cumulados, em que um ou mais deles tenham ficado incontroverso. Mas não é assim: ainda que haja um único pedido, a medida poderá ser concedida se parte dele ficar incontroverso.”³

Ocorrendo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, a parte obtém, ainda de forma provisória, o que seria concedido com a decisão final da demanda.

Em relação ao assunto, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“Ao antecipar os efeitos da sentença, ela permite que o favorecido obtenha os mesmos benefícios que só adviriam com a sua prolação. Se o pedido era condenatório, a concessão de tutela antecipada permitiria ao autor dar início, desde logo, ao processo de execução, para exigir a quantia ou o bem que lhe foram provisoriamente atribuídos; se o pedido era declaratório ou constitutivo, ela permitirá ao autor beneficiar-se, desde logo, das consequências que da declaração, constituição ou desconstituição da relação

²JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. II p. 684

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil – Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 296.

jurídica resultariam. Por exemplo, se for ajuizada uma ação declaratória de inexigibilidade de um título de crédito, a antecipação trará ao autor os mesmos benefícios que só adviriam com a sentença definitiva, inclusive o de sustar ou cancelar o protesto do título em cartório.”⁴

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni, dispõem que “através da antecipação dos e feitos da tutela, permite-se a fruição imediata de efeitos que seriam produzidos apenas com a prolação do pronunciamento judicial pleiteado.”⁵

Quando ocorrer a antecipação dos efeitos da tutela com fundamento no art. 273, § 6º do CPC, em decorrência do pedido incontroverso, segundo a maioria dos doutrinadores, a decisão proferida pelo juiz não seria considerada como julgamento antecipado de mérito, mas sim como uma decisão interlocutória impugnável pelo recurso de Agravo de Instrumento, devendo ser interposto no prazo de dez dias, previsto no artigo 522 do CPC.

O artigo 522 do CPC assim estabelece:

“Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.”

Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“Contra a decisão que concede ou indefere a antecipação, caberá sempre recurso de agravo, que haverá de ser interposto sob a forma de instrumento. Não há interesse para a interposição de agravo retido, que só é decidido quando do julgamento de apelação. Quando houver recurso, o juiz poderá reconsiderar a sua decisão, sendo aí desnecessário que haja elementos novos. O agravo permite ao juiz retratar-se, sem necessidade de novos elementos.”⁶

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 291.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno – procedimentos cautelares e especiais.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 55.

⁶ Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 301

“Revogação da medida. Concedida a tutela antecipada, por decisão fundamentada, o processo prossegue até a sentença. A medida pode ser revogada ou modificada por decisão posterior.”⁷

Os doutrinadores acima citados fazem uma ressalva em relação à possibilidade de ocorrer o adiantamento da parte incontroversa do pedido, afirmando que essa decisão seria concedida com fundamento no artigo 273, inciso II do CPC, em caráter definitivo, tendo em vista que haveria julgamento de mérito, sendo cabível o recurso de Apelação, que deve ser interposto no prazo de quinze dias, nos termos do artigo 513 do CPC.

Vejamos o posicionamento dos doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no CPC 273 II. Nessa parte a decisão é de mérito e definitiva (julgamento antecipado da lide – CPC 330), motivo pelo qual subsiste, ainda que haja decisão diferente quanto ao restante do pedido (extinção com ou sem resolução do mérito).”⁸

Conclui-se que a decisão que concede a tutela antecipada com base no artigo 273, §6 do CPC é provisória, tendo em vista que tal medida pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, pois trata-se de uma decisão interlocutória e não de sentença, sendo impugnável por meio de agravo de instrumento.

Vale a pena ressaltar que nos termos do § 4º do art. 273 do CPC a tutela antecipada pode ser modificada ou revogada a qualquer momento por meio de outra decisão interlocutória, pois inicialmente ela é provisória porque é concedida a título precário, podendo tornar-se definitiva com a decisão final da demanda. Tal instituto constitui em uma espécie de tutela de urgência.

No entanto, o magistrado ao revogar ou modificar a decisão que antecipou a tutela, deverá fundamentar a sua decisão.

Humberto Theodoro Júnior entende que:

“A lei sujeita a antecipação de tutela ao regime das ‘execuções provisórias’ (art. 273, § 3º), revestindo-a do caráter de solução não definitiva e, por isso

⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 459

⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 459

mesmo, passível de revogação ou modificação, a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).”⁹

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira são claros ao disporem que a tutela antecipada pode ser substituída por uma tutela definitiva que no futuro confirmará ou revogará o que foi concedido. Vejamos:

“A *tutela provisória* é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique.”¹⁰

Entendendo ainda que tal instituto possui as características de ser sumário e precário, vejamos a seguinte citação:

“É marcada por duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade. Identifica-se por ser fundada em uma *cognição sumária*, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade. Particulariza-se, ainda, por sua *precariedade*, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas a revogação ou modificação de uma tutela deste viés só pode dar-se em razão de uma alteração do estado de fato ou do estado de prova – quando, na fase de instrução, restem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizam a concessão da tutela.”¹¹

No entanto, podemos observar que, para ocorrer revogação ou modificação da tutela antecipada que foi concedida, é necessário que ocorra a alteração dos fatos, ou seja, do conjunto probatório.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que:

“A cessação de tais pressupostos, por sua vez, poderá decorrer da alteração do quadro probatório – suponha-se, por exemplo, que o juiz tome conhecimento de fatos trazidos pelo réu em sua contestação que infirmam aqueles antes expostos pelo autor.”¹²

⁹JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 688

¹⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6 ed. São Paulo: Jus PODIVM, 2011. v. 2. p. 465,466.

¹¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 466

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil.** *Revista de Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. v. 81/2010.

Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“De acordo com o disposto no CPC, art. 273, § 4º, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Embora a lei não o diga expressamente, há uma ressalva quanto ao poder do juiz para fazê-lo: a revogação ou modificação pressupõe a vinda aos autos de elementos novos, que tenham alterado as circunstâncias originárias ou a convicção do juiz. Não basta a mudança de opinião deste, sem amparo em elementos novos trazidos aos autos. Daí a menção expressa à necessidade de a revogação ou modificação ser fundamentada, com a indicação dos elementos novos que a justificaram.”¹³

Pode-se concluir que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer momento, devendo a ocorrência apresentar fatos novos nos autos que alterem a situação originária ou a convicção do magistrado, pois não basta somente a mudança de opinião do juiz, sem fundamentos que justifiquem a revogação ou modificação da medida que foi concedida.

É de suma importância destacar que, antes da nova redação do artigo 273 do CPC, o instituto da tutela antecipada era concedido em hipóteses previstas na lei, bem como em alguns procedimentos especiais, como, por exemplo, nos procedimentos relativos às ações possessórias, de alimentos, mandado de segurança, dentre outros.

Nos casos acima relatados o juiz concedia a tutela antecipada por meio de liminares, quando preenchidos os requisitos específicos. Contudo, com a nova redação do artigo 273 do CPC, que foi introduzido pela Lei 8.952/94, essa medida passou a ser possível nos procedimentos comuns: ordinários, inclusive no processo de conhecimento, sumários (272, parágrafo único CPC), Juizados Especiais Cíveis e, procedimentos especiais, desde que preenchidos os requisitos específicos e compatíveis com o procedimento. Fala-se em tutela antecipada genérica.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni entende que:

“A tutela antecipada conta com previsão específica em alguns procedimentos especiais. Isso, em geral, com base na constatação de que o direito tutelado pode ser evidenciado de plano ou merece e um tratamento diferenciado por sua relevância social. Para a concessão de tutela antecipada nestes ritos especiais, a lei exige o preenchimento de outros pressupostos, distintos daqueles previstos no art. 273 e no §3º do art. 461 do CPC, como é o que acontece nas ações possessórias (art. 928 do CPC) e nas ações de despejo (art. 59, §1º, Lei federal n. 8.245/1991).”¹⁴

¹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 301

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 178

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira dispõem que:

“Se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela antecipada, não há óbice a que se apliquem as regras sobre o poder geral de antecipação, permitindo-se a concessão da tutela de urgência satisfativa se preenchidos os pressupostos genéricos do art. 273 ou do §3º do art. 461 do CPC.”¹⁵

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais posiciona-se da seguinte maneira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - ARTIGOS 273 E 461 DO CPC - REQUISITOS DEMONSTRADOS - DECISÃO REFORMADA. Para o deferimento do pedido de antecipação de tutela é mister que se esteja em face de elementos probatórios que evidenciem a veracidade do direito alegado, formando um juízo máximo e seguro de probabilidade à aceitação da proposição aviada, evidenciando-se também a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, devendo ser reformada a decisão de primeiro grau que indeferiu a tutela em ação ordinária de obrigação de fazer, estando presentes os requisitos dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil. V.V. (TJ-MG 101450848700650011 MG 1.0145.08.487006-5/001(1), Relator: EDGARD PENNA AMORIM, Data de Julgamento: 05/03/2009, Data de Publicação: 02/06/2009)(**negrito nosso)**

Contudo, a tutela antecipada pode ser concedida nas hipóteses descritas acima, e principalmente nos artigos 273, 461, §3º do CPC, sendo este específico para as ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Não se deve confundir o julgamento antecipado da lide com tutela antecipada, tendo em vista que o primeiro está previsto no artigo 330 do CPC e, ocorre quando a questão de mérito for unicamente de direito. Ou, sendo questão de mérito de direito e de fato e se, não tiver a necessidade de produzir provas em audiência ou quando ocorrer a revelia, o juiz poderá proferir uma sentença, antecipando o provimento final da decisão, que é definitiva, impugnável por meio de apelação e está sujeita à coisa julgada. Trata-se de uma cognição exauriente.

Estando a antecipação dos efeitos da tutela prevista no artigo 273 do CPC, o juiz poderá conceder a tutela quando verificar que foram preenchidos os seus requisitos, sendo antecipados os efeitos do provimento final, por meio de uma decisão provisória e, impugnável mediante recurso de agravo de instrumento. Conseqüentemente a tutela não

¹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 496

fica sujeita à coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada, porque, se trata de uma cognição sumária.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery no Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante entendem que:

“Além de ser medida distinta das cautelares, a tutela antecipatória também não se confunde com o julgamento antecipado da lide (CPC 330). Neste, o julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC 269). Nos casos do CPC 273 o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material. Ainda que seja dada a antecipação no caso do CPC 273 § 6º (parte incontrovertida do pedido), essa decisão continua a ser de natureza *antecipatória*, isto é, provisória e revogável, não se confundindo com o julgamento antecipado da lide, cuja característica da *definitividade* basta por si só para distinguir ambos os institutos.”¹⁶

Seguindo o mesmo entendimento os doutrinadores, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que:

“Enquanto a tutela antecipada satisfaz/realiza o direito provisoriamente, e com base em uma cognição sumaria, sendo insusceptível, pois, de imunizar-se pela coisa julgada material, o julgamento antecipado da lide é decisão que certifica, com base em cognição exauriente, o direito discutido, estando predisposta, pois, a acobertar-se pelo manto da coisa julgada.”¹⁷

Pode-se concluir que o julgamento antecipado da lide tem por objetivo acelerar o resultado do processo e está relacionado coma suficiência das provas para possibilitar o julgamento definitivo da lide, enquanto a tutela antecipada não acarreta a solução definitiva da lide e permite, quando preenchidos os requisitos, a antecipação dos efeitos da sentença.

1.2 Natureza Jurídica

Muito se discutiu acerca da natureza jurídica da tutela antecipada, tendo em vista a grande confusão que ocorre entre os institutos da tutela antecipada e a tutela cautelar, pois ambas pertencem à espécie da tutela de urgência.

¹⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 453 e 454

¹⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 489

No entanto, a maioria dos doutrinadores são claros ao afirmarem que a tutela antecipada possui natureza satisfativa, mandamental, tendo em vista que ela traz de forma imediata o objeto da sentença, antecipa os efeitos da decisão final da tutela pretendida, ainda que de forma provisória.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery no Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante entendem que:

“Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero *tutelas de urgência*, é providência que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante *execução “latu sensu”*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.”¹⁸

Conclui-se que a tutela antecipada possui natureza jurídica antecipatória, satisfativa, tendo em vista que tal instituto visa antecipar, ainda que de forma provisória o que seria concedido com o provimento final.

1.3 Requisitos

Conforme relatado no item 1.1, para que haja concessão da tutela antecipada é necessária a presença de alguns dos seguintes requisitos essenciais previstos no artigo 273 do CPC: prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Ademais, é imprescindível que haja o requerimento do autor para que o juiz conceda a tutela antecipada, segundo descreve claramente o artigo 273 do CPC.

Posiciona-se da seguinte maneira o Tribunal de Justiça do Piauí:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA. DISPENSA DO AUTOR DO REGISTRO DE FREQUÊNCIA FUNCIONAL EM SEU LOCAL DE TRABALHO. **PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 273 DO CPC, PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.** RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. **O art. 273 do Código de Processo Civil, ao possibilitar, ao juiz, a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, exige que sejam satisfeitos, para tanto, os requisitos da “prova inequívoca”, da “verossimilhança da**

¹⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 453

alegação” e, alternativamente, do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou do “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. 2. As alegações Autor, ora Agravado, juntamente com os documentos anexo aos autos, aliados ao fato de que o mesmo passou 24 (vinte e quatro) meses de licença para tratamento, tendo em vista a gravidade das lesões sofridas, indicando que este não estava em condições de trabalhar normalmente, bem como a existência de laudos médicos apontando a sua incapacidade para o trabalho, os quais, embora unilaterais, não deixam de constituir início de prova que se revela suficiente, consubstanciam o requisito da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, ao menos na cognição sumária que ora se exige. 3. **Pois, para que seja antecipada a tutela, a pretensão há de se mostrar verossímil. Quando o juiz reconhece haver prova inequívoca da verossimilhança do alegado, reputa a prova dos fatos como muito boa (embora não necessariamente exauriente) e a afirmação de direito daquele que pede a tutela bastante plausível”** (Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2012, p. 418).4. **Presente, ainda, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque a espera até o julgamento final da demanda, obrigando o Agravado a comparecer ao trabalho, mesmo sem condições para tanto, além de prejudicar ainda mais a sua saúde, configura uma afronta à dignidade da pessoa humana.**5. **Quanto ao último requisito para a concessão da tutela antecipada, elencado no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil (“não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”), tem-se a exigência de reversibilidade da medida, segundo a qual a antecipação da tutela só poderá ser deferida, quando exista no mundo fático a possibilidade de reversão daquela.**6. **Não se vislumbra, no caso, qualquer perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.**7. Não obstante, a probabilidade de o Autor, ora Agravado, receber julgamento final a seu favor, aliado ao fato de que o dano causado ao Agravante, de ordem exclusivamente financeira, é menor que o dano causado ao Agravado, isto é, o comprometimento de seu estado de saúde, dá ensejo à manutenção da decisão.8. Portanto, devidamente comprovada a presença, no caso sub judice, dos requisitos elencados no art. 273 do CPC, para a concessão da tutela antecipatória, impõe-se, assim, a manutenção da decisão de 1º grau, que determinou que Agravado, fique dispensado do registro de frequência funcional em seu local de trabalho, com percepção de remuneração, até final julgamento de mérito.9. Recurso conhecido e improvido. (TJ-PI - AG: 201000010007668 PI , Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 05/12/2012, 3a. Câmara Especializada Cível) (negrito nosso)

Conclui-se que a tutela antecipada consiste em um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo o direito do autor, sendo imprescindível o preenchimento dos requisitos para a antecipação: existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique demonstrada a resistência injustificada da parte contrária, nos termos do artigo 273 do CPC.

Passaremos a analisar, abaixo, os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada de forma individualizada.

1.3.1 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação

O *caput* do art. 273 do CPC possui previsão expressa de que o juiz, mediante requerimento da parte, poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela que foi pleiteada na demanda inicial, desde que, existindo prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação.

Podemos entender como prova inequívoca, uma prova capaz de convencer o juiz dos fatos narrados. Ou seja, as provas devem ser suficientes para que o juiz forme um juízo de probabilidade. O termo “inequívoca” significa “algo correto, certo, sem erro”. Entretanto, pode-se pensar que prova alguma é inequívoca, porque algumas provas podem não conduzir a uma certeza absoluta sobre um acontecimento.

O doutrinador Athos Gusmão Carneiro corrobora que:

“A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada.”¹⁹

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, entendem que:

“Essa prova inequívoca é do ‘fato título do pedido (causa de pedir)’. Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.”²⁰

Vejamos um trecho do voto do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em relação à prova inequívoca:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INDEFERIMENTO - REQUISITOS AUTORIZADORES - AUSÊNCIA - FALTA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE - INTELIGÊNCIA DO ARTº. 273 DO CPC - RECURSO - NEGA PROVIMENTO. II - VOTO E SEUS FUNDAMENTOS
O mérito recursal cinge-se a questão à análise da presença dos requisitos autorizadores da concessão de tutela antecipada.
Saliente-se que para que haja concessão de tutela antecipada, é essencial

¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23

²⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 455

a apresentação de prova inequívoca, a qual deve conduzir à verossimilhança das alegações, uma vez que a existência daquela é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico desta. Ademais, exige-se que seja comprovado o perigo de dano de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito do réu.

Edita o artigo 273 do CPC, que:
 "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." - (sublinhou-se).

Mas o que seria a prova inequívoca capaz de convencer o juiz acerca da verossimilhança do direito?

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explicam:
 "Quando o art. 273 faz referência à convicção de verossimilhança obviamente não pretende indicar a verossimilhança própria à filosofia ou a convicção de verossimilhança suficiente para o julgamento de procedência quando presentes determinadas situações de direito material (...), mas sim a convicção de verossimilhança característica às decisões que antecipam a participação em contraditório ou são fundadas em cognição sumária.
 (...)

Nesse caso, a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança. Diante do art. 273, portanto, o juiz está autorizado a decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante.

Decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade.
 (...)

Para a concessão da tutela antecipatória, basta-lhe a convicção de verossimilhança preponderante, isto é, que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais verossímil que o do réu."(Comentários ao Código de Processo Civil. v. 5. t. I. Do processo de conhecimento: arts. 332 a 341. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n. 12.4, p. 281 e 290) - (sublinhou-se).

