

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CHRISTIANE BELLO DOS SANTOS

TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

**SÃO PAULO
2012**

CHRISTIANE BELLO DOS SANTOS

TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Pós-Graduação de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil.

ORIENTADORA: Professora Doutora Berenice Soubhie Nogueira Magri

SÃO PAULO

2012

CHRISTIANE BELLO DOS SANTOS

TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Pós-Graduação de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil.

São Paulo, 31 de outubro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Berenice Soubhie Nogueira Magri

Dedico a presente pesquisa à minha família e meu noivo Rafael, que me deram apoio e forças para seguir, bem como a minha orientadora Prof^a Berenice que acompanhou boa parte da minha jornada nessa instituição e me deu todo o suporte necessário para chegar até o presente momento.

RESUMO

Esse trabalho se ocupa de analisar as tutelas cautelares e antecipação de tutela, procurando apresentar conceitos, características, semelhanças e diferenças entre as tutelas de urgência. As tutelas de urgência são instrumentos de grande importância prática dentro do universo processual, pois constituem meios de se evitar a inutilidade do provimento jurisdicional em decorrência da morosidade da justiça.

Palavras-chave: Tutela, Urgência, Cautelar, antecipação de tutela.

ABSTRACT

This study has the purpose to analyze the provisional remedy relief and advance relief, aiming to present concepts, characteristics, similarities and differences between the urgency relief measures. The emergency guardianships are instruments of high practical importance within the civil procedure environment, as it constitutes methods to avoid the misuse of the court decisions due to the slowness of judicial ordinary proceedings.

Keywords: Guardianships, Urgency, Injunction, Advance Relief.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DA TUTELA JURISDICIONAL	9
1.1 Da Tutela Jurisdicional Definitiva e Provisória.....	11
2. DA TUTELA DE URGÊNCIA	13
2.1 Classificação de Calamandrei.....	14
2.2 Classificação de Carnelutti.....	14
2.3 Classificação do Direito Positivo.....	15
2.4 Das Características das Tutelas de Urgência.....	17
3. DA TUTELA CAUTELAR	19
3.1 Do Procedimento Cautelar.....	21
3.2 Da Competência	23
3.3 Das Condições da Ação Cautelar.....	24
3.4 Do Provimento Cautelar – Liminar	25
3.5 Da Responsabilidade Processual	27
3.6 Da Relação da Tutela Cautelar com as outras Tutelas de Urgência.....	29
4. DA TUTELA ANTECIPADA	31
4.1 Dos Pressupostos da Antecipação de Tutela.....	32
4.1.1 Dos Pressupostos Genéricos ou Necessários.....	33
4.1.2 Dos Pressupostos Alternativos.....	35
4.2 Da Previsão do Parágrafo 2º do Artigo 273.....	37
4.3 Da Hipótese de Pedido Incontroverso prevista no Parágrafo 6º do Artigo 273.....	39
4.4 Da Reversibilidade.....	41
4.5 Da Provisoriedade.....	42
4.6 Da Carga Antecipatória.....	43
5. DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA ..	46
6. DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS JURISDICIONAIS PROVISÓRIAS	51
6.1 Da “Mão Dupla” da Fungibilidade das Tutelas de Urgência	55
7. DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	59
7.1 Da Uniformização da Tutela de Urgência.....	59
7.2 Do Momento da Concessão da Tutela de Urgência e da Tutela da Evidência.....	60

7.3 Da Permissão de Concessão da Tutela de Urgência de Ofício.....	63
7.4 Da Tutela de Evidência.....	63

CONCLUSÃO	66
------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	69
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988 permitiu-se maior acesso ao Poder Judiciário, principalmente aos cidadãos menos favorecidos. O acesso à justiça garante a todos não só o direito de pedir proteção ao órgão jurisdicional, mas também o direito de recebê-la de forma justa.

Além de ter o livre acesso ao judiciário, exercendo seu direito de ação, de petição, existem circunstâncias que exigem uma proteção rápida e eficiente para aquele que assiste razão, a fim de evitar perecimento ou ineficácia do seu direito.

O acesso à justiça está intimamente ligado aos princípios da ação, da efetividade da tutela jurisdicional, bem como ao da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o acesso deve ser amplo e resposta jurisdicional efetiva.

A crescente demanda judiciária, especialmente nos grandes centros urbanos, acabou por provocar a morosidade na prestação da tutela jurisdicional definitiva, visto que os órgãos jurisdicionais estão sobrecarregados de trabalho.

Com a promulgação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o legislador, atento ao risco de dano decorrente da demora pela solução definitiva da crise do direito material, possibilitou ao julgador a concessão de tutelas de urgência, de natureza provisória, destinadas a garantir a efetividade da providência final.

A dinâmica criada entre as tutelas de urgência e a forma como elas se relacionam após a criação do instituto da antecipação de tutela foi algo que proporcionou uma evolução na procedimental e temporal nos processos, além de novas análises doutrinárias.

Agora, novamente, se estuda a mudança dessas regras com uma nova proposta de estabilização dos conceitos de tutelas existentes.

Esse trabalho tem o objetivo de fazer um paralelo entre as duas tutelas de urgência – tutela cautelar e tutela antecipada, com um comparativo de seus conceitos, características, funcionalidades e particularidades, além de trazer a relação do ponto de vista prático, legal e doutrinário desses dois instrumentos jurídicos.

1 DA TUTELA JURISDICIONAL

Todos têm direito à tutela jurisdicional, sendo o acesso à justiça preceito básico de nossa Constituição. A norma jurídica pátria impede a autotutela privada, mas por sua vez, autoriza que qualquer pessoa possa evocar a tutela jurisdicional para solucionar seu problema.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

“Do monopólio da justiça decorrem duas importantes consequências, portanto:

- a) a obrigação do Estado de prestar tutela jurídica aos cidadãos;
- b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo- o direito de ação- oponível ao estado-Juiz, que se pode definir como o direito à jurisdição.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.13)

A tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, é uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou de outra posição jurídica de vantagem.

O direito à tutela jurisdicional, no entanto, deve ser entendido como o direito à tutela jurisdicional adequada, que é corolário do princípio constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme contemplado pelo artigo 5^º, inciso XXXV da Constituição Federal e artigo 75 do Código Civil.

Embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, verdadeiros titulares de direito ou detentores de simples intenções sem fundamento no plano material, é evidente que o ordenamento jurídico está voltado para aquele que efetivamente é carecedor da tutela jurisprudencial.

Atualmente, percebe-se que o Direito Processual Civil tem a preocupação não apenas com o acesso à justiça, quando tratamos de tutela jurisdicional, mas também a eficácia dessa tutela. A eficiência está intimamente ligada ao tempo e ao resultado alcançado.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

“O processo para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitido que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.” (MARINONI, 1999, p.107)

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque:

“Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente. Essa visão, todavia, parte da premissa de que o autor da demanda, isto é, aquele que veio pleitear a tutela jurisdicional, seja titular do direito afirmado. Deve o sistema constitucional ampará-lo, oferecendo a proteção estatal para seu interesse tutelado juridicamente na esfera material.” (BEDAQUE, 2006, p.63)

A morosidade judiciária combinada com o formalismo desmedido podem ser empecilhos ao acesso à ordem jurídica justa, implicando na ineficácia da tutela jurisdicional.

Neste sentido, disserta Humberto Theodoro:

“Não basta o Estado assumir o monopólio da Justiça através da jurisdição. É intuitivo que deva cuidar para que a missão de fazer justiça seja realizada da melhor maneira possível, evitando sentenças tardias ou providências inócuas, que fatalmente redundariam no descrédito e, em muitos casos, na inutilidade da própria justiça.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.41)

Assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

‘Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para o patrimônio jurídico da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento do um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.’ (BEDAQUE, 2006, p.65)

Assim sendo, para a obtenção de um resultado prático dotado de utilidade e capaz de proporcionar a solução do litígio, é certo que a tutela jurisdicional depende da existência de um ordenamento jurídico que estabeleça um processo justo, combinando um sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si e a delimitação dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas à condução e direção jurisdicional.

1.1 Da Tutela Jurisdicional Definitiva e Provisória

A tutela jurisdicional definitiva é esperada pelas partes para por fim ao conflito litigioso com exame do mérito da causa, recaindo sobre ela a autoridade da coisa julgada material. Ela é amparada pela cognição plena e exauriente, emitida pelo magistrado depois de conhecer com maior profundidade os fatos, o que permite a manifestação de um juízo de certeza, não só de probabilidade.

Para Humberto Theodoro, a prestação definitiva se apresentar sob duas grandes formas: a cognição, que representa a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e a execução, que efetiva essa vontade. (THEODORO JUNIOR, 2008, p.21)

Entre essas duas formas de prestação jurisdicional, a cognição e a execução, decorrem um lapso de tempo, que conforme o caso concreto, pode demandar um tempo considerável, colocando em risco a efetividade do objeto discutido.

Há situações que necessitam de medidas que preservem a eficácia do provimento final ou antecipem seus efeitos para evitar risco de dano substancial a um dos litigantes, ou porque resta evidente a má-fé da parte adversa ao protelar o andamento do processo, ou ainda porque exercido o direito de defesa de forma abusiva.

São as chamadas tutelas de urgência, também conhecidas tutelas sumárias que, em razão da função que exercem, dispensam o prévio contraditório, relegado para momento posterior, e, também por isso, possuem em regra natureza provisória, inadmitindo-se sua concessão em caso de irreversibilidade da situação, bem como se não houver possibilidade razoável e suficiente de correspondência entre o direito material alegado e os fatos deduzidos pelo postulante.

De acordo com Humberto Theodoro:

“Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, Isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito segundo a ordem jurídica vigente.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.23)

Dessa forma, frente à possibilidade de inexistir a correspondência citada por Humberto Theodoro, incumbe ao julgador a ponderação dos riscos que o requerente sofrerá se denegada a tutela “em confronto com os que a concessão desta poderá causar ao demandado (e conceder energicamente a medida, ou negá-la ou condicioná-la a contracautela, sempre com vista a esse indispensável equilíbrio).” (DINAMARCO, 2005, p.320)

Estamos diante de um sistema de freios e contrapesos dos riscos, minimizados pela possibilidade de revisão e revogabilidade das medidas concedidas e compensação pelos danos eventualmente sofridos em razão da efetivação da tutela, servindo a tal propósito a possibilidade de exigir do beneficiário a prestação de caução, que funciona como contracautela, ou seja, compensação pelos riscos que a concessão da tutela representa.

A doutrina tradicionalmente divide as tutelas de urgência em duas espécies: medida cautelar e medida antecipatória de tutela, havendo quem divirja do conceito técnico das expressões utilizadas ao afirmar que as tutelas de urgência podem ter conteúdo meramente conservativo ou provisoriamente satisfativo.

Não obstante uma e outra possuam caráter assecuratório e satisfativo, não há dúvida quanto à provisoriedade de ambas, decorrente da atividade cognitiva sumária, não exauriente da situação de direito material objeto do processo.

2 DA TUTELA DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência têm o cunho de proteger um direito certo do demandante, evitando-se que a demora judiciária ou o decurso de todo o processo de conhecimento prejudiquem o demandante com a perda ou deterioração do bem jurídico pretendido.

O surgimento das tutelas de urgência se deu com a finalidade de proteger, e acelerar o resultado útil do processo. As principais fontes do direito europeu contemplam que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, existem circunstâncias que demandam um poder do magistrado de antecipar em caráter provisório a própria solução definitiva da demanda para que não haja o perecimento do objeto pleiteado.

Dessa forma, surgem duas espécies de tutela de urgência: medidas provisórias de natureza cautelar, que têm cunho satisfativo; e medidas provisórias de natureza antecipatória com cunho preventivo.

Para Eduardo Melo de Mesquita:

“Quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, medidas devem ser promovidas, imediatamente, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena de nulificação da execução futura e do direito em lide, respectivamente. Para tanto, medidas se fazem imperativas com o escopo de garantir uma execução futura ou antecipar efeitos da própria decisão final de mérito.” (MESQUITA, 2002, p.174)

As tutelas de urgências surgiram para garantir o resultado eficaz do processo, pois é uma forma de impedir a inutilidade da prestação jurisdicional.

Ambas as modalidades representam ações de natureza emergencial, executiva e sumária, com caráter provisório, sendo certo que a medida cautelar tem por finalidade assegurar uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.

