

**PUC SP – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MARCATO / COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

GISELE TRINDADE RODRIGUES

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS
DE URGÊNCIA CAUTELARES E ANTECIPADAS**

**São Paulo, SP
2011**

**PUC SP – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MARCATO / COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

GISELE TRINDADE RODRIGUES

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS
DE URGÊNCIA CAUTELARES E ANTECIPADAS**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito PUC/SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Mestre Luís Eduardo Simardi Fernandes.

**São Paulo, SP
2011**

GISELE TRINDADE RODRIGUES

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS
DE URGÊNCIA CAUTELARES E ANTECIPADAS**

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

O meu coração engrandece mais uma vez ao **Grande Arquiteto do Universo**, que pelos insondáveis caminhos divinos tem me guiado. Nem sempre entendemos a sua vontade, mas crer que ELE está no comando e tem um plano para nossa vida faz a caminhada valer a pena.

Aos meus tão amados pais, **Maria Cecília Trindade Rodrigues e Daniel Manoel Rodrigues**, que me propiciaram uma vida digna onde eu pudesse crescer, acreditando primeiramente em Deus e que tudo é possível, desde que sejamos honestos, íntegros de caráter e tendo a convicção de que desistir nunca seja uma opção em nossas vidas; que sonhar e concretizar os sonhos só dependerão de nossa vontade. Amo vocês!;

A minha irmã Carol, por todos os momentos felizes que me propicia com a sua presença em minha vida;

Aos meus familiares, tios, tias, primos e primas pelo carinho, que é a fonte de energia que nos conduz em busca de nossos sonhos;

Ao meu amor, Rodrigo Guerrero, pelo companheirismo e incansável apoio aos meus ideais, objetivos e sonhos. Findou-se apenas mais uma etapa, mas os sonhos nunca se acabam. Vencerei outras tantas com você ao meu lado!

Ao meu professor e orientador Luís Eduardo Simardi Fernandes, o qual se mostrou solícito em todos os momentos deste trabalho.

A PUC-MARCATO e toda a equipe, pelo carinhoso trabalho, ajudando a centenas de alunos a concretizarem mais este objetivo. Obrigada!

“A grande luta do processualista moderno é contra o tempo”.

(José Roberto dos Santos Bedaque, 2009)

RESUMO

O presente trabalho trata da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência que foi introduzida no ordenamento jurídico pela lei 10.444/2002, acrescentando ao artigo 273 do Código de Processo Civil o §7º. Pontuou-se os conceitos e principais características das tutelas de urgência – cautelares e antecipadas –, de modo que para a concessão da tutela cautelar deve ficar caracterizado o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” das alegações. Por sua vez, a tutela antecipada requer pressupostos maiores para sua concessão, devendo apresentar cumulativamente “prova inequívoca” e convencimento da “verossimilhança das alegações”; alternativamente deverá apresentar os pressupostos de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” OU “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. Ambas as tutelas de urgência são medidas preventivas, contudo diferem quanto a natureza, sendo a tutela cautelar de natureza instrumental e a tutela antecipada de natureza satisfativa. A introdução do §7º possibilitou a fungibilidade entre as tutelas de urgência, contudo o legislador não expressou no texto normativo a possibilidade da chamada pela doutrina de “DUPLO SENTIDO VETORIAL” ou fungibilidade de “mão dupla”, razão pela qual são suscitadas as mais calorosas discussões doutrinárias.

Palavras-chave: Fungibilidade. Medida cautelar. Antecipação da tutela.

ABSTRACT

This work deals with the Fungibility among Emergency Guardianship which was introduced by law in the legal 10.444/2002, adding to Article 273 of the Code of Civil Procedure § 7. Scored the concepts and main features of the tutelage of urgency – and precautionary early - so that the granting of interim protection should be characterized “prima facie juris” and “periculum in arrears” of the allegations. In turn, the preliminary injunction requires major assumptions for your grant and must provide cumulatively “unequivocal proof” and convince the “likelihood the allegations” or alternatively will present the assumptions of “well-founded fear of irreparable damage or difficult to repair” or “abuse the right of defense or procrastinating avowed purpose of the defendant.” Both emergency guardianships are preventive measures, however, differ in nature, being the umbrella of instrumental injunction and preliminary injunction to satisfy nature. The introduction of § 7 possible fungibility between the tutelage of urgency, yet the legislature has not expressed in regulatory text the possibility of the call by the doctrine of “DOUBLE DIRECTION VECTOR” or fungibility “hand double”, which is why it raises the warmest doctrinal discussions.

Keywords: Commingling. Precautionary measure. Anticipation of relief.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A MOROSIDADE DA JUSTIÇA	11
3 TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
3.1 TUTELAS JURISDICIONAIS E ESPÉCIES DE PROCESSO.....	13
3.2 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA.....	15
3.3 TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
4 A TUTELA CAUTELAR	18
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	18
4.2 CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR	18
4.3 PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR.....	20
4.3.1 <i>Fumus Boni Iuris</i>	21
4.3.2 <i>Periculum in mora</i>.....	22
5 A TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	24
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	24
5.2 O ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	25
5.3 CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	26
5.4 PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA	27
5.5 PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS.....	30
5.5.1 Na Concessão de Tutela Antecipada.....	30
5.5.2 <i>Periculum in mora</i>.....	30
5.5.3 Atos Protelatórios e Abusivos da Parte	32
6 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA (ANTECIPATÓRIA E CAUTELAR NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO)	33
6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	33
6.2 FUNGIBILIDADE DO § 7º	34
6.2.1 Pressupostos da Fungibilidade	35

6.2.2 Fungibilidade: “Via de Mão Dupla”	36
7 JURISPRUDÊNCIAS	39
8 CONCLUSÕES.....	44
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

Os cientistas sociais se baseiam em centenas de fundamentos, contudo há um ponto comum em que todos estão de acordo: a sociedade sofreu um gradativo processo de transformação ao longo do tempo.

Desde os tempos mais remotos o homem percebeu que vivendo isolado não poderia atingir os seus objetivos. A partir daí, surgem os mais primitivos tipos de organização social que se conhece, em que os indivíduos viveram juntos para garantir a sobrevivência de todos.

Assim, desde o começo de sua história o homem passa por um processo de humanização e harmonização. Para atingir o que quer, o ser humano precisa do outro, de modo que, junto à sociedade, nascem também os conflitos sociais.

Daí então, o nascimento do consagrado brocardo jurídico *“Ubi societas ibi ius”*.

Não havendo um indivíduo ou um grupo social que fosse capaz de resguardar a coesão e a harmonia sociais, a sociedade entregou essa tarefa ao Estado, que passa a intervir nas relações sociais para que os direitos e deveres fossem iguais para todos – levando em consideração as diferenças de cada um –, criando também sanções para aqueles que rompessem a ordem social.

O Estado, então, proíbe a autotutela privada e assume o compromisso de tutelar efetivamente os diversos conflitos, que serão apreciados através do processo.

O processo, como instrumento de prestação jurisdicional, vem se modernizando gradativamente, criando e buscando normas de aperfeiçoamento, numa busca incessante da efetividade processual.

Na doutrina de Ovidio A. Baptista da Silva¹:

[...] a exigência de submeterem-se as pretensões daqueles que se digam titulares de algum direito eventualmente ameaçado ou já vulnerado por quem deveria cumprir, uma prévia averiguação de sua verdadeira existência e legitimidade, faz com que a relação originariamente existente ente o titular do direito e o titular do dever jurídico do ponto de vista, de origem a uma segunda relação, por meio do qual o titular do direito traz – impedido de realizá-lo por seus próprios meios – terá de exigir

¹ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1, p. 14.