Dessarte, a prova exigida pelo art. 273 do CPC é aquela produzida no tempo e pelos meios legais, que conduz à probabilidade de verdade, ou seja, aquela que é suficiente para convencer o juiz, em um primeiro momento, que as alegações do autor são verdadeiras, tendo assim fundamento sua pretensão. Ela não é capaz de formar a certeza jurídica, a qual somente se aperfeiçoará no curso do processo, quando todas as provas possíveis serão produzidas, sendo apenas suficiente para comprovar a aparência do direito, ou seja, a verossimilhança das alegações.

Como ressalta Luiz Guilherme Marinoni:
 "(...) 'prova inequívoca' significa prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado)." (Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. nº 1.3.4, p. 285).

E continua:
 "No caso em que o procedimento deve prosseguir para que as outras provas sejam produzidas, o juízo formado, no seu curso, deve ser denominado 'juízo provisório', muito embora seja designado, pelo referido art. 273, de 'juízo de verossimilhança'. Afirmar que a prova deve formar um 'juízo de verossimilhança', porém, é dizer o óbvio. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um

'juízo de verossimilhança', uma vez que a verdade é algo absolutamente inatingível. Ao que parece, o legislador, ao aludir a 'juízo de verossimilhança', pretendeu expressar a ideia de juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, e assim não deveria ter se valido da expressão 'juízo de verossimilhança', mas sim da de 'juízo-provisório'" (Idem, p. 285-286). É incontroverso que o autor possui conta corrente junto ao banco agravado, e que nesta mesma conta percebia seu salário. Também foi reconhecido pelo agravante que o mesmo utilizava-se do limite de crédito bancário. Da análise dos extratos bancários juntados às fls. 33-50, observa-se que o saldo de referida conta era negativo. No entanto, o agravante deixou de juntar documentos de suma relevância, como o contrato de abertura de conta corrente, o qual comprovaria a alegação do agravante quanto à não autorização deste junto ao banco, para o desconto salarial.

O que é possível se aferir, superficialmente, dos documentos e alegações contidas nos presentes autos, é apenas que o agravante tem uma conta corrente no banco agravado, e que em face do saldo negativo, ou seja, de um próprio descontrole de sua posição financeira, o banco naturalmente começou a descontar os créditos que entravam nesta conta. Portanto, os elementos carreados aos autos, neste primeiro momento, não são suficientes no sentido comprovar a verossimilhança das alegações do autor. **Neste sentido não é possível acolher a alegação do agravante, em face da inexistência de prova inequívoca favorável à sua tese, ainda que esteja presente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que se refere ao risco que a demora normal do processo pode vir a causar aos interesses em litígio.**

Valendo-se ainda uma última vez do escólio de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, é de se afirmar que "Essa argumentação parte do pressuposto de que a tutela antecipada pode trazer prejuízo irreversível". Prosseguem:

"Cabe lembrar, aliás, que a lógica que preside a tutela antecipatória é a do sacrifício do improvável em favor do provável. Ora, ninguém pode concluir que o juiz pode deixar de proteger o direito ameaçado por dano, e que lhe parece provável, apenas para não expor a risco de dano o direito que lhe parece improvável" (Ob. Cit., idem).

Pode-se, então, asseverar que, tendo em vista a ausência de verossimilhança das alegações do autor/gravante, estas não podem servir de base para o deferimento de tutela antecipada, que possa causar prejuízos ao banco agravado, o qual, até então, demonstrou ter agido no pleno exercício regular de seu direito.

Ante o exposto, é de se negar provimento ao recurso, porquanto não presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipatória previsto no artº 273 do Código de Processo Civil. III - DISPOSITIVO ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, nos termos do voto do relator. Participaram da sessão de julgamento Excelentíssimos Desembargadores TufiMaron Filho, Presidente com voto, e o Juiz Convocado Antonio Ivair Reinaldin.

Curitiba, 12 de julho de 2.007.
SERGIO LUIZ PATITUCCI
Juiz Relator.

Vale a pena ressaltar, que o doutrinador Teori Albino Zavascki afirma que por prova inequívoca, não basta à mera aparência, alegando ainda que a verossimilhança é superior do que o *fumus boni iuris* necessário para a cautelar. Vejamos:

“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, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. Sob estes aspectos, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática.”²¹

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem o seguinte:

“A prova inequívoca consiste na representação cabal da situação narrada, seja através de documentos, seja através de outro meio de prova idôneo. Já a verossimilhança da alegação decorre da grande probabilidade de que o direito reclamado esteja mesmo a favorecer o postulante da medida antecipada.”²²

Ressalte-se que a opinião acima citada é compartilhada pelos Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TABELA DO SUS. ART. 273 DO CPC. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DESTE STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 273CPC 535 III CPC

1. A tutela antecipada pressupõe direito evidente (líquido e certo) ou direito em estado de periclitacão. É líquido e certo o direito quando em consonância com a jurisprudência predominante do STJ, o guardião da legislação infraconstitucional.

2. É cediço nesta Corte de Justiça que: A Corte Especial, ao apreciar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 1, DJU de 29.03.04, Redator para o acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, preconizou "que as inúmeras ações propostas com o intuito de se reajustar a tabela do SUS têm potencial suficiente para causar lesão à saúde pública, visto que devem ser apreciadas em conjunto e não em cada caso particular". (REsp nº 764.327/RS Segunda Turma, DJ de 19/09/2005).

3. Precedentes: REsp 902455 / PR, Primeira Turma, DJ 12.04.2007, AgRg na STA nº 01/PR, Corte Especial, DJ de 29/03/2004.:REsp 902455 / PR 4. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 535 III CPC

5. Recurso Especial provido

(876528 RS 2006/0179205-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 19/11/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.12.2007 p. 280) (negrito nosso)

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 76

²² MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 58

Seguindo o mesmo entendimento o doutrinador Carlos Augusto de Assis, afirma que “prova inequívoca é “pura e simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção (provisória)”²³

Já o doutrinador Barbosa Moreira diz que prova inequívoca é aquela que não é equívoca, ambígua, que não tem mais de um sentido.²⁴

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira compartilham da mesma opinião. Vejamos:

“Partindo da premissa de que prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos interligados, mas com significados distintos, sustentamos que a palavra “prova”, no que diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela, deve ser compreendida como meio de prova, e não como “grau de convicção acerca das alegações da parte, refere-se à verossimilhança (“... desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança, da alegação...”)²⁵ que nada mais é do que um juízo de probabilidade. E prova inequívoca, decerto, só pode ser entendida como aquela que não é equívoca, e que serve como fundamento para a convicção quanto à *probabilidade das alegações*.”²⁵

Já a verossimilhança da alegação diz respeito à probabilidade do que está sendo demandado, esteja favorecendo quem realiza o pedido de tutela antecipada, ou seja, é necessário que o fundamento do direito esteja relacionado a uma certeza dos fatos alegados na demanda.

Conclui-se que a prova inequívoca é a prova correta, capaz de demonstrar os fatos alegados na demanda, para que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela. Ou seja, é aquela prova convincente, que não deixa engano, enquanto a verossimilhança da alegação consiste na possibilidade de o juízo fazer uma probabilidade das alegações.

1.3.2 Reversibilidade do provimento antecipado

Para que seja concedida a tutela antecipada, é necessário que haja a possibilidade de reversibilidade da situação anterior à concessão da tutela, se por acaso for proferida uma sentença de improcedência do pedido formulado, ou seja, que seja possível retornar a situação ao status anterior, sem que ocorram prejuízos irreparáveis em caso de improcedência.

²³ ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 144

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2001, n. 104. p. 103 e 104.

²⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op.cit. p. 499

O artigo 273 § 2º do CPC é claro ao dispor que não será concedida a antecipação dos efeitos da tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Nesse sentido, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“A lei aqui se refere à irreversibilidade do provimento, e não das eventuais consequências fáticas ou econômicas. A tutela poderá acarretar prejuízos até irreparáveis. Trata-se do preço que se deve tributar ao acolhimento dessa providência. Não há impedimento em conceder uma tutela antecipada condenatória em favor do autor, ainda que haja risco de, cumprida a condenação e revertido o resultado, não ter ele condições econômicas de restituir as vantagens recebidas. Ma há alguns provimentos que, por sua natureza, são irreversíveis, como muitos relacionados com o direito de família. Não há como conceder uma antecipação de tutela em ações de estado, como a separação judicial, o divórcio, a anulação de casamento e a investigação de paternidade, porque os provimentos, nessas espécies de ação, não podem ser revertidos.”²⁶

Seguindo o mesmo entendimento os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que:

“Porém, em sendo a tutela em questão irreversível, com a impossibilidade da reposição do estado anterior, é imperioso que seja denegada, de forma a resguardar o direito fundamental da contraparte/requerida a uma decisão fundada em cognição exauriente, assegurando-se o devido processo legal em sua plenitude, e, portanto, conferindo-lhe maior segurança jurídica.”²⁷

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni são claros ao afirmarem que o juiz deverá analisar as circunstâncias da causa para conceder a tutela antecipada, ainda que gerem efeitos de irreversibilidade do provimento antecipado. Vejamos:

“Qualquer que seja a concepção adotada, no entanto, a conclusão a que se chega é uma só. Deverá o juiz *comprar* os bens jurídicos que se encontram em confronto. Assim, o juiz, atentado às circunstâncias da causa, avaliará e decidirá, justificadamente, se é o caso de se conceder a medida urgente, ainda que disso decorram efeitos irreversíveis – considere-se, no caso, haver antecipação dos efeitos da tutela ou tutela de urgência satisfativa autônoma.”²⁸

²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil – Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 295.

²⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 504

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 61 e 62

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal vem se posicionando no sentido de que não se deve levar ao extremo a exigência contida no § 2º do artigo 273 do CPC. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. PRESENTES OS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. IRREVERSIBILIDADE. § 2º ARTIGO 273 CPC. EXIGÊNCIA QUE NÃO PODE SER LEVADA A EXTREMO. 1.O exame da questão em sede de agravo de instrumento restringe-se à apreciação dos pressupostos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. 2.Presença dos requisitos. Possibilidade de concessão da tutela antecipada. 3.Mostra-se verossímil a alegação da parte autora, ora agravada. Operações de Câmbio. Instituição financeira que atua como mera intermediária, devendo proceder à remessa, dos valores que recebe, ao exterior. Operação com finalidade exclusiva de importação. Valores depositados autônomos a qualquer operação bancária. Não integram o patrimônio da instituição. 4.Verossimilhança e periculum in mora. Requisitos presentes a favor da agravada. 5.**A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do artigo 273 do CPC não pode ser levada a extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina.** (precedente jurisprudencial - STJ). 6.Agravo de instrumento desprovido. (TRF-3 - AG: 3718 SP 1999.03.00.003718-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, Data de Julgamento: 24/08/2005, SEXTA TURMA) (negrito nosso)

No entanto, tal vedação visa proteger a parte contrária, para que não ocorra excesso na utilização da tutela antecipada, bem como para que não se gere um prejuízo irreparável.

1.3.3 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Além dos requisitos essenciais previstos nos itens 1.3.1 e 1.3.2 para a concessão da tutela antecipada, o juiz deve verificar o preenchimento de pelo menos um dos requisitos previstos nos incisos I e II do CPC, entre eles o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação previsto no art. 273, inciso I do CPC.

Há, nesse requisito, o *periculum in mora*, isto é, o receio, o risco de que ocorra algum dano grave ou de difícil reparação, quando for verificada a demora do curso do processo, de modo que não seja possível aguardar o proferimento da decisão final, ou seja, a concessão da medida visa proteger, evitar um dano irreparável.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves relata o seguinte:

“Esses três requisitos, como já ressaltado, são comuns à tutela antecipada de urgência e à que decorre do abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu.

A primeira pressupõe um perigo de prejuízo irreparável. O requerente encontra-se em uma situação tal que não pode aguardar o desfecho do

processo, sob pena de sofrer graves consequências. A concessão da medida serve para que seja evitado um dano, ou que ele persista, ou se agrave. Dano irreparável é aquele que não pode ser revertido, tenha ou não conteúdo patrimonial. Esse requisito é comum as tutelas cautelares.”²⁹

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni afirmam que:

“Na hipótese prevista no inc. I do art. 273, exige-se a demonstração de fundado receio de dano grave ou de difícil reparação. Tem-se nesse primeiro fundamento o *periculum in mora*, isto é, o risco de ocorrer dano grave ou de difícil reparação em caso de não concessão da medida antecipatória.”³⁰

Este é o posicionamento do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni sobre o tema:

“Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa – ex.: dano decorrente de desvio de clientela.”³¹

Ademais, os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que a concessão da tutela antecipada em caso de dano irreparável ou de difícil reparação é justificada quando acarretar algum dano irreversível e quando não for possível aguardar o desfecho final da demanda. Vejamos:

“Enfim, o deferimento da tutela antecipada somente se justifica se a demora do processo puder causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade. Isto é, quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional.”³²

Vale a pena ressaltar que o dano irreparável ou de difícil reparação pressupõe que o dano não tenha ocorrido ainda ou que poderá estar na iminência de ocorrer. Entretanto, caso o dano já tenha ocorrido, a antecipação dos efeitos da tutela poderá cessar ou diminuir as consequências que esse dano acarretou.

Por fim, podemos concluir que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação diz respeito a uma situação em que a parte não possui condições de suportar o desfecho final do processo, pois a demora normal do processo pode vir a causar risco grave ou de difícil reparação aos interesses em litígio.

²⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 295.

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 58

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 185 e 186.

³² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 507

1.3.4 Abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu

Além dos requisitos essenciais previstos nos itens 1.3.1 e 1.3.2, para a concessão da tutela antecipada, o juiz deve verificar o preenchimento de pelo menos um dos requisitos previstos nos incisos I e II do CPC, entre eles o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, previsto no art. 273, inciso II do CPC.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade entendem que:

“A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu. Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação. Em tese é admissível o pedido *liminar* fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificando fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado varias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento.”³³

Este requisito não caracteriza uma situação de urgência, não sendo necessária a demonstração de perigo, como no caso do inciso I do art. 273 do CPC.

Entende-se por atos protelatórios do réu, toda vez que o juiz verificar que a parte contrária ciente da ação que corre contra si começa a criar embaraços, empecilhos para a sua citação ou que a defesa apresenta argumentos inconsistentes ou começa a prejudicar a celeridade processual. Ou seja, toda vez que a parte contrária age com o intuito protelatório, o juiz poderá conceder a tutela antecipada.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves afirma que:

“A antecipação também será concedida em caso de abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório. A técnica antecipatória nada mais é que uma forma de distribuição do ônus do tempo no processo, que não pode ser suportado exclusivamente pelo autor. Quando o juiz concede a medida, o réu passa a ter interesse em que o processo termine logo. Toda vez que ele perceber que os argumentos da defesa são, aparentemente, inconsistentes, pode haver a antecipação. Se a matéria for só de direito, e nada mais houver a demonstrar, o juiz deverá proferir sentença. Às vezes, porém, há necessidade de produção de provas, e não é possível ainda passar ao julgamento, caso em que, se frágeis as alegações de defesa, concederá a antecipação.”³⁴

Seguindo este mesmo entendimento os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira afirmam que:

³³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 453

³⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 295 e 296.

“As expressões “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório” são conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelo juiz a luz do caso concreto.

O magistrado deve agir com olhos atentos à finalidade da norma: garantir o prosseguimento do feito de forma célere, sem embaraços arditos. Assim, só se deve encarar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprometimento da lisura e da celeridade do processo.”³⁵

Entendendo ainda que se trata de uma modalidade de tutela, que visa dar o andamento do processo, seriedade e lealdade para que a parte contrária não aja abusivamente, vejamos:

“Enfim, o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado -, quando se observar parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado.”³⁶

Ressalte-se que este também é o entendimento do doutrinador Teori Albino Zavascki:

“É criticável, sob este aspecto, a expressão “manifesto propósito protelatório”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença ante mera *intenção* de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o *propósito* de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também, os ‘abusos de direito de defesa’.”³⁷

Conclui-se que esse requisito abrange todas as formas de manifestações da parte contrária que venham prejudicar o curso da demanda, ou seja, quando a parte contrária exercer de forma protelatória o seu direito de defesa. Neste caso, o juiz pode conceder a tutela antecipada.

1.4 Momento para a concessão da tutela antecipada

Conforme já relatado nos itens anteriores, a tutela antecipada poderá ser concedida a partir da propositura da ação quando houver uma situação de perigo

³⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 509

³⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 510

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 78

irreparável ou de difícil reparação. Deverá a parte nos termos do *caput* do art. 273 formular um requerimento, expondo a situação e as razões para que seja concedida a tutela antecipada.