2.1 Classificação de Calamandrei

Segundo o grande doutrinador Piero Calamandrei, a classificação dos provimentos cautelares apresentam quatro espécies:

a) *Providências instrutórias antecipadas* que se destinam a adiantar uma produção probatória, em relação ao seu momento processual oportuno (ex.: produção antecipada de provas, exibição de documentos, justificção, entre outros);

b) *Providências destinadas a assegurar o resultado prático de uma futura execução forçada*, ou seja, resguardar a possibilidade de concreta realização do provimento final, mediante a conservação de bens ou de um estado jurídico (ex.: sequestro, arresto, atentado, arrolamento, entre outros);

c) *Providências que decidem provisoriamente uma situação controvertida* ocorrem quando realizada a antecipação total ou parcial do resultado do provimento final a fim de evitar danos irreparáveis a uma das partes em função da eventual demora do processo legal;

d) *Providência cuja finalidade consiste na imposição de uma caução*, o magistrado determina a apresentação de contracautela a fim de evitar danos que possam advir de outro provimento sumário e provisório (caução);

Disserta Humberto Theodoro sobre a visão de Calamandrei sobre as tutelas de urgência:

“Calamandrei deu um grande passo na sistematização dos provimentos cautelares, proclamando sua instrumentalidade. Como anotou Castro Vilar, com fidelidade, para Calamandrei as providências cautelares nunca constituem um fim em si mesmas, pois estão preordenadas á emanação de uma ulterior providência definitiva, cujo resultado prático assegura preventivamente. (THEODORO JUNIOR, 2008, p.37)”

2.2 Classificação de Carnelutti

Para Francesco Carnelutti, o processo cautelar se dividia da seguinte forma:

- a) *Processo cautelar inibitório*, ou seja, aplicação de uma medida destinada a impedir a mutação de uma situação que possa prejudicar o provimento final, como por exemplo, a decretação do sequestro de bens;
- b) Processo cautelar restitutivo que prevê a o retorno do status a quo ou a eliminação de uma alteração realizada no objeto pleiteado;
- c) Processo cautelar antecipatório, como o próprio nome diz, aplica-se quando a medida importa antecipação da mutação provável ou possível da situação das partes (ex.: alimentos provisionais, separação provisória dos cônjuges, entre outros.)

Considerada um dos conceitos mais avançados sobre o tema de tutela cautelar, Carnelutti conclui que o processo cautelar tem por finalidade “assegurar o equilíbrio inicial das partes, isto é, a tutela destina-se a evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa derivar da duração do processo. Destacou, outrossim, o grande processualista, com rigor científico, a posição do processo cautelar como destinado a realizar um dos fins da jurisdição – a prevenção – figurando, assim, como um *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e do processo de execução.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.39)

2.3 Classificação do Direito Positivo

O Código de Processo Civil vigente admite qualquer das classificações doutrinárias usuais. Contudo, o legislador destacou duas importantes classificações:

I – A primeira divide as ações cautelares em:

- a) Medidas cautelares típicas ou nominadas, as quais são reguladas no Capítulo II, Livro III do referido código, sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos”.
- b) Medidas cautelares atípicas ou inominadas que compreendem o poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil;

II – A segunda classificação diz respeito quanto ao momento de seu deferimento, nos termos do art. 796 do Código de Processo Civil:

a) Medidas preparatórias (art. 800, Código de Processo Civil): são as que antecedem a propositura da ação principal. A doutrina defende que a denominação “preparatória” não representa a finalidade dessa medida, sendo que o correto seria medidas antecedentes, por não visar à preparação da ação principal, mas assegurar sua eficácia e utilidade.

b) Medidas incidentes: surgem durante o tramite do processo principal, como decorrentes de incidentes dele.

Deve observar que, dentro do Livro III do Código de Processo Civil, há medidas elencadas que não são efetivamente de natureza específica de processo cautelar.

Dessa forma, a classificação concebida por nosso Código de Processo Civil e segundo o jurista Ramiro Podetti acerca das medidas cautelares é a seguinte:

I – Poder Geral de Cautela – denominadas como medidas inominadas previstas no art. 798 do Código de Processo Civil;

II – Medidas Específicas – são as medidas cautelares nominadas no Código de Processo Civil:

a) Medidas sobre bens: arresto de bens; sequestro; caução; arrolamento de bens; apreensão; atentado; e obras de conservação de coisa litigiosa;

b) Medidas sobre provas: exibição de coisa, documento ou escrituração comercial; e produção antecipada de provas;

c) Medidas sobre pessoas: posse provisória de filhos; afastamento do menor para casar contra a vontade dos pais; depósito de menor castigado imoderadamente; guarda e educação de filhos; direito de visita; alimentos provisionais; e afastamento temporário do cônjuge;

d) Medidas conservativas e outras não cautelares, mas submetidas ao procedimento cautelar: justificação; protesto, notificação e interpelações; homologação de penhor legal; posse em nome do nascituro; protesto de título cambiário; interdição e demolição de prédio para reguardar saúde e segurança; e entrega de bens pessoais do cônjuge;

2.4 Das Características das Tutelas de Urgências

Os traços característicos que possibilitam a classificação da cautelar e da tutela antecipada como espécies do mesmo gênero, segundo a corrente instrumentalista tradicional, são: a instrumentalidade, a cognição sumária, a provisoriedade, e preventividade.

a) Instrumentalidade

O processo cautelar não tem por finalidade dizer o direito ou satisfazê-lo, vez que cabe ao processo de conhecimento e de execução essa função. A função instrumental está em proporcionar a garantia de efetividade dos demais processos.

A instrumentalidade em relação ao provimento posterior, a providência cautelar opera-se com base na perspectiva da tutela definitiva, pois existe em função deste e para servi-lo.

Eis a concepção que entende ser o processo cautelar o instrumento do instrumento – o caráter instrumental do processo cautelar.

b) Cognição Sumária

Já a cognição sumária é a aquisição de um conhecimento. A cognição exauriente é peculiar das tutelas definitivas, pois permite a produção de todas as provas necessárias para a solução final do litígio. Por seu turno, a cognição sumária é aquela típica dos juízos de probabilidade. A probabilidade, portanto, é menos que a certeza buscada nas tutelas definitivas. A cognição sumária não possibilita que se forme a coisa julgada material, pois, é regulada pelo juízo de plausibilidade e não de certeza como na cognição exauriente.

c) Provisoriedade

Conforme elucida Humberto Theodoro Junior:

“[...] toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, se destina a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de um fim. Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. (THEODORO JUNIOR, 2011, p.505)”

Ou seja, toda tutela é provisória, vez que não tem o condão de se tornar juridicamente definitivo. Contudo, insta observar, que a sua duração não está necessariamente ligada ao deslinde do processo principal, entendido como o lapso temporal para a sua solução, mas também a alterações de situações fáticas no decorrer do processo que faça com que a circunstancia emergencial deixe de existir ou perca sua motivação, podendo haver a revogação da medida por ser desnecessária.

d) **Preventividade**

A preventividade é a função da medida de garantir o resultado inerente à outra tutela, a definitiva. Assegurando a sua efetivação ou impedindo sua inutilidade, afastando o perigo de dano irreparável.

O intuito do processo cautelar é afastar o perigo da ineficácia ou inutilidade do provimento jurisdicional buscado no processo principal, visando impedir dano grave ao direito pleiteado em processo de conhecimento ou execução, de modo a evitar que os efeitos danosos do tempo ou atividades praticadas pelo réu possam impedir a efetividade do processo principal.

3 DA TUTELA CAUTELAR

Inicialmente, cumpre distinguir tutela cautelar ou medida cautelar de processo cautelar.

“Os provimentos cautelares definem-se em função do objetivo buscado, qual seja, o de assegurar o cumprimento e os efeitos da atividade jurisdicional. [...] Tem-se, pois, por medida cautelar somente aquela representada por providências judiciais destinadas a proporcionar condições para que o processo principal, de conhecimento ou de execução, possa ser eficaz, ou seja apto a produzir ‘efeitos práticos, concretos e palpáveis’. Daí não ser possível o processo cautelar conferir mais do que o requerente poderia obter no processo principal. Admite-se que a cautelar e a principal constituam medidas idênticas, desde que aquela tenha natureza provisória. Possui, pois, caráter cautelar a liminar em mandado de segurança.” (BEDAQUE, 2006, p.131)

As medidas provisionais são aquelas que o juiz efetiva, “inclusive de ofício, ao atendimento de atribuições que se incluem em seu dever de prover sobre a boa marcha do processo e sobre as coisas e pessoas necessárias à formação de seu convencimento ou necessárias para sua constrição, ou para atendimento do seu dever de prover sobre interesses de sujeitos postos pelo ordenamento sob tutela judicial.” (ORIONE NETO, 2004, p.89)

As medidas só procedimentalmente cautelares, por sua vez, “têm em comum a ‘circunstância de se relacionarem a interesses de natureza substancial, sem necessário caráter instrumental, mas cuja disciplina procedimental foi posta no Livro III do Código de Processo Civil.” (CALMON DE PASSOS, 1974 apud ORIONE NETO, 2004, p.90)

A sentença proferida em ação cautelar não faz coisa julgada material pela decisão não versar sobre a lide, mas sobre a verossimilhança do direito indicado (*fumus boni iuris*) e o perigo na demora da prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*).

Por ser provimento de emergência calcado em probabilidade não incide a coisa julgada material, podendo a medida cautelar ser substituída por caução ou outra garantia, modificada ou revogada a qualquer tempo, mediante provocação da parte contrária.

Cumpra observar, que embora o legislador tenha especificado o procedimento de algumas espécies de cautelares, não poderia prever todas as situações fáticas em que a tutela cautelar se faz necessária. Por isso atribuiu ao órgão julgador poder geral de cautela. Assim, sempre que “houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, o julgador poderá determinar a medida de urgência que entenda adequada.

O professor Humberto Theodoro esclarece que a discricionariedade do poder geral de cautela não é aquela típica do direito administrativo porque a “conveniência e a oportunidade decorrer da própria vontade da lei”, cabendo ao juiz apenas a liberdade restrita de traçar o conteúdo prático. (THEODORO JUNIOR, 2008, p.557)

O poder discricionário do juiz atua no que se refere à verossimilhança dos fatos narrados pelo requerente, na possibilidade do evento danoso e a probabilidade de evitar o perigo e na escolha e determinação da providência que se mostrar mais apropriada para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide.

Com relação aos limites do poder geral de cautela, os doutrinadores defendem que a tutela deve ser necessária, isto é, não pode assumir a feição satisfativa e deve ser proporcional à prestação que se espera obter no processo principal, não impedindo a configuração do *fumus boni iuris* a existência de controvérsia ou incerteza sobre a relação jurídica existente entre os litigantes.

A estes requisitos Orione Neto acrescenta a impossibilidade de concessão de cautelar atípica se possível decretar uma das providências cautelares especificadas pelo Código, dado o caráter residual das medidas cautelares inominadas. (ORIONE NETO, 2004, p.140)

Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o juiz tem o dever de conceder a cautela atípica, bem como o dever de indeferi-la se ausentes esses requisitos.

Ademais, em caráter excepcional, é possível a concessão *ex officio* da medida cautelar inominada *incidental* para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução.

A explicação dada por Luiz Orione Neto ilustra muito bem o lado positivo da aceitação da concessão de medida cautelar de ofício:

“[...] ilógico e contraproducente admitir que a tutela dos poderes oficiais do juiz ficasse condicionada à iniciativa e disponibilidade da

parte. Impõe-se, dessa forma, reconhecer que, quando está em jogo a garantia do processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, tanto podem ser tomadas a requerimento da parte como *ex officio*. (ORIONE NETO, 2004, p.137)”

3.1 Do Procedimento Cautelar

Conforme ilustrado no tópico da classificação das medidas cautelares, esse instrumento pode ter a função preparatória da ação principal ou incidental a ela, típica ou nominada ou atípica e inominada, e tem como fito a conservação dos bens, pessoas e interesses litigiosos para garantia da efetividade do provimento final.

Quando não regidas por procedimentos específicos previstos no Código de Processo Civil, as medidas cautelares denominadas atípicas serão apreciadas e deferidas, desde que exista fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito de uma das partes, com base no disposto no art. 798 do Código de Processo Civil.

O poder de criar ou conceder providências visando assegurar o segurança do provimento final, quando não expressamente regulamentado por lei, é chamado pela doutrina de “poder geral de cautela”.

O jurista Humberto Theodoro Junior destaca que tanto as medidas típicas quanto as regidas pelo poder geral de cautela pelos magistrados não têm diferenças natureza ou substância, ou seja:

“[...] em todos os casos – adverte Rocco – os órgãos judicantes desempenham a mesma função de natureza cautelar, ou seja, a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.517)

Dessa forma, a única diferença existente entre as medidas típicas e atípicas é o fato da primeira ter previsão expressa e específica quando ao seu cabimento e procedimento particular.

Outro tema importante é a permissão de atuação do magistrado de ofício nas medidas cautelares, as quais abrangem dois tipos de situações peculiares que envolvem a segurança ou prevenção do processo: a) pela previsão excepcional de

medidas cautelares *ex officio*, nos termos do art. 797 do Código de Processo Civil e b) pelo reconhecimento implícito do poder dado ao magistrado de modificar a medida cautelar requerida, ou de eleger medida que julgar adequada ao caso concreto, conforme dispostos nos artigos 798 a 807 do mesmo diploma legal.

Dispõe também Humberto Theodoro Junior sobre o tema:

“A permissão, porém, de medidas cautelares de ofício encontra rigorosas limitações no direito positivo. O art. 797 só as admite em “casos excepcionais” e desde que “expressamente autorizados por lei”. Esse poder nunca compreende o de abrir um verdadeiro processo cautelar; mas apenas consiste em tomar medidas cautelares avulsas, dentro dos outros processos já existentes, em situações adrede reguladas pela lei.” (THEODORO JUNIOR, 2007, p.505)”

A concessão de ofício de medidas cautelares encontra respaldo no poder/dever do juiz de zelar pela efetividade do processo, de modo que o Estado proporcione ao titular de um direito a atividade jurisdicional postulada na sua integralidade, por essa razão o juiz deve externar no processo, através da concessão de medidas necessárias de proteção para que o processo seja instrumento capaz de atingir os seus objetivos.

O magistrado tem o dever de manter imparcialidade diante do tema litigioso que lhe é levado à apreciação, no entanto, não deve se abster de agir diante da conduta processual das partes, devendo, através da prática de atos processuais de eficácia imediata, assegurar às partes tratamento isonômico, de forma justa, capaz de resolver o conflito existente na sua totalidade.