(pretensão) do Estado seu auxílio (tutela) a fim de que este, através de uma instituição, especialmente criada para tal fim (o Poder Judiciário), uma vez determinada a legitimidade da existência de tutela jurídica daquele que se afirmara titular do direito, o torne efetivo e realizado, segundo a lei.

2 A MOROSIDADE DA JUSTIÇA

Dispõe o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Através deste inciso da Constituição Federal, consagrou-se o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²:

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Entretanto, apesar de o direito ao acesso à justiça ter tutela constitucional, o desenfreado desenvolvimento da sociedade não é acompanhado pelo Direito, de modo que faltam mecanismos para que o Estado execute efetivamente a justiça.

O mesmo dispositivo constitucional que garante a “[...] inafastabilidade do controle jurisdicional”, também garante em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Trata-se esse dispositivo de norma de eficácia plena e imediata, não necessitando de regulamentação para ser aplicada. No entanto, tal preceito encontra vários óbices que dificultam o cumprimento integral da norma.

Nas lições de Bedaque³:

A grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na medida em que cabe ao direito processual a sistematização do método estatal de solução de controvérsias, devem os estudiosos

² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15.

dessa ciência voltar sua atenção para a criação de meios aptos à obtenção do resultado desejado.

Bedaque⁴ ainda ensina:

Deve ainda o Estado-Administração conscientizar-se de que o processo não constitui mecanismos para protelar o cumprimento de suas obrigações. Não se ignora que o Poder Executivo é o maior causador de processos, muitas vezes defendendo teses absolutamente ilegítimas, nas quais insiste mesmo quando já rejeitadas reiteradas vezes em última instância.

Se apenas fossem os problemas estruturais, contudo o Judiciário enfrenta o ônus do tempo no processo, que demandam meses e até mesmo anos para que as lides se componham, de modo que não podem ser resolvidos instantaneamente.

Outrossim, o volume numérico de processos, reclamam por procedimentos mais céleres e um maior número de obreiros.

Entretanto, é necessário tempo. Tempo para reunir provas, tempo para uma cognição exauriente, tempo para que o magistrado possa formar uma convicção apta a levar uma sentença.

Desse modo, tendo o Estado assumido o compromisso de zelar pelos direitos do cidadão, cabe a ele entregar ao jurisdicionado a sua pretensão efetivamente tutelada, sob pena de uma prestação jurisdicional fracassada.

As tutelas de urgências, são exemplos de soluções que os processualistas vêm buscando diariamente nessa luta contra o tempo, busca essa cujo único objetivo é a satisfação do direito material tutelado.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), p. 16.

3 TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 TUTELAS JURISDICIONAIS E ESPÉCIES DE PROCESSO

Desde os primórdios da socialização da humanidade os conflitos de interesses já se mostraram presentes.

Para manter a paz social, houve a necessidade de se estabelecerem formas de solução dos conflitos.

Os mais antigos meios de composição dos interesses se deram pela autotutela e autocomposição. Entretanto, com o passar do tempo e evolução da sociedade, esses meios primitivos tornaram-se incapazes de manter a ordem social.

Surge então, a necessidade de se entregar a proteção dos direitos a um terceiro capaz de solucionar as questões de conflito.

Desse modo, o Estado trouxe para si a competência exclusiva para dirimir os conflitos de interesses oriundos da vida em sociedade, vedando a utilização da autotutela.

Ao proibir a autotutela, o Estado toma para si o dever de tutelar os litígios, os quais passaram a ser solucionados pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, mediante a utilização do processo.

Segundo Câmara⁵:

Tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem. Assim sendo, só tem direito à tutela jurisdicional (como, de resto, à tutela jurídica) aquele que seja titular de uma posição jurídica de vantagem.

Assim, a tutela jurisdicional é a proteção dada pelo Estado à pessoa que é possuidora de um direito.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1, p. 83.

José Roberto dos Santos Bedaque⁶ fortalece a lição:

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do Direito Processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado.

Logo, a tutela é a proteção que o Estado tem o dever de oferecer às partes do processo e, principalmente àquele que é legítimo detentor de um direito material.

Desse modo, é claro o direito que tem os litigantes a exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação. Outrossim, podemos afirmar que o autor além do direito à tutela jurisdicional pelo Estado, tem ainda o direito à ação adequada à tutela do direito.

Nas palavras de Marinoni⁷:

Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito – decorrente do próprio direito material -, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva)- garantido pelo art. 5º, XXXV da CF. Portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material.

O processo, enquanto meio de tutela jurisdicional do Estado, deve atender a um procedimento lógico, para que seja efetivo na busca pelo reconhecimento do direito material postulado.

A partir da teoria trinar, se consideram tutelas jurisdicionais as tutelas de conhecimento, de execução e cautelar.

A ação cognitiva, ou de conhecimento, é subdividida em: **declaratórias, constitutivas e condenatórias.**

Tanto as declaratórias, como as constitutivas visam um declarar a existência ou não de uma relação jurídica. Outrossim, tem a função de, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, encerrando assim, a lide em questão.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 84.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

A ação cognitiva condenatória necessita além da tutela de conhecimento, que o obrigado pela decisão condenatória cumpra com o determinado pelo órgão jurisdicional espontaneamente. De outro modo, será necessária a utilização da tutela de execução, que é o meio de coerção utilizado pelo poder judiciário no caso das tutelas de conhecimento condenatórias, para que suas decisões sejam cumpridas, quando isso não ocorrer de forma natural. Por fim, a tutela cautelar tem a finalidade de resguardar o direito que está sendo posto em discussão no processo de conhecimento ou de execução, para que o vencedor da demanda possa receber o bem da vida pleiteado.

3.2 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Para Marinoni⁸, a sentença é a técnica processual, estruturada pelo legislador, para prestar a devida tutela dos direitos.

Entretanto, devido às inúmeras necessidades que surgem ante à peculiaridade de cada direito substancial, são também necessárias as mais diversas tutelas para que o direito de seu titular seja efetivamente protegido.

A criação de formas diferenciadas de tutela jurisdicional é, portanto, decorrente da preocupação dos processualistas com a efetividade do sistema processual.

Explica Amorim⁹ que a tutela jurisdicional se divide em comum e diferenciada, sendo comum aquela que é prestada através de um procedimento ordinário e diferenciada a tutela prestada mediante um procedimento especial.

Nas palavras de Daniel Amorim¹⁰:

[...] nem sempre esse procedimento único é capaz de solucionar de forma eficaz todas as espécies de crises de direito material que são levadas ao Poder Judiciário por meio de processo. Costuma-se dizer, por analogia, que, se não é possível curar todas as doenças com um mesmo remédio, por certo não será um único procedimento capaz de proporcionar tutela jurisdicional de qualidade para todas as situações. Com essa percepção, surge a tutela diferenciada.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela.**

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

Assim, trata-se, de adaptar a prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado, coisa que o ordenamento processual pátrio, ao supervalorizar o sistema ordinário como procedimento a ser seguido na busca da realização dos direitos, não conseguiu.

Segundo Marinoni¹¹, a tutela jurisdicional diferenciada quer dizer, em um certo sentido, “[...] tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social”, ou seja, a partir do momento em que determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação de emergência, a única forma de tutela apta a satisfazer tal pretensão é aquela que pode fazê-lo com base em cognição sumária. Aponta Marinoni¹², ainda, para a necessidade de que as tutelas jurisdicionais sejam diferenciadas, diferenciação esta que se dá em atenção às peculiaridades da pretensão de cada direito material.