No entanto, a doutrina majoritária afirma que não existe a possibilidade da concessão de tutela antecipada de ofício pelo juiz, salvo na hipótese do artigo 461 §3º do CPC.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“É vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273 *caput*. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida. Em sentido contrário, entendendo que o juiz pode conceder de ofício a medida, pois entende aplicável tutela antecipada o CPC 798 (poder geral de cautela do juiz), isto é, o mesmo regime jurídico das cautelares: Marcato Bedaque, *CPC, coment.* 24 CPC 273, PP. 846/847”³⁸

Seguindo esse entendimento, os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira relatam que:

“Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.”³⁹

Ademais, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves dispõe que:

“Em todas elas há requisitos comuns indispensáveis: a existência de requerimento do autor e a prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado. Não se concede a tutela antecipada de ofício.”⁴⁰

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região entende que deve haver requerimento da parte para a concessão de tutela antecipada. Vejamos:

³⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 454

³⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 517

⁴⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 291.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO. CABIMENTO. MULTA NÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A prescrição atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, na forma da Súmula 85/STJ. 2. A ausência de requerimento administrativo não afasta o interesse de agir do trabalhador rural que pleiteia aposentadoria. 3. Para a aposentadoria de rurícola, a lei exige idade mínima de 60 (sessenta) anos para o homem e 55 (cinquenta e cinco) anos para a mulher, requisito que está comprovado nos autos. 4. Presente, no caso, início razoável de prova material, consubstanciada na certidão de casamento da parte autora. 5. Existência de prova testemunhal que, em consonância com os documentos apresentados, comprova o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício (que pode ser integral ou descontínuo), a teor do disposto no art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.213/91. 6. **Incabível o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela de ofício pelo juiz, uma vez que o art. 273 do CPC expressamente exige o requerimento da parte.** No entanto, já tendo sido implantado o benefício por determinação judicial, não se justifica o seu cancelamento caso este Tribunal, apreciando o mérito, confirme a sentença. 7. Não é devida a fixação prévia de multa diária na decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela contra o INSS. Precedentes desta Corte. 8. Ressalte-se que os documentos (CNIS do autor) não afastam, por si só, o direito ao benefício, uma vez que a lei exige o exercício de atividade rural em período integral ou descontínuo (art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.213/91), e se referem a curto período. 9. Direito ao benefício de aposentadoria rural por idade reconhecido, no valor de um salário mínimo, a contar do ajuizamento da ação, diante da ausência de prova de requerimento administrativo. 10. As prestações em atraso devem ser pagas de uma só vez, monetariamente corrigidas de acordo com a Lei n. 6.899/81, pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a data do vencimento de cada parcela em atraso (Súmulas n.s 148 do STJ e 19 do TRF - 1ª Região). 11. Juros de mora devidos em 1% (um por cento) ao mês a contar da citação até o advento da Lei 11.960/09, a partir de quando incidirão à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês - ou outro índice de juros remuneratórios das cadernetas de poupança que eventualmente venha a ser estabelecido -, até a apuração definitiva dos cálculos de liquidação. 11. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, atendendo ao disposto na Súmula 111/STJ. 12. Apelação do INSS não provida e remessa oficial, tida por interposta, nos termos da Súmula 423/STF, parcialmente provida. (TRF-1 - AC: 30662 GO 0030662-78.2010.4.01.9199, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 03/11/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.565 de 25/11/2010) (negrito nosso)

Por sua vez, a doutrina e a jurisprudência minoritária entendem que o juiz poderá conceder a tutela antecipada *ex officio*, ou seja, sem que haja requerimento da parte, como por exemplo, o Ministro Luiz Fux critica severamente o requisito requerimento da parte, afirmando que se estão presentes os requisitos para a concessão de tutela antecipada e não havendo dúvidas quanto à sua necessidade, o juiz poderá conceder a medida, sem que haja requerimento, dando maior celeridade ao processo.

O doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque relata o seguinte sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio*:

“Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 assemelha-se de sobremaneira à tutela cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela. Nessa linha de pensamento, não há porque afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.”⁴¹

Conclui-se que, embora haja uma corrente minoritária sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio*, a redação do artigo 273 do CPC é clara ao dispor que para a concessão de tutela antecipada deve haver o requerimento da parte, fato este que proíbe a sua concessão sem o requerimento, tendo em vista que o órgão jurisdicional não pode conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado, respeitando sempre o princípio da demanda, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Ademais, a tutela antecipada pode ser concedida *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a parte contrária, em situações excepcionais, quando o juiz verificar a existência de perigo imediato ou de difícil reparação. Vejamos o que afirma o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“Embora a tutela antecipada de urgência possa ser concedida *inaudita altera parte*, o juiz deverá fazê-lo apenas em situações excepcionais, quando perigo for muito imediato e não puder aguardar a manifestação do réu. Do contrário, será sempre prudente ouvir primeiro o réu, que poderá trazer elementos outros que ajudem na formatação de sua convicção.”⁴²

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“Está medida de tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo, *inaudita altera parte* ou depois da citação do réu. Pode ser concedida na sentença e depois dela. Para conciliar as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tem peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais que o *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro. Havendo dúvida quanto à probabilidade da existência do direito do autor, deve o juiz proceder a *cognição sumária* para que possa conceder a tutela antecipada.”⁴³

⁴¹MARCATO, Antonio Carlos, “Código de Processo Civil Interpretado”, Editora Atlas, 2004, São Paulo, p. 807

⁴²GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 298 e 299.

⁴³NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 457

Nos casos de abuso do direito de defesa, manifesto intuito protelatório do réu ou em caso de pedido incontroverso, a antecipação da tutela somente poderá ser concedida a partir da apresentação de defesa, tendo em vista que, caso a medida seja concedida antes pelo juiz, ele não saberá se houve abuso do direito de defesa, manifesto intuito protelatório do réu ou pedido incontroverso.

Ademais, a tutela antecipada poderá ocorrer em fase de sentença, mas neste caso o juiz deverá proferir uma decisão separada da sentença, tendo em vista que contra a sentença somente é cabível o recurso de apelação que possui o efeito suspensivo, ou seja, possui o condão de suspender o cumprimento da sentença, mas não o da tutela antecipada.

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira expõem o seguinte:

“Perceba-se que se trata de técnica de antecipação dos *efeitos* da tutela e, não, da tutela em si. Sabendo-se que no sistema recursal brasileiro a regra geral é recurso de apelação ser dotado de efeito suspensivo, impedindo que a sentença apelada produza efeitos de plano, a grande utilidade da tutela antecipada concedida no bojo da sentença consiste em conferir-se de eficácia imediata à decisão, quebrando o efeito suspensivo do recurso.”⁴⁴

Quando a tutela antecipada for concedida na fase da sentença, por meio de decisão separada, é cabível o recurso de agravo de instrumento, com a possibilidade de requerimento da parte, para que seja concedido o efeito suspensivo, pois trata-se de uma decisão interlocutória.

Assim, afirma o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“A concessão da medida na fase da sentença tem efeito equivalente ao de retirar de eventual recurso que contra ela possa ser interposto a sua eficácia suspensiva. Uma cautela, porém, deve orientar o juiz que a queira conceder nesse momento: ao fazê-lo, não deve apreciar o pedido de antecipação no bojo da própria sentença, mas por meio de decisão em separado. A razão é que, se ele o fizer, por força do princípio da unirecorribilidade das decisões judiciais, trará graves dificuldades para a impugnação da decisão concessiva da medida.”⁴⁵

A sentença, ao julgar procedente o pedido, confirma a tutela antecipada, mesmo que seja interposto o recurso de apelação contra a sentença, pois a mesma manterá a sua eficácia até a decisão final da demanda. Entretanto, a sentença que julgar improcedente

⁴⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 521

⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 299.

o pedido, tornará sem efeito a tutela antecipada. Consequentemente ocorrerá a sua revogação, mesmo que seja interposto recurso de apelação.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves diz que:

“A sentença que julgar procedente o pedido confirma a tutela antecipada concedida. Mesmo que contra essa sentença seja interposta apelação com efeito suspensivo, a antecipação manterá a sua eficácia até o julgamento final. A interposição do recurso suspende a eficácia da sentença, mas não a da antecipação, pois, se esta produzia efeitos antes mesmo da sentença que a confirmou, com maior razão continuará produzindo se já há julgamento favorável, ainda que pendente de recurso.”⁴⁶

Ele ainda firma que:

“Já a sentença desfavorável torna sem efeito a antecipação, revogando a medida. Nem é necessário que o juiz diga expressamente na sentença, sendo incompatível a sua manutenção com uma sentença desfavorável. Mesmo que contra esta seja interposto recurso com efeito suspensivo, a tutela antecipada estará revogada e terá perdido a sua eficácia.”⁴⁷

Esses são os momentos iniciais da concessão de tutela antecipada; no entanto, não é vedado, pelo nosso ordenamento jurídico, a concessão da medida em fase processual posterior, como, por exemplo, após o proferimento da sentença, na fase recursal, na reconvenção, desde que fique demonstrada a situação de perigo.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“Proferida a sentença, em tese não haveria mais interesse processual na obtenção da medida antecipatória da tutela de mérito, porque apreciada definitivamente a pretensão. Pode ser, entretanto, que o autor tenha sentença a seu favor, mas haja necessidade de obter o *cumprimento de sentença* ou a *execução dos efeitos* da mesma sentença. Neste caso é possível re querer a própria tutela concedida na sentença, ou seus e feitos, com força de verdadeira *execução provisória* (CPC 475- O e 587). Se já foi interposto recurso, recebido no efeito suspensivo, a competência para a concessão da tutela será do tribunal, pois a matéria impugnada restou de volvida ao conhecimento do tribunal, saindo da esfera de competência do juiz. Incide, por extensão, o CPC 800 par. ún., na redação dada pela L 8952/94. A tutela antecipada, portanto, pode ser concedida em grau de recurso.”⁴⁸

Os doutrinadores os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que:

⁴⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 300.

⁴⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 300.

⁴⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 457

“A princípio, a tutela antecipada pode ser requerida e concedida a qualquer tempo dentro do processo: desde o início do processo, com a propositura da ação (*liminarmente*) até seus momentos finais. Não há limite temporal.”⁴⁹

E ainda entendem que:

“Se a sentença já foi proferida e o processo já esta no tribunal, em grau de recurso, deve-se formular o requerimento de antecipação de tutela dirigido ao próprio tribunal, para que seja apreciado pelo órgão fracionário responsável pelo julgamento do recurso – pelo relator ou pelo Presidente do tribunal, a depender do regimento interno. O deferimento da medida conduzirá à imediata eficácia da sentença. Como o juiz de primeira instância já encerrou seu ofício na fase de conhecimento (art. 463, CPC), não podendo mais atuar na causa com esse propósito, a competência para apreciar pedido de antecipação da tutela é do tribunal, aplicando-se, por analogia, o disposto no para. ún. do art. 800 do CPC.”⁵⁰

Via de regra, quem formula o pedido de tutela antecipada é o autor, mas há casos em que o réu poderá requerer, como nas ações de caráter dúplice, na ação de denunciação da lide.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“Somente o autor pode beneficiar-se da tutela antecipatória. É o autor quem deduz pretensão em juízo, de sorte que só ele pode fazer pedido. Quando o CPC 273 *caput* autoriza a antecipação dos efeitos contidos no ‘pedido’, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial. A redação do *caput* do CPC 273 comporta pequeno reparo, pois se utiliza do pleonasma ‘pedido inicial’, quando não há pedido que não seja deduzido por petição inicial. A legitimidade para requerer a antecipação da tutela é estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, como, por exemplo, o denunciante, na denunciação da lide; o oponente na oposição; o autor da ação declaratória incidental (CPC 5º. E 325).”⁵¹

E ainda afirmam que:

O réu, quando reconvém, é autor da ação de reconvenção, de modo que pode pleitear a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial de reconvenção. O assistente simples do autor (CPC 50) pode pedir a tutela antecipada, desde que a isto não se oponha o assistido.

...

O réu, quando age contra-atacando, transforma-se em autor e pode, de consequência, pedir a antecipação dos efeitos da tutela de mérito deduzida na ação por ele proposta.”⁵²

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 518

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 521

⁵¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 454

⁵² NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 454

No entanto, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves ressalva que é cabível a antecipação da tutela na denunciação da lide em hipóteses específicas, pois ela serve para o exercício do direito de regresso. Vejamos:

“... admite-se o requerimento da tutela antecipada em reconvenção. Mas, nesse caso, não será propriamente o réu quem estará postulando a medida, mas o autor da reconvenção (que é réu da ação originária). Também se admite a antecipação em denunciação da lide, mas em hipóteses muito específicas. Ela serve para o exercício do direito de regresso. Ora, este só existirá se o pedido formulado contra o denunciante tiver sido acolhido. Por isso, para que haja antecipação da tutela do denunciante em face do denunciado, é preciso que tenha havido o mesmo em favor da parte contrária perante o denunciante. Por exemplo, se a vítima de um acidente de trânsito postula indenização contra o causador do acidente, e este faz a denunciação da lide contra a seguradora, só caberá antecipação de tutela na denunciação se tiver havido antecipação na lide principal.”⁵³

Ao ser requerido o pedido ao juiz, o mesmo deverá determinar a citação da parte contrária, para que a mesma se manifeste, respeitando sempre o princípio do contraditório. Contudo, o artigo 273 do CPC é omissivo em não dizer qual o prazo para que a outra parte se manifeste. Entretanto, parte da doutrina entende que essa manifestação deve acontecer dentro do prazo da contestação; ou, se for formulado o pedido por petição simples, ela deve acontecer no prazo de 5 dias. Outra parte da doutrina entende que a manifestação deve acontecer no prazo da cautelar.

Nesse sentido, o doutrinador Sérgio Bermudes defende que o prazo deverá ser o da contestação. Se o pedido for formulado por *petição simples*, todavia, o prazo deverá ser aquele supletivo, do art. 185, CPC (5 dias).⁵⁴

Enquanto os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira corroboram o seguinte:

“A melhor solução parece ser a do *prazo judicial*, fixando o magistrado o tempo que reputar mais adequado. Diante do silêncio do juiz, aplica-se o prazo supletivo de cinco dias.”⁵⁵

⁵³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 300.

⁵⁴ BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 26

⁵⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op.cit. p. 524

2. TUTELA CAUTELAR

2.1 Conceito

O Livro III do Código de Processo Civil trata do processo cautelar, previsto nos artigos 796 e seguintes do CPC.

A medida cautelar busca resguardar e proteger a futura eficácia do provimento final; ela, não concede antecipadamente aquilo que foi pedido, pois não se trata de uma tutela de mérito.

Constitui espécie do gênero da tutela de urgência, tendo em vista que ela consiste na possibilidade de assegurar o resultado do processo. A medida cautelar não satisfaz a pretensão da parte, pois tal instituto visa proteger o que está sendo demandado.

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam o seguinte:

“A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

...

A *tutela cautelar* não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe efetividade (art. 796, CPC).”⁵⁶

No entanto, existem algumas medidas cautelares que podem ser consideradas como satisfativas, tendo em vista que dispensariam o ajuizamento da ação principal, pois se esgotariam em si mesmos, por exemplo, a ação de exibição de documentos, a ação de busca e apreensão do menor.

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“A categoria das medidas “cautelares satisfativas” foi construída sobre uma falsa premissa de que alguns procedimentos cautelares dispensariam o ajuizamento de ação principal, pois se esgotariam em si mesmos. Costuma ser citada, como por exemplo, a ação de busca e apreensão de menor que está em poder de quem não detenha a guarda de direito (art. 839 e ss. do CPC), pois, neste caso, a simples apreensão do infante e devolução ao titular da guarda esgotaria a finalidade da tutela jurisdicional, sem necessidade de posterior ou concomitantemente processo para definição ou satisfação do

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 462

direito. Há também as hipóteses de exibição previstas no art. 844 do CPC, que podem dispensar o ajuizamento de ação principal.⁵⁷

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que:

“2.Ação satisfativa. Há hipótese em que se ajuíza ação, pelo procedimento cautelar, com objetivo de obtenção de medida de cunho satisfativo. Neste caso é desnecessária a propositura posterior de ação principal, porque a medida se exaure em si mesma. São denominadas impropriamente pela doutrina e jurisprudência como *cautelares satisfativas*. Impropriamente porque não são cautelares, na verdade, já que satisfatividade é incompatível com cautelaridade.”⁵⁸

Entendendo ainda:

“Seria mais apropriado falar-se em *medidas urgentes* que, tendo em vista a situação fática concreta, ensejam pedido de liminar ou pedido que se processe pelo rito do processo cautelar. É o caso, por exemplo, do pai que promove, com pedido liminar, busca e apreensão do filho que se encontra em poder de terceiros. Concedida a medida, qual a ação principal? Trata-se, no exemplo, de ação principal (de conhecimento) de busca e apreensão processada pelo rito cautelar.”⁵⁹

A tutela cautelar visa proteger, dar segurança aos bens, pessoas ou coisas que serão objeto de outro processo, pois existem algumas situações de risco, perigo, morosidade processual que podem causar dano. Por meio da tutela cautelar é possível proteger o resultado, uma vez que uma vez que se pode gerar dano no intervalo de tempo entre o início e o término do processo.

Nesse sentido os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a tutela cautelar possui a finalidade de assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução.⁶⁰

Ademais, a tutela cautelar assegura a viabilidade da realização do direito material, pois o que se busca é a garantia de utilidade e eficácia de um provimento final.

Vale à pena ressaltar que as medidas cautelares possuem diversas características. Por exemplo, essas medidas podem ser acessórias, possuem autonomia, são provisórias,

⁵⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 82

⁵⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 457

⁵⁹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 937 e 938

⁶⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 937

podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, são concedidas em caráter de urgência, possuem fungibilidade entre si, entre outras características.

As medidas cautelares são acessórias, pois elas não possuem natureza satisfativa e não podem existir por si mesmas; elas buscam uma segurança, uma proteção do resultado no processo principal, buscam preservar contra os riscos do decorrer do tempo. Por isso, a admissibilidade do processo cautelar sempre pressupõe a do processo principal.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“Ao conceder a tutela cautelar, o juiz não pode perder de vista a sua função de preservar o provimento jurisdicional contra os riscos do transcurso do tempo. O provimento pode ser de natureza cognitiva ou executiva e buscar superar uma crise de certeza ou de adimplemento. Mas por meio dela nunca se poderá alcançar previamente aquilo que constitui o provimento final. Isso é função das tutelas antecipadas.”⁶¹

A tutela cautelar é considerada o instrumento de proteção de outro instrumento, ou seja, dupla instrumentalidade, tendo em vista que a cautelar é o instrumento que visa garantir a eficácia de outro processo (instrumento).

Nesse sentido os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que a tutela cautelar possui dupla instrumentalidade. Vejamos:

“A tutela cautelar tem escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional pleiteada em caráter “principal” – em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do § 7º do art. 273 do CPC). Tem a tutela cautelar dupla instrumentalidade (instrumento para a proteção de um outro instrumento, qual seja, o processo de conhecimento ou de execução).

...

O processo é o instrumento para a declaração (conhecimento) ou satisfação (execução) do direito material. Se a tutela cautelar é o instrumento para a proteção do processo de conhecimento ou de execução, a tutela cautelar é o ‘instrumento do instrumento’.”⁶²

Eles entendem ainda que:

“A razão para a existência de uma medida com esta função protetiva é a natural demora do processo (dano marginal), em razão da qual surgem situações de urgência a necessitar de imediata intervenção judicial, isto a bem

⁶¹GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 244 e 245.

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 86 e 76

da proteção das pessoas, das coisas ou das provas indispensáveis à concessão da tutela principal.”⁶³

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que:

“É *instrumental* por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como ‘instrumental ao quadrado’..”⁶⁴

Portanto, conforme a doutrina majoritária, concluímos que a tutela cautelar pode ser considerada como dupla instrumentalidade, pois a mesma é o instrumento para proteger outro processo.