Dessa forma, apesar de delicado o tema e, de certa forma, controverso, ao demonstrar preocupação com o destino e eficácia de seus provimentos jurisdicionais, concedendo medidas para a proteção dos mesmos até de ofício, a conduta do juiz não demonstra um caráter parcial, vez que busca o cumprimento de sua função social de solução de litígios.

3.2 Da Competência

Deverá conhecer o pedido de medida cautelar: (a) o juiz da causa, se incidental; (b) o juiz competente para a ação principal, quando preparatória; ou (c) o tribunal competente para julgamento da ação principal, a partir da interposição de recurso cessando a competência com o julgamento colegiado. Não obstante, em sendo urgente a providência poderá ser concedida por juiz relativamente incompetente (o juiz do local dos bens em risco de lesão) em observância ao princípio da efetividade do processo, remetendo os autos, em seguida, para o juiz competente, que poderá manter ou revogar a liminar.

O art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê a competência das cautelares propostas depois de proferida a sentença para o Tribunal de Justiça competente. Contudo, caso o processo ainda não tenha sido enviado para o Tribunal de Justiça e diante de circunstâncias urgentes que não permitam a espera do recebimento pelo tribunal “a quem”, pode-se pedir a medida cautelar ainda ao juízo de 1º grau em caráter excepcional.

Da mesma forma, aplicam as medidas cautelares requeridas após o julgamento do recurso pelo Tribunal de Justiça. Desse momento em diante, a competência para apreciação das cautelares passa a ser do Tribunal Superior competente para julgamento do recurso seguinte.

A petição inicial da ação cautelar deve indicar o Juízo competente, a identificação das partes, a lide e seu fundamento e a exposição sucinta do direito ameaçado e o receio da lesão, dispensando-se o terceiro requisito quando se tratar de cautelar incidental porque os fundamentos jurídicos estarão contidos na exordial do processo cognitivo já instaurado.

Recebida a inicial o juiz determinará o apensamento dos autos, se o caso, e mandará citar o requerido que contestará em cinco dias contados da juntada do mandado de citação cumprido ou da efetivação da liminar concedida.

Contestado o pedido, designar-se-á audiência de instrução e julgamento se houver prova a ser produzida. Se, por outro lado, o réu não apresentar defesa, sofrerá os efeitos relativos da revelia.

Eventual improcedência do pedido cautelar não obsta a propositura da ação principal, nem influi em seu julgamento, salvo se o juiz acolher a alegação de

decadência ou prescrição. Essa regra indica a autonomia da ação cautelar, característica vinculada à instrumentalidade em relação ao processo principal.

É esse o procedimento geral aplicado aos processos cautelares inominados e às medidas provisionais trazidas pelos incisos do artigo 888 do diploma processual: I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; II – a entrega de uso pessoal ou cônjuge e dos filhos; III – a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; IV – o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; V – o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus representantes legais, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (separação de corpos); VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita; e VIII – a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

3.3 Das Condições da Ação Cautelar

Para o recebimento de uma ação cautelar deve-se observar, além dos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, se manifesta a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, tais requisitos são desdobramentos do próprio interesse de agir quando tratamos de cautelar.

Disserta o ilustre jurista Luiz Rodrigues Wambier sobre o tema:

“A expressão *fumus boni iuris* significa aparência do bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito da parte. Decide-se: se A tiver o direito que alega ter (o que é provável), devo conceder a medida pleiteada sob pena do risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz (porque, por exemplo, o devedor não terá mais bens para satisfazer o crédito). Essa última característica de que acima se falou (o risco) é o que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se a pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia. (WAMBIER, 2008, p.40)”

Em sentido diverso, é o entendimento de Orione Neto:

“[...] para quem o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora* integram o mérito da ação cautelar. Assim, o alegado *periculum in mora* constituiria a causa de pedir próxima que, se ao final da ação cautelar, não ficar demonstrada, implicará a improcedência do pedido. O *fumus*, por sua vez, corresponde à causa de pedir remota e sua exclusão implicaria ausência de fundamentação do pedido cautelar. Ademais, o juiz somente pode julgar procedente a pretensão cautelar se houver ao menos uma *probabilidade* ou *verossimilhança* dos fatos alegados. Se a parte postula medida cautelar de arresto e o julgador verifica que o réu já pagou, a pretensão cautelar é de ser julgada improcedente.” (ORIONE NETO, 2004, p.101)

Segundo Humberto Theodoro, “o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem figurar no mérito da ação cautelar, por serem requisitos do deferimento do pedido e não apenas da regularidade do processo ou sentença.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.59)

Dessa forma, conclui-se que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos tanto para propositura da ação cautelar, quanto para concessão da liminar e obtenção da sentença de procedência. É certo que esses requisitos podem estar presentes em intensidades diferentes, sendo certo que se exige menos o *fumus boni iuris* para a propositura da ação cautelar do que se exige para a obtenção da procedência da referida ação.

Outrossim, a natureza da tutela cautelar pressupõe a existência de perigo para a efetividade do provimento definitivo, ou seja, é elemento essencial e distintiva do provimento cautelar, sem a qual, não há motivos para recorrer à tutela antecipada, pois o *periculum in mora* representa a própria razão de existência dessa modalidade especial de proteção jurisprudencial.

3.4 Do Provimento Cautelar – Liminar

A liminar buscada pelo autor no processo cautelar pode ser deferida ou rejeitada liminarmente ou após justificção prévia, sem oitiva do réu, quando se verificar que sendo ele citado, poderá torná-la ineficaz, como ocorre invariavelmente no arresto, por exemplo.

A concessão liminar do provimento cautelar pode ser condicionada à prestação de caução real ou fidejussória, comprovadamente idônea e suficiente ao ressarcimento dos danos que a medida cautelar possa causar ao requerido. Nesse caso, desaparece a natureza cautelar da caução, vez que exerce a função de contracautela, havendo a possibilidade de risco bilateral para os litigantes na situação a ser acautelada. Assim, “nos casos de dúvida ou insuficiência de provas liminares, ao invés de indeferir a medida de urgência,” o juiz “deverá, na sistemática da contracautela, impor ao requerente a prestação da competente caução” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.590).

A prática nos mostra ser comum a exigência de depósito judicial de dinheiro, haja vista que outros bens demandariam sua transformação em moeda, dificultada muitas vezes pela natureza do bem e depreciação ao longo do tempo.

Efetivada a liminar em procedimento preparatório, o requerente tem trinta dias para executá-la e propor a ação principal, sob pena de cessar a eficácia da medida porque reconhecida, no primeiro caso, a renúncia tácita. Também cessará sua eficácia se extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito, seja porque a tutela cautelar foi substituída pela satisfativa (procedência do pedido do processo cognitivo), seja porque impossível alcançar o objeto que assegurava (extinção sem resolução do mérito ou improcedência da tutela cognitiva).

Para Luiz Orione Neto, a cessação da eficácia da cautelar por extinção do processo só ocorre na hipótese de decisão desfavorável ao autor porque a sentença favorável apenas substituirá a medida cautelar, “salvo se as circunstâncias ou a natureza de tal sentença por si só dispensem, a partir dela, a proteção cautelar.” (ORIONE NETO, 2004, p.198)

A exigência do prazo decadencial está ligada ao caráter instrumental do processo. Apesar da lei não ter feito limitação à regra, na interpretação instrumentalista do processo, entende-se que sua aplicação se justifica apenas nas medidas constrictivas se sua função é apenas evitar que o requerente se acomode na posição favorável obtida com a concessão de liminar com base em mero *fumus boni iuris*, em detrimento do adversário. Nesse aspecto, não se justifica a perda da eficácia em casos em que a efetivação da tutela não atinge a esfera jurídica do requerido, como a antecipação de prova e os provimentos meramente conservativos.

A confirmar esse entendimento, há a redação do parágrafo único do artigo 808 do Código de Processo Civil, segundo o qual perdida a eficácia nada obsta novo requerimento do provimento cautelar, sob novo fundamento.

Anota Professor Dinamarco:

“[...]se por hipótese as interpelações fossem sujeitas ao prazo de trinta dias e elas perdessem a eficácia depois, seria certo que, pelas mesmas partes denunciadas, nova interpelação não poderia ser feita. Conseqüentemente, a demanda judicial seria definitivamente inadmissível. Essa solução viria a ferir de frente a garantia constitucional da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV) e constitui absurdo macroscópico que demonstra que, nos arts. 806-808, o legislador *majus dixit quam voluit*, sendo lícita a restrição que se tornou pacífica.” (DINAMARCO, 2005, p.321)

Por fim, a liminar pode ser revogada a qualquer tempo, *ex officio* ou a requerimento da parte adversa, faculdade justificada na sumariedade da cognição com que é concedida e que pode ser revista se surgirem fatos novos que autorizem a sua revogação.

As medidas cautelares podem ser concedidas tanto em sede de decisão interlocutória quanto por sentença definitiva. A doutrina majoritária entende que a liminar concedida por decisão interlocutória é alterável e não gera preclusão consumativa ao magistrado. Contudo, se concedido pleito em sentença, a preclusão consumativa da matéria, impedindo o magistrado de alterar a decisão posteriormente.

3.5 Da Responsabilidade Processual

Devido à possibilidade de que o provimento final seja contrario ao direito concedido em pedido liminar, é de conta e risco de quem reclama a medida cautelar os efeitos e consequências do provimento judicial.

Aquele que requer uma medida cautelar tem responsabilidade objetiva referente aos danos causados à parte contrária, caso não seja detentor de direito que afirmou existir, independentemente de culpa ou dolo, devendo-se demonstrar apenas o nexos causal entre o fato e prejuízo.

Conforme artigo 811 do Código de Processo Civil: (I) se a sentença no processo principal for desfavorável; (II) se, obtida liminarmente, a medida no caso do art. 804 não promover a citação do requerido em cinco dias; (III) se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 do Código; e (IV) se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810), em tais hipóteses o requerente da medida será responsabilizado pelos prejuízos causados.

Apesar de não se tratar de ato ilícito culposo do requerente da medida cautelar, a improcedência da ação principal ou a extinção da eficácia da medida por qualquer dos motivos acima arrolados, faz-se injusta as consequências da medida concedida para a parte contrária, acarretando responsabilidade civil de reparação pelo princípio da sucumbência.

Para se tentar evitar essas situações, muitos magistrados condicionam o deferimento de uma cautelar à apresentação de uma garantia capaz de assegurar o pagamento do prejuízo, caso necessário.

Para Humberto Theodoro Junior, existem casos de atenuação da responsabilidade, configurando culpa concorrente da parte contrária:

“[...] se o promovente consegue demonstrar que a valorização ou perecimento do bem submetido à medida cautelar decorreu de fato atribuível à culpa exclusiva do próprio dono (o promovido), é claro que esse prejuízo não será suportado pelo autor da fracassada medida preventiva, porquanto, em matéria de ato ilícito, a culpa exclusiva da vítima se equipara a caso fortuito ou de força maior para o agente. Todavia, os demais prejuízos, isto é, aqueles suportados pelo réu além do perecimento ou desvalorização, esses continuarão sob responsabilidade do promovente da medida cautelar.”
(THEODORO JUNIOR, 2008, p.201/202)

A liquidação dos danos se dá nos autos da medida cautelar e independe de requerimento do réu porque o dever de indenizar é uma sanção processual, efeito secundário da sentença.

A execução desse dano se dará pelo rito de execução por quantia certa a ser promovida nos próprios autos da ação cautelar extinta, observados os art. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

3.6 Da Relação da Tutela Cautelar com outras Tutelas de Urgências

São inúmeras as tutelas de urgência encontradas no ordenamento jurídico visando à prevenção de dano processual ou material.

Dentre elas encontramos a tutela preventiva, que se opõe à tutela sancionatória. Essa visa à reparação de lesão já ocorrida, podendo penalizar a parte causadora do dano, se necessário. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem característica de instrumentalidade hipotética e é satisfativa. Difere, portanto, da tutela cautelar quanto à provisoriedade.

Bedaque indica onde a tutela preventiva atua: na ação popular, no mandado de segurança e na ação civil pública, no interdito proibitório e, em certa medida, na nunciação de obra nova. (BEDAQUE, 2006, p.128)

Quanto às liminares, o professor afirma tratar-se de espécie de tutela de urgência de conteúdo antecipatório, com natureza cautelar por ser dotada de provisoriedade.

Distingue ainda a tutela cautelar da tutela sumária antecipatória, tendo a última por “escopo a realização antecipada do direito da parte. Constitui manifestação da visão instrumentalista da ciência processual, pois sua elaboração se dá em função das necessidades do direito material. Daí falar-se em tutela jurisdicional diferenciada” (BEDAQUE, 2006, p.139).

Trata-se de tutela sumária sem natureza cautelar. São admitidas apenas em caráter excepcional porque lhe são conferidas a natureza definitiva, por solucionarem crise de direito material, mesmo não possuindo condições de adquirir a imutabilidade decorrente do trânsito em julgado.

Sua concessão pode não depender de perigo de dano dada a natureza do direito material que se visa proteger. São “medidas destinadas a afastar tão-somente

os efeitos danosos do tempo, mas são hipóteses de antecipação provisória de efeitos da tutela final, não de tutelas sumárias e definitivas” (BEDAQUE, 2006, p.141).