3.3 TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já mencionado no capítulo anterior, diante do dinamismo das relações jurídicas e da diversidade dos direitos tutelados, necessário se faz que a legislação processual civil coloque à disposição dos seus usuários instrumentos processuais que realmente sejam capazes de permitir a tutela dos direitos.

Entretanto, se os ditos direitos podem sofrer ameaças de lesão – e se essas ameaças deverão ser apreciadas pelo poder Judiciário (art. 5º XXXV, CF) – é imprescindível se falar em direito à tutela preventiva.

Nas brilhantes palavras de Marinoni¹³ um processo que somente pode culminar nas sentenças declaratória, constitutiva e condenatória não tem capacidade para impedir alguém de violar um direito.

Assim, mesmo que timidamente, o constituinte por meio do princípio da inafastabilidade, incluiu as tutelas de urgência no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, (inciso XXXV), o qual contém a locução “ameaça a direito”.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**, p. 26.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo as lições de Kazuo Watanabe¹⁴, do princípio da inafastabilidade têm sido extraídas as garantias do direito de ação e do processo. Ainda de acordo com seu entendimento, o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça.

Desse modo, são diversas as tutelas de urgência em nosso ordenamento jurídico: tutela cautelar, antecipatória, tutela inibitória, tutela reintegratória (de remoção do ilícito) etc. A tutela cautelar e a tutela antecipada, portanto, serão o objeto do presente estudo.

¹⁴ WATANABE, Kazuo apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela.**

4 A TUTELA CAUTELAR

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que se entenda melhor a atividade jurisdicional acautelatória, vislumbra-se a necessidade de traçar a distinção entre a tutela jurisdicional de cognição, a de execução e a cautelar.

Tanto a tutela jurisdicional de cognição quanto à de execução são tutelas jurisdicionais exaustivas, no que diferem da tutela cautelar, por ser esta instrumental.

Sobre o tema, faz jus colacionar a lição de Marinoni¹⁵:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência é satisfativa sumária. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois nada tem a ver com a tutela cautelar.

4.2 CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR

Brilhantemente pontua Athos Gusmão Carneiro¹⁶: “[...] a própria palavra processo (de ‘procedere’= seguir avante) traz ínsita que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual”.

O processo, por ser um procedimento sistemático para a obtenção da tutela a um direito é freqüentemente demorado. O decurso do tempo pode resultar na perda da utilidade do processo, trazendo para o titular da pretensão prejuízos irreparáveis, além de uma sentença inútil.

Dessa forma, foi necessário criar meios para que houvesse maior efetividade na tutela dos direitos.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**, p. 107.

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007. v. 2, p. 514.

Criou-se, assim, a tutela cautelar que é espécie do gênero tutela de urgência (cautelar e antecipatória), por isso, não se confunde com a antecipação da tutela.

Conforme célebre pensamento de Pontes de Miranda¹⁷, a tutela antecipada efetiva/satisfaz para assegurar, já a tutela cautelar assegura para efetivar/satisfazer.

No conceito de Vicente Greco Filho¹⁸:

“A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares.”

Nas palavras de Fredie Didier Júnior¹⁹:

“A medida cautelar é a decisão provisória (urgente, sumária, temporária e precária) que não satisfaz, mas sim, garante a futura satisfação do direito material deduzido. Não é satisfativa.”

A tutela cautelar é provisória devido a duas razões: sua temporariedade – tem finalidade assecuratória e busca resguardar e proteger uma pretensão – e sua precariedade – por se tratar de provimento emergencial, poderá ser revogada a qualquer tempo (Artigo 807 do CPC).

Com brilhantismo assevera Cintra²⁰:

“A garantia cautelar surge, como posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita.”

Sobre esse assunto colaciona-se o julgado:

Embora a defeituosa redação do art. 808, III, do CPC, sugira a idéia de que, com a prolação da sentença na ação principal cessa a eficácia da medida cautelar, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 807 do mesmo diploma, segundo o qual a cautelar conserva sua eficácia na pendência do processo principal.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**.

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 152.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 515.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de A. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 318.

Assim, somente perde o objeto a cautelar após o trânsito em julgado da ação principal.²¹

Outrossim, as medidas cautelares são classificadas em típicas ou atípicas (nominadas ou inominadas). As nominadas são expressamente previstas no Código de Processo Civil (CPC), ao contrário das inominadas, que podem ser criadas no uso do poder geral de cautela do juiz. Ademais, podem ser incidentes (no curso do processo principal) ou preparatórias (antes do processo principal), pois dependem do processo principal.

São, outrossim, **provisórias** (produzem efeitos por tempo limitado), **instrumentais** (garantem a efetividade do processo principal), **revogáveis** (se não subsistirem os requisitos específicos) e **autônomas** (o seu indeferimento não obsta a propositura da ação principal).

Brilhantemente leciona Araken de Assis²²

[...] a ação cautelar verdadeira supõe, tal espécie de provisoriedade, jamais a satisfação. Verificada esta última, embora representante instrumento valioso para compor certos litígios, a medida refoge ao âmbito do processo cautelar. Múltiplas são as repercussões práticas desta valiosa distinção. Até a inafastável discricção do juiz na concessão da liminar se ostentará diferente. Ela deverá ser mais prudente e rigorosa quando, face o caráter satisfativo dos atos subseqüentes e a cognição sumária superficial e encurtada neste momento, o patrimônio de quem irá suportar a força do pronunciamento padecerá, talvez, de dano irreparável uma vez apurada a falta de razão de quem a requer.

4.3 PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR

Como toda ação, a medida cautelar deverá preencher todos os requisitos das condições da ação, que são: a legitimidade das partes, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Além desses pressupostos, para se alcançar a procedência da cautelar, é necessário que haja a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

²¹ STJ – 2ª Turma, REsp 320.681-DF, rel. Min. Eliana Calmon apud NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira Gouvêa. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

²² ASSIS, Araken de. **Manuel de processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 291.

A respeito dos requisitos para se obter a tutela cautelar, Humberto Theodoro Jr.²³ leciona:

- I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;
- II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

Ainda, na lição de Vicente Greco Filho²⁴,

[...] além das condições gerais de admissibilidade da ação cautelar, que são as condições gerais da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes), o procedimento cautelar tem como pressupostos de procedência o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

4.3.1 *Fumus Boni Iuris*

O *fumus boni iuris* consiste na probabilidade ou possibilidade de existência do direito amparado da pretensão principal invocado pelo requerente da medida.

É a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito invocado. Na ação cautelar, como já ressaltado, a cognição é sumária, superficial, de modo, que o juiz não se pronunciará, em termos de certeza, sobre a existência ou não do direito alegado, tendo em vista o caráter urgente da medida.

Esse caráter impede uma apreciação aprofundada da relação jurídica *sub judice*, uma cognição plena de provas, pois para que assim fosse, haveria a necessidade de instrução e ampla defesa, o que se torna incompatível com a finalidade da medida.

Outrossim, o preenchimento desse requisito para a concessão da medida de urgência não constitui um prognóstico daquilo que vai ser decidido no processo principal, de modo que o desfecho da cautelar não vincula a decisão definitiva.

²³ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 512.

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, p. 153.

Nas brilhantes palavras de Humberto Theodoro Júnior²⁵:

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*.