As medidas cautelares devem ser requeridas em caráter de urgência, devendo estar baseada no *periculum in mora*, bem como as cautelares são provisórias ou precárias, pois elas possuem prazo para começar e para acabar, ou seja, elas duram enquanto houver a urgência.

As medidas cautelares possuem autonomia do processo principal, é formada uma nova relação processual em que se exige a citação do réu, para que, no prazo de cinco dias, conteste-se o pedido, indicando as provas que pretende produzir, sob pena de presumir como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, conforme artigo 802 e 803 do CP. As medidas cautelares possuem um procedimento próprio previstos nos artigos 796 e seguintes do CPC.

A autonomia da medida cautelar verifica-se também quando o resultado de um processo não reflete sobre a substância do outro, podendo a parte lograr êxito na ação cautelar e sair vencida na ação principal.

Nesse sentido o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“O processo cautelar tem dupla face: conquanto acessório, guarda autonomia do processo principal. Forma-se uma nova relação processual, que exige outra citação do réu e um procedimento próprio, com peculiaridades que o distinguem dos outros processos.”⁶⁵

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op.cit. p. 77

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 462

⁶⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 243 e 244.

Humberto Theodoro Junior afirma que:

“Temos, pois, como perfeita autonomia, dentro da função jurisdicional: uma ação cautelar e um processo cautelar, ao lado das ações e processos de cognição e de execução, cujo traço diferenciador, em face das demais atividades jurisdicionais, está no fim específico, que é a prevenção. Quer isso dizer que não se busca, com a cautela, a composição da lide fim da atividade jurisdicional principal, mas tão-somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito.”⁶⁶

As medidas cautelares possuem revogabilidade ou mutabilidade, ou seja, elas não se tornam definitivas, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, pois ao desaparecer a situação fática que ensejou a concessão de tal instituto, conseqüentemente cessa o motivo de ser da precaução, possuem cognição sumária.

O artigo 807 do CPC estabelece o seguinte:

“**Art. 807.** As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo ser revogadas ou modificadas.”

O Humberto Theodoro Junior entende que:

“Por sua natureza e por seu fim específico, a eficácia da medida preventiva obtida por meio da ação cautelar é essencialmente *temporária* e *provisória*: só dura enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a *lide*; destina-se forçosamente a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo, pelo processo principal.”⁶⁷

Contudo, em regra as decisões cautelares não estão sujeitas à preclusão; e conseqüentemente, a sentença não faz coisa julgada material, trata-se de uma cognição sumária, pois o artigo 810 do CPC diz que o indeferimento da medida cautelar não impede que a parte intente a ação e nem influi no julgamento dela.

Nesse sentido o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno diz que:

“É corrente o entendimento de que, no “processo cautelar”, não há “coisa julgada *material*”, fenômeno típico do “processo de conhecimento”, único apto a produzir decisões jurisdicionais com “cognição *exauriente*” capazes de tornarem-se imutáveis ao longo do tempo, as “sentenças de mérito”.⁶⁸

⁶⁶ JUNIOR, HumbertoTheodoro. Op. cit. p. 43.

⁶⁷ JUNIOR, HumbertoTheodoro. Op. cit. p. 26.

⁶⁸BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174

No entanto, a lei põe a salvo a coisa julgada, ou seja, em algumas hipóteses ocorre à coisa julgada, como por exemplo, se o juiz acolher a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor no procedimento cautelar, ou seja, nos casos de acolhimento de alegação de prescrição ou decadência a parte não poderá propor nova ação com as mesmas partes, mesmo direito e mesmo pedido.

Fato este, que parte da doutrina defende a tese de que o processo cautelar faz coisa julgada material, possuindo julgamento de mérito.

Diante do exposto, podemos relatar que no processo cautelar, em regra, o que está sendo discutido se restringe ao preenchimento dos requisitos necessários (*fumus boni iuris e periculum in mora*), e nesses casos não haveria a sentença efeito declaratório, condenatório ou constitutivo de direito, não poderia falar em coisa julgada material, mas apenas formal.

Contudo haveria julgamento de mérito quando acolher alegação de decadência ou de prescrição.

Nos termos do artigo 805 do CPC, é permitida a fungibilidade entre as medidas cautelares, bem como existe a possibilidade da medida cautelar ser substituída de ofício ou a requerimento das partes, quando a prestação de caução ou de outra garantia for menos gravosa para o requerido, desde que seja adequada e suficiente para que possaser evitada a lesão ou a sua reparação integral.

O doutrinador Humberto Theodoro Junior entende:

“Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal.”⁶⁹

Por sua vez, Ernane Fidélis dos Santos entende que:

“A medida cautelar tem a específica finalidade não de satisfação de possível direito do requerente, mas de acautelamento da eficácia, da efetivação prática do processo de conhecimento ou de execução; daí ser ela dotada dos atributos da fungibilidade, da revogabilidade e da provisoriedade.

...

O princípio da fungibilidade, consagrado em lei (art. 805, com redação da Lei 8.952/94), informa ser possível a substituição de uma medida por outra menos gravosa, quando for hábil a atingir suas finalidades, ou por outra medida mais eficaz.”⁷⁰

⁶⁹JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 150

⁷⁰SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil: execução e processo cautelar. Volume 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 308

Seguindo o mesmo entendimento os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“As medidas cautelares são fungíveis, isto é, passíveis de serem concedidas uma por outra, sempre em vista da ampla proteção do direito tutelado em sede principal. Pode o magistrado, por isso, ao receber dado pedido cautelar, conceder outro que possibilite melhor proteção do direito da parte, mesmo sem pedido expresso, o que decorre do seu poder geral de cautela...”⁷¹

Eles entendem ainda que:

“Por fungibilidade entende-se a operação de receber um ato processual praticado por outro, isto na suposição de que, além de mais adequada aos fins pretendidos, a adaptação represente ganho de efetividade ou de economia processual.”⁷²

Nesse contexto, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo entendimento. Vejamos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO PARA ENTREGA DE COISA FUNGÍVEL. EXEQUIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. CABIMENTO. - É exequível o contrato para entrega de coisa fungível em data certa e futura, desde que o título contenha os requisitos da exigibilidade, certeza e liquidez. - O art. 813 do CPC deve ser interpretado sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, de sorte a contemplar outras hipóteses que não somente as expressamente previstas no dispositivo legal. - **O erro na indicação da medida cautelar não pode levar o Poder Judiciário a simplesmente afirmar que o expediente jurídico é inadequado. Cabe ao juiz, com base na fungibilidade das medidas cautelares, processar o pedido da forma que se mostrar mais apropriada. Recurso especial conhecido e provido.**

(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA) (negrito nosso)

Por fim, podemos dizer que a fungibilidade também pode estar relacionada à possibilidade de ser aceita uma cautelar nominada em lugar de uma cautelar inominada e vice - versa.

2.2 Natureza Jurídica

A tutela cautelar, ao contrário da tutela antecipada, possui natureza assecuratória, conservatória, tendo em vista que tal instituto visa garantir a eficácia do

⁷¹MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 91

⁷²MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 91

provimento final, de modo que o objeto do litígio seja protegido, enquanto a tutela antecipada, conforme já relatado, possui natureza satisfativa, tendo em vista que satisfaz ainda que de forma provisória a pretensão do autor.

A Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região corrobora em dizer que as medidas cautelares visam resguardar a situação existente. Vejamos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.383/91: ART. 80. PREJUDICIALIDADE RECURSAL. 1. **As medidas cautelares visam resguardar uma situação de fato, existente no momento e que poderia não se fazer presente no final do trâmite da ação principal, mantendo relação com o feito principal de dependência e instrumentalidade, não se prestando a substituir o provimento daquele, donde verificar-se o caráter satisfativo incompatível com o manejo da via processual adotada.** 2. **Se assim não fosse, resta prejudicada a análise da apelação ante o julgamento da ação principal, já transitada em julgado, a teor do art. 808, inciso III, do CPC.** 3. Prejudicada a remessa oficial, tida por interposta. (TRF-3 - REOAC: 23478 SP 95.03.023478-6, Relator: JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, Data de Julgamento: 26/06/2008, TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO) (negrito nosso)

Nesse sentido o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“(...) a tutela cautelar não concede, antecipadamente, aquilo que foi pedido, mas busca resguardar e proteger a futura eficácia do provimento final.

...

(...) A antecipada concederia a ele aquilo que está sendo pedido, o que lhe permitiria executar, desde logo, o seu crédito.”⁷³

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“A tutela cautelar tem o escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional pleiteada em caráter ‘principal’ – em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do §7º do art. 273 do CPC).”⁷⁴

No entanto, conforme já relatado, não podemos esquecer que algumas cautelares, são satisfativas, tendo em vista satisfazer a pretensão da parte que a requer, como por exemplo, a ação de busca e apreensão de menor, exibição de documento.

Ressalte-se que os doutrinadores Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa afirmam que:

⁷³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 291 e 292

⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 76

“Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800, CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas ocasiões, a natureza satisfativa das cautelares, quando se verifica ser despicienda a propositura da ação principal, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaurese em si mesma, com a simples apresentação dos documentos (STJ-4^a T., REsp 59.531-SP, rel. Min. Cesar Rocha, j. 26.8.97, negaram provimento, v.u., DJU 13.10.97, p. 51.594).”⁷⁵

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou com relação as medidas cautelares que possuem natureza satisfativa, afirmando a desnecessidade da propositura da ação principal no prazo de 30 dias, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. VERBA HONORÁRIA. 1. A recorrente deixou de atacar de modo efetivo o fundamento principal adotado pelo Tribunal a quo para considerar ilegítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica, qual seja, a falta da prévia notificação exigida pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. Incidência da Súmula 283/STF. 2. **Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal a ser ajuizada ou em curso, consoante os artigos 800, 806 e 808. Contudo, esta Corte sufraga o entendimento de que, em certas situações, a natureza satisfativa da medida cautelar torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal.** Precedentes: REsp 851.884/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29.10.08; REsp 805113/RS, de minha relatoria, DJe 23.10.08; REsp 684.034/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 19.12.07; REsp 541.410/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 11.10.04. 3. Dada a incorrência de vinculação direta no caso vertente entre os resultados da medida cautelar objetivando impedir o corte no fornecimento de energia e o da ação anulatória de débito, não se vislumbra qualquer equívoco no acórdão que mantém a prestação do serviço em razão da falta de comunicação prévia ao consumidor – pedido deduzido na cautelar – e, simultaneamente, considera legítimo o débito cobrado, rejeitando, pois, o pleito formulado na principal. 4. Admite-se a presunção do dano moral por meio da simples comprovação do ato ilícito naquelas hipóteses em que esse comportamento é objetivamente capaz de lesionar os bens juridicamente protegidos. No caso concreto, não pairam dúvidas de que a descabida interrupção no fornecimento de energia elétrica repercutiu de maneira bastante negativa ao sindicato recorrido, o que justifica a condenação em verba indenizatória. 5. A despeito de a recorrente ter vencido por completo a ação anulatória de débito, sucedeu sua equivocada condenação ao pagamento de 30% dos honorários advocatícios arbitrados em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Nesse raciocínio, mostra-se impositiva a alteração do aresto para que a parte adversa arque com a totalidade da verba honorária relativa à ação principal, único ponto no qual o recurso especial merece ser acolhido. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (STJ - REsp: 769688 MT 2005/0119513-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 01/12/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2009) (negrito nosso)

⁷⁵NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 40ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. p.947

Seguindo o mesmo entendimento, os Desembargadores integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relatam a natureza satisfativa da medida cautelar exibição de documentos. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA SATISFATIVA - DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAR O PERICULUM IN MORA - PRESCRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE NASCIMENTO DA PRETENSÃO DA AUTORA - MULTA COMINATÓRIA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 372, DO STJ - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em falta de interesse de agir, pelo não esgotamento da via administrativa, quando a Constituição Federal determina o livre acesso ao Poder Judiciário. Ainda, os documentos mesmo que sendo comuns as partes, a lei determina o dever do ora apelante em exibir os documentos. **A medida cautelar de exibição de documentos possui natureza satisfativa, podendo a requerente após a análise dos documentos não propor nenhuma demanda principal.** Assim, sem nascer a pretensão da ora apelada não há como se declarar a prescrição. A aplicação da multa cominatória na medida cautelar de exibição de documentos não é possível, pois determina o artigo 362, do Código de Processo Civil que apenas pode haver a busca e apreensão dos documentos não exibidos. Ainda, a Súmula 372, do Superior Tribunal de Justiça proíbe a aplicação de multa cominatória na medida cautelar de exibição de documentos. (TJ-PR - AC: 7657963 PR 0765796-3, Relator: Costa Barros, Data de Julgamento: 01/06/2011, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 652) (negrito nosso)

Portanto, as medidas cautelares em regra possuem natureza jurídica conservativa, assecuratória, pois elas possuem o escopo de proteger o objeto que está sendo demandado em outro processo, ou no mesmo processo, bem como algumas medidas podem ser consideradas como satisfativa, pois satisfazem ainda que provisoriamente a pretensão do autor, dispensando o ajuizamento da ação principal, pois se esgotariam em si mesmas.

2.3 Requisitos

Para a propositura de uma ação cautelar é necessário que se observe a presença do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, conforme o artigo 798 do CPC, além dos requisitos previstos no artigo 801 do CPC e dos requisitos especiais de cada uma das medidas cautelares.

O artigo 798 do CPC estabelece que:

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

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“**Requisitos para a cautelar.** Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a *eficácia* do processo de conhecimento ou do processo de execução.”⁷⁶

Antes de entrar no mérito, é importante analisar o artigo 798 do CPC, pois ele prevê o poder geral de cautela ao juiz, ou seja, outorga a este a faculdade de determinar algumas medidas provisórias que se julgarem adequadas, antes mesmo do julgamento da lide, quando houver ameaça de lesão grave e de difícil reparação.

O juiz poderá conceder uma tutela cautelar diferente das previstas expressamente na lei, quando houver o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da demanda, cause a outra uma lesão grave ou de difícil reparação.

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“Não podendo o legislador prever todas as situações de risco que justificassem a intervenção cautelar, criou uma fórmula genérica que permite ao magistrado ofertar tutela cautelar fora das situações expressamente revistas em lei. Trata-se do que se convencionou chamar *poder geral de cautela* do juiz, cuja previsão legal se encontra no art. 798 do CPC.”⁷⁷

Eles entendem ainda que:

“Prevê o art. 798 do CPC que, além dos procedimentos cautelares específicos regulados nos arts. 813 e ss. do CPC, poderá o juiz determinar as medidas provisórias julgadas 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.”⁷⁸

⁷⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 943

⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 92 e 93

⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 93

Seguindo o mesmo entendimento os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery se posicionam da seguinte maneira:

“1. Medida cautelar inominada. A tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas em nome do *poder geral de cautela* que lhe confere o CPC 798.”⁷⁹

O poder geral de cautela pode ser justificado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que fala sobre a inafastabilidade da justiça, garantindo uma prestação jurisdicional útil, adequada e tempestiva.

Tratando-se, portanto, de medida cautelar, ou seja, aquela necessária para assegurar o resultado útil do processo, está o juiz autorizado a concedê-la de ofício com fundamento no artigo 798 do CPC.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem se posicionando:

AGRAVO DE INSTRUMENTO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PROCESSO ADMINISTRATIVO SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR INFRAÇÃO DO ARTIGO 165 DO CTB DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INADMISSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 273 DO CPC PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA OU PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR COM AMPARO NO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ - PREPONDERÂNCIA, AO MENOS POR ORA, DO LIVRE EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA - MATÉRIA SUSCETÍVEL DE POSTERIOR EXAME, QUANDO NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO, A QUESTÃO VIER A SER EXAMINADA NO MÉRITO, A PARTIR DAS PROVAS PRODUZIDAS SOB A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AMPLO. **1. A tutela antecipada não se presta para prevenir possível lesão de direito ameaçado, constituindo, ao contrário, o exercício do próprio direito afirmado pelo autor na inicial da demanda. 2. Portanto, para que a tutela antecipada seja deferida há de estar presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 273 do CPC, ausentes na espécie, devendo-se proceder com a cautela adotada pelo magistrado de se aguardar, em respeito ao contraditório amplo, a citação da parte contrária e a apresentação da defesa.** RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 37430420128260000 SP 0003743-04.2012.8.26.0000, Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 14/02/2012, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 16/02/2012) (negrito nosso)

Antonio Claudio da Costa Machado entende o caso de maneira contrária; no sentido de que “o requerente sempre precisará propor ação cautelar inominada porque o poder geral aqui instituído não admite exercício *ex officio*(...)”⁸⁰

⁷⁹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 942

Com base no poder geral de cautela, surgem as cautelares inominadas ou atípicas, as quais, embora não tenham previsão na lei, poderão ser requeridas ao juiz quando houver o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da demanda, cause a outra uma lesão grave ou de difícil reparação.

O poder geral de cautela, diz respeito a um poder supletivo ou integrativo do regime das medidas cautelares, através do qual permite o juiz conceder medidas cautelares não previstas em lei, toda vez que houver uma hipótese de urgência não pressuposta pelo legislador.

Concluimos que embora haja entendimento contrário, com base no poder geral de cautela, é lícito o juiz conceder outras medidas cautelares (medidas cautelares atípicas) necessárias para a demanda apresentada, nos termos do artigo 798 do CPC.

O artigo 799 do CPC relata quais atos poderão ser utilizados pelo magistrado no poder geral de cautela. Vejamos:

“**Art. 799** - No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”

Trata-se de um rol exemplificativo, pois a parte poderá solicitar ao juiz qualquer medida que garanta a eficácia do seu processo principal, podendo ser concedida pelo juiz quando verificar a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“O art. 799 do CPC expõe atos que poderão ser ordenados pelo juiz no exercício do poder geral de cautela: poderá o juiz, para evitar dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor prestação de caução. Obviamente, trata-se de *rol exemplificativo*, a admitir, portanto, ampla extensão para abarcar outras medidas em favor da tutela do pedido feito em caráter principal (como, p.ex., suspensão de deliberações, remoção de pessoas e coisas etc.).”⁸¹

Portanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos indispensáveis para a proposição de medidas com caráter urgente.

Passaremos a analisar abaixo os requisitos necessários para a concessão das medidas cautelares.

⁸⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008. v. 1., pg. 1146

⁸¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 93

2.3.1 Fumus boni iuris

O *fumus boni iuris* corresponde à fumaça do bom direito, ou seja, o direito tem que ser verossímil e, provável; devem ser demonstrados indícios que correspondem com a realidade fática e, a simples possibilidade de bom resultado do processo principal.