Esse procedimento é utilizado nas demandas possessórias de força nova, embargos de terceiro, dentre outras.

4 DA TUTELA ANTECIPADA

A redação dada pela Lei 8.953/94 ao artigo 273 do Código de Processo Civil permitiu ao magistrado, nas hipóteses elencadas no artigo, conceder à parte um provimento liminar que assegure, em caráter provisório, o bem jurídico objeto da relação jurídica demandada.

Note-se que “não se trata de uma simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.680)

Para o jurista Humberto Theodoro Junior:

“Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato. Mas do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do Código de Processo Civil vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, desde logo, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir. E nesse âmbito a providência antecipatória tanto pode corresponder a medidas positivas como negativas.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.680)

É de suma importância que a antecipação de tutela requerida seja em sua integralidade ou esteja contida dentro do próprio objeto da mesma ação que é requerida a tutela, vez que, sem a coincidência de objeto, poderá ser cabível outra medida cautelar, mas perderá a essência da tutela antecipada.

Segundo Beatriz Dias, “embora se trate de tutela provisória, é, no entanto, fundamental que a antecipação concedida se conforme ao pedido formulado sob pena de ser considerada como extra ou ultra petita.” (DIAS, 1999, p. 71)

O provimento da tutela antecipada está instrumentalmente ligado ao provimento final do processo. A tutela antecipadamente concedida pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, demonstrando-se, pois, o seu caráter

provisório, e não afasta a necessidade de prosseguimento do processo “até final julgamento”, vindo a ser confirmada ou derrubada pela sentença de mérito.

Apesar de a antecipação implicar na realização prática parcial ou total daquilo que eventualmente será gerado pela tutela final, mantém-se instrumental. Antecipam-se efeitos do provimento definitivo precisamente para evitar que este venha a ser inócuo. Portanto, antecipa-se para assegurar.

Ressalte-se que a tutela antecipada deve ser feita sempre a pedido da parte, não se admitindo a concessão *ex officio* pelo magistrado, vez que o foco não é a perda da eficácia do provimento final, mas sim a proteção do direito subjetivo evidente que a não tutela pode acarretar dano graves à parte, ou mesmo a possibilidade de sua extinção do direito tutelado.

Observe-se que o pedido de antecipação de tutela pode ocorrer a qualquer tempo no processo, mesmo após a sentença e na pendência de recurso, sendo certo que na última hipótese, ela será dirigida ao Tribunal competente para que o relator possa examiná-la e deferi-la caso atendidos os pressupostos legais.

Usualmente, com natureza de liminar, a antecipação de tutela encontra respaldo na petição inicial, sem necessidade de ser feita em peça separada ou ser autuada em autos apartados, o que difere do rito da medida cautelar, vez que se trata de um simples incidente do processo.

Caso seja indeferida a tutela requerida, poderá a partes interpor agravo de instrumento à instância diretamente superior e, se o pedido atender as pressupostos, de plano, poderá obter liminar com os efeitos desejados.

4.1 Dos Pressupostos da Antecipação de Tutela

O ordenamento jurídico ao tratar da antecipação de tutela institui duas modalidades de pressupostos: (i) genéricos ou necessários, previstos no caput do art. 273 do Código de Processo Civil, devem estar sempre presentes no pedido de tutela antecipada, e (ii) cumulativo-alternativos, quais sejam, o "receio de dano irreparável ou de difícil reparação" e o "abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu", dispostos, respectivamente, nos incisos I e II do mesmo dispositivo.

A expressão "alternativo" significa que basta a ocorrência da situação descrita no inciso I ou no inciso II para a possibilidade da concessão da tutela antecipada. Contudo, são "cumulativos", pois devem estar sempre acompanhados dos pressupostos genéricos para a concessão da tutela antecipada.

4.1.1 Dos Pressupostos Genéricos ou Necessários

A alteração realidade pela Lei nº 8.952/1994 ao artigo 273 do Código de Processo Civil trouxe algumas discussões sobre a forma de interpretação do dispositivo, vez que doutrinadores afirmavam que o texto legal continha uma incoerência ao mencionar a "prova inequívoca" e a "verossimilhança", associando, a primeira à certeza, e a segunda à dúvida, ou seja, eles diziam que o Código exigia "certeza absoluta do que era duvidoso".

Com o tempo e estudos sobre o tema, as dificuldades de interpretação foram sanadas, ou melhor, "criado" um consenso geral entre os juristas de renome, em uma tentativa de "pacificar" a doutrina.

O grande jurista Luiz Guilherme Marinoni escreve sobre o episódio:

"A grande dificuldade da doutrina e dos tribunais, diante dessa imprescindível análise, decorre da relação, feita pelo art. 273, entre prova inequívoca e verossimilhança. Melhor explicando: há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança. Essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, os quais não distinguem "prova" de "convencimento judicial". Ora, como o art. 273 do Código de Processo Civil fala em "prova inequívoca" e "convencimento da verossimilhança", qualquer tentativa de explicar a relação entre as duas expressões será inútil se não se partir da distinção entre prova e convencimento." (MARINONI, 2009, p.167)

Nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, para concessão da tutela antecipada, há dois pressupostos essenciais e concorrentes que devem embasar o pedido do provimento: prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

Tendo em vista que se trata de medida satisfativa requerida antes fase de instrução processual, há algumas precauções legais que devem ser apresentadas e comprovadas para sua concessão, sendo certo que, diferentemente das medidas

cautelares, a lei exige além de simples fumaça do bom direito, mas a pretensão fundada em prova inequívoca.

É certo que o pedido de antecipação deverá ser fundado em prova preexistente apresentado juntamente com o pedido, não havendo a exigência de ser prova documental, mas deve ser prova capaz, clara e convincente ao ponto que não levantar dúvida razoável sobre a legitimidade do direito no primeiro momento.

Entende Elpídio Donizetti Nunes por prova inequívoca:

“Por prova inequívoca, entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material despertado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que, no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convirjam no sentido de apresentar a probabilidade das alegações. Pouco importa se, posteriormente, no julgamento final, após o contraditório, a convicção seja outra. Para a concessão da tutela antecipada, não se exige que a prova surja a certeza das alegações, contendo-se com a verossimilhança delas, isto é, a aparência da verdade.”(NUNES, 1999, p.166/167)

Ademais, segundo Athos Gusmão Carneiro, a ‘inequívocidade’ da prova necessária para a concessão da tutela antecipada, em última análise, significa sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o ‘juízo de verossimilhança’, capaz de autorizar a antecipação da tutela. (CARNEIRO, 2008, p.6)

Assim sendo, não se procura uma prova absoluta da verdade e sim uma prova robusta que aproxime de forma segura o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Com relação à verossimilhança das alegações, nas palavras de Humberto Theodoro Junior:

“[...] refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo de material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.686)

Em outras palavras, resta indispensável que a tutela antecipada seja fundada em um direito plausível e uma prova idônea para o convencimento e concessão da medida de forma segura pelo magistrado.

4.1.2 Dos Pressupostos Alternativos

Os incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil preveem duas hipóteses para concessão da tutela antecipada, os quais devem ser cumulativos aos pressupostos relacionados acima: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito proletório do réu.

Na primeira hipótese, o texto é claro e de fácil entendimento, o receio fundado não pode ser simplesmente um “medo” da parte, deve estar embasado em fatos e dados concretos com prova robusta, que autorizem o juízo de verossimilhança e demonstrem a grande probabilidade de gerar dano grave caso não seja tomadas as medidas preventivas.

A doutrina aproximou o conceito de "receio de dano" ao conceito já conhecido de *periculum in mora*, conforme disserta Cássio Scarpinella Bueno:

“[...] o "dano irreparável ou de difícil reparação" pode, com perfeição, ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência. Esse "perigo na demora da prestação jurisdicional" deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada [...], isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais, antes do que, normalmente, não fosse a antecipação da tutela, sentiria. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido.”(BUENO, 2007, p.42)

Humberto Theodoro Junior completa o tema:

“Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável à ocorrência do risco do dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.”(THEODORO JUNIOR, 2011, p.687)

Com relação ao inciso II acerca do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito proletório do réu, antes do advento da Lei nº 8.952/1994, a lei deixava o réu que não tinha razão na demanda em uma situação cômoda, uma vez que sabia que a decisão final seria desfavorável ao seu interesse, postergava e tumultuava o andamento do processo para adiar o julgamento da demanda.

A instituição da tutela antecipada veio para zelar tanto pelo risco de dano quanto para prevenir de eventual má-fé do réu ao usar os recursos legais de forma infundada e protelatória, com o único intuito de estender a lide. Contudo, não se deve confundir com punição contra litigância temerária.

Luiz Guilherme Marinoni e Cássio Scarpinella Bueno tem o mesmo entendimento sobre a temática. Acrescenta Scarpinelli que as previsões do artigo 17 do Código de Processo Civil, que trata da litigância de má-fé, são referências para a compreensão dos conceitos de abuso do direito de defesa ou propósito protelatório:

“Para que o réu não se beneficie do tempo de demora do processo, a reforma de 1994 instituiu o art. 273, II, que dispõe que a tutela pode ser antecipada quando ficar "caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". A caracterização do abuso de direito de defesa, no direito brasileiro, deve ser feita a partir da evidência do direito do autor e da fragilidade da resistência do réu. O processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.” (MARINONI, 2009, p.133)

“Qualquer comportamento que possa ser entendido como abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu deve conduzir o magistrado, desde que presentes os pressupostos do *caput* do art. 273, à antecipação da tutela fundamentada no inciso II. O art. 17, ao cuidar dos atos de litigância de má-fé, é um bom *referencial* de comportamentos que devem ser levados em conta para fins de antecipação da tutela com base nesse dispositivo de lei, sem prejuízo de que outras situações, que não estejam lá previstas, levem à mesma consequência.” (BUENO, 2007, p.45)

Deve-se ter cautela com a expressão “manifesto propósito protelatório do réu” para que não se tenha a interpretação que a mera intenção de prolatar abra a possibilidade de concessão da antecipação de tutela. O que justifica antecipar os efeitos da sentença não é a intenção de prolatar, mas sim a sua efetiva prática através de atos e omissão destinados a retardar o andamento do processo.

As hipóteses previstas no inciso II poderão ser prevenidas e superadas, na maioria das vezes, por decisões de indeferimento de providências impertinentes por parte do magistrado ou ainda pelo julgamento antecipado da lide, com fulcro no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, se aplicável. Nesses casos, não será necessária a antecipação dos efeitos da tutela, limitando-se o uso desse instrumento

jurídico para situações mais graves e drásticas que realmente não comportam esperar a prolação da sentença ou execução do julgado.

4.2 Da Previsão do Parágrafo 2º do Artigo 273

O artigo 273, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil prevê que: "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

O entendimento desse parágrafo é simples:

“Toda vez que houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, a tutela antecipada deve ser indeferida. É este o rigor da regra. [...] Quanto à redação: a "irreversibilidade do provimento antecipado" a que se refere o § 2º do art. 273 não é, propriamente, irreversibilidade da decisão que concede ou não concede a tutela antecipada. Não se trata de irreversibilidade da decisão interlocutória que antecipa a tutela em favor de seu requerente. Essa decisão, presentes determinadas circunstâncias e fatos novos, é passível de ser revogada ou modificada, no que é expresso o § 4º do art. 273. [...]. A irreversibilidade de que trata o dispositivo em comento diz respeito aos efeitos práticos que decorrem da decisão que antecipa a tutela, que lhe são consequentes, que são externos ao processo. É, propriamente, irreversibilidade daquilo que a "tutela jurisdicional" tem de mais sensível e importante: seus efeitos práticos e concretos.” (BUENO, 2007, p.63)

A regra visa, claramente, resguardar os interesses do réu que vem a ser atingido pelos efeitos da antecipação da tutela, e tem o intuito de sempre possibilitar o retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação da medida.

Contudo, a regra da não concessão da antecipação em caso de irreversibilidade de seus efeitos práticos não é absoluta, sendo certo que, em caso de conflito de direitos do autor e do réu, deve ser priorizado o direito mais provável, vez que esse é o espírito da antecipação da tutela.

Nessa mesma esteira, o ilustre doutrinador Marinoni escreve:

“Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito provável (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve

demonstrar um direito provável), não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável.” (MARINONI, 2010, p. 230).

O magistrado deve verificar no caso concreto qual a medida e extensão do dano a ser experimentado pelo autor que pretende a tutela antecipada e pelo réu. Se o dano do autor for maior, mesmo que em juízo de cognição sumária, a tutela antecipada *deve ser* concedida, ao contrário que, se após a análise, verificasse que a tutela antecipada favorece o autor em detrimento demasiado do réu, cabe o indeferimento da antecipação de tutela.

Um exemplo clássico dessa situação é paciente enfermo que necessita de cirurgia, prótese ou qualquer outro procedimento médico necessário para continuar a viver e que foi negado o pagamento pelo plano de saúde. O deferimento do provimento pode causar um efeito irreversível e prejuízo à operadora do plano de saúde, vez que terá que arcar com a solicitação médica necessária, muitas vezes, sem garantia de recebimento do valor caso se verifique a falta de direito do beneficiário ao fim da demanda. Todavia, o seu deferimento é essencial para que se evite um "mal maior" para autor, vez que a não concessão pode significar a sua morte.

