

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LUIZA COTTA PIMENTA

**A FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS: UM
BREVE ESTUDO ACERCA DAS CAUTELARES SATISFATIVAS.**

**Juiz de Fora
2013**

LUIZA COTTA PIMENTA

A FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS: UM
BREVE ESTUDO ACERCA DAS CAUTELARES SATISFATIVAS.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora pela acadêmica LUIZA COTTA
PIMENTA, sob a orientação do Professor
MÁRCIO CARVALHO FARIA na área de
concentração de Direito Processual Civil.

Juiz de Fora
2013

LUIZA COTTA PIMENTA

A FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS: UM
BREVE ESTUDO ACERCA DAS CAUTELARES SATISFATIVAS.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, pela acadêmica LUIZA COTTA
PIMENTA, sob a orientação do
Professor MÁRCIO CARVALHO FÁRIA na
área de concentração de Direito Processual
Civil.

Aprovado em ___/___/ 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Márcio Carvalho Faria

Prof^a. Dr^a. Clarissa Diniz Guedes

Prof. Ms. Karol Araújo Durço

Ao meu pai, pela amizade e apoio incondicional.
À minha mãe pelo carinho e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Neste momento de superação vários sentimentos se misturam: alegria, ansiedade, tristeza, saudade e acima de tudo a sensação de dever cumprido.

Mesmo diante das dificuldades fui compreendida e me apoiei nas pessoas que mais amo, mesmo naquelas que já não estão mais aqui, e junto com todas, e para elas, é que dedico não só esse trabalho, mas toda a minha formação acadêmica, e porque não ética e moral.

Agradeço especialmente ao meu pai pelo amor infinito, pelo apoio em todos os momentos, pelas demonstrações de carinho diárias e por nunca duvidar do meu potencial. À minha mãe pelo amor, incentivo, e por ser meu exemplo de ética e de vida. Sou grata também à minha irmã Sylvia pelo amor profundo, pela amizade, pelas briguinhas e risadas. Ao meu irmão Thiago que apesar de não estar mais aqui, é o meu maior exemplo de coragem, força e persistência, meu grande amigo e companheiro.

Agradeço à vovó Ivette pelos momentos de alegria e conforto, às minhas tias e tios que sempre estiveram presentes na minha vida, aos meus primos pela torcida e aos meus amigos queridos pela amizade e carinho.

Ao Marcelo, meu amor, por todos os momentos felizes que passamos juntos, pela companhia nos dias de estudo, pela cumplicidade, pela amizade e principalmente pelo amor.

À Dra. Ana Léia pela amizade, carinho, e mais importante: por tudo que me ensinou quando estive na 4ª Promotoria de Justiça.

A todos que trabalham na Faculdade de Direito da UFJF, em especial aos professores por todos os ensinamentos que foram além das salas de aula, superaram os corredores e a universidade com exemplos de respeito, ética, empenho e amor à profissão, agradeço imensamente ao meu orientador Márcio por acreditar em mim, por me apoiar sempre e por ter me ensinado tanto.

“Nossa maior fraqueza está em desistir. O caminho mais certo de vencer é tentar mais uma vez”.

(Thomas Edison)