Por sua vez, o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno entende que:

“A “exposição sumária do direito ameaçado” corresponde à consagrada expressão latina *fumus boni iuris* – textualmente, “fumaça do bom direito” -, que deve ser entendida como a suficiência, para os fins do Livro III do Código de Processo Civil, de que o magistrado convença-se *sumariamente* da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional.”⁸²

Seguindo o mesmo entendimento, os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni afirmam que:

“O *fumus boni iuris* (ou “aparência do bom direito”) é a plausibilidade de existência do direito invocado, a provável existência de um direito a ser tutelado no processo principal. Não há razão para a concessão de cautela quando a pretensão principal, de plano, for identificada como improcedente.”⁸³

Eles entendem ainda que:

“Para análise de tal requisito, o magistrado não aprofunda na verificação da existência do direito invocado (ou a ser invocado) na ação principal. Sendo sumária a cognição em sede cautelar, basta um juízo hipotético de probabilidade de se escolher a pretensão principal. A decisão acerca do cabimento ou não da pretensão do autor só será proferida na principal, após realização de cognição exauriente.”⁸⁴

No entanto, a fumaça do bom direito conforme relatado acima, deve ser provável, não havendo a necessidade de demonstrar à existência do direito, basta a probabilidade, ou seja, deve ter uma análise, ainda que superficial, da probabilidade do direito material em espécie, tendo em vista que o requisito *fumus boni iuris* corresponde um sinal, indício de que o direito pleiteado de fato existe, bastando a mera suposição da verossimilhança das alegações.

⁸²BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 210

⁸³MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 100

⁸⁴MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 100

2.3.2 Periculum in mora

O *periculum in mora* consiste no fundado receio de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, possam ocorrer fatos que prejudiquem o curso da ação principal ou a execução da tutela que nesta será buscada, ou seja, de que seja causada lesão grave e de difícil reparação.

O doutrinador Humberto Theodoro Junior entende que:

“O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido.”⁸⁵

Por sua vez, o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno afirma que:

“O “receio de lesão” é explicativo suficiente da outra expressão latina geralmente associada ao tema das “tutelas de urgência”, o *periculum in mora*, o perigo na demora da prestação jurisdicional, a compreensão de que, em alguns casos, impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o *tempo* inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado.”⁸⁶

Ademais, os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni:

“O *periculum in mora*, ou perigo da demora, referenciado no art. 798 do CPC, caracteriza-se pelo risco de perecimento do direito tutelado ou a ser tutelado no processo principal, caso não esteja protegido naquele momento. Também aqui a análise do requisito dá-se através de cognição sumária. A simples possibilidade de haver o dano já é bastante para a concessão da medida cautelar.”⁸⁷

No entanto, concluímos que o *periculum in mora* consiste no perigo na demora, ou seja, consiste no receio que a demora da decisão processual venha causar um dano grave ou de difícil reparação ao bem que está sendo tutelado, bem como para a sua configuração basta demonstrar a possibilidade de ocorrer um dano ao direito da parte de obter uma tutela jurisdicional eficaz na ação principal.

Nos termos do artigo 804 do CPC, a medida cautelar pode ser concedida sem ouvir a parte contrária (*inaudita altera parte*), após a contestação, na instrução, na sentença e, inclusive, no âmbito recursal.

⁸⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 65.

⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 210

⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 101

O artigo 804 do CPC estabelece:

“**Art. 804** - É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

No entanto, se o órgão julgador não se sente convencido, o juiz poderá conceder liminarmente ou designar audiência de justificação prévia (art. 804 do CPC), em que o autor deverá produzir as provas possíveis para demonstrar que faz direito à medida cautelar, sem ouvir a parte contrária, quando verificar que este, sendo citado poderá tornar ineficaz.

Nesse sentido o doutrinador Humberto Theodoro Junior entende que:

“Atento à finalidade preventiva do processo cautelar, o Código permite ao juiz conceder medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804). A concessão de liminar, todavia, não depende de estar o requerente na iminência de suportar ato do requerido que venha a provocar a consumação do dano temido. O perigo tanto pode derivar de conduta do demandado como de fato natural. O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumir-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque, se tiver que aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente preveni-lo.”⁸⁸

Por sua vez, o doutrinador Fredie Didier Junior afirma que:

“As tutelas de urgência – independentemente de ostentarem natureza cautelar ou antecipatória – não tem um limite temporal: podem ser concedidas *inaudita altera parte* (sem ouvir a parte contrária), após a contestação, na instrução, na sentença, e até no âmbito recursal.”⁸⁹

Seguindo o mesmo entendimento, o doutrinador Moacyr Amaral dos Santos corrobora que:

⁸⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 534

⁸⁹ JUNIOR. Fredie Didier, CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 9 ed. Salvador: Editora Podivm, 2011. v.3. p. 526.

“Sua concessão poderá ser, então, *inaudita altera parte*, após a resposta do réu ou depois da audiência, por ocasião da sentença, ou até mesmo em segundo grau.”⁹⁰

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem se posicionando da seguinte maneira com relação a concessão da medida cautelar *inaudita altera parte*:

ACÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR CONCEDIDA INAUDITA ALTERA PARS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804, CPC. AUSÊNCIA DE RISCO DE LESÃO AOS AGRAVANTES. AGRAVO DESPROVIDO. - Art. 804, CPC: "**É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz**; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer."(TJ-PR - AI: 7520463 PR 0752046-3, Relator: Ângela Khury Munhoz da Rocha, Data de Julgamento: 12/04/2011, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 631) (negrito nosso)

No entanto, podemos concluir que o juiz poderá conceder a medida cautelar, *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a parte contrária, quando verificar que o réu, sendo citado poderá tornar ineficaz a medida cautelar.

Ademais, o artigo 797 do CPC é claro ao dispor que somente em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei o juiz poderá determinar medidas cautelares sem a audiência das partes.

Contudo, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos previstos para todas as medidas cautelares, nos termos do artigo 798 do CPC, além dos requisitos especiais que cada cautelar exige e dos requisitos previstos no artigo 801 do CPC.

2.4 Momento para a concessão da tutela cautelar

O artigo 796 do CPC estabelece que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes do processo principal ou no curso do processo principal e sempre será dependente do processo principal.

Nesse sentido o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que:

“O Livro III do Código de Processo Civil trata do processo cautelar, que pressupõe o ajuizamento de ação cautelar autônoma, em que o autor postula

⁹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. volume 2. 24 Ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 137.

providência jurisdicional assecuratória, protetiva, garantidora daquela buscada no processo principal.”⁹¹

Seguindo este entendimento, o doutrinador Humberto Theodoro Junior afirma que:

“Corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de *assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.*”⁹²

Nos termos do art. 800 do CPC, as medidas cautelares podem ser propostas antes do processo principal, sendo consideradas preparatórias, devendo ser requeridas ao juiz da causa (neste caso, chamadas preventivas – devendo ser proposta a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de cessar a eficácia desta medida de urgência – art. 806 do CPC) ou no curso do processo principal (chamadas incidentais), neste caso, sempre serão dependentes do processo principal, devendo ser requeridas ao juiz competente para conhecer a ação principal.

Ademais, também é possível requerer a medida cautelar em fase recursal, sendo que neste caso, a medida deve ser requerida diretamente no tribunal.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“A norma confere competência ao tribunal destinatário do recurso (*ad quem*) se e quando já tiver sido *interposto* o recurso. Essa circunstância está *expressa* no par.ún. do CPC 800, de modo que o juízo *a quo*, isto é, aquele que prolatou a decisão recorrida, deixa de ser competente para toda e qualquer medida posterior à interposição do recurso. Portanto, a cautelar posterior ‘a *interposição* do recurso, ainda que não proferido juízo de admissibilidade, recebendo ou indeferindo o processamento do recurso, tem que ser ajuizada perante o tribunal *ad quem*, que é o competente para processá-la e julgá-la. “A lei não exige que o recurso tenha sido *admitido* ou *recebido para processamento* para que o tribunal *ad quem* seja competente para apreciar e decidir a cautelar.”⁹³

A lei não fala qual o momento certo para a concessão; portanto elas podem ser concedidas em qualquer momento, desde que preenchidos os seus requisitos, como por exemplo, ela pode ser concedida em caráter liminar ou com a justificação previa do

⁹¹GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.3: execução e processo cautelar. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.238

⁹²JUNIOR, Humberto Theodoro. Processo cautelar. 23ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2006. p. 26

⁹³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 946

autor, em qualquer momento, desde que comprovada à existência dos requisitos necessários, na própria sentença.

A medida cautelar será sempre provocada mediante petição inicial, devendo conter os requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, os requisitos especiais para cada medida cautelar e aqueles estabelecidos no artigo 801 do CPC, entre eles a autoridade judiciária que é requerida; o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; qual é a lide e a sua fundamentação; a exposição sumária do direito que está sendo ameaçado e o receio da lesão; as provas que serão produzidas; o pedido de citação do réu e o valor da causa.

3. FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

3.1 Introdução

A lei 10.444/02 criou o §7º do artigo 273 do CPC, permitindo a possibilidade de fungibilidade entre as medidas urgentes, ou seja, entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, com a seguinte redação:

“Art. 273. ...

§7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”

Nem sempre é possível identificar com clareza, qual a medida adequada para cada caso. Assim, a introdução do §7º, criou a possibilidade de permitir ao magistrado, quando o autor requerer medida a título de antecipação de tutela, conceder uma medida cautelar, quando preenchidos os requisitos.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves afirma que:

“Há casos em que não é fácil distinguir se a tutela postulada é cautelar ou antecipatória; é que ficariam em uma espécie de zona cinzenta. Mas a distinção perdeu boa parte de sua importância, diante da expressa adoção da fungibilidade entre tutelas cautelares e antecipadas (CPC, art. 273, §7º).”⁹⁴

Seguindo o mesmo entendimento os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni dispõem que:

“Há situações, portanto, em que pode haver dúvida acerca de se saber qual a modalidade de tutela de urgência mais adequada ao caso, e de que procedimento deve se valer a parte, para obter a medida. Para evitar este inconveniente, estabelece o §7º do art. 273 do CPC que ‘se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado’. Assim, nas zonas limítrofes ou cinzentas entre dois institutos (e até mesmo nos casos de erro explícitos em que se vislumbra boa-fé da parte requerente), autoriza a lei que o juiz aplique o princípio da fungibilidade, recebendo o pedido antecipatório como sendo cautelar, deferindo a proteção correspondente, desde que presentes os requisitos legais.”⁹⁵

⁹⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 292

⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 52

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“47. Fungibilidade. Generalidades. O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação da tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.”⁹⁶

Nesse sentido, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vêm se posicionando da seguinte maneira:

Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - **O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.** Recurso especial não conhecido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/02/2006, T3 - TERCEIRA TURMA) (negrito nosso)

Seguindo o mesmo entendimento, os Ministros da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça corroboram sobre a possibilidade da fungibilidade entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO - PRETENSÃO DE SE REDISCUTIR AS QUESTÕES JÁ DECIDIDAS PELO ÓRGÃO COLEGIADO - NÃO CABIMENTO. **1. O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela.** Precedentes do STJ. 2. Os embargos de declaração são cabíveis apenas e tão-somente para sanar obscuridade ou contradição ou, ainda, para suprir omissão verificada no julgado, acerca de tema sobre o qual o tribunal deveria ter-se manifestado. 3. Inexistente qualquer das hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida os embargos de declaração. 4. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl no REsp: 1016010 BA 2007/0295769-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2009) (negrito nosso)

No entanto, a concessão de uma tutela antecipada por uma tutela cautelar não significa que o juiz irá proferir uma decisão *extra petita*, permitindo deste modo à

⁹⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 460

fungibilidade entre as medidas cautelares com as antecipatórias de tutela, conforme relata o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“A abrangência do dispositivo é muito maior: permite que o juiz conceda uma tutela cautelar, se lhe parecer mais apropriada, apesar de o autor ter pedido uma tutela antecipada. Haverá, assim, a possibilidade de um descompasso entre a tutela pedida e a concedida. Não se tratará mais de um simples erro na denominação, mas da possibilidade de concessão de uma tutela de urgência diferente daquela que foi solicitada e que pareça mais apropriada ao juiz. E isso sem risco de que a medida seja considerada *extra petita*.”⁹⁷

Contudo, conclui-se que com a introdução do § 7º no artigo 273 do CPC, trouxe a possibilidade do juiz examinar a tutela de urgência que lhe pareça mais adequada, sem ficar restrito ao que foi pedido; entretanto, para conceder uma tutela no lugar da outra, devem estar presentes os requisitos necessário para aquela.

3.2 A fungibilidade presente no § 7º do artigo 273 do CPC

A fungibilidade prevista no § 7º do artigo 273 do CPC, conforme relatado acima, foi criada com o escopo de resolver as situações de dúvidas sobre qual a medida mais adequada a ser adotada no caso concreto. Nesses casos, não há motivo para que o juiz indefira a ação se foi pedido tutela antecipada e a medida correta seria tutela cautelar.

O doutrinador Humberto Theodoro Junior afirma que:

“Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que a tutela cautelar.”⁹⁸

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves dispõe que:

“A fungibilidade no processo civil refere-se sempre a duas ou mais coisas que constituam uma pretensão. Em tese, por força do princípio da adstrição ao pedido, postulada uma, o juiz não poderia conceder a outra, sob pena de

⁹⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 303

⁹⁸ THEODORO JR, Humberto. “**Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares.**” *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 94

sua decisão ser *extra petita*. Mas, quando elas são fungíveis entre si, a lei permite que, postulada uma, o juiz conceda outra, sem risco de nulidade ou vício da decisão.”⁹⁹

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira dispõem o seguinte:

“Atualmente, essa distinção perdeu um pouco da sua utilidade prática, embora permaneça incólume no plano doutrinário. Isso porque, de acordo com o § 7º do art. 273 do CPC, a tutela antecipada, satisfativa ou cautelar, pode ser concedida no bojo do procedimento comum de conhecimento. Todas aquelas situações-limite, nas quais o magistrado hesitava no momento da concessão da medida, por não saber ao certo se exigia a prova inequívoca ou a ‘simples fumaça do bom direito’, estão resolvidas. Aquelas lacônicas decisões que negavam a antecipação da tutela satisfativa, por tratar-se de provimento cautelar, não mais se justificam.”¹⁰⁰

Entretanto, esses doutrinadores defendem a posição de que não se trata rigorosamente da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, afirmando que se trata de uma opção legislativa que visa à simplificação. Vejamos:

“Não se trata, rigorosamente, de um caso de *fungibilidade* entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, até, porque, conforme vimos, possuem naturezas distintas: a primeira é um tipo de tutela e a segunda uma técnica de tutela. O que o § 7º do art. 273 autoriza é que, formulado um pedido de tutela antecipada satisfativa, possa ser concedido um pedido de tutela antecipada cautelar, tudo no processo de conhecimento. Ou seja, admite-se que a tutela cautelar seja concedida em processo não cautelar. Não há, pois, correção ou aproveitamento; não se pressupõe erro do demandante na escolha da via processual ou na formulação do pedido; não se pode, portanto falar em *fungibilidade*. Trata-se de uma opção legislativa pela simplificação: a tutela antecipada no processo de conhecimento também pode servir como técnica de antecipação da tutela cautelar, além da tutela satisfativa. Adota-se, porém, o termo ‘fungibilidade’, que já se encontra consagrado doutrinária e jurisprudencialmente, pondo-lhe aspas para ressaltar o posicionamento aqui defendido.”¹⁰¹

No entanto, com a criação do § 7º, a lei trouxe a possibilidade de o juiz verificar qual a medida mais adequada para cada situação, sem ficar adstrito à medida que tenha sido requerida pela parte.

A 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo relata sobre a fungibilidade da tutela antecipada com a tutela cautelar. Vejamos:

⁹⁹GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.3 : execução e processo cautelar. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.238

¹⁰⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 478

¹⁰¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 478

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE VIZINHANÇA - AÇÃO DEMOLITÓRIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - Código de Processo Civil, art. 273, "caput". Requisitos ensejadores. Ausência. Tutela cautelar de urgência. **Admissibilidade. Fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar. Possibilidade. Exegese do parágrafo 7º, do art. 273, do CPC, introduzido pela Lei 10.444, de 07/5/2002. Pressupostos da providência de natureza cautelar. Reconhecimento. Decisão reformada. Presentes os respectivos pressupostos, viabiliza-se a concessão de providência de natureza cautelar de urgência, ainda que pedida a antecipação de tutela, desde que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula.** RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - AI: 990102906388 SP, Relator: Walter Zeni, Data de Julgamento: 15/07/2010, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2010) (negrito nosso)

Contudo, não podemos considerar que a tutela antecipada seja a mesma coisa que a tutela cautelar, pois, conforme já relatado nos capítulos anteriores, não se trata da mesma coisa. Podemos afirmar que há um dispositivo processual que visa assegurar a efetividade e a utilidade do processo, evitando que prejudique o que está sendo postulado pela parte.

Pode-se dizer que ambas as tutelas são espécies de um mesmo gênero, chamado de tutela de urgência.

3.2.1 Pressupostos para a fungibilidade

Conforme mencionado anteriormente, os pressupostos para a concessão de uma tutela antecipada são mais rígidos do que os pressupostos para a concessão de uma tutela cautelar.

Para a concessão da tutela antecipada, é necessário o preenchimento dos requisitos do artigo 273 do CPC; ou seja, deve haver um requerimento da parte, devem existir prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Já para a concessão da tutela cautelaré necessário que se observe a presença do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, conforme o artigo 798 do CPC, além dos requisitos previstos no artigo 801 do CPC e dos requisitos especiais de cada medida cautelar.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que é possível ocorrer à fungibilidade entre esses dois institutos, pois ambos são espécies da tutela de urgência.

Para que ocorra a fungibilidade, basta à presença dos requisitos da medida que vier a ser concedida pelo juiz; ou seja, basta o preenchimento dos requisitos de uma ou da outra tutela que se pretende.