Dessa lição verifica-se que os elementos probabilidade do direito invocado e a natureza emergencial da medida, impõe a apreciação superficial dos fatos. São esses elementos que caracterizam o requisito comentado.

4.3.2 *Periculum in mora*

O *periculum in mora* ou o perigo da demora é a probabilidade de haver dano para uma das partes até o julgamento final da futura ou atual ação principal.

É o fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela.²⁶

Entretanto, esse requisito deve ser acrescido de dano de difícil reparação ou irreparável ao direito da parte. Desse modo, não é suficiente para a concessão da medida cautelar apenas o requisito da demora. Há de estar presente o perigo de dano o qual tornará inútil a provimento jurisdicional principal.

Assim, se faz oportuno o entendimento dos Tribunais:

“A configuração do *periculum in mora* resulta da comprovada probabilidade do dano, e não de mera conjectura.”²⁷

Ainda, das lições de Humberto Theodoro Júnior²⁸:

A irreparabilidade ou problemática reparabilidade pode ser aferida tanto do ponto de vista objetivo, como do subjetivo. No primeiro caso, é de considerar-se irreparável, ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a

²⁵ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 513.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ STJ, 3ª T., MC 11.074-Ag.Rg, Min. Castro Filho.

²⁸ THEODORO JR., Humberto. *Op. cit.*, p. 514.

reparação específica, nem a do respectivo equivalente (indenização). Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la.

Desse modo, diante da situação de perigo, seja a que coloca risco à efetividade do processo ou a que poderá lesionar o direito material da parte, o que deve prevalecer é a tomada de medida que proteja o direito da parte interessada.

5 A TUTELA ANTECIPATÓRIA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A tutela antecipatória foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 (hoje com a redação alterada pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002), a qual alterou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil.

De acordo com a lição de Marinoni²⁹:

[...] a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo.

Mais uma vez, o processualista na luta incessante contra o tempo, dentre as muitas inovações implantadas no ordenamento processual brasileiro, destaca a antecipação dos efeitos da tutela. Assim, uma vez preenchidos os requisitos, pode o juiz antecipar, total ou parcialmente, no início da ação, os efeitos do pedido (ou tutela ou proteção) pretendido pelo autor. Haverá uma duplicidade de decisão no processo: a antecipada e provisória e, ao final, a definitiva.

Daí se extrai o entendimento de que a principal diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar está em como essas tutelas afastam o *periculum in mora*.

Na doutrina de Marcus Vinícius Rios Gonçalves³⁰: “Na primeira, já realizando antecipadamente a pretensão daquele que se alega titular de um direito; na segunda, determinando medidas de proteção e resguardo que garantam a eficácia do futuro provimento”.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**, p. 41.

³⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Processo civil: processo de execução e cautelar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 12, p. 99.

5.2 O ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O artigo 273, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 8.952/94, passou a ostentar nova redação, no qual foi introduzido a magnífica inovação: a possibilidade do julgador antecipar, provisoriamente e diante dos requisitos de “prova inequívoca” e o convencimento do órgão judicial quanto à “verossimilhança da alegação”, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

Além dos requisitos já apresentados são necessários outros pressupostos positivos da tutela antecipatória, quais sejam: o “[...] fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” – previsto no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil – e “[...] o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” – disposto no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil

Outrossim, o artigo 273, §2º do CPC, ainda traz o requisito negativo da tutela antecipatória, tratando da possibilidade de “[...] perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.³¹

O novo conceito foi introduzido na sistemática processual, de forma a acelerar o processo e sobretudo de limitar, tanto quanto possível, o uso, por parte do réu, da dinâmica normalmente arrastada do processo para prolongar por largo tempo a efetiva prestação jurisdicional.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela não se confunde de forma alguma com o processo cautelar elencado nos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Esse, como ressalta com peculiar brilhantismo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery³², tem como precípua objetivo assegurar o resultado prático do processo principal. Ou seja, é medida autônoma, provisória e pode ser deferida, além daquelas formas especiais capituladas no CPC, de infinitas outras maneiras, sob o leque das cautelares inominadas, sempre com vistas a garantir a eficácia da sentença, quando esta seja proferida.

A tutela antecipatória tem caráter temporário e provisório, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (artigo 273, §4º do Código de

³¹ §2º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

³² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Processo Civil). Segundo o que dispõe o artigo 273, §5º do CPC, sendo concedida ou não a antecipação da tutela, o processo seguirá até o efetivo julgamento.

Quanto à execução dos efeitos da tutela antecipatória observar-se-á, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, do Código de Processo Civil.³³

Já o §6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, traz delineado em seu dispositivo que a tutela antecipada poderá ser concedida quando, havendo cumulação de pedidos, um deles ou mais mostrar-se incontrovertidos.

No tocante ao §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil a norma legal dispõe que “[...] se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

5.3 CONCEITO E NATUREZA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴, conceituam a Tutela Antecipada:

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

Na lição de Fredie Didier Jr.³⁵, “Antecipar os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura sentença favorável”.

A principal finalidade da antecipação dos efeitos da tutela é atribuir maior efetividade à função jurisdicional. Desse modo, os pressupostos para sua concessão delineados no artigo

³³ Artigo 273, §3º do Código de Processo Civil.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 523.

³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 531.

273, do CPC, só serão totalmente preenchidos quando a antecipação atingir com êxito a sua finalidade.

Seguindo ainda o entendimento de Marinoni³⁶:

A tutela antecipatória produz efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipada permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Essas conseqüências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.

Entretanto, da mesma forma que os efeitos da tutela são antecipados, alerta Ovídio Baptista³⁷ “**A tutela antecipada tem como limite o pedido**, vale dizer, não se pode conceder, a título de tutela antecipada, mais do que o autor obteria se vencedor na totalidade da pretensão que deduziu em juízo [...] está, portanto, vinculada ao pedido e dele é dependente.” (grifo nosso).

Ademais, a tutela antecipatória pode ser concedida no momento do processo, tanto *in limine* ou no decorrer do procedimento, bastando preencher os pressupostos para concessão. De qualquer modo, configura decisão interlocutória que será impugnável através de agravo de instrumento. (artigo 522, CPC).

A natureza da medida antecipatória é de tutela satisfativa, tendo em vista que satisfaz a pretensão do titular de um direito. Não se nega, contudo, que essa antecipação tem caráter preventivo, pois poderá ser revogado a qualquer tempo após a sua concessão.

5.4 PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Ensina-nos Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery³⁸, que a expressão “poderá” presente no dispositivo legal artigo 273 *caput* do CPC, em um primeiro momento

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 532.

³⁷ BAPTISTA, Ovídio apud NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 523.

³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit., p. 525.

nos reporta a uma certa faculdade e discricionariedade do juiz, porém “[...] na verdade conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente. Para isso tem o juiz o livre convencimento motivado (art. 131 do CPC)”.

Desse modo, entendemos que não se trata de simples faculdade ou mero poder discricionário do juiz e sim de um direito subjetivo processual que, dentre os outros requisitos rigidamente exigidos pela lei, o titular da pretensão deduzida em juízo tem o direito de exigir da Justiça a sua parcela de tutela jurisdicional a que se obrigou.

Para qualquer espécie de tutela antecipada os pressupostos para sua concessão são: **a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações.**

Tratando-se a antecipação de tutela de medida satisfativa tomada antes de ocorrer a instrução e julgamento da causa, a lei condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) requisito esse das medidas cautelares, exige a lei que a tutela antecipada esteja fundada em prova inequívoca.