A discricionariedade dada ao magistrado para decidir sobre a concessão ou não de uma antecipação da tutela, ainda que com efeitos práticos irreversíveis, apesar de contrária ao disposto no Código de Processo Civil, encontra fundamento na Constituição Federal, seja em suas regras gerais, princípios processuais que, obrigatoriamente, devem ser seguidos, tais como o da efetividade processual e o da razoável duração do processo, como também nos valores de respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, e, como forma de ponderação e equilíbrio entre eles, o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, a afirmação de que o parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil é verdadeira vedação legal à concessão da tutela antecipada, pode ser considerada relativa e afastada, em prol de valores diversos, com grau de importância e tratamento diferenciado em nosso sistema jurídico.

4.3 Da Hipótese de Pedido Incontroverso prevista no Parágrafo 6º do Artigo 273

Humberto Theodoro Junior, Cássio Scarpinella Bueno, Fredie Didie Junior, entre outros grandes juristas, não consideram a previsão do parágrafo 6º, do artigo 273, do Código de Processo Civil uma verdadeira hipótese de tutela antecipada. Para esses doutrinadores, apesar da previsão estar localizada dentro do artigo que discorre sobre a tutela antecipada, a previsão tem mais caráter de julgamento parcial antecipado da lide, ficando sujeita aos efeitos da coisa julgada por se tratar de um julgamento parcial do mérito.

“A grande verdade, no entanto, é que o novo dispositivo acabou deixando uma grande margem de dúvidas a respeito de sua interpretação, porque não é claro se ele realmente trata de mais um "tipo" de tutela antecipada, ao lado das duas situações descritas nos incisos I ("tutela antecipada de urgência" é um nome que bem descreve o fenômeno) e II do art. 273 ("tutela antecipada punitiva" é um bom nome para a figura) ou se, diferentemente, o parágrafo trata de uma figura próxima à antecipação da tutela, mas que com ela não se confunde, algo mais próximo daquilo que o CPC chama de julgamento antecipado da lide e que, pela lógica do próprio § 6º, bem pode ser chamado de "tutela antecipada para julgamento antecipado parcial da lide", ou, o que é o mesmo escrito ao contrário, "julgamento antecipado *parcial* da lide com efeitos imediatos". (BUENO, 2007, p. 52)

O texto legal estabelece que: "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso".

Quando o código trata de *pedidos incontroversos*, refere-se à incontrovérsia dos fatos, seja de forma parcial ou total, sobre os quais se funda a pretensão do autor. Dessa forma, o réu concordando com o pedido do autor, de forma integral ou não, torna-o incontroverso.

Assim, aplica-se não a antecipação da tutela, mas, sim o julgamento antecipado de mérito, com fundamento no artigo 269, II, do mesmo Código de Processo Civil.

Mister esclarecer que, nesse caso, a tutela antecipada será concedida sem os requisitos ordinários, apenas para a parte realmente incontroversa, e existirá

independência e separação entre os pedidos que sofreram contestação e os que restaram incontroversos.

Pode ocorrer, contudo, que mesmo não contradizendo os fatos narrados pelo autor, o réu lhes oponha fato diverso, impeditivo ou modificativo do direito do autor, e que dependam de produção probatória.

No entanto, mesmo nessa situação que os fatos constitutivos do direito do autor são incontroversos, e que os fatos modificativos ou extintivos dos direito alegados pelo réu, dependem de produção de prova, a tutela pode ser antecipada:

“Na hipótese em que, diante da defesa de mérito indireta, o fato constitutivo resta incontroverso, surge o germe justificador da antecipação da tutela. Mas, essa técnica antecipatória, apesar de se basear na incontroversa do fato constitutivo, *obviamente requer que a defesa de mérito indireta exija prova e, por consequência, tempo para a sua produção*. É exatamente esse tempo, necessário para o réu produzir prova, que não deve pesar sobre o autor. Ou seja, a tutela antecipatória apenas tem sentido quando a defesa indireta não admite julgamento antecipado. *Isto porque a antecipação é justificada pelo tempo que o réu vai utilizar para permitir um juízo de cognição exauriente.*” (MARINONI, 2009, p. 277)

Humberto Theodoro Junior faz uma observação importante em sua doutrina de processo civil:

“A tutela antecipada da parte não contestada da demanda, de que trata o art. 273, parágrafo 6º, tem em comum com as demais hipóteses do caput e do inc. II do mesmo dispositivo o propósito de evitar ou amenizar o dano marginal do processo, que decorre de sua duração, além do prazo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 684)

É importante ressaltar, porém, que nem todos os casos de incontrovérsia dos fatos constitutivos do direito do autor autorizam a antecipação da tutela, devendo-se analisar a verossimilhança das alegações do réu. Por essa razão, o parágrafo 6º não foge das regras gerais estabelecidas no *caput* do artigo 273, e a verossimilhança deve ser o critério para a antecipação da tutela. Se a verossimilhança estiver com o autor, a tutela deve ser antecipada, se estiver com o réu, não.

4.4 Da Reversibilidade

O art. 273 do CPC, em seu § 2º, prevê: "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Tal previsão sinaliza o resguardo da lei para manutenção do direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, diante da concessão da medida antecipatória.

A reversibilidade é a possibilidade de volta ao status *a quo*, inicial, não se levando em conta que o dano causado por eventual irreversibilidade possa ser de alguma forma reparada. Dessa forma, concede-se a antecipação da medida satisfativa, mas se tenta preservar o direito do réu à reversão do provimento, caso a demanda lhe seja favorável ao final da lide.

Para Humberto Theodoro Junior:

“O periculum in mora deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (periculum in mora inversum). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra. (...) É, aliás, o que sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares no âmbito do direito de família, onde o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.689)

Conforme discutido no item “Da Previsão do Parágrafo 2º do Artigo 273”, apesar do disposto em lei, essa vedação deve ser relativa, vez que pode ocorrer situações em que o risco da irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida, sendo certo que, ao pesar a verossimilhança, princípios constitucionais e riscos envolvidos para ambos, o magistrado poderá conceder a antecipação de tutela em prol do autor.

Contudo, frisa-se que, em regra, os efeitos da tutela antecipada são provisórios e nunca poderá ser concedida a medida se irreversível forem os seus efeitos, salvo em casos extremos e graves que o conflito entre a segurança das partes e efetividade do provimento é tão forte que apenas um deles poderá “sobreviver”, pois a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro.

Ressalta-se novamente que o magistrado tem meios processuais de prover a reversibilidade da sua decisão de antecipação da tutela ao exigir meios de garantia do juízo para reparação de eventuais danos e indenizações a serem pagas em caso de modificação da decisão, como, por exemplo, a exigência de apresentação de caução em dinheiro ou hipoteca de bem imóvel.

Nesse prisma, observa o ilustre doutrinador Teori Albino Zavascki:

“Não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição ao menos em parte, do bem da vida, reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição integral fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Insista-se no ponto: a reversibilidade diz respeito com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento.” (ZAVASCKI, 1997, p.97)

Assim sendo, a reversibilidade é regra da antecipação de tutela e somente casos excepcionais justificam sua inobservância.

4.5 Da Provisoriedade

Conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 273, a antecipação de tutela está sujeita ao regime das "execuções provisórias", o que significa dizer que a decisão não é definitiva, sendo passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, desde fundamentada a decisão, também nos termos do art. 273, parágrafo 4º do Código de Processo Civil.

Partindo dessa premissa, conclui-se que:

- a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;
- b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contracautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente aplicável à tutela antecipada;
- c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência

do domínio do bem litigioso, o levantamento de dinheiro, nem a prática de atos de que possa resultar grave dano ao executado sem prévia caução idônea (CPC, arts. 273, § 3º, e 475-O, III, com as inovações da Lei no 11.232, de 22.12.2005).” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.688)

Da mesma forma que a antecipação de tutela só pode ser concedida mediante requisição da parte, a sua revogação ou modificação também de ser provocada, não cabendo ser realizada ex officio.

4.6 Da Carga Antecipatória

Cumprir observar que as medidas de urgência possuem um cunho de antecipação, alguns maiores que outros, entretanto, mesmo naquelas tidas como puramente conservativas, possuem algum grau de satisfatividade.

A *satisfatividade* proveniente da antecipação de tutela, em nosso sistema, é necessariamente provisória, e, portanto, não é a mesma *satisfatividade* encontrada na tutela definitiva.

A instrumentalidade é característica presente tanto na medida cautelar quanto na antecipação de tutela, o que permite concluir pela existência de uma categoria geral comum, que reúna as duas espécies, a “tutela de urgência”.

Antes da reforma processual de 1994, o instrumento geral apto a gerar proteção em caráter de emergência era a medida cautelar atípica, com amparo nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil. Isso só era possível em virtude da semelhança de características essenciais, a saber, assegurar o resultado final, instrumentalidade e provisoriedade.

Por exemplo, a medida cautelar de arresto, ainda que não adiante o próprio resultado prático do provimento principal, funciona como antecipação de uma parte da atividade executiva destinada a efetivar aquele resultado, eis que precipita alguns dos efeitos da penhora. A penhora, por seu turno, também tem uma carga acautelatória. A carga mais elevada de antecipação é vista na antecipação de tutela referente ao dever de alimentos.

Diante disto, ainda que se entenda que há uma substancial e profunda distinção entre as providências de urgência cautelares e antecipadas, tal distinção é

feita, levando em conta o conteúdo *preponderante* da medida se de caráter conservativo ou antecipador.

Segundo Bedaque:

“A eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator determinante para a identificação da natureza da medida. Essa não é a melhor forma de sistematizar as tutelas sumárias urgentes. Considerar, para fins de classificação, apenas o efeito prático da medida ou somente a finalidade para a qual está preordenada constitui equívoco, pois arbitrário o critério eleito.” (BEDAQUE, 2006, p. 305)

Caso de pedido da suspensão de efeitos da deliberação tomada em assembleia geral societária, até que se decida definitivamente sobre a sua validade. Tal suspensão se concedida apresentará nitidamente seu caráter antecipatório. A providência estaria adiantando parte dos efeitos que, em princípio, só ocorreria com o provimento final.

Para o ilustre jurista Cândido Rangel Dinamarco:

“Nem sempre as medidas urgentes se apresentam nitidamente definidas em seu enquadramento como medida cautelar ou como antecipação de tutela, grassando ainda muita insegurança entre os cultores brasileiros do processo civil. Acostumados a englobar entre as cautelares todas as medidas urgentes, inclusive as antecipatórias (até porque assim está no Código de Processo Civil, que foi elaborado quando não se tinha a percepção da existência dessa categoria), temos dificuldades quando nos pomos a indagar se dada medida é cautelar ou não, com a forte tendência de prosseguir superdimensionando o campo da cautelaridade. Como se procura demonstrar a seguir, as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada: os alimentos provisionais são antecipações dos próprios alimentos a serem obtidos afinal; a sustação do protesto cambial é o mesmo impedimento à realização deste, imposto desde logo e sem esperar o fim do processo etc.” (DINAMARCO, 2008, p.5)

Parte da doutrina entende ser a sustação de protesto uma medida antecipatória da decisão final de mérito, em virtude de seu caráter satisfativo.

Exemplo do professor Eduardo Melo de Mesquita:

“Obviamente, que a cognição sumária pode ensejar a definitividade em certos casos, a proibição de circulação de um jornal divulgando

notícias envolvendo autoridade pública com uma exposição de quadros raros, supostamente ilegais, que só permaneceriam 48 horas no país, e os colecionadores tivessem sido previamente alertados de que a exposição ocorreria no dia imediato à publicação. De nada adiantará uma tutela final, em ação de segurança, que permita a circulação daquele jornal, constatada a perfeita legalidade da situação, porquanto com a liminar a exposição não se teria realizado e os quadros já não mais estariam disponíveis. Nesta hipótese a tutela será faticamente irreversível e, por isso, definitiva.” (MESQUITA, 2002, p.175)

Na prática, os magistrados têm se dividido e aceitado as duas formas com base no princípio da fungibilidade.

5 DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Durante muito tempo os doutrinadores brasileiros preocuparam-se em distinguir a “tutela cautelar” e a “tutela antecipada”, como dois institutos diferentes, tendo o legislador optado pela explicitação legal do cabimento de providências urgentes que tenham por conteúdo a garantia do provimento legal e/ou a antecipação de parte do resultado final do processo.

Antes do advento da Lei 8.952/94, os magistrados utilizavam o instituto da medida cautelar para alcançar a função satisfatória necessária, natureza essa não própria das tutelas cautelares. Dessa forma, a referida lei trouxe um novo sistema de tutela com funções distintas da tutela cautelar, denominada antecipação de tutela.

Como espécies do gênero tutela de urgência, as medidas cautelares propriamente ditas e a tutela antecipada são providências processuais de natureza sumária, emergencial e executiva.

Contudo, a tutela cautelar tem a função de assegurar uma pretensão e podem ser chamadas de medidas de segurança para a execução, enquanto a tutela antecipada satisfaz parcial ou total a pretensão final, isto é são medidas de execução para segurança da pretensão.

Em outras palavras, a tutela cautelar objetiva garantir o processo para que a prestação jurisdicional definitiva não se torne inócua e seja assegurado o resultado seja útil no processo principal, sem ter em seu bojo qualquer satisfatividade. Já a antecipação de tutela visa à proteção do direito subjetivo da parte, o qual é objeto da lide, para que esse não sofra prejuízo de difícil reparação, ou seja, busca garantir a efetividade da jurisdição, ante a probabilidade que a demora na prolação da decisão definitiva possa torna ineficaz o resultado do provimento final.