Os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça vêm se posicionando da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FUNGIBILIDADE DOS INSTITUTOS DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. **Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.** 3. O Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida que entendeu estarem presentes nos autos documento hábeis para comprovar o preenchimento dos requisitos da tutela antecipada. 4. O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto ao argumento de que o recorrido não fazia jus à reforma a posto superior ao que ocupava na ativa. Recurso especial improvido. (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/08/2007, T2 - SEGUNDA TURMA) (negrito nosso)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se posiciona sobre a possibilidade da fungibilidade prevista no artigo 273, § 7º, CPC. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário sem a exigência de depósito prévio do montante integral. **Tutela de urgência concedida em caráter acautelatório (artigo 273, § 7º, CPC).** Ausência de ilegalidade na exigência do depósito do montante integral. **Diante da interpretação empregada para a exata identificação dos pressupostos da antecipação de tutela, considera-se que a tutela de urgência pode se revestir de outra natureza, observada a fungibilidade de que trata o artigo 273, § 7.º, do CPC e a possibilidade de flexibilização do procedimento, extraíndo-se do processo o seu melhor proveito.** Nesse contexto, sem embargo da plausibilidade acerca da consistência da tese sustentada pela agravante, a dinâmica manejada para emprestar caráter acautelatório para o providência permite exigir o depósito do montante integral para autorizar a suspensão do crédito tributário. Aplicação do artigo 151, inciso II, do CTN. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal. Negado provimento ao recurso. (TJ-SP - AI: 1016446920128260000 SP 0101644-69.2012.8.26.0000, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 25/07/2012, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/07/2012) (negrito nosso)

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim vem se posicionando:

1) DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA QUE SUSPENDE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E EXIGIBILIDADE DE MULTA CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PRESENÇA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. CONVERSÃO EM LIMINAR CAUTELAR, COM PRESTAÇÃO E CAUÇÃO (ART. 273, § 7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). a) A tutela antecipada fundada no "periculum in mora" e a medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes. **Por essa razão, o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil estipula a fungibilidade entre as medidas ("§ 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.").** b) **Tal fungibilidade, associada ao poder geral de cautela, autorizam o magistrado a determinar a aplicação da medida necessária dentre aquelas possíveis e se, ao fixar a caução devida para a concessão da cautela, o faz consoante entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça para casos similares.** c) Da existência de previsão legal que autoriza a concessão de liminares "inaudita altera parte" resulta que as medidas assim deferidas não ofendem o contraditório ou a ampla defesa. d) Tampouco há que se falar em ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, porque este diz respeito à iniciativa dos procedimentos judiciais que, sem provocação da parte, não podem ocorrer espontaneamente. Porém, uma vez ajuizados os procedimentos e formuladas as pretensões, cabe ao juiz impulsioná-lo, independentemente da vontade das partes, inclusive para, de ofício, corrigir impropriedades de atos judiciais "a quo" submetidos a recurso, ainda que o vício não tenha sido alegado pelo recorrente. 2) PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E EXIGIBILIDADE DE MULTA CONTRATUAL. ESTIPULAÇÃO DE PARTE (50%) DA CAUÇÃO EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA CONTRA-CAUTELA. NÃO CABIMENTO. a) A decisão judicial que, diante do caso concreto, ao deferir liminar visando a inexigibilidade de multa (e respectiva suspensão de inscrição do débito em Dívida Ativa), exige a prestação de parte da caução (50%) em dinheiro, está em consonância com o entendimento consolidado do STJ que, por interpretação sistemática, aplica-se ao caso. b) "É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que não é ilegal a decisão que, examinando o caso concreto, ao deferir a liminar de sustação de protesto de título, exige a prestação de caução em dinheiro." - AgRg no AgInst nº 800.218/SP, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ: 11/12/2006. c) Tal como no caso das sustações liminares de protesto, a caução deve ser equivalente ao valor do título em discussão, no caso, o valor da multa pecuniária prevista no contrato que, em tese, equivale ao valor da indenização devida pelo descumprimento da avença. 3) AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(TJ-PR - AGV: 719384401 PR 0719384-4/01, Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 18/01/2011, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 561) (negrito nosso)

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que a concessão de uma medida por outra que não foi requerida é possível, desde que haja os requisitos suficientes para a concessão. Vejamos:

“O texto deixa clara a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não tenha expressado pleito de antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor não ter pedido antecipação de tutela (ate mesmo por eventualmente não lhe interessar a antecipação), mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão da medida cautelar. Nessa hipótese, a norma autoriza o pedido (cautelar) em processo de conhecimento. Por outro lado, e 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 sobre a forma de ‘medida cautelar’”.¹⁰²

Para que a ocorra à fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, é necessário que a parte tenha requerido uma medida que entendeu ser necessária para a proteção do seu direito; o juiz, ao receber a ação, verificará que, para aquele caso, seria mais conveniente a outra medida de urgência, bem como analisará o preenchimento dos requisitos.

No entanto, o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche todos os requisitos necessários à tutela pretendida pela parte, poderá determinar a sua emenda para que sane e posteriormente poderá conceder a medida adequada.

Assim, mesmo nos casos de urgência, o juiz não pode deixar de conceder a medida por entender que não houve pedido daquela medida, nestes casos, o juiz deve conceder a medida devido à urgência, desde que preenchidos os requisitos necessários.

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida entendem que:

“Assim, em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por entender que ela não foi requerida pela via que reputa cabível. 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.”¹⁰³

3.2.2 Fungibilidade de mão dupla

Existe grande controvérsia acerca da possibilidade de interpretar o §7º do art. 273 do CPC como fungibilidade de mão dupla, tendo em vista que o artigo possui a

¹⁰² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil – Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 10 ed. ver., atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48 e 49.

¹⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Curso avançado de processo civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 10 ed. ver., atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 363.

redação de que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o magistrado, verificando que foram preenchidos os requisitos, deferir a medida cautelar.

A redação do parágrafo acabou levando alguns doutrinadores a entenderem que a fungibilidade seria de mão única. Para parte da doutrina minoritária, se foi pedida tutela antecipada, o juiz, verificando a presença dos requisitos necessários e entendendo que se trata de medida cautelar, poderá deferir a medida cautelar. Ou seja, eles entendem que, se foi concedida tutela antecipada que é mais grave, tendo em vista a presença dos requisitos, o juiz poderia conceder uma tutela cautelar que é menos grave. O contrário não poderia ocorrer.

No entanto, a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência entendem que se trata de fungibilidade de mão dupla, ou seja, quando o autor a título de tutela antecipada, requerer providência de natureza cautelar e, desde que preenchidos os requisitos para a sua concessão, poderá o juiz deferir a medida cautelar e vice-versa.

Os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

“49. Fungibilidade. Tutela Antecipada. A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelarem pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rigorosos que o da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação da tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder à adaptação.”¹⁰⁴

Seguindo o mesmo entendimento o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves dispõe que:

“Não existe a fungibilidade de mão única, sendo de sua natureza que dois institutos fungíveis possam ser trocados, um pelo outro, sem distinção. Ninguém sustentará que a fungibilidade das possessórias permite que o juiz conceda uma manutenção de posse, quando postulada a reintegração, mas não o inverso, porque a reintegração é mais que a manutenção. Ao instituir a fungibilidade, a lei quis atribuir ao juiz a possibilidade de decidir, entre duas ou mais pretensões, aquela cuja concessão será mais apropriada.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 460

¹⁰⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 303 e 304

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem ser possível que haja a fungibilidade de mão dupla e fazem a ressalva sobre a necessidade de conversão do procedimento. Vejamos:

“Assim, requerida providência antecipatória através da medida cautelar, deverá o juiz deferi-la, se presentes os requisitos que àquela tutela de urgência são próprios (ou seja, os referidos no art. 273 do CPC). Neste caso, a única ressalva que deve ser feita é que também seja convertido o procedimento cautelar ajuizado em processo de conhecimento, já que os pleitos antecipatórios não se processam de forma autônoma”¹⁰⁶

Os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça entendem o seguinte:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO. 1. **O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela.** Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e provido para que, superada a extinção do processo por ausência de interesse processual, a Corte de origem prossiga no julgamento dos recursos oficial e voluntário. (STJ - REsp: 1011061 BA 2007/0255575-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/03/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2009) (negrito nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR SATISFATIVA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE DE FORNECIMENTO DE ENERGIA PARA A ILUMINAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE RESOLUÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. 1. **Deve ser aplicado o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, vez que há interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela.** 2. Não é possível a suspensão do serviço no caso dos autos, pois as concessionárias somente podem deixar de fornecer energia elétrica a entes públicos inadimplentes quando não há prejuízo à continuidade dos serviços públicos essenciais, tais como a iluminação pública. 3. Em sede de apelo excepcional, não é possível analisar eventual violação a Resoluções, uma vez que não são abrangidas pela expressão "lei federal" presente no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal. 4. É descabido o recurso interposto pela alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, uma vez que o recorrente se limitou a transcrever ementas e trechos dos julgados apontados como paradigmas. 5. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 03/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA) (negrito nosso)

¹⁰⁶MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 53

Por sua vez, os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça discorrem sobre a possibilidade de aplicação da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Vejamos:

Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - **O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.** Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 653381 RJ 2004/0047529-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/02/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.03.2006 p. 268) (negrito nosso)

Os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também se posicionaram sobre a existência da fungibilidade entre a medida cautelar e a medida antecipatória. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRETENSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 273, § 7º, DO CPC. 1. **Faz-se possível deferir, em sede de ação cautelar, medida de cunho satisfativo consistente na sustação de protesto de título, em face da fungibilidade existente entre medida cautelar e medida antecipatória. Interpretação do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil**2. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 686209 RS 2004/0111329-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 03/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2009) (negrito nosso)

Conclui-se que, com a introdução do §7º ao art. 273 do CPC pela Lei 10.444, a doutrina e a jurisprudência são unânimes sobre a possibilidade de ocorrer a fungibilidade de mão dupla, ou seja, se o autor, a título de tutela antecipada, requerer providência de natureza cautelar ou se o autor, a título de tutela cautelar, requerer providencia de natureza antecipatória e, desde que preenchidos os requisitos poderá ocorrer a fungibilidade.

A criação desse parágrafo permite, ainda, que a lei atribua ao juiz a possibilidade de decidir, entre duas ou mais pretensões, aquela cuja concessão for a mais apropriada, sem haver a necessidade de indeferir a ação por não ter sido realizado o pedido correto.

3.3. Diferenças e semelhanças entre tutela antecipada e tutela cautelar

Antes de entrar no mérito, vale a pena ressaltar que tais institutos possuem algumas semelhanças: são consideradas como tutelas de urgência; são requeridas quando há um risco plausível de que a tutela que está sendo demandada possa não se efetivar e garantem a execução ou antecipam os efeitos da decisão final, para evitar a impossibilidade de execução futura, perda ou a deterioração do direito que está sendo demandado, tanto pela morosidade processual ou por qualquer outro meio lesivo, tendo em vista que a demora pode acarretar danos irreparáveis à prestação pretendida pelo autor.

Ambas as tutelas atuam por meio de procedimentos de ritos especiais, mais céleres e adequados a assegurar o resultado final ou a antecipar de forma imediata o objeto que está sendo demandado, bem como são provisórias e podem ser revogadas a qualquer momento.

Nesse sentido os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“Há muitos ponto de contato entre a tutela cautelar e a antecipação dos e feitos datutela.

Além de pertencerem ao gênero *tutelas de urgência*, assemelham-se ainda, por serem concedidas pelo juiz mediante *cognição sumária*, isto é, sem maiores investigações sobre o acervo probatório e eventuais questões de direito objeto de debate.

Além disso, ambas são *provisórias* e revogáveis, tendo, portanto, tempo de vida determinado (até a emissão do provimento principal ou a cassação no próprio processo em que concedidas).

Finalmente, tanto uma contra outra são concebidas para evitar que o tempo do processo gere a ineficácia da prestação jurisdicional futura ou o agravamento injustificado do dano, isto é, para que a prestação jurisdicional principal não seja imprestável quando concebida (*periculum in mora*) – ressaltando-se, quanto a antecipação dos efeitos da tutela, a hipótese prevista no inc. II do art. 273 do CPC, que não se funda em *periculum in mora* e, portanto, não pode ser inserida no rol de tutelas de urgência.”¹⁰⁷

O gênero tutela de urgência subdivide-se em duas espécies: a tutela antecipatória e a tutela cautelar. Apesar das semelhanças, ambas não se confundem.

Segundo ensinamentos de Ovídio Baptista, a tutela cautelar se caracteriza por possuir o escopo de proteger, assegurar, a realização dos direitos, sempre que eles estejam sendo ameaçados. Vejamos:

¹⁰⁷MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 50

“A tutela cautelar é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser evitado através das formas normais de tutela jurisdicional.”¹⁰⁸

Por sua vez, define Humberto Theodoro Jr.,

“Consiste, pois, ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.”¹⁰⁹

Marcelo Lima Guerra entende que:

“A tutela cautelar se deixa definir, de uma perspectiva funcional, como aquela forma de tutela jurisdicional que visa a eliminar ou neutralizar um *periculum in mora*, ou seja, que se destina a garantir a prestação efetiva de outra forma de tutela jurisdicional, evitando ou neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, obstaríam à efetividade de tal prestação.”¹¹⁰

A medida cautelar deve ser concedida quando caracterizada a urgência (*periculum in mora*) e a aparência do direito invocado (*fumusboni iuris*), de maneira a conservar o pleno desenvolver do pleito principal.

Por sua vez, o instituto da tutela antecipada consiste em uma medida que visa à obtenção do que a parte conseguiria somente no final do procedimento, ela é concedida por meio de uma cognição sumária, ou seja, a tutela antecipatória antecipa os efeitos da sentença de mérito pretendida.

Para a concessão da tutela é necessário que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, que se caracterize o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, bem como deve haver o requerimento da parte, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e, por fim, que haja possibilidade de reversão da decisão que está sendo concedida.

¹⁰⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª e. São Paulo: RT, 2000, p. 339.

¹⁰⁹THEODORO JR, Humberto. Op. Cit. p. 364.

¹¹⁰GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

Desta forma, para que o magistrado se convença acerca da verossimilhança do pedido da parte, é necessário que fique demonstrada a ocorrência dos requisitos acima narrados, para a obtenção da medida.

Pedro Barbosa Ribeiro conceitua a tutela antecipada da seguinte maneira:

“O ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo autor, na peça exordial, e ante à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do réu, o abuso do direito de defesa ou de seu manifesto propósito procrastinatório.”¹¹¹

A antecipação de tutela está prevista no artigo 273 do CPC e a tutela cautelar está prevista no artigo 800 e seguintes do CPC. Ambas são espécies da tutela de urgência.

A tutela antecipada concede o que foi pedido na demanda; ela satisfaz a pretensão da parte, total ou parcialmente, podendo se tornar definitiva, enquanto a tutela cautelar não concede o que foi pleiteado, pois ela possui o objetivo de proteger, resguardar, conservar o que será objeto de outro processo de conhecimento ou execução, o que faz ser o instrumento do instrumento.

Os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça são claros ao discorrerem sobre diferença entre ambos os institutos. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO RESCINDENDA DE EXCLUSÃO DA PARTE RÉ DO PARCELAMENTO ESPECIAL DE QUE TRATA A LEI 10.684/2003. REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADO. DENEGAÇÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA RECLAMADA. 1. De acordo com o art. 489 do CPC, "o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela". **Sobre os pressupostos para a concessão de medida antecipatória de tutela, o art. 273 do CPC dispõe 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 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" (grifou-se). Quanto aos pressupostos para a concessão de medida cautelar, o art. 798 CPC prevê que "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide,**

¹¹¹RIBEIRO, Pedro Barbosa. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica*. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP. Abril a Julho de 1999. n. 25. p. 243.

cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (grifou-se). Como visto, por apreço à preservação da segurança jurídica, as medidas de urgência em ação rescisória somente são admitidas em hipóteses excepcionais, sendo concedidas apenas se preenchidos os pressupostos previstos, conforme o caso, no art. 273 ou no art. 798 do CPC. Tais pressupostos devem estar presentes cumulativamente, bastando a descaracterização de um deles para a denegação da medida de urgência. 2. No presente caso, não restou demonstrado o alegado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), pressuposto este indispensável para a concessão da tutela de urgência reclamada pela Fazenda Nacional, além do que, nos termos do art. 151, VI, do CTN, está suspensa a exigibilidade dos créditos incluídos no parcelamento de que trata a Lei 10.684/2003, e, assim, não se computa, para efeito da prescrição do direito à cobrança dos créditos parcelados, o decurso de tempo até uma eventual exclusão da parte ré do parcelamento PAES. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg na AR: 5132 PR 2013/0036304-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/04/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/04/2013)

Conforme leciona a diferenciação, os professores Nelson e Rosa Nery entendem que:

“A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).”¹¹²

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem que:

“Uma delas é a *tutela cautelar*, que *preserva* os e feitos úteis da tutela definitiva satisfativa. A outra é a *tutela antecipada*, que *antecipa* os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa (ou não-satisfativa; isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a *futura eficácia* da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere *eficácia imediata* à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar).”¹¹³

Ao analisar o tema, Victor Bonfim Marins afirma que:

“A antecipação de tutela tem o escopo de implementar desde logo os efeitos práticos da sentença de procedência, enquanto que a cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado.”¹¹⁴

¹¹² NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 453

¹¹³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Op.cit. p. 467

¹¹⁴ MARINS, Victor Bonfim. *Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. Juruá: Curitiba, 1996, p. 567/570.

A tutela antecipada possui natureza jurídica satisfativa, pois ela cria uma situação igual a que poderia ser concedida com a decisão final, enquanto a tutela cautelar possui natureza jurídica assecuratória.

Nesse sentido o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves relata:

“Todavia, elas diferem no modo pelo qual afastam a situação de perigo: a tutela cautelar não concede, antecipadamente, aquilo que foi pedido, mas busca resguardar e proteger a futura eficácia do provimento final. Ela não satisfaz a pretensão do autor, não é uma tutela de mérito. O que faz é proteger, resguardar e assegurar o provimento final.

...

A antecipada concederia a ele aquilo que está sendo pedido, o que lhe permitiria executar, desde logo, o seu crédito. A cautelar não satisfaria a pretensão do autor, mas consistiria em uma medida de proteção que asseguraria o resultado do provimento final.”¹¹⁵

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni entendem que:

“A diferença entre a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela – nem sempre de fácil constatação, no cotidiano forense – está na instrumentalidade da tutela cautelar em relação à tutela ‘principal’. Com efeito, a providência cautelar, a rigor, não tem a vocação de tornar-se definitiva. De outra parte, os efeitos antecipados tendem a tornar-se definitivos, se confirmado o pronunciamento judicial que os concedeu (se concedida a tutela pleiteada, cujos efeitos haviam sido antecipados).”¹¹⁶

A medida cautelar é aquela necessária para assegurar o resultado útil do processo, o juiz fica autorizado a concedê-la de ofício, nos termos artigo 798 do CPC.