Outrossim, há de se ter uma prova preexistente, não há de ser inequívoca no sentido de que se leve a uma verdade absoluta, pois isso somente seria possível com uma cognição exauriente, mas deve haver uma prova clara e evidente, apta a convencer o magistrado do direito pretendido.

Nas palavras de Carlos Augusto de Assis³⁹, “Prova inequívoca é pura e simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção (provisória)”.

Fredie Didier⁴⁰ nos ensina que “[...] partindo do pressuposto de que prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos interligados, mas com significados distintos”. Deve se ter a noção de que a palavra **prova** não significa mais do que **meio de prova** de modo que não pode se medir a palavra como grau de convencimento. Outrossim, a verossimilhança deve ser entendida como juízo de probabilidade.

³⁹ ASSIS, Carlos Augusto de apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 539.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 539.

Desse modo “[...] prova inequívoca, só pode ser entendida como aquela que não é equívoca, e que serve como fundamento para a convicção quanto à probabilidade das alegações”.⁴¹

Carreira Alvim⁴² define este requisito como:

[...] se inequívoco traduz aquilo que não é equívoco, ou que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, reveste, pois, toda ela, qualquer que seja a sua natureza (*júris tantum* ou *iuris et de iure*), deve passar pelo crivo do julgador.

É difícil conceber a prova inequívoca, tendo em vista que todas elas admitem prova em contrário. A prova de que até então era inequívoca passa a não ter valor nenhum. Por esse motivo, concorda-se com Carreira Alvim⁴³ quando ele diz que a inequivocabilidade deve se reportar a um fato. Como menciona, com sabedoria: “[...] poder-se-ia dizer que essa qualidade – ser inequívoca – não deveria recair sobre a prova, mas sobre o fato, uma vez que aquela não é senão o meio de revelá-lo”.

Diante do exposto, decorre da lógica sofista que, ao admitir a prova inequívoca e, esta somente ter utilidade tendo em vista a existência de um fato, mister concluir que se a prova inequívoca comprova a existência de um fato, este também será inequívoco. Sendo o fato inequívoco, também não resta dúvida quanto à veracidade das alegações feitas. Imperioso será, portanto, reconhecer a concatenação lógica da sequência.

Consoante esclarecido anteriormente, mesmo a prova inequívoca admite prova em contrário, sendo temerário o julgamento de mérito. Contrário a este entendimento está eminente jurista nordestino, prof. Calmon de Passos⁴⁴:

“[...] havendo prova inequívoca, autorizadora da antecipação, há necessariamente possibilidade de exame de mérito [...] se ainda há provas a produzir e se são elas relevantes e pertinentes, inexistente prova autorizadora da antecipação.”

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 539.

⁴² ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 68.

⁴³ Ibidem, p. 74.

⁴⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. Da Antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 125.

Para o louvável jurista, prova inequívoca é aquela incontestável, com presunção de veracidade, *iuris et de iuris*, sem possibilidade de prova em contrário. Se necessária à produção de prova no curso do processo, não há como ser deferida a antecipação da tutela.

5.5 PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS

5.5.1 Na Concessão de Tutela Antecipada

Além dos pressupostos cumulativos já mencionados, o artigo 273 do CPC condiciona a concessão da tutela antecipada a outros dois requisitos, a serem observados de forma alternativa. O primeiro deles é o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (I) e o segundo é a “caracterizado abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (II).

Segundo lição de Fredie Didier⁴⁵

[...] deve o magistrado verificar o preenchimento de ao menos um dos seguintes pressupostos: I) receio de dano irreparável trata-se ou de difícil reparação, quando se estará diante da antecipação assecuratória, ou II) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, quando se estará diante de antecipação punitiva.

5.5.2 *Periculum in mora*

Na hipótese do inciso I do artigo 273 do CPC, a injustiça que se visa a obstar decorre da inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional. No inciso seguinte, a injustiça está na demora em coibir o flagrante atentado ao direito subjetivo da parte que tem razão, cometido por quem se utiliza da resistência processual apenas por abuso da defesa.

Desse modo, entende-se que a tutela antecipada somente poderá ser deferida se a demora do processo puder causar dano irreversível ou de difícil reversibilidade.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 545-546.

O que ocorre, explica Marinoni⁴⁶ “[...] que o receio que justifica a tutela antecipada nem sempre se refere a um dano irreparável ou de difícil reparação como previsto na letra fria do artigo 273, CPC”.

Desse modo, entende-se que o *periculum in mora* descrito no dispositivo legal, deverá ser invocado com base em dados concretos que ultrapassem o simples temor subjetivo da parte, deixando de lado a mera inconveniência da demora presente no nosso sistema processual.

Ressaltam com maestria Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁴⁷ que o dispositivo legal impõe óbice quanto à antecipação dos efeitos da tutela quando o provimento for irreversível. No entanto, afirmam os autores que “[...] **o provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que podem ser irreversíveis são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida**”. (grifo nosso).

Outrossim, afirmam ainda os mesmos autores que “[...] **a irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida**”.⁴⁸ (grifo nosso).

Neste ensejo, se manifesta Marinoni⁴⁹ sobre a concessão de tutela antecipatória nos casos de colisão de direitos fundamentais, aduzindo que sempre que houver perigo de dano irreversível ou de difícil reversibilidade, deverá o juiz, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, sopesar o valor jurídico dos direitos envolvidos no litígio, agindo com cautela para decidir se antecipa os efeitos da tutela jurisdicional.

Outrossim, ocorrendo a antecipação dos efeitos da tutela e se as conseqüências da medida ao longo da demanda se demonstrarem irreversíveis diante da não confirmação da tutela ao final julgamento, resta indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**, p. 547.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 529.

⁴⁸ Ibidem, mesma página.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**.

5.5.3 Atos Protelatórios e Abusivos da Parte

O inciso II do artigo 273 do CPC, também requisito alternativo à concessão da tutela antecipatória é o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Nesta hipótese, assim como ocorre no inciso I, havendo verossimilhança do direito do autor, ante a prova de que o réu abusa do seu direito de defesa ou age com intento protelatório, poderá o juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor.

É imprescindível que o juiz no exercício da prestação jurisdicional esteja sempre atento à finalidade da norma. Nas palavras de Didier Jr.⁵⁰

[...] garantir o prosseguimento do feito de forma célere, sem embaraços ardilosos. Assim só se deve enquadrar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprometimento da lisura e da celeridade do processo.

“O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória.”⁵¹

Assim, é certo que a intenção do legislador foi a de punir a parte, que, valendo-se de práticas protelatórias ou abusivas, venha a procrastinar o andamento do feito, retardando que o seu oponente alcance o que lhe é de direito processualmente.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 548.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., mesma página.

6 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA (ANTECIPATÓRIA E CAUTELAR NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO)

6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Federal n. 10.444/2002, que alterou o Código de Processo Civil, acrescentou o §7º ao artigo 273, trazendo para o direito processual brasileiro a possibilidade de **fungibilidade da tutela cautelar e de tutela antecipada**.

Art. 273. [...]

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

Conforme apontamos em capítulos anteriores as medidas cautelares e antecipatórias são espécies das tutelas de urgência que divergem quanto a sua natureza, sendo as medidas cautelares de natureza instrumental, enquanto as antecipatórias possuem natureza satisfativa.

Watanabe⁵² leciona:

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá pelo adiantamento dos efeitos, no todo em parte, do provimento postulado. Já na 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.