O provimento cautelar, destarte, pode ser proferido no curso de ação de conhecimento, desde que sirva de instrumento à sentença de mérito. Caso contrário, estaremos diante do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil). Nessa, há a satisfação antecipada dos efeitos *fáticos*, e não jurídicos, do provimento final. Tem, pois, caráter satisfativo. Aquele evita o dano a pessoas ou bens, garantindo a utilidade do provimento final, em seu tratando de cautelar conservativa.

Por assegurar a utilidade do provimento final do processo cognitivo ou a satisfação do credor no procedimento executório, fala-se que a cautelar tem caráter instrumental.

“A *instrumentalidade* das medidas cautelares às principais (cognitivas, executivas) é instrumentalidade *eventual e de segundo grau*. É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade.”(DINAMARCO, 2005, p.319)

Entretanto, na prática, as dúvidas quanto à aplicabilidade desses institutos frequentemente acarretavam graves prejuízos, pois acabavam por serem denegadas providências indispensáveis para proteger a eficácia da tutela sob a fundamentação de que a medida urgente pretendida teria cunho “satisfativo”.

É certo que há providências de difícil distinção entre medida cautelar e tutela antecipada.

Disserta Athos Gusmão Carneiro:

“Como venho sustentando, são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são *antecipações de tutela* aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.” (CARNEIRO, 2008, p.9)

Há divergência, como se observa, quanto à função da tutela cautelar. Parte da doutrina a aceita apenas como medida assecuratória de outro processo, entendendo que apenas a antecipação de tutela possui natureza satisfativa.(THEODORO JUNIOR, 2008, p.541)

Para Humberto Theodoro, as cautelares não possuem a natureza satisfativa:

“Não são medidas satisfativas, pois seu fim direto e imediato não é a satisfação do direito substancial da parte, mas apenas servir imediatamente ao processo principal, preservando situações e garantindo-lhes o resultado útil. [...] Pode-se afirmar que, do ponto de vista técnico, no atual estágio do direito processual civil brasileiro,

tutela antecipatória e tutela cautelar são fenômenos distintos, mas integrantes do mesmo gênero, qual seja, o das tutelas de urgência. A tutela antecipada não se confunde tecnicamente com a tutela cautelas, por que seu objetivo é conceder, de forma antecipada e provisória, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. por seu turno, o objetivo da tutela cautelas nunca chega ao provimento de mérito visado pela parte e se restringe a providências para assegurar o resultado prático do processo, no âmbito da cognição ou da execução, ou seja, providências tendentes a viabilizar a futura e eventual realização do direito afirmado pelo autor.”(THEODORO JUNIOR, 2008, p. 33 e 52)

Conforme citado pelo referido autor em sua obra, é entendimento do Superior Tribunal Federal:

“A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo.”(THEODORO JUNIOR, 2011, p.690)

Luiz Orione Neto defende que embora especificadas no Capítulo II do Livro III do Código de Processo, nem todas as providências ali elencadas possuem natureza cautelar. Assim, somente aquelas dotadas de caráter meramente instrumental seriam verdadeiras tutelas cautelares (arresto, sequestro, busca e apreensão cautelar, cauções com caráter cautelar, produção antecipada de provas com caráter cautelar e arrolamento de bens). As demais seriam medidas não cautelares de natureza *satisfativa* (como a homologação do penhor legal e os alimentos provisionais, dentre outros), medidas não cautelares *provisionais* (tais como as situações dos incisos I, IV, VI e VII do art. 888) ou ainda medidas *só procedimentalmente cautelares* ou *só topologicamente cautelares* (justificações, protestos, notificações, interpelações, vistoria etc).

Com a Lei 10.444/2002, que adicionou um § 7º ao art. 273, com o seguinte teor: “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”, houve importante modernização jurídica, sendo uma confirmação legislativa da existência de regime comum a ambas as figuras.

Os dispositivos legais empregam diferentes termos no que tangem aos requisitos das medidas de urgência, a saber, “prova inequívoca da verossimilhança” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, *caput* e I); “prova inequívoca da verossimilhança” e “abuso do direito de defesa ou manifesto caráter protelatório” (art. 273, *caput* e II); “perigo de lesão grave e de difícil reparação” e “relevante fundamentação do recurso” (art. 558); “relevância do fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, § 3º); “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798); “relevante fundamento” do pedido e possibilidade de do “ato impugnado... resultar a ineficácia da medida” (Lei 1.533/51, art. 7.º, II); entre outros. Entretanto, todos esses termos expressam duas noções básicas: plausibilidade do direito e perigo na demora.

Para alguns doutrinadores, a própria lei exigiria diferente grau de plausibilidade para a concessão de cada uma das várias tutelas de urgência previstas no ordenamento. O *fumus boni juris*, em contraposição com a “prova inequívoca da verossimilhança”, significaria exigência de probabilidade do direito de menor força, diversidade de fórmulas adotadas pelo legislador refletiria necessária gradação dos requisitos.

O maior ou menor grau de plausibilidade que se vai exigir decorrerá de circunstâncias concretas. O requisito da plausibilidade do direito está na necessária de correlação com o risco de ineficácia do provimento final e o perigo na demora, sendo que a aferição desse pressuposto não tem como ser feita em uma perspectiva unilateral. Não se ponderam apenas os riscos da demora que o beneficiário de medida está exposto, caso ela não seja concedida, mas também os riscos de igual espécie que o adversário sofrerá, se a providência for deferida (considerando, para ambos os lados, o perigo da irreversibilidade e a relevância dos bens jurídicos envolvidos).

O grau de plausibilidade concretamente exigido para a concessão da medida de urgência é variável. No entanto, tal variação não se subordina abstratamente ao fundamento legal da concessão (antecipação *ex art.* 273, antecipação *ex art.* 461, § 3.º, medida cautelar do Livro III etc.) – e, sim, à circunstância de não se tratar de um requisito que possa ser isoladamente considerado.

Com relação ao aspecto procedimental das duas formas de medidas de urgência, a antecipação de tutela tem procedimento mais simples, sendo feita por

simples petição nos mesmos autos da ação de conhecimento, devendo ser atendidos requisitos mais numerosos do que a medida cautelar. Contudo, a medida cautelar normalmente tem rito próprio e pode ser específico para cada caso, sendo feita em autos próprios e apartados, devendo a parte ingressar com a ação principal no prazo de 30 dias após o ajuizamento da cautelar.

Outro ponto a ser observado diz respeito à previsão do inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil. Consoante ao narrado nesse trabalho, resta autorizada por lei a concessão da antecipação de tutela em caso de “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, o que pode ser feito na própria petição inicial, inclusive, se demonstrada à prática de abuso do réu.

Entretanto, não há situação análoga no caso da medida cautelar que exige, necessariamente, o preenchimento do requisito de *periculum in mora* – art. 798 do Código de Processo Civil.

Apesar das diferenças apontadas, as duas medidas têm características em comum que as colocam no campo das medidas de urgência, devendo o magistrado agir com bom senso e fundado em seu dever para evitar a morosidade processual em caso de aplicação errônea ou troca dos institutos, desde que atendidos os pressupostos e exigência do instituto mais complexo.

6 DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS JURISDICIONAIS PROVISÓRIAS

Além das alterações já citadas nesse trabalho, o advento da Lei 10.444/2002 trouxe um novo conceito para o Código de Processo Civil ao inserir o parágrafo 7º ao artigo 273, que dispõe: “§ 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 ao processo ajuizado.*”

Tal dispositivo expressamente inseriu no direito processual civil brasileiro a fungibilidade entre as tutelas de urgência, mais especificamente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Com o objetivo de aumentar a efetividade da prestação jurisdicional, vez que não se mostrava mais viável o indeferimento da medida de urgência pleiteada pela parte por conta da “falta de adequação” da via eleita, houve uma reformulação para melhor atender as medidas de urgências.

Dessa forma, se havia qualquer dúvida quanto ao recebimento de pedido de antecipação de tutela como tutela cautelar, extirpou-se com a introdução do mencionado dispositivo pela Lei n. 10.444, de 2 de maio de 2002.

Fredie Didier Jr. anota que:

“[...] a possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento enfraqueceu o já combatido processo cautelar” porque inútil “processo cautelar autônomo preparatório se o pedido cautelar pode ser formulado no processo de conhecimento, que ademais seria necessariamente ajuizado”. Assim restaria a ele somente duas utilidades: “a) como ação cautelar incidental (art. 800, Código de Processo Civil), tendo em vista a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294, Código de Processo Civil), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento; b) nas hipóteses em que a ação cautelar é daquelas que dispensa o ajuizamento da ação principal, exatamente porque não se trata de medida cautelar [...] ou porque não se trata de medida cautelar constrictiva [...]” (DIDIER JUNIOR, 2002)

Na prática, todavia, vê-se que embora possível à fungibilidade, as medidas cautelares preparatórias não caíram em desuso, pelo contrário, discute-se hoje se é possível à antecipação de tutela em processo cautelar.

Além do mais, pode-se dizer que esse parágrafo também está em consonância com o poder geral de cautela do juiz, que, apesar de estar disposto junto com as medidas cautelares, é essencial para o deferimento de medidas assecuratórias do direito da parte, independentemente do rito processual, uma vez que a própria natureza da cautelar é instrumental, como meio de preservação de direitos enquanto o mérito da questão controvertida é discutido.

Entretanto, há questões que devem ser analisadas e discutidas, como: a existência de requisitos para se operar a fungibilidade; a possibilidade de deferimento de cautelares típicas e atípicas no processo de conhecimento; e a existência da chamada “mão dupla” da fungibilidade.

A fungibilidade das tutelas de urgência se explica na efetividade do provimento jurisdicional, pois questões meramente formais não podem impedir a realização de valores constitucionalmente garantidos. O juiz está autorizado a conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante o nome dado à tutela provisória pelo requerente.

O primeiro requisito para que se opere a fungibilidade entre as tutelas de urgência é o preenchimento dos requisitos que autorizam a tutela que será concedida. Por exemplo: em processo do conhecimento, o autor da demanda, a título de tutela antecipada, pleitear uma medida de natureza estritamente cautelar, para que esta possa ser deferida nos moldes da Lei, são necessários que se conjuguem os requisitos do *fumus boni iuris e do periculum in mora* para concessão da medida.

A aplicação do artigo em discussão está subordinada a plausibilidade do direito invocado a partir de um juízo de cognição sumária, de forma que os requisitos da tutela correta estejam presentes para concessão do direito da parte.

Caso contrário, ausentes os requisitos, independentemente de discussões sobre a impropriedade da via eleita, a medida não será deferida uma que a situação apresentada e as alegações deduzidas não induzem a concessão da tutela de urgência em razão da ausência dos respectivos pressupostos.

Outra questão a ser avaliada, é a necessidade que a situação processual gere dúvida objetiva, ou seja, se deve obedecer aos mesmos requisitos da fungibilidade em matéria recursal.

A corrente majoritária defende que a fungibilidade das tutelas de urgência não se subordina aos requisitos da fungibilidade recursal, vez que o Código de Processo Civil não prevê qualquer requisito para a aplicação do parágrafo 7º do artigo 273.

Ou seja, o legislador apenas condicionou ao preenchimento dos pressupostos da outra medida, não à existência de dúvida objetiva no emprego de uma ou outra medida. Dessa forma, fica afastada a subordinação aos requisitos da fungibilidade recursal para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, tendo em vista que não há no artigo em questão intenção de prevenir abuso de direito ou má-fé daqueles que pleiteiam a tutela, mas facilitar e flexibilizar o processo.

O professor Bedaque responde afirmativamente quanto à possibilidade de conceder tutela antecipada em lugar de cautelar, ainda que não prevista em lei, porque “decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais”.(BEDAQUE, 2006, 388)

Para ele, outra inovação trazida pelo art. 273, § 7º, é provável redução de processos cautelares autônomos porque é possível não somente a fungibilidade entre a cautelar conservativa e a antecipatória, como também às cautelares incidentais. Inexigíveis, portanto, a ação, os procedimentos autônomos para as cautelares conservativas nominadas. As atividades cognitivas e cautelares seriam possíveis no processo de conhecimento. (BEDAQUE, 2006, 389)

Uma parte da minoritária doutrina contrapõe-se há entendimento sob o argumento de que a fungibilidade entre as tutelas de urgência somente deve existir nos casos de existência de dúvida, ou seja, não sendo expresso o procedimento correto. Segundo Joaquim Felipe Spadoni, “a demonstração desse requisito se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados.” (SPADONI, 2003, apud RIBEIRO UGOLINI, 2008)

Igualmente, Luiz Orione Neto entende inadmissível a aplicação desmesurada da fungibilidade das tutelas de urgência. Segundo o jurista incidem aqui os mesmos requisitos da fungibilidade recursal: dúvida objetiva quanto à tutela de urgência adequada e inexistência de erro grosseiro.