Diferente situação tem no caso de antecipação de tutela, uma vez que o próprio *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil dita que essa medida só poderá ser concedida a requerimento da parte, sendo difícil a sua concessão de ofício, salvo na hipótese do artigo 461 §3º do CPC. Assim profere Antônio Claudio da Costa Machado:

“Observe-se, já sob este aspecto, que, em hipótese alguma, a providência antecipatória poderá ser concedida *ex officio* (o texto é claro ao afirmar a necessidade de requerimento da parte, isto é, do sujeito ativo).”¹¹⁷

¹¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Op. cit. p. 291 e 292

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit. p. 46

¹¹⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008. v. 1., pg. 265

Posição diversa possui José Roberto dos Santos Bedaque:

“ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 assemelha-se de sobremaneira à tutela cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela. Nessa linha de pensamento, não há porque afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.”¹¹⁸

Bem esclarecedor o seguinte parecer de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

“(...) Discute-se se, sem o pedido do interessado, o juiz poderia conceder a medida de ofício.

Quanto às tutelas antecipadas, não há discussão, pois o artigo 273 *caput* é expresso: o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar... Exige-se o requerimento. Quanto às cautelares, não há dispositivo equivalente.

Quando é ajuizado processo cautelar autônomo, o autor já terá indicado uma situação de urgência, postulando medida judicial que proteja o provimento jurisdicional. O autor já manifestou a vontade de ver o seu direito protegido e assegurado. Por isso é possível que, no bojo do processo, o juiz conceda alguma medida cautelar, ainda que não requerida. Ele não estará desbordando de suas funções: se a cautelar foi ajuizada, a parte sentia temor do *periculum in mora*. Nem se pode dizer que o juiz está agindo propriamente de ofício. É possível que a parte não tenha postulado a medida específica concedida pelo juiz, mas pediu proteção e a preservação de provimento jurisdicional. É o que basta para que o juiz a conceda.

No bojo do processo de conhecimento, porém, parece-nos que não será possível ao juiz que conceda, de ofício, medidas cautelares.

Ao ajuizá-lo, a parte não formulou nenhuma pretensão cautelar, não apontou ao juiz uma situação de risco (o *periculum in mora*) nem pediu proteção ao provimento jurisdicional. O juiz não pode presumir que o direito corre risco, para determinar a medida cautelar. Ele, provavelmente, nem terá como verificar tal risco, sem o alerta da parte.”¹¹⁹

¹¹⁸MARCATO, Antonio Carlos, “Código de Processo Civil Interpretado”, Editora Atlas, 2004, São Paulo, p. 807

¹¹⁹GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, “Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar”, Volume 3, São Paulo: Saraiva, 2011, 4ª Ed., p. 285

4. NOVO PROJETO DO CPC E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

4.1. Introdução

O Anteprojeto do CPC, que se encontrava em trâmite no Senado Federal, foi elaborado mediante os atos nº 379 e 411, de 2009. O Anteprojeto visa à promulgação do Novo Código de Processo Civil, bem como instituiu a Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto.

O Ministro Luiz Fux foi o responsável pela presidência do anteprojeto, possuindo como relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

O Anteprojeto hoje tramita como o Projeto de Lei 166/2010 no Senado Federal. Atualmente, o projeto encontra-se dividido em 5 livros: a) Parte Geral; b) Processo do Conhecimento; c) Processo de Execução; d) Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e e) Das Disposições Finais e Transitórias.

Um das alterações do Novo Projeto CPC dizem respeito à eliminação de um livro destinado ao processo cautelar e, passou a chamar a tutela antecipada e a tutela cautelar como tutelas de urgência, tendo em vista que ambos constituem espécies do mesmo gênero.

O projeto também visou criar a tutela de evidência, de modo a não precisar do requisito de urgência, fundando-se apenas na evidência dos fatos alegados por uma das partes.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni entende que:

“Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema.

Também na esteira do que sempre sustentamos, o Projeto procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo. O Projeto regulou o tema a título de “tutela da evidência.”¹²⁰

A Parte Geral encontra-se dividida em onze títulos; dentre eles, há um título referente à Tutela de Urgência e à Tutela de Evidência (artigos 277 a 286).

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 106

No entanto, verifica-se, que com a criação de um título com o nome de tutelas de urgência e tutelas da evidência, o mesmo busca abranger tutela antecipada e a tutela cautelar, bem como as tutelas da evidência, possuindo o escopo de tornar o procedimento e a utilização mais eficaz e simplificado.

Com a promulgação do Novo Projeto de CPC, o Professor Cássio Scarpinella Bueno, membro da Comissão Revisora do Projeto do novo CPC no Senado Federal, é claro ao dispor que o projeto deve servir as partes, bem como aos advogados, juízes, promotores, defensores públicos, entre outros aos profissionais do direito que lidam com o processo diariamente. Vejamos: “*o escopo de um novo código de processo é aperfeiçoar o sistema de justiça, e não agradar a academia jurídica*”.¹²¹

Contudo, o novo diploma processual visa adotar procedimentos mais eficazes e menos complexos para a tutela do direito material, bem como possui o objetivo de atualizar alguns institutos que se encontram superados pelos doutrinadores.

O Ministro Luiz Fux, presidente da comissão do projeto de lei, relata o seguinte:

“Nós vamos esgotar na parte geral do código uma forma específica de justiça para esses casos de tutela jurisdicional, que vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar a solução sob a medida que o caso reclama. Nós vamos acabar com o livro de processo cautelar. Isso passa a ser um poder que o juiz tem de defesa da jurisdição. Ele tem de prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustre. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil.”¹²²

O novo projeto do CPC visa dar mais agilidade, efetividade e simplicidade às resoluções das demandas, como escopo de evitar a morosidade que atualmente caracteriza uma ação.

4.2. Principais mudanças e procedimento

Conforme mencionado anteriormente, o novo CPC institui uma nova modalidade de tutela, até então inexistente no nosso CPC, a chamada tutela de

¹²¹Evento especial promovido e transmitido pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes – LFG: “*Debate com especialistas sobre o novo Código de Processo Civil*”. Coordenação: Fernando da Fonseca Gajardoni. São Paulo. Exibido em 26 e 27 de outubro de 2011.

¹²²FUX, Luiz. *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar*. [fev. 2010]. Brasília: Revista Consultor Jurídico. Entrevista. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>> acesso em 01/08/2013.

evidência. A tutela de evidência surge em razão de alguns direitos serem mais evidentes que outros e em razão dos fatos alegados por uma das partes, poderem apresentar maior comprovação de certeza, merecendo a concessão de uma tutela imediata, prescindindo do requisito urgência.

A tutela de evidência no Novo Projeto do CPC apresentado pelo Senado encontra-se previsto no artigo 285, com a seguinte redação:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

No entanto, o doutrinador José Eduardo Carneira Alvim faz uma observação com relação à prova irrefutável ou inequívoca. Vejamos:

“A prova irrefutável ou inequívoca nada mais é do que a prova preconstituída, fundada num certo grau de probabilidade, quando o fato dependa de comprovação, o que não impede seja a tutela antecipada postulada com base em simples alegações (in statu assertionis), quando se trate de matéria exclusivamente de direito.”¹²³

Contudo, diante da criação dessa nova tutela de evidência, conclui-se que essa medida será concedida após se constatar a evidência do direito alegado, ou seja, ela não visa à discussão sobre o direito que se quer ver protegido, e sim a verificação, a constatação de plano do direito alegado, não se falando em plausibilidade.

Conforme mencionado anteriormente, o Novo Projeto do CPC criou um título específico para as Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, deixando claro no artigo 277 que ambas as tutelas podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, tendo essas medidas natureza cautelar ou satisfativa.

¹²³ ALVIM, José Eduardo Carneira. Manual do novo Código de Processo Civil. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2012. v. I. p. 402

O doutrinador José Eduardo Carreira Alvim afirma que:

“A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento (versão do Senado: PL 166/10) ou no curso do processo (versão da Câmara: PL 8.046/10), sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa (arts. 277 e 269, nas duas versões).

Estas são duas modalidades distintas de tutela que formam o universo da *antecipação da tutela*, tendo a primeira natureza *cautelar* ou *satisfativa*.

Na versão da Câmara, o novo Código define as medidas satisfativas, dispondo que são ‘as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida’ (art. 269 § 1º), e as medidas cautelares ‘as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo’.”¹²⁴

O doutrinador faz uma observação com relação à versão da Câmara, no sentido de que o código não é o meio adequado para estabelecer conceitos, cabendo esse papel à doutrina. Alvim também deixa claro que a tutela cautelar é um espécie do gênero da tutela de urgência e, que o novo Código, ao acabar com o processo cautelar, fez migrar para o processo conhecimento, devendo tal medida ser requerida por meio de petição simples, antes do processo ou de forma incidental se for requerida no curso do processo.¹²⁵

O projeto estabelece também que o juiz poderá conceder à medida que julgar adequada quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, nos termos do artigo 278 do Projeto do CPC, que trata do poder geral de cautela.

José Eduardo Carreira Alvim relata o seguinte quanto o poder geral de cautela:

“Este preceito é a expressão do *poder geral de cautela*, conferido ao juiz, mas que este não se sente muito confortável em usá-lo, mormente quando se trata de pedido de tutela contra o poder público, um dos mais *improbos* litigantes que habitam o universo processual brasileiro.

A linguagem usada pelo novo Código passa a impressão de que a providência liminar constitua uma *faculdade* do juiz, na medida em que diz que o juiz ‘poderá’ determinar medidas provisórias que julgar adequadas, mas, nesse ponto, deve ser afastada a interpretação literal, porque, se presentes os pressupostos legais da medida liminar, *é dever processual do juiz determiná-la*, para evitar que ocorra lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte.”¹²⁶

Entendendo ainda:

“No articular, penso ser dever processual do juiz determinar essas medidas ara que o processo se desenvolva regularmente, pelos trilhos da lealdade e boa-fé, mas, não vejo aí apenas perfil de *cautelaridade*, mas de *medidas*

¹²⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op.cit. p. 385

¹²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 385

¹²⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 386 e 387

processuais repressivas que o juiz deve adotar sempre que se façam necessárias. Não apenas nesses casos, mas em todos aqueles em que se faça necessária uma medida urgente, cabe ao juiz decretá-la, bastando que, antes de fazê-lo, oportunize a manifestação das partes, em obediência ao contraditório.”¹²⁷

Relatando ainda que em ambas as medidas, para serem requeridas, devem estar preenchidos os pressupostos básicos, que é o fundado receio de dano, de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deixando claro que o que se deve importar não é o receio do autor, mas sim a ameaça, tendo em vista que se trata de um elemento objetivo, enquanto o receio é apenas o reflexo subjetivo da ameaça, e não o elemento para sua definição.¹²⁸

Contudo, com relação ao poder geral de cautela, conforme relatado no capítulo 2, verificamos que diante das alterações previstas no novo CPC, o mesmo se mantém incólume com relação ao poder geral de cautela, devendo o juiz determinar as medidas processuais que forem necessárias para o regular desenvolvimento do processo quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O parágrafo único desse mesmo artigo estabelece ainda que a medida pode ser substituída pela prestação de caução ou por outra medida que traga menos prejuízo ao requerido, podendo ser concedida de ofício ou quando houver requerimento de alguma das partes, sempre que a medida for adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

O doutrinador J. E. Carreira Alvim dispõe que:

“Apesar de prever esse preceito a substituição da medida de urgência pelo juiz, *de ofício* -, já que por requerimento das partes nunca foi vedada -, sempre se admitiu que, quando fosse ela decretável de ofício, poderia o juiz autorizar a substituição por caução, por iniciativa própria.

A palavra ‘substituída’, no parágrafo único dos arts. 278 e 270, nas duas versões, deve ser entendida *no rigor do termo*, de modo a compreender tão somente a providência *posterior* à concessão da medida cautelar e nunca *anterior* a ela; mesmo porque nem se pode falar em *substituição* anterior, porquanto, se o juiz determina a citação do réu, para, depois, decidir sobre a concessão, e o mesmo sugere outra medida, o que o juiz faz é optar entre a medida pedida pelo requerente e a sugerida pelo requerido – ou até outra que entenda a melhor -, mas em tal caso não se tem propriamente uma *substituição*. Se o juiz ainda não decidiu nada, nada terá que substituir, senão decidir originariamente”¹²⁹

¹²⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 387

¹²⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 387

¹²⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 390

Verificamos que com relação a substituição da medida por caução ou por outra medida menos gravosa, por meio de requerimento das partes ou de ofício pelo juiz, o novo projeto do CPC, permanece incólume a redação com relação ao artigo 805 do CPC não havendo o que se falar em alteração.

Ademais, o doutrinador faz uma ressalva afirmando que, quando houver a substituição da medida de urgência, seja de ofício ou a requerimento da parte, é prudente que o juiz escute as partes antes de tomar alguma decisão, a fim de que tome a medida com mais segurança.¹³⁰

No entanto, o artigo 279 afirma que o juiz deverá expor de modo claro e preciso as razões de seu convencimento ao conceder ou negar a medida. Sua decisão pode ser impugnável por meio de agravo de instrumento, por se tratar de uma decisão interlocutória.

Vale a pena ressaltar o posicionamento de J. E. Carreira Alvim com relação à fundamentação da decisão, tendo em vista que o doutrinador entende que a fundamentação é desnecessária, pois é um dever do magistrado expor suas razões pelo deferimento ou indeferimento da medida. Vejamos:

“este preceito teria sido desnecessário, se fosse um hábito do juiz cumprir a determinação legal e constitucional, de fundamentar as suas decisões, o que, infelizmente, não é; havendo juiz que se limita a um singelo ‘*indefiro, por ausentes os pressupostos legais*’, ou ‘*defiro, por presentes os pressupostos legais*’; o que deixa a parte interessada à deriva, sem saber os motivos que embasaram o seu convencimento.”¹³¹

Alvim entende ainda que a decisão proferida pelo magistrado é impugnável por meio de agravo de instrumento, fazendo a seguinte crítica:

“Também essa disposição teria sido desnecessária, porque *repete* aquela consoante do inc. I do art. 929 e 969, nas duas versões, dispondo exatamente no mesmo sentido, ou seja, que cabe agravo de instrumento contras as decisões interlocutórias *que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência*.

Ora, ao afirmar o novo código que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência, não faz sentido repetir, noutro preceito, que a decisão (que conceder ou negar a tutela de urgência e da evidência) será impugnável por agravo de instrumento.”¹³²

¹³⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 390

¹³¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 390 e 391

¹³² ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 391

Contudo, conclui-se que embora haja corrente doutrinária no sentido de que seria desnecessário a fundamentação da decisão que expõe as razões da decisão que concede ou não a medida, é imprescindível que o magistrado exponha as razões de seu convencimento, tendo em vista que atualmente tal previsão encontra-se no CPC, bem como o novo projeto de CPC.

As tutelas de urgência ou de evidência podem ser requeridas ao juiz da causa e, quando antecedente, ao juiz competente para julgar a ação principal, inclusive em fase recursal, nos termos do artigo 280 do Projeto do Novo CPC apresentado pelo Senado. No entanto, verifica-se que essa redação permaneceu inalterada, nos termos do artigo 800 do CPC, não havendo mudanças.

O doutrinador J. E. Carreira Alvim é claro ao dispor o seguinte em relação à competência:

“A competência para fins de tutela antecipatória, de urgência ou da evidência, é determinada em função das regras que regem o ajuizamento de qualquer demanda, relativamente à competência interna, à competência funcional e à competência territorial, no processo de conhecimento, aplicando-se-lhes, também, as regras que disciplinam as modificações de competência e a declaração de incompetência.”¹³³

Entendendo ainda sobre o caso incompetência de foro:

“Em princípio, requerida uma tutela antecipatória perante um juízo incompetente, a falta de alegação de incompetência de foro faz com que o juízo que dela conheceu adquira competência para julgamento da ação principal; salvo em se tratando de *competência de jurisdição*, pois um pedido de tutela feito na justiça estadual não previne a competência, quando competente para a ação principal for a justiça federal, e vice-versa.

...

Nessa fase intermediária – da publicação da sentença até a protocolização do recurso no tribunal -, o *juízo da causa* continua sendo o competente para a concessão da tutela de urgência ou da evidência.

Em se tratando de *remessa de ofício*, que, tecnicamente, não é um recurso, mas produz efeito equivalente, ou até mais amplo, a competência para a concessão de medidas antecipatórias só se firmará, igualmente, com a remessa efetiva e protocolização de remessa do processo no tribunal; caso em que incidirá o disposto no parágrafo único dos arts. 280 e 272, nas duas versões.”¹³⁴

Nos termos dos artigos 281 e 282 do Projeto do Novo CPC apresentado pelo Senado a efetivação da medida observará, no que couber, o cumprimento da sentença e a execução provisória, bem como o requerente responderá ao requerido pelo prejuízo

¹³³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 392

¹³⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 392 e 393

que der causa a efetivação da medida, independentemente da reparação por dano processual, nos seguintes casos: I) quando a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II) quando obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias; III) quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; IV) quando o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor.