Apesar de diferirem quanto à natureza, possuem a mesma finalidade: são mecanismos processuais que visam abrandar os males do tempo.

As divergências entre essas medidas foram largamente discutidas e atualmente pacificadas quanto à sua distinção, de modo que uma interpretação tendente a tratá-las como únicas seria errônea. No dizer de Marinoni⁵³, “[...] o § 7º ao aceitar a possibilidade de confusão entre as cautelares e antecipadas frisa a diferença entre ambas. Isto, porque somente coisas distintas podem ser confundidas”.

⁵² WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 38.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**, p. 131.

Segundo entendimento do ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco⁵⁴, o legislador no §7º, admitiu a fungibilidade de pedidos, no sentido de que nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.

Desse modo, havendo requerimento de tutela cautelar no bojo processo de conhecimento, correta será o deferimento da tutela antecipada, ainda que tenha havido essa confusão nominativa como sendo tutela cautelar.

Com brilhantismo assevera Humberto Theodoro Júnior⁵⁵:

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo, seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

Na realidade, a leitura desse dispositivo, nos traz a idéia de uma forte tendência legislativa em conceder um tratamento unitário das medidas processuais, tratando de timidamente ir eliminando a idéia de exigências únicas para cada função jurisdicional e deixando de lado o rigor do formalismo jurídico, em proveito da efetividade e instrumentalidade do processo.

6.2 FUNGIBILIDADE DO § 7º

Não há quem discorde que a maior problemática daquele que leva a juízo uma pretensão para apreciação do Judiciário, é suportar a morosidade dos procedimentos processuais. Deste modo não haverá argumento lógico que impossibilite a fungibilidade autorizada no § 7º do artigo 273 do CPC.

Apesar das medidas cautelares e antecipadas se tratarem de institutos diversos, não há como negar que a linha que as diferenciam é tênue e que não raras vezes tem gerado grandes

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.**

⁵⁵ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 673.

dificuldades ao operário do direito, que fica entre o rigor das técnicas processuais e o iminente dano irreparável.

Insistir nessa distinção seria apenas um excessivo rigor tecnicista que não excluirá as problemáticas do sistema processual, mas somente aumentará os riscos de danos.

Oportunamente a lição:

[...] para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.⁵⁶

6.2.1 Pressupostos da Fungibilidade

Fredie Didier⁵⁷ assevera acerca dos requisitos da fungibilidade de que serão os mesmos exigidos para a concessão de medida cautelar, uma vez que utilizou o legislador a expressão “[...] quando presentes os respectivos pressupostos”.

Outrossim, além dos requisitos “*fumus boni iuris e periculum in mora*” um outro requisito é indispensável, qual seja **dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza**.

Para Marinoni⁵⁸ a fungibilidade somente será aplicável em hipóteses extremas, nas quais houverem fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente. De modo que ficarão excluídos os erros grosseiros.

Apesar desse último pressuposto não estar expresso na lei, há autores que defendem a não concessão da cautelar típica em sede de processo de conhecimento.

Joaquim Felipe Spadoni⁵⁹, mesmo reconhecendo que não há na lei previsão expressa do requisito da “fundada dúvida quanto à natureza”, assevera que “[...] a demonstração dos requisitos se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados”.

⁵⁶ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 673.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 522.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**.

⁵⁹ SPADONI, Joaquim Felipe apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 523.

Deste pensamento não compartilha o ilustre Luiz Gustavo Tardin⁶⁰, que ressalva:

Em primeiro lugar, o pressuposto não consta do texto normativo, não sendo lícito criá-lo, por analogia ao sistema da fungibilidade dos recursos, sem uma razão séria a justificar a adequação. Em segundo lugar, a tendência de transformação de um mesmo processo em ambiente propício para a concessão de qualquer modalidade de tutela jurisdicional, ao lado de ser providência reclamada pela doutrina, parece hoje realidade normativa incontestável, sendo, pois, um dado a ser levado em consideração, que revela o ânimo da reforma: facilitar a concessão de providências urgentes. Em terceiro lugar, exigir esse pressuposto é criar mais um problema a ser solucionado pela jurisprudência: “o que é dúvida razoável?” A concessão da tutela provisória terá mais um obstáculo a superar e a reforma, que veio para eliminar discussões teóricas, terá criado mais uma... Em quarto lugar, a interpretação revela um excesso de formalismo, dificultando a “fungibilidade”, técnica de aproveitamento que está em total consonância com o sistema de invalidades processuais (art. 243-250 do CPC), sobretudo após levar-se em conta que, nestes casos, o juiz estará diante de uma situação de urgência.

Com efeito, o que dispõe o §7º há de ser interpretado cautelosamente, na medida em que o objeto da inovação legislativa é o de aproveitar o pedido manejado equivocadamente pela parte, evitando seu indeferimento de plano, preservando -se, com isso, a segurança do direito litigioso.

6.2.2 Fungibilidade: “Via de Mão Dupla”

Embora a própria leitura do § 7º do artigo 273 dirija ao pensamento de que somente é permitida a fungibilidade regressiva, ou seja, apreciar um pedido de tutela antecipada como cautelar, a boa doutrina e a jurisprudência já vem entendendo a possibilidade também de se admitir o contrário, a saber a, fungibilidade progressiva.

Não segue a mesma linha de raciocínio Humberto Theodoro⁶¹ ao afirmar

O que não se pode tolerar é a manobra diversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

⁶⁰ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: RT, 2006, p. 174.

⁶¹ THEODORO JR., Humberto apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 525.

Cândido Rangel Dinamarco⁶² ministra que a fungibilidade se dá em duas mãos de direção, ou seja, tanto a medida cautelar poderá ser transformada em tutela antecipada, quanto esta poderá ser convertida em cautelar se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Ainda, salienta “[...] não há fungibilidade em uma só mão de direção”.

Joaquim Felipe Spadoni⁶³ vai mais além, ao defender além da fungibilidade progressiva, a possibilidade de aplicação, no caso concreto, do quando disposto no artigo 295, V, do Código Adjetivo Civil, ou seja, verificando a possibilidade de concessão da tutela antecipada em troca da cautelar, converte-se o procedimento para o rito comum, intimando-se o autor para que emende a peça vestibular:

Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu.⁶⁴

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁶⁵ fortalecem o pensamento com o comentário:

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

Segue a mesma linha de raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 525.

⁶³ SPADONI, Joaquim Felipe apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, p. 527.

⁶⁴ Ibidem, mesma página.

⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 531.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel apud DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 316.

está autorizado, isto é, também quando feito um pedido a título de medida cautelar o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.

Ainda, segundo Didier⁶⁷:

A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental.

Reforça o entendimento Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁶⁸ ao afirmarem que

[...] muitas medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira “dúvida objetiva” – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade.

Tendo em vista o grande avanço da sistemática processual não se pode negar que a fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipadas se operam nos dois sentido, do contrário, o magistrado (pacificador social que é), estaria renegando a sua função precípua, bem como os fundamentos intrínsecos da tutela jurisdicional e, em última análise, o próprio direito da parte, em prol de um exacerbado formalismo.

Finaliza com a ilustre citação de Bedaque⁶⁹ “[...] questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 528.

⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. v. 3, p. 38.

⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**, p. 306.

7 JURISPRUDÊNCIAS

No que concerne ao tema da fungibilidade, cabe transcrever jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que se posiciona favoravelmente à fungibilidade em via de mão dupla, não obstante haver somente disposição expressa quanto à fungibilidade regressiva.