“Entendimento em sentido oposto acabaria com o processo cautelar, já que bastaria ao autor requerer a medida sob a forma de tutela antecipada que essa seria concedida devido à pretensa fungibilidade, quando na verdade o autor está fugindo dos requisitos específicos da cautelar nominada. [...] Nesse contexto, é lícito concluir que o § 7º do

art. 273 só interfere na *autonomia procedimental do processo cautelar*, dispensando a sua instauração em separado, em casos excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à exata identificação da tutela urgente, se *satisfativa* ou *cautelar*, ou vice-versa. [...] Daí ser possível admitir – dentro desse enfoque – a chamada *fungibilidade de mão dupla*, pois a dúvida objetiva tanto pode ocorrer na *fungibilidade regressiva*, de antecipação da tutela ara providência cautelar – seguramente, a mais comum – como na *fungibilidade progressiva*, de providência cautelar para tutela antecipada.” (ORIONE NETO, 2004, P. 69/70)

Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, embora entenda possível a fungibilidade na dupla via, assevera que o juiz deve estar atento aos requisitos da medida que será concedida em substituição à outra, conforme anteriormente citado. Assim, a utilização do procedimento cautelar para obter a antecipação de tutela com base em requisitos menos rigorosos previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, é ato que deve ser repellido pelos magistrados. Segundo ele:

“Entretanto, depois de promover a categorização das duas modalidades de tutela de urgência, o direito processual moderno reconheceu que ambas sendo de um só gênero, e sendo comuns seus requisitos básicos-aparência de bom direito e perigo de dano gerado pela demora do processo- não devendo o juiz adotar um excesso de tecnicismo na análise das características e exigências práticas para classificar, apreciar e definir, *in concreto*, o que é medida cautelar e o que é medida antecipatória de mérito.” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.33)

Além dessa questão, surge igualmente a indagação acerca da possibilidade da concessão de cautelares típicas e atípicas no processo de conhecimento (com fundamento no artigo 273, § 7º do CPC) ou somente cautelares típicas.

Para o jurista Luis Gustavo Tardin:

“[...] o pedido de cautelar nominada no âmbito do processo de conhecimento está autorizado inclusive por força do artigo 292 do Código de Processo Civil, na medida em que a Lei autoriza a cumulação de pedidos, ainda que não conexos. Entretanto, ressalta que o limite para a aplicação da fungibilidade é o contraditório, garantia fundamental do processo.” (COSTA, 2003 apud RIBEIRO UGOLINI, 2008)

Em sentido contrário, Luiz Orione entende que, embora seja possível a fungibilidade entre as medidas cautelares inominadas e a fungibilidade entre as cautelares típicas, não é possível que, havendo cautelar específica para o caso, o juiz conceda tutela cautelar inominada.

Acompanha a argumentação, Paulo Afonso Brum Vaz que defende que:

“[...]permitir a fungibilidade para o deferimento de cautelares típicas significa revogar o CPC no tocante ao Processo Cautelar, lembrando que, nesses casos, o procedimento é de ordem pública e, portanto, indisponível às partes e ao juiz, é tipificado no CPC e constitui direito subjetivo do réu.” (VAZ, 2007, apud RIBEIRO UGOLINI, 2008)

Assim sendo, apesar da divergência, parece mais razoável o entendimento que não há requisitos, além dos expressos no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que impactem para a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, bem como ser possível a concessão de cautelares atípicas e típicas no processo de conhecimento.

Igualmente, com fundamento nos princípios de efetividade do provimento jurisdicional, da economia processual e da inafastabilidade, a possibilidade de mútua fungibilidade entre as tutelas de urgência, independente da existência de dúvida subjetiva e erro grosseiro, vez que o artigo não impõe como requisito para sua aplicação a existência de dúvida objetiva quanto à via utilizável, nem qualquer outra condição de especial gravidade.

Portanto, cabe apenas examinar se estão presentes os requisitos para a concessão da medida, à luz das circunstâncias concretas. Vale dizer: os requisitos a aferir são exatamente os mesmos cuja presença teria de ser verificada se o requerente houvesse se valido da via “adequada”. Não há qualquer requisito adicional.

6.1 Da “Mão Dupla” da Fungibilidade das Tutelas de Urgência

A lei não é expressa ao determinar que a fungibilidade se ponha no sentido inverso - pedido de tutela antecipada como medida cautelar.

Por esse motivo, criou-se uma discussão quanto à possibilidade da via inversa, ou seja, o deferimento de uma medida de antecipação de tutela no âmbito do processo cautelar. A dúvida, então, é se a fungibilidade é viável nas duas direções.

A doutrina atual não é pacífica, com posicionamentos nos dois sentidos, apesar de ambos os argumentos sejam fortes e fundados, existe certa predominância da corrente que aceita a fungibilidade em mão dupla.

O ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco é um dos grandes defensores da possibilidade de se deferir tanto a cautelar em processo de conhecimento como a tutela antecipada em processo cautelar, aplicando-se plenamente a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

“O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. [...] Bem pensado, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. [...] O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. [...] É da jurisprudência pacífica que “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhe tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrados, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). Esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.” (DINAMARCO, 2003, p.92/94)

Em posição similar, Bedaque ressalta que “a adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional.” (BEDAQUE, 2006, 388)

Igualmente, Cássio Scarpinella Bueno entende que o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe sobre uma indiferença entre as tutelas, tendo em vista que se busca o objetivo prático do processo. (BUENO, 2007, p.145)

Deve-se observar que o tema da mão dupla da fungibilidade tem um aspecto procedimental a ser analisado, haja vista que, por mais que o deferimento de cautelar no âmbito do processo de conhecimento não gera maiores problemas por

se tratar de procedimento comum, pode ter algumas interferências quando o rito é cautelar, sendo necessária a adequação do procedimento, matéria essa de ordem pública.

O rito cautelar tem prazos mais específicos e curtos, além de restrições peculiares no que tange a produção de provas. Por essa razão, alguns doutrinadores defendem a aplicação da fungibilidade desde que haja a adequação do pedido por meio de emenda da inicial para que se tenha um processo de conhecimento correto.

Como explicado anteriormente, a ação cautelar se restringe a discutir à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo certo que o mérito é narrado na petição inicial do processo principal. Por outro lado, para a concessão da antecipação de tutela, cujo pedido é feito na exordial, é descrito diretamente o mérito completo da pretensão.

Por essa razão, questiona-se se a inversão da fungibilidade não teria uma barreira procedimental ligada ao interesse processual na modalidade adequação, o que é uma das condições da ação e sua ausência acarreta na extinção do processo sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

Em posição contrária à Dinamarco, o grande professor Arruda Alvim, doutrinador contrário à mão dupla da fungibilidade, defende “o deferimento de tutela antecipada dentro da cautelar implicaria em uma decisão ultra petita, vez que o magistrado deferiria o “mais” quando pleiteado o “menos””, isto porque, ele defende que os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais numerosos e rigorosos do que a medida cautelar. (ALVIM, 2002, apud RIBEIRO UGOLINI, 2008)

Ocorre que, mesmo aqueles que defendem a não mão dupla da fungibilidade concordam que essa divergência doutrinária não deve ter interferência nas decisões quando se tratar de situações extremas, isto porque a parte não pode ser prejudicada por questões formais ou por divergências de entendimento entre o advogado e o magistrado.

Conforme anteriormente dito, as duas medidas fazem parte de um só gênero e não há distinção prévia e abstrata entre os pressupostos de uma e outra medida. De tal sorte, é possível que uma providência que constitui “tutela antecipada” seja pleiteada e concedida até pela via da “medida cautelar” preparatória, em casos que a urgência da situação não permite a reunião de todos os elementos para desde

logo formular sua pretensão principal, embora já reunidos elementos suficientes para o juízo de verossimilhança necessário para os provimentos urgentes. Caberá ao juiz no caso concreto verificar qual medida é mais eficaz para resguardar o resultado eficaz e útil do processo.

Por tratar-se de espécies do mesmo gênero, conclui-se que se aplicam à tutela antecipada as regras da tutela cautelar, e vice-versa, nos casos em que couber.

Ademais, conforme exposto, rejeitada a existência de substancial diferença entre os requisitos, reforça-se a tese da fungibilidade e comunicabilidade entre os regimes das medidas de urgência não tendentes à definitividade (não só entre a via cautelar e a da tutela antecipada, como entre as duas espécies de antecipação).

7 DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto do novo Código de Processo Civil apresenta alterações em relação às medidas cautelares, a serem substituídas pela tutela de urgência, bem como a atual tutela antecipada que será substituída pela tutela da evidência,

Nas conclusões de Humberto Theodoro Junior:

“[...] o texto do Código de Processo Civil sofreu, nos últimos anos, várias reformas, todas com um só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.” (THEODORO JUNIOR, 2011, p.15)

A busca insaciável do legislador é sempre pela celeridade, economia processual, desburocratização, efetividade e flexibilidade dos institutos que compõem o processo civil, razão pela qual se sugere uma nova reforma processual.

Para entender o que está sendo posto nesse novo diploma legal, é importante ter em mente a conjectura atual da medida cautelar e a tutela antecipada como espécies de mesmo gênero denominado tutela de urgência, em razão das semelhanças dos pressupostos exigidos de *periculum in mora* ou dano grave de difícil reparação e o *fumus boni iuris* ou verossimilhança das alegações.

7.1 Da Uniformização da Tutela de Urgência

Conforme já anunciado pelos doutrinadores, a sistematização e unificação do tratamento da tutela de urgência aparecem como um dos tópicos mais importantes desse novo diploma, sendo disciplinada em um único título - Título IX Tutela de Urgência e Tutela da Evidência - artigos 269 a 286, que se subdivide em dois Capítulos, Capítulo I Das Disposições Gerais e no Capítulo II Do Procedimento das Medidas de Urgência, dentro do Livro I Parte Geral.

Dessa forma, o código preverá uma disciplina única para se conceder e processar as tutelas de urgência cautelar e satisfativa, vez que atenderam pelos mesmos requisitos (plausibilidade do direito e risco de dano irreparável ou de difícil

reparação) e procedimento (antecedente ou incidental) para serem concedidas (artigos 276 e 279 e seguintes); ambas estão incluídas no poder geral de cautela (artigo 270); devem ser concedidas mediante decisão fundamentada e atacadas via agravo de instrumento (artigo 271, parágrafo único); e podem ser concedidas de ofício (artigo 277).

A maioria dos doutrinadores sempre defendeu a uniformização das tutelas, sob a bandeira da simplificação dos procedimentos para maior celeridade e efetividade à prestação da tutela jurisdicional do direito e, por conseguinte, maior economia processual.

Outrossim, a uniformização do regime jurídico colabora com a melhor organicidade e simplificação do instituto, bem como facilita a utilização dos institutos processuais urgentes pelo operador do direito, sem contar que não se vislumbra qualquer necessidade ou vantagem na disciplina esparsa e individualizada das tutelas de urgência cautelar e satisfativa.

Entre diversos motivos que justificam a unificação das tutelas de urgência, o mais relevante é a possibilidade de “unificação” de tais medidas, que viabiliza maior efetividade, celeridade e economia ao processo na medida, conforme anteriormente colocado, perdendo-se o rigor formal atual e ganhando no alcance do processo, e sua efetividade.

7.2 Do Momento da Concessão da Tutela de Urgência e da Tutela da Evidência

O novo Código de Processo Civil eliminou o processo “cautelar autônomo e, por conseguinte, institui o processo sincrético também para a tutela cautelar. Desta feita, não cabe mais se falar em processo cautelar e processo principal, mas tão somente em processo sincrético, no qual será requerida a tutela de urgência satisfativa ou cautelar em caráter antecedente ou incidental.” (FENSTERSEIFER, 2012)

O artigo 269 do Projeto do Código elimina o processo cautelar autônomo alterando substancialmente o procedimento da tutela cautelar, ou seja, o pedido de tutela cautelar será feito mediante uma petição inicial proposta no próprio processo

em que será formulado posteriormente o pedido principal da tutela jurisdicional definitiva. Assim, gera-se a simplificação do procedimento e se prestigia a ideia de sincretismo processual criada pela Lei nº. 11.232/2005.

Frisa-se que essa mudança está alinhada com os princípios e garantias constitucionais.

“Ademais, não há razão de ser da manutenção da instauração de uma relação processual autônoma (cautelar) tão somente para se avaliar se a liminar cautelar deve ser concedida ou não e se abrir oportunidade para resposta e instrução, principalmente se considerando que assim já não se vinha mais exercendo esta tutela na prática, ou seja, via processo autônomo.” (FENSTERSEIFER, 2012)

Igualmente, com relação à tutela de urgência satisfativa antecedente, o novo Código de Processo Civil abre a possibilidade de o autor requerer a tutela de urgência satisfativa antes da formulação do pedido principal de tutela definitiva no próprio processo em que este for feito.

Certamente, essa alteração traz um ganho de celeridade e efetividade à prestação desta modalidade de tutela, vez que atualmente a prestação desta só pode ocorrer a partir da liminar requerida na petição inicial.

Mister importante ressaltar outra inovação substancial, a estabilização dos efeitos da tutela de urgência e da evidência concedida (no art. 281, §2º), que consiste no seguinte: deferida a medida urgente ou evidente em caráter liminar, não havendo impugnação pelo réu, após a sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Não é a primeira vez que se fala em estabilização de tutela. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, à época presidido pela professora Ada Pellegrini Grinover, propôs o projeto de Lei n. 186/05 com o objetivo de promover a estabilização da tutela antecipada.

O projeto de lei dispunha que a medida antecipatória poderia ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência de processo, aplicando-se subsidiariamente a esse procedimento as disposições gerais das medidas cautelares (arts. 796 e seguintes).

A professora defende que a existência de cautelar satisfativa é dado revelador da grande utilidade do provimento antecipatório antecedente.