O doutrinador J. E. Carreira Alvim faz a seguinte crítica ao inciso II do artigo 282 do Projeto do Novo CPC. Vejamos:

“O inc. II dos arts. 282 e 274, nas duas versões, está em contramão do sistema processual tanto no novo Código como no Código de 1973, porque, entre nós, a promoção da citação não é feita pelas partes, mas por *mediação*, por meio do oficial de justiça, pelo correio ou pela imprensa, tendo essa regra sido herdada de algum sistema em que a citação da parte contrária é feita por aquela que ajuíza a ação.”¹³⁵

Ele ainda faz a seguinte observação em relação ao inciso III do artigo 282 do Projeto do Novo CPC:

“Essa regra se tornou necessária porque, ao disciplinar a cessação de eficácia da medida cautelar, os arts. 291 e 284, nas duas versões, silenciaram sobre suas consequências; mas, apesar do silêncio, essa consequência seria a indenização, se por alguma das razões apontadas nos incisos dos arts. 282 e 274, nas duas versões, houvesse prejuízo para o requerido. Também nesta hipótese basta que a medida cautelar tenha perdido a sua eficácia, para que surja a obrigação do promovente de indenizar o prejuízo sofrido pelo promovido em razão da efetivação da medida, independentemente da ocorrência de culpa, sendo a responsabilidade nesse caso *objetiva*, a depender apenas da demonstração da extensão dos danos.”¹³⁶

O Projeto do Novo CPC, nos artigos 283 e 284 trata da tutela de urgência cautelar e satisfativa, enquanto o artigo 285 diz respeito à tutela de evidência. Deve-se esclarecer que, para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que deixam claro a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação e somente em situações excepcionais ou autorizadas por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Nesse sentido o doutrinador J. E. Carreira Alvim corrobora quanto a concessão de ofício da medida de urgência:

¹³⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 395

¹³⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 394

“Em doutrina, discute-se, no sistema de 1973, se podem as medidas de urgência ser concedidas *de ofício* pelo juiz, ou se dependem necessariamente de pedido da parte, havendo argumentos favoráveis e contrários tanto num sentido quanto noutro.

Sempre entendi que, no sistema de 1973, as medidas *inominadas* devem, como regra, ser objeto de pedido, e só excepcionalmente, nos casos em que a lei prevê de forma expressa a possibilidade de atuação *ex officio*, pode o juiz concedê-las sem provocação da parte.”¹³⁷

Entendendo ainda:

“As medidas de *ofício*, antes de serem concedidas em proveito das partes, são tomadas para *garantir a efetividade da jurisdição* a ser prestada aqui no mesmo processo), ou acolá (noutro processo), embora ao final acabe por tutelar, reflexamente, o direito (subjeto) material da parte que tiver razão.

...

Ao permitir a medida urgente *de ofício*, tal não significa não possa ser concedida também ser pedida pela interessada, ou, mesmo, pelo Ministério Público, nos processos em que intervenha como fiscal da lei, caso em que o juiz deve, antes de decidir, oportunizar audiência da parte contrária, se disso não resultar perigo de prejuízo para a concessão da medida.”¹³⁸

No entanto, verifica-se uma alteração relevante e importante prevista no novo projeto do CPC, pois o mesmo permite em situações excepcionais ou autorizadas por lei, a concessão de *ofício* pelo juiz de medidas de urgência, questão está que atualmente não possui previsão no CPC, tendo em vista que é o mesmo é claro no artigo 273 e 801 do CPC são claros ao dispor que deve ter requerimento da parte, não podendo o magistrado conceder a medida de *ofício*.

A redação do que o artigo 283 do Projeto do CPC é clara ao dispor que:

“**Art. 283.** Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.”

Vale a pena ressaltar que com relação ao artigo 283 do Projeto do CPC, os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são claros ao disporem que essa redação merece reparos, tendo em vista há ali uma confusão. Vejamos:

¹³⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 399

¹³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 400

“Rigorosamente, o texto já à partida confunde tutela antecipatória com tutela cautelar, na medida em que se submete ambas à demonstração do ‘risco de dano irreparável ou de difícil reparação’. Essa confusão é acentuada pela quantidade de alusões ao ‘processo principal’ ou ‘pedido principal’ nos artigos que tratam da tutela de urgência (arts. 280, 282, I, 287, § 1º, 289, 290, 291, I, 292 e 294), terminologia obviamente ligada à tutela cautelar, dada sua referibilidade, mas não à tutela antecipatória.”

...

Se o Projeto tivesse realizado esta distinção basilar, teríamos logrado distinguir tutela cautelar e tutela antecipatória. Haveria aí evidente apuro teórico. Mas não é só. *Se o Projeto houvesse logrado falar em perigo na demora e em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, teria proporcionado abertura suficiente para construção de tutelas contra o ilícito.* Isto porque, quando se fala em perigo na demora ou perigo de ineficácia do provimento final – expressões rigorosamente sinônimas –, quer-se evidenciar que, caso a tutela jurisdicional não seja concedida imediatamente, pode ocorrer, continuar ocorrendo ou novamente ocorrer um ilícito ou um dano. Note-se que estas expressões não aludem nem à categoria do ilícito nem à categoria do dano – e justamente nesta abertura que reside a virtude de se prestarem à adequação às mais diversas situações carentes de tutela no plano do direito material. *É gravíssima a sua omissão este particular, dado que os novos direitos, característicos do Estado Constitucional, requerem de um modo geral tutela inibitória contra o ilícito, independentemente da ocorrência de qualquer espécie de dano, como de há muito alertamos.* É de fundamental importância que se altere urgentemente a redação do art. 283 do Projeto.”¹³⁹

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero corroboram o seguinte com relação à concessão de ofício pelo juiz das tutelas de urgência:

“No mais, o Projeto admite, a título excepcional ou nos casos expressamente autorizados em lei, a prestação de tutelas de urgência de ofício. Trata-se de solução por nós já apontada mesmo diante do Código vigente.”¹⁴⁰

Já para a concessão de tutela de evidência está dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação nas seguintes hipóteses: a) quando ficar evidente o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; b) quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles se mostrarem incontroverso; c) quando a petição inicial for instruída com prova documental indiscutível do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; d) ou quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, nos termos do artigo 295 do Projeto do Novo CPC apresentado pelo Senado.

Nesse sentido, os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero relatam o seguinte:

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 106 e 107.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 108.

“No art. 285 do Projeto disciplinam-se tutelas de cognição sumária e de cognição exauriente. Constituem hipóteses de tutelas fundadas em cognição sumária aquelas indicadas nos incisos I, III e IV; hipótese de tutela fundada em cognição exauriente, a do inciso II. A expressão ‘tutela da evidência’ foi utilizada, portanto, em sentido atécnico.

Como a hipótese do art. 285, II, constitui tutela fundada em cognição exauriente, o ideal é que a sua disciplina se dê no art. 353, Projeto, que trata do julgamento imediato do pedido.

Os demais casos podem ser agrupados sem maiores dificuldades sob o conceito de defesa inconsistente. A diferença está em que as situações dos incisos I e III requerem a participação do réu para suas configurações, ao passo que aquela descrita no inciso IV pode ser configurada *inaudita altera parte*, já que é possível aferir liminarmente a existência de julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante a favor da posição jurídica do autor. Em todos estes casos, a defesa ou mostra-se inconsistente ou é previsivelmente inconsistente.”¹⁴¹

Eles entendem ainda que:

“A hipótese do art. 285, I, é a mesma presente no art. 273, II, Código vigente. Rigorosamente, por si só dá conta das demais hipóteses, já que abusa do direito de defesa ou age com manifesto intuito protelatório quem oferece defesa inconsistente.

Para que a hipótese do inciso III do art. 285 tenha sentido dentro do sistema, ela só pode ser compreendida como hipótese de tutela de cognição sumária em que há prova inequívoca do direito do autor, mas ainda não suficiente para um julgamento de procedência sem indevida compressão do direito de defesa do réu. Nessa perspectiva, aliás, o adjetivo irrefutável parece demasiado. Se entendermos o caso do ar. 285, III, como hipótese de tutela de cognição exauriente, então não há como distingui-la daquela prevista no art. 353, I – nada representaria senão caso em que não é necessária a instrução da causa por prova diversa da documental.

Nota-se que a hipótese do inciso IV do art. 285 não pode ser compreendido como autorização para julgamento imediato do pedido. No inciso IV, a tutela só pode ser compreendida como cognição sumária, porque, do contrário, não teríamos como distingui-la da clássica hipótese de julgamento imediato do pedido pela desnecessidade de prova diversa da documental (art. 353, I, Projeto).”¹⁴²

Ademais, ambas as medidas podem ser requeridas em caráter incidental, por meio de uma petição inicial, indicando a lide, fundamentos, bem como a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. Nesse caso, a parte contrária será citada para no prazo de 5 dias contestar a ação e indicar as provas que pretende produzir, ou poderá não se manifestar e conseqüentemente os fatos alegados presumir-se-ão como verdadeiros.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit.. p. 108 e 109.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit.. p. 109.

Contestada a ação no prazo legal, o magistrado poderá designar audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida ou caso não seja contestada a ação, o juiz deverá no prazo de 5 dias proferir a sua decisão.

Conta-se o prazo de 5 dias, a partir da juntada aos autos do mandado: a) de citação devidamente cumprido; b) de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificção prévia.

Ao ser concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz poderá extinguir o processo, conservando a sua eficácia.

No entanto, o artigo 289, §1º e 2º do Projeto do novo CPC apresentado pelo Senado, relata que, ao ser impugnada a medida liminar, o requerente deverá, no prazo de um mês ou em outro prazo fixado pelo juiz e independente do pagamento de novas custas processuais, apresentar o pedido principal nos mesmos autos em que tiver sido feito o requerimento de medida de urgência, ficando expresso, ainda, que a apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

Nesse sentido o doutrinador J. E. Carreira Alvim faz uma observação com relação ao Projeto apresentado pelo Senado e pela Câmara. Vejamos:

“A impugnação da medida liminar, requerida e concedida em *caráter antecedente*, impõe ao requerente a apresentação do pedido principal no prazo de um mês (versão do Senado) ou trinta dias (versão da câmara) ou em outro prazo que o juiz fixar (arts. 289, *caput* e 282, *caput*, nas duas versões).

...

Para evitar que o prazo de um mês, na versão do Senado, seja variável (trinta, trinta e um, vinte e oito ou vinte e nove, conforme a hipótese), a melhor exegese recomenda que o prazo de mês referido pelo projeto do Senado seja o mesmo que trinta dias, na versão da câmara, permitindo a incidência da regra que disciplina os prazos em geral.”¹⁴³

No entanto, verifica-se que com relação ao procedimento para a concessão das medidas de urgência previsto no novo projeto do CPC, o mesmo possui algumas alterações com relação ao procedimento previsto no atual CPC.

Todavia, é de suma importância ressaltar que o novo projeto do CPC visa dar mais rapidez, efetividade na resolução das demandas, possuindo o objetivo de evitar a morosidade processual.

Ademais, o Novo Projeto do CPC apresentado pelo Senado, em seu artigo 290, é claro ao dispor que as tutelas de urgência e de evidência conservam a sua eficácia pendente ao processo principal, bem como podem, a qualquer tempo, serem revogadas

¹⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 411 e 412

ou modificadas, por meio de decisão fundamentada, salvo nas hipóteses em que um dos pedidos se tornarem incontroversos. Vejamos:

Artigo 290. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 289, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Cessa a eficácia das medidas que foram concedidas em caráter antecedente, nas seguintes hipóteses: a) se o requerido impugnar a medida liminar e, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo legal; b) se a medida não for efetivada dentro de um mês; c) se o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito. Quando cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, exceto se houver novo fundamento, nos termos do artigo 291 do Projeto do Novo CPC.

Verificamos, que o novo projeto do CPC não possui mais o prazo de 30 dias e sim o prazo de um mês para que ocorra a cessação da eficácia da medida cautelar, quando a mesma não for executada neste prazo. Com esta alteração, entendemos que foi mais benéfica a parte, tendo em vista que o prazo pode ser maior por termos meses com mais de 30 dias.

Ademais, o projeto no artigo 292 do CPC apresentado pelo Senado, dispõe que em caso de indeferimento da medida, não impede que a parte deduza o pedido principal, bem como não influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

Diante da criação deste artigo no novo projeto do CPC, conclui-se que o projeto tende a retirar o instituto da preclusão, salvo nas hipóteses e o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou prescrição.

Verificamos também que o novo CPC, possui uma alteração importante, que até então o atual CPC não prevê, no sentido de conter expressamente que a decisão que conceder a tutela de urgência ou de evidência não faz coisa julgada, entretanto, a estabilidade dos efeitos da medida só será afastada por meio de uma decisão que a revogar, devendo ser proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do artigo 293 do Projeto.

Independentemente do pagamento de novas custas, ambas as medidas podem ser requeridas em caráter incidental no curso da ação principal, ou seja, nos próprios autos, bem como aplicam-se as estas medidas as disposições relativas às medidas requeridas em caráter antecedente, no que couber, nos termos do artigo 294 do Projeto.

No entanto, o artigo 295 é claro ao dispor que não se aplica a estas medidas concedidas em caráter incidental as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada.

Por fim, o artigo 296 do Projeto do Novo CPC apresentado pelo Senado, estabelece que terão preferência na tramitação os processos em que tenha sido concedidas ambas as tutelas, ou seja, a tutela da evidência ou de urgência, sempre respeitando as demais preferências legais.

O doutrinador J. E. Carreira Alvim faz a seguinte observação:

“Essa é mais uma daquelas que passa a impressão de que a celeridade trabalha em favor dos processos que tenham por objeto a tutela da evidência ou de urgência, mas, como a justiça brasileira só funciona embalada pelas tutelas antecipatórias, haverá um acúmulo de preferências que fará com que as coisas continuem não caminhando como não têm caminhado até hoje. Ao determinar o preceito em questão que sejam respeitadas ‘outras preferências legais’, sem ter como especificá-las, sequer exemplificativamente, por certo acabará deixando as coisas da forma como estão.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. p. 396 e 397

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia teve como objetivo discorrer sobre a tutela antecipada, a tutela cautelar e a fungibilidade entre ambas as medidas, bem como as alterações com relação ao Novo Projeto do CPC, que atualmente encontra-se em tramite perante o Senado Federal. Ambos os institutos são espécies do gênero das tutelas de urgência, são concedidas de forma provisória, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer momento, sendo impugnáveis por meio de agravo de instrumento, pois trata-se de uma decisão interlocutória.

A tutela antecipada possui o escopo de antecipar, ainda que de forma provisória, o que seria concedido com a decisão final da demanda, enquanto a tutela cautelar possui o escopo de assegurar o resultado do processo, ou seja, ela não realiza a satisfação da pretensão da parte e sim proteger o que está sendo demandado.

Conforme já relatado, a Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil tornou possível a concessão da tutela antecipada nos processos de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos específicos previstos no artigo 273 CPC, a saber: requerimento da parte, prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu.

Para concessão da tutela antecipada, é necessária a presença dos seguintes requisitos essenciais previstos no artigo 273 do CPC, tais como prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

É imprescindível que haja o requerimento do autor para que o juiz conceda a tutela antecipada, tendo em vista que o artigo 273 do CPC é claro ao dispor que o juiz poderá, a requerimento do autor, conceder a tutela antecipada.

Já para a concessão da tutela cautelar é necessário que se observe a presença do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, conforme o artigo 798 do CPC, além dos requisitos previstos no artigo 801 do CPC e dos requisitos especiais de cada medida cautelar.

Ademais, é importante ressaltar que o artigo 798 do CPC, prevê o poder geral de cautela do juiz, outorgando a este a faculdade de determinar algumas medidas

provisórias que julgar adequadas, antes mesmo do julgamento da lide, quando houver ameaça de lesão grave e de difícil reparação.

O juiz poderá conceder uma tutela cautelar diferente das previstas expressamente na lei, quando houver o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da demanda, cause a outra uma lesão grave ou de difícil reparação.

A referida lei também trouxe uma novidade no artigo 273 do CPC, ao criar o §7º, permitindo a fungibilidade de mão dupla, ou seja, a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, pois nem sempre é possível identificar com clareza, qual a medida adequada para cada caso. A introdução deste §7º permitiu ao magistrado, quando o autor requerer medida a título de antecipação de tutela, conceder medida cautelar e vice-versa.

A fungibilidade prevista no § 7º do artigo 273 do CPC, conforme relatado anteriormente, foi criada com o escopo de resolver as situações de dúvidas, sobre qual a medida mais adequada a ser adotada no caso concreto. Nesses casos, não há motivo para que o juiz indefira a ação se foi pedido tutela antecipada e a medida correta seria tutela cautelar.

Por fim, o presente trabalho discute sobre algumas alterações do Novo Projeto CPC, tendo em vista que esse projeto possui o escopo de eliminar o livro destinado ao processo cautelar, bem como passou a chamar a tutela antecipada e a tutela cautelar como tutelas de urgência, tendo em vista que ambos constituem espécies do mesmo gênero, ou seja, tutela de urgência.

O projeto também visou criar a tutela de evidência, que dispensa o requisito de urgência, fundando-se apenas na evidência dos fatos alegados por uma das partes. A tutela de evidência surge em razão de alguns direitos serem mais evidentes que outros, e em razão dos fatos alegados por uma das partes, apresentarem maior comprovação de certeza, merecendo a concessão de uma tutela imediata, prescindindo do requisito urgência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Manual do novo Código de Processo Civil**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2012. v. I.

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução á metodologia do trabalho científico**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de direito processual civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6 ed. São Paulo: Jus PODIVM, 2011. v. 2.

Evento especial promovido e transmitido pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes – LFG: *“Debate com especialistas sobre o novo Código de Processo Civil”*. Coordenação: Fernando da Fonseca Gajardoni. São Paulo. Exibido em 26 e 27 de outubro de 2011.

FUX, Luiz. **Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar**. [fev. 2010]. Brasília: Revista Consultor Jurídico. Entrevista. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar> > acesso em 01/08/2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil – Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil. v.3: Execução e Processo Cautelar**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **“Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar”**, Volume 3, São Paulo: Saraiva, 2011, 4ª Ed.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**, São Paulo: Malheiros, 1995.

JUNIOR. Fredie Didier, CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 9 ed. Salvador: Editora Podivm, 2011. v.3

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. II.

MARCATO, Antonio Carlos, **“Código de Processo Civil Interpretado”**, Editora Atlas, 2004, São Paulo.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

_____. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, Victor Bonfim. **Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. Juruá: Curitiba, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno – procedimentos cautelares e especiais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. **Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2001, n. 104.

_____. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil**. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. v. 81/2010.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 40ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006**. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1984, v.10.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP**. Abril a Julho de 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: execução e processo cautelar.** Volume 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil.** volume 2. 24 Ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen – São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil.** 2ª e. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JR, Humberto. “**Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares.**” *O processo civil no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela.** 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. **Antecipação da Tutela.** 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 10 ed. ver., atual. e ampl. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso avançado de processo civil – Processo Cautelar e Procedimentos Especiais.** 10 ed. ver., atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Sites:

http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/na_teprojet0.pdf