VOTO Nº 15909

AGRAVO Nº 626.060.4/2 - São Paulo

AGRAVANTE Carlindo Lino Viana Filho

AGRAVADA Selma de Almeida

RELATOR Luiz Antônio de Godoy

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – Deferimento – Providência de natureza cautelar – Admissibilidade – Art. 273, § T, do Código de Processo Civil - Litigância de má-fé não caracterizada – Agravo desprovido.

Trata-se de agravo tirado de autos de ação de cobrança ajuizada por Selma de Almeida contra Carlindo Lino Viana Filho, não se conformando este com a decisão reproduzida a fls. 9 em Que o Juiz de Direito determinou que empresa adquirente de imóveis alegadamente comuns aos litigantes fizesse o depósito em juízo de parcela do valor devido. Segundo o agravante, não seria caso de antecipação da tutela, certo ter a providência caráter cautelar, ausentes os requisitos a justificar a medida. Afirmou que o numerário em questão seria destinado ao cumprimento de obrigações tributárias e ao incremento de atividade comercial, não sendo líquida e certa a dívida relativamente à agravada. Foi indeferido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Manifestou-se a agravada, sustentando litigar o agravante de má-fé, certo ter formulado “pedido de antecipação da tutela idêntico ao pleiteado pela petionária, inclusive na sua redação” (fls. 67) em sua reconvenção. Prestou informações o Juiz de Direito.

É o relatório.

A doutrina de Cândido Rangel Dinamarco mostra não ser despropositada a decisão agravada, como quer fazer crer o recorrente: “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 o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos” (A reforma da reforma, São Paulo, Malheiros, 5a edição, 2003, pág. 92). Mais adiante, anota o processualista que, “Bem pensado, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito” (obra citada, pág. 93). Falando, ainda, do “duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes” (obra citada, pág. 94), observa que, “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 cautela 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” (obra citada, pág. 94).

Com extrema praticidade a questão foi analisada sob o ângulo diverso pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “TUTELA ANTECIPADA – DEFERIMENTO COMO MEDIDA CAUTELAR – REQUISITOS ENSEJADORES DESTA – PREENCHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DE MEDIDA

– ADMISSIBILIDADE – CONVALIDAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO PELA LEI 10444/2002 QUE INTRODUZIU O § 7º AO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Mesmo antes das alterações que a Lei nº 10444/2002 imprimiu ao artigo 273 do Código de Processo Civil, nada impedia que o pedido de tutela antecipada que tivesse, na verdade, natureza cautelar fosse atendido, tendo em vista que se podado magistrado conceder o “mais”, que era a antecipação do que a própria sentença de mérito poderia vir a conceder, não havia por que impedir que o “menos” - providência assecuratória - também seja, especialmente tendo-se em vista que esta é pressuposto para a exequibilidade do possível e favorável desfecho da lide” (Agravado de Instrumento nº 757.113-00/0 - T Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Rei. Juiz Miguel Cucinelli, em 15/10/02).

É significativa a alegação da agravada de ter o agravante formulado, em reconvenção, pedido semelhante em seu próprio favor. Se assim é, não pode ser considerado infundado o pleito formulado pela recorrida, justificando-se a providência como medida de cautela para assegurar o bom desfecho da demanda.

Não há de falar-se de litigância de má-fé. Inexistem elementos para que se diga, ao menos por ora, verificado algum dano processual. Observa-se, aqui, a melhor orientação jurisprudencial, segundo a qual, “«a litigância temerária, a má-fé não se presume, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação consignada na lei visa a compensar” (REsp. nº 76.234 - RS, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rei. Min. Demócrito Reinaldo, em 24/4/97, DJU de 30/6/97, pág. 30890). Também já foi decidido que “a conduta temerária em incidente ou ato processual, a par do elemento subjetivo, verificado no dolo e na culpa grave, pressupõe elemento objetivo, consubstanciado no prejuízo causado à parte adversa” (REsp. nº 21.549 - SP, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rei. Min. Humberto Gomes de Barros, em 6/10/93, DJU de 8/11/93, pág. 23520). Repita-se: inócenas, na espécie, a conduta viciosa e o dano processual, não há motivo para falar-se de litigância de má-fé.

Nega-se provimento ao recurso.⁷⁰

Outrossim, quanto ao pressuposto para a concessão da fungibilidade prevista no §7º do artigo 273 do CPC, há o entendimento de alguns autores e também da jurisprudência, de que além dos requisitos de *fumus boni iuris e periculum in mora* é necessário que **haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza**. De modo que havendo erro grosseiro, a aplicação do dispositivo será inviável. Nesta esteira, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VOTO N.º 16.027

Comarca: SANTO ANDRÉ-1ª VARA CÍVEL

Agravante: HERCULANO FRANCO NETTO

Agravado(s): TOKIO MARINE SEGURADORA S/A E OUTRO

Relator: Gomes Varjão

A decisão que exclui do processo a seguradora litisdenunciada, determinando o prosseguimento do feito somente em relação ao denunciante, é interlocutória, razão pela qual o recurso contra ela cabível é o de agravo de instrumento. Erro grosseiro configurado na espécie. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade dos recursos.

⁷⁰ SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo nº 626.060.4/2. Relator Luiz Antônio de Godoy. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

A simples declaração de pobreza, desacompanhada de qualquer outra prova que revele a situação econômica da requerente, não autoriza, por si só, a concessão da assistência judiciária gratuita.

Recurso improvido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação regressiva decorrente de contrato de seguro, deixou de receber o recurso de apelação interposto contra decisão interlocutória que extinguiu o processo em relação à litisdenunciada (fls. 20).

Afirma o agravante que o apego excessivo à forma não pode impedir ou dificultar o acesso à justiça e à ampla defesa. Assevera que o C.P.C., em seu art. 244, adotou o princípio da instrumentalidade das formas, dispondo que o ato somente será declarado nulo e sem efeito se, além de desrespeitar a forma prevista em lei, não tiver alcançado a sua finalidade. Sustenta que o princípio da fungibilidade está intimamente ligado ao da instrumentalidade das formas e ao da economia processual. Alega que a existência de dúvida objetiva é o único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade. Afirma que o modo pelo qual a decisão é redigida pode induzir o operador do direito à interposição equivocada do recurso. Aduz que o magistrado a quo deu verdadeiro tratamento de sentença à decisão recorrida, a qual foi, inclusive, registrada. Acrescenta que o cartório expediu certidão em que consta o valor de preparo para a interposição do recurso de apelação e não de agravo de instrumento. Assevera que tal situação gerou dúvida razoável a respeito de qual recurso cabível. Alega que a aplicação do princípio da fungibilidade se dá mesmo na hipótese de o prazo do recurso correto não ser observado. Roga pela concessão dos benefícios da justiça gratuita. Por isso, requer a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e a reforma da r. decisão.

Recebido o recurso no efeito devolutivo, foi apresentada contraminuta apenas pela co-agravada Sul América Companhia Nacional de Seguros (fls. 104/105)

É o relatório.

Trata-se de ação de regresso ajuizada pela coagravada Tóquio Marine Seguradora em face do agravante. Citado, este denunciou a lide à co- recorrida Sul América Companhia Nacional de Seguros, sustentando que com ela havia celebrado contrato de seguro. Deferida o pedido, a seguradora aduziu, em sede de preliminar, sua ilegitimidade para figurar como denunciada, uma vez que não celebrou contrato com o recorrente, mas sim com a empresa Móveis Doce Lar Ltda., a qual não faz parte da demanda. Acolhida a preliminar, o magistrado de primeiro grau extinguiu a ação em relação à referida seguradora, nos termos do artigo 267, VI, do C.P.C.