A esse respeito, o professor Bedaque defende a instituição da “tutela final não dotada de imutabilidade, porque precedida de cognição sumária. Constitui técnica destinada a inverter os ônus a serem suportados pela demora do processo. Se, após exame não exauriente da relação substancial e com contraditório adequado a essa limitação cognitiva, o direito afirmado pelo autor mostrar-se verossímil, talvez seja o mais justo conceder-lhe a tutela, transferindo ao réu o ônus de, em outra via processual, desconstituir esse resultado. Não há explicação para que o autor deva suportar as consequências da demora inerente aos processos de cognição exauriente, nas situações em que afirma direito altamente provável.” (BEDAQUE, 2006, p. 149)

Com relação ao novo código Civil, para Marioni e Mitidiero (2010, apud FENSTERSEIFER, 2012), a estabilização dos efeitos da medida urgente concedida valoriza esse instituto, vez que, não havendo apresentação de presença por parte do réu, o novo Código de sumariza o processo de forma formal e material, passando a cognição sumária como instrumento processual para a prestação da tutela dos direitos.

Insta observar que esse instituto, além de evidenciar a celeridade e efetividade da prestação da tutela jurisdicional através sumarização do processo, também respeita os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica, “uma vez que se possibilita às partes a qualquer tempo propor ação com o intuito de discutir o direito subjetivo acautelado ou satisfeito (art. 282, §4º do Projeto), frente à decisão que concede a medida de urgência ou evidência em caráter antecedente não faz coisa julgada (art. 284, §2º). Neste sentido, compartilhando do entendimento dos autores, julga-se salutar esta inovação porquanto se revela em consonância com a Constituição Federal e os direitos-garantias fundamentais, e assim, com o processo civil de resultados.” (FENSTERSEIFER, 2012)

A estabilização dos efeitos da tutela de urgência se assemelha a técnica do *référé* do direito processual francês, tendo em vista a finalidade desempenhada de tutela de urgência para estabilização de uma situação extrema, com certa autonomia em relação ao pedido de tutela definitiva principal.

É certo que, havendo contestação ao pedido de tutela cautelar ou satisfativa, nos termos do §1º do art. 282, o autor deverá apresentar em 30 (trinta) dias o pedido de tutela definitiva principal nos mesmos autos em que foi formulado o pedido de

tutela de urgência antecedente, sob pena de cessar a eficácia da medida de urgência concedida em caráter antecedente, conforme previsão do art. 282, inciso I do Código de Processo Civil.

7.3 Da Permissão de Concessão da Tutela de Urgência de Ofício

Diferentemente do Código de Processo Civil vigente, o novo diploma propõe autorização expressa ao magistrado em conceder medidas de urgência de ofício, desde que em casos excepcionais e/ou expressamente autorizados por lei (art. 277), ampliando formalmente esta possibilidade às medidas satisfativas.

Essa disposição assegura a efetividade ao direito-garantia fundamental de acesso à Justiça, seja a medida de natureza cautelar ou satisfativa.

Há entendimentos que a concessão *ex officio* acarreta uma insegurança ou incerteza jurídica proporcionada pela cognição exauriente, vez que é feita sem estar diante do direito ao contraditório e ampla defesa. Contudo, o entendimento de outra parte da doutrina sinaliza que o contraditório e a produção probatória não é eliminada do processo, apenas postergada em razão da necessidade de celeridade e efetividade da tutela do direito. Conforme discutido anteriormente, há casos de grande urgência que a concessão da tutela deve prevalecer sob outros direitos e garantias fundamentais.

7.4 Da Tutela da Evidência

No Código de Processo Civil vigente, o artigo 273 dispõe sobre a figura da tutela antecipada.

Dessa forma, preenchidos os requisitos autorizadores e evidenciados os pressupostos legais, pode o juiz deferir a concessão da antecipação de tutela com efeitos provisórios, enquanto corre a instrução do julgamento do provimento final.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil traz, em seu artigo 278, a previsão da tutela antecipada com uma nova nomenclatura, qual seja, tutela da evidência¹:

“Art. 278 – A tutela da evidência será concedida, independentemente da 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 tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.”

Conforme alteração inserida pelo novo diploma legal, a nova tutela da evidência não exigirá o preenchimento do requisito periculum in mora ou prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do manifesto propósito protelatório do réu, mas sim do requisito previsto nos incisos do artigo de forma isolada.

Ademais, observa-se que há necessidade de formação prévia da relação processual, ou seja, deverá ser citado o réu para apresentar defesa antes da concessão da tutela.

Importante notar que a única hipótese de tutela de urgência prevista no art. 278 pode ser concedida sem a citação do réu, é a constante do inciso IV, ocasião que o magistrado verifica se tratar de matéria única e exclusivamente de direito com tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou sumula vinculante, podendo ser deferir de plano.

Os demais incisos exigem uma abordagem omissa ou comissiva do réu para configurar a evidência do direito.

¹ “Para definir a tutela da evidência sob a ótica do novo CPC, parte-se do conceito outorgado por Chiovetti e Giannico de que esta espécie de tutela seria aquela concedida com base na probabilidade da certeza do direito (como é o caso do abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu ou da inicial instruída com prova irrefutável do direito alegado) ou na evidência deste (como é o caso da incontroversa do pedido e da matéria unicamente de direito consolidada nos Tribunais Superiores).” (FENSTERSEIFER, 2012)

Esse tema restou polêmico entre os doutrinadores. A tutela da evidência baseada em pedido incontroverso pode ser concedida de forma liminar sem a instauração do contraditório.

Tal fato se dá pela análise do magistrado que verifica ter evidenciado o direito subjetivo da parte, sendo certo que nenhum argumento de defesa poderia reverter o direito pleiteado. Nesse cenário, a concessão da tutela significaria a justa providência a ser tomada pelo juiz para aplicação da justiça.

Apenas para esclarecer, apesar da necessidade do contraditório, a tutela da evidência continua a ser uma providência para proteger o direito do autor da ação.

O Novo Código manteve a disposição do art. 273, parágrafo 6º do código vigente, que previa a concessão de tutela parcial e de um ou outro pedido (no caso de pluralidade de pedidos) se verificarem incontroverso. Tal disposição pode ser encontrada no art. 278, inciso II, do projeto de reformulação processual.

Igualmente, deve-se ter em mente que, mesmo não estando expresso no projeto de lei, o aspecto provisório e a reversibilidade continuam como característica da tutela da evidência, vez que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e ampla defesa, utilizando todos os meios recursais necessário.

Outra situação criada pelo Novo Código Civil, foi a exclusão do parágrafo 7º do art. 273, ou seja, do conceito da fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias.

Todavia, apesar da não previsão, os doutrinadores acreditam que a espécie não seja eliminada do ordenamento jurídico por constituir uma evolução processual, prestigiando a celeridade e economia processual ao não permitir o indeferimento de um provimento jurisdicional em função de simples equívoco na nomenclatura do pedido suscitado.

Conclui-se, portanto, que as alterações e inovações propostas pelo Novo Código de Processo Civil procuram dar efetividade aos princípios constitucionais e garantias fundamentais, promovendo um efetivo e adequado acesso à justiça, com um processo mais seguro e célere para uma prestação jurisdicional efetiva.

CONCLUSÃO

Do exame desenvolvido por este trabalho, fica clara a importância que as tutelas de urgências, aqui representadas pela tutela cautelar e tutela antecipada, têm dentro do nosso ordenamento jurídico, bem como na rotina processual, visando atender a aspectos urgentes e casos extremos de forma específica e preservando o resultado efetivo do provimento final.

Outrossim, observa-se a evolução e desburocratização do sistema processual ao permitir fungibilidade e a comunicabilidade entre medidas cautelares e antecipação de tutela para que se atinja o resultado útil e prático do processo.

Para que exista uma ordem jurídica justa, é necessário, além do direito de pleitear seu direito perante um órgão jurisdicional, ou seja, o direito de ação, também que haja meios para que o resultado seja alcançado de forma plena. Não basta que o Estado garanta o acesso à justiça, mas é preciso também que se garanta que esse acesso produza efeitos reais e eficazes.

Durante muito tempo, doutrinadores brasileiros tentaram demonstrar as diferenças entre os diferentes tipos de tutela, percebeu-se, entretanto, que o exagerado uso de tecnicismos acabava por gerar danos às partes. Verificou-se também que a medida cautelar e a tutela antecipada apresentavam mais pontos convergentes do que divergente, gerando, na prática, algumas dúvidas quando alguns institutos não eram nitidamente definidos, como no caso da sustação de protesto.

A fungibilidade é a forma que hoje a jurisprudência adota para tentar que as discussões conceituais não produzam prejuízos aos litigantes.

A morosidade judiciária, combinada com o formalismo desmedido podem ser empecilhos ao acesso à ordem jurídica justa, implicando na ineficácia da tutela jurisdicional.

As tutelas de urgência são atualmente utilizadas, também, como forma de combater a morosidade do judiciário. A dúvida paira, no sentido de se esse é o meio adequado de se combater a lentidão processual, tendo em vista que, nas tutelas de urgência, o juiz utiliza-se da cognição sumária na apreciação da causa, não há juízo de certeza.

De certa forma a concessão de uma tutela de urgência apenas em virtude da demora do judiciário traz certa insegurança jurídica, vez que não se exauriu todos os meios de convencimento do juiz e que o contraditório é limitado.

Nesse cenário cabe, portanto, ao magistrado a análise de cada caso concreto para verificar a existência dos pressupostos concessivos das tutelas de urgência, procurando, evitar qualquer tipo de prejuízo para partes, utilizando-se de seu poder de cautela como forma de assegurar uma ordem jurídica justa.

A constituição, além de garantir o acesso á justiça como anteriormente dito, também garante que esse acesso se dê em observância ao devido processo legal, e em virtude desse princípio se extraí que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, não bastando um resultado, mas sim o resultado que satisfaça a parte que teve o seu direito lesionado.

A temática das tutelas de urgências é tão relevante para o nosso sistema jurídico que o assunto teve análise e atenção especial dos juristas e legisladores no momento de redigir o Projeto do Novo Código Civil.

Por essa razão, se propôs uma mudança significativa tanto de conceito e nomenclatura quanto de pressupostos e procedimentos, em uma tentativa de criar um sistema mais eficaz e capaz de atender efetivamente as necessidades das partes e do judiciário nos dias atuais.

Dessa forma, o projeto de diploma legal, apresenta uma tendência ao tratamento unitário das medidas, dando uma ênfase maior a evidência da plausibilidade do direito. Ademais, chama-se a atenção à permissão, concedida em casos excepcionais ou expressamente autorizados em lei, para que o magistrado conceda de ofício as medidas de urgência.

Ademais, apresenta-se uma roupagem nova a antecipação de tutela, denominada no novo instrumento como tutela da evidência, que têm como pressuposto necessário a demonstração clara do direito da parte e está condicionada as hipóteses contidas nos incisos do artigo 278.

É difícil ainda prever quais serão os resultados práticos da aplicação do Novo Código. No entanto, é certo que o objetivo buscado é celeridade, efetividade e maior segurança jurídica as demandas judiciais. Contudo, é importante que os legisladores e aplicadores da lei não esqueçam que as medidas de urgência foram criadas para auxiliar a parte em situações extremas e excepcionais, em que o processo normal, sozinho, não garantiria provavelmente o provimento final da lide. Dessa forma, é

importante manter e aprimorar institutos que realizem de forma mais plenas os objetivos listados acima e aplicação prática do direito, como por exemplo, a fungibilidade das tutelas.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo**. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Processo Cautelar: ainda é útil?**: SaraivaJur – Doutrina – Direito Processual Civil, 2002. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em 22 set. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Regime jurídico das medidas de urgência**. 2008. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em 29 set. 2012.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão. **Comentários ao artigo “A tutela antecipada e as medidas cautelares do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil como instrumento de implementação de uma jurisdição efetiva: algumas considerações” de Ana Carolina Barbosa e Leopoldo Fontenel**. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8552-comentarios-ao-artigo-a-tutela-antecipada-e-as-medidas-cautelares-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-como-instrumento-de-implementacao-de-uma-jurisdiacao-efetiva-algumas-consideracoes-de-ana-carolina-barbosa-pereira-e-leopoldo-fontenel>>. Acesso em 06 out. 2012.

FERREIRA. Rodrigo Emiliano. **Tutela Antecipada – Linhas gerais e requisitos para sua concessão**. 2011. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/20599/tutela-antecipada-linhas-gerais-e-requisitos-para-sua-concessao/3>>. Acesso em 06 out. 2012.

GUTER, Murilo Sapia. **Teoria do Processo Cautelar – Características e Classificações Doutrinárias**. 2009. Disponível em : <<http://jus.com.br/revista/texto/14548/teoria-do-processo-cautelar-caracteristicas-e-classificacoes-doutrinarias>>. Acesso em 07 out. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 11^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Pedro Puttini. **Projeto do novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela da evidência**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22413/projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia/1>>. Acesso em 06 out. 2012.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 36^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 2^a Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. 1^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO UGOLINI, Juliana. **A fungibilidade das tutelas de urgência – O artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2649>. Acesso em 06 out. 2012.

SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. **O Anteprojeto do Novo Código Civil e as Tutelas de Urgência**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18476/expectativas-trazidas-pelo-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-para-o-tratamento-das-tutelas-de-urgencia/2>>. Acesso em 06 out. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol. II.** 41ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar.** 24º ed., São Paulo: Universitária de direito, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Vol.II.** 46º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil - processo cautelar e procedimentos especiais, V.3.** 9º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997.