Irresignado, o agravante interpôs recurso de apelação contra mencionada decisão, o qual não foi recebido em razão do não cabimento do recurso interposto (fls. 20).

A decisão recorrida não merece qualquer reparo. Conforme corretamente consignado pelo magistrado a quo, a decisão extinguiu a lide em relação à seguradora denunciada, contudo não extinguiu o processo, o qual, inclusive, ingressou na fase de instrução, com a determinação de oitiva de testemunhas. Trata-se, portanto, de decisão de inegável caráter interlocutório.

Em que pesem as alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/05, certo é que somente pode ser considerada sentença o ato do juiz que, no primeiro grau de jurisdição, extingue o processo (ou fase) de conhecimento.

A esse respeito, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A lei não mais define sentença apenas pela finalidade, como previsto no ex-CPC 162 § 1o, isto é, como ato que extingue o processo, mas sim pelo critério misto do

conteúdo e finalidade. De acordo com a nova redação do CPC 162 § 1º, chega-se a essa definição: Sentença é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição”.

Às situações como a dos autos, os citados doutrinadores dão o nome de “sentenças aparentes”, explicando que o processo terá continuidade com os demais réus.

Por seu turno, tem-se que as decisões interlocutórias são aquelas decisões proferidas no curso do processo, que não o extinguem (ou a fase de conhecimento). Por isso, não há outro remédio processual cabível senão o agravo de instrumento (C.P.C. art. 522).

Cumprido salientar que é inaplicável o princípio da fungibilidade recursal no presente caso, por se tratar de erro grosseiro.⁷¹

Não há como se receber o recurso na forma de agravo de instrumento, haja vista a distinção dos requisitos procedimentais para ambos os recursos, bem como pela intempestividade configurada, uma vez que o prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento findou-se em 18 de novembro de 2010 e a apelação somente foi protocolada em 22 de novembro do mesmo ano (fls. 82 e 83).

Neste sentido a jurisprudência desta Corte:

RECURSO – Apelação – Interposição contra decisão que exclui um dos Htisconsortes do pólo passivo da ação, com base no art. 267, VI, do CPC – Descabimento – inoocorrência de fim do processo, dando-se continuidade ao procedimento Caracterização do “decisum” como interlocutório, contra o qual é cabível agravo – Recurso diverso daquele previsto em lei – Erro grosseiro – Configuração – Decisão mantida – Recurso não conhecido.⁷²

No que se refere ao pedido de assistência judiciária gratuita, é certo que o referido benefício pode ser concedido em qualquer momento processual e, inclusive, de ofício, uma vez comprovada a sua necessidade ou, ao menos, verificada a existência de fortes indícios para tanto. Ocorre, porém, que o recorrente não conseguiu demonstrar que faz jus à sua concessão.

Cabia ao agravante trazer aos autos prova da alegada insuficiência de recursos. No entanto, limitou-se a apresentar a declaração de pobreza a que se refere o art. 4o, da Lei n. 1.060/50, sem qualquer outro esclarecimento relativo à sua situação econômico-financeira. E, a despeito de requerer os benefícios da justiça gratuita, contratou advogados particulares para

⁷¹ SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Voto n.º 16.027. Relator Gomes Varjão. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

⁷² Id. Ag. Inst. n.º 5529844500, 7a Câm. de Direito Privado, Rei: Álvaro Passos j. 13/02/2008, Sorocaba. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

representá-la, o que configura indício de sua capacidade econômica para arcar com as custas e despesas processuais.

Frise-se que o juiz não está obrigado a atribuir à declaração de pobreza presunção absoluta de veracidade e considerá-la único requisito para a concessão da assistência judiciária gratuita, sem nenhuma outra comprovação acerca da pessoa que pleiteia tal benefício. Referida declaração de pobreza somente autorizará a concessão do benefício requerido, se estiver em harmonia com as demais informações da pessoa que o pleiteia. Neste sentido já decidiu esta C. 34a Câmara:

Agravo de instrumento. Seguro veículo. Cobrança. Justiça gratuita. A parte ao requerer a concessão das benesses da gratuidade de justiça deve comprovar, ao menos indiciariamente, a condição de pobreza por ela alegada. A declaração da parte há de ser analisada em conjunto com os demais elementos dos autos. Agravo improvido, com observação.⁷³

Dessa forma, competia ao recorrente demonstrar sua situação econômico-financeira, de modo a justificar a concessão dos benefícios da assistência judiciária. Como essa prova não foi produzida, o pedido de justiça gratuita não deve ser acolhido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

⁷³ SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AI 1.164.566-0/3 - Rei. Des(a) Rosa Maria de Andrade Nery - j . 14.05.08. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

8 CONCLUSÃO

É de grande relevância, diante da morosidade atual do Judiciário, que o legislador continue sua busca incessante por um processo que cumpra de forma mais efetiva a tutela dos direitos, realizando reformas procedimentais que traga maior simplicidade e celeridade e assim, como determina o artigo 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal, e que, assim, o direito possa cumprir sua função de tornar a sociedade mais justa.

Neste trabalho demonstrou-se as características das tutelas de urgência – cautelar e antecipatória –, apontou-se as diferenças e a principal semelhança que é garantir a efetividade da jurisdição ante o ônus do tempo no processo.

Apesar das semelhanças, procurou evidenciar as particularidades de cada medida, dentro de uma abordagem técnica, demonstradas por doutrinadores consagrados, sendo a medida cautelar um meio de dar instrumentalidade ao processo principal, sem ser substitutiva ou alternativa na definitiva função jurisdicional. Já a tutela antecipada é de natureza satisfativa.

Quanto à Fungibilidade das Tutelas de Urgência Cautelares e Antecipatórias, há doutrinadores que sustentam que o § 7º do artigo 273 consagrou a fungibilidade das tutelas de urgência.

No entendimento do ilustre processualista Fredie Didier⁷⁴, essa fungibilidade deve ser vista com ressalvas, pois a concessão incidental de tutelar cautelar nos mesmos autos do processo de conhecimento, diferentemente de outros casos de fungibilidade (como a recursal), não pressupõe o erro do autor. Na realidade, o artigo 273, § 7º, seria mais um caso de sincretismo processual.

Entendimento este ao qual me filio, pois, atualmente, não há mais sentido em buscar tutela antecipada no âmbito de processo cautelar autônomo, pois isso traz prejuízo ao réu, de modo, que se o juiz entender cabível a fungibilidade progressiva, deverá corrigir o manejo indevido do processo cautelar, transformando-o em processo de conhecimento.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.**

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ASSIS, Araken de. **Manuel de processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 07 maio 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 jul. 2011.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 13 jul. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1

CINTRA, Antônio Carlos de A. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007. v. 2

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Processo civil: processo de execução e cautelar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 12

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira Gouvêa. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. Da Antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ag. Inst.. n° 5529844500, 7a Câm. de Direito Privado, Rei: Álvaro Passos j . 13/02/2008, Sorocaba. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

_____. Agravo n° 626.060.4/2. Relator Luiz Antônio de Godoy. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

_____. Al 1.164.566-0/3 - Rei. Des(a) Rosa Maria de Andrade Nery - j . 14.05.08. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

_____. Voto n.º 16.027. Relator Gomes Varjão. **TJSP**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência.** São Paulo: RT, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais.** 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. v. 3

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.