RESUMO

Para o entendimento do presente estudo acerca das tutelas de urgência é imperioso que sejam mencionadas e analisadas as características e peculiaridades de cada espécie de provimento urgente, qual sejam as medidas cautelares e a tutela antecipatória. A partir desse panorama inicial serão identificadas as diferenças e semelhanças entre as duas espécies de tutela de urgência, evidenciando a existência de uma zona gris entre as referidas medidas. A modificação legal que propiciou a inserção do §7º ao art. 273 do CPC constitui o ponto inicial da discussão, uma vez que sua criação se pautou no reconhecimento de uma “zona de penumbra”, mas em decorrência da controvérsia doutrinária, muitas interpretações, por vezes contraditórias foram atribuídas a tal dispositivo, gerando reflexos no campo da instrumentalidade e no próprio acesso à justiça. Por fim se conclui pela necessidade de reconhecimento e desenvolvimento das medidas de caráter indefinido para que assim a previsão legal constante no art. 273 do CPC permita a sua aplicação, o que impacta no aumento das possibilidades de solução dos conflitos judiciais existentes.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Tutela de Urgência. Medidas Cautelares. Medidas Antecipatórias. Interpretação art. 273, §7º do CPC.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Capítulo 1: Tutelas de Urgência.....	5
Capítulo 2: Tutela Cautelar.....	7
2.1- Características.....	10
2.1.1 - Provisoriedade.....	10
2.1.2 - Revogabilidade e Modificabilidade.....	11
2.1.3 - Instrumentalidade	12
2.1.4 - Fungibilidade.....	14
2.2 - Requisitos de Concessão da Tutela Cautelar.....	15
2.2.1 - <i>Fumus Boni Iuris</i>	15
2.2.2 - <i>Periculum in Mora</i>	17
2.3 - Medidas Cautelares <i>Ex Officio</i>	17
Capítulo 3: Tutela Antecipada.....	19
3.1 - Requisitos da Concessão da Antecipação de Tutela.....	21
3.1.1- Prova Inequívoca da Verossimilhança da Alegação.....	21
3.1.2 - <i>Periculum In Mora</i>	23
3.2- Reversibilidade.....	23
Capítulo 4: Diferenças entre as Medidas Cautelares e Antecipatórias e as Medidas de Natureza Mista.....	25
Capítulo 5: A Fungibilidade do art. 273, §7º do CPC.....	33
Capítulo 6: Conclusão.....	40
Referências Bibliográficas.....	42

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil prevê, nas tutelas de urgência, instrumentos para se buscar a efetividade do provimento jurisdicional em face dos efeitos negativos do tempo. As medidas cautelares e as antecipatórias são os meios de tutela do processo, seja com foco na sua efetividade ou no próprio direito material em discussão.

Com a inserção do §7º ao art. 273 do CPC, passou a ser prevista a possibilidade da fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, vez que antes da criação do novo dispositivo era comum o indeferimento da medida pleiteada, pois o magistrado entendia que a mesma não atendia aos requisitos necessários à sua concessão. Porém tudo isso decorre da visão da doutrina majoritária, composta por autores como Luiz Guilherme Marinoni¹, Teori Zavascki², e até Márcio Carpena, que sempre buscou compartimentar cada medida de urgência,

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70. “A tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória (baseada em periculum in mora) e a tutela cautelar. A tutela antecipatória pode configurar antecipação strictu sensu da tutela perseguida no processo de conhecimento, ou somente antecipar tutela perseguida no processo de conhecimento (...) o §7º do art. 273, ao admitir a confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, sublinha a distinção entre ambas. Isto por uma razão de lógica elementar: somente coisas distintas podem ser confundidas”.

² BAGGIO, Lucas Pereira. Fungibilidade **entre as medidas cautelares e antecipadas no processo civil brasileiro**. Artigo extraído do site: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Pereira%20Baggio%20formatado.pdf>. consulta em 19/02/2013. p. 17-18. “Teori Zavascki conclui que são espécies de tutela provisória, mas que são tecnicamente distintas, apresentando seis principais caracteres peculiares, que merecem transcrição: a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC); b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; c) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança); d) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites, dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático obtido não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia; f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação”.

definindo seus requisitos e características, ignorando a existência de uma zona gris entre as mesmas.

Na verdade, se fosse reconhecida de antemão a existência de uma medida de natureza mista entre cautelares e antecipatórias de tutela, seria desnecessária a inserção de tal dispositivo, que na intenção de resolver um problema acabou criando vários, já que surgiram diversas interpretações para o dispositivo.

A zona gris entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias de tutela encontra nas cautelares ditas satisfativas sua melhor representante, uma vez que tal medida encontra identidade com o procedimento cautelar previsto no código, porém, por ocasião de seu deferimento acaba por satisfazer o direito material pleiteado inicialmente. Logo, deve se entender que a fungibilidade trazida pelo §7º do art. 273 do CPC seria na verdade uma forma de evitar o indeferimento dessas medidas de natureza mista, impedindo que meros formalismos evitassem a concessão da medida tão necessária à tutela do direito da parte e do processo

A falta de entendimento pacífico acerca da existência e disciplina das medidas integrantes da “zona de penumbra” resulta no afastamento entre a previsão legal e o seu real campo de aplicação, gerando uma instrumentalidade só que em sentido negativo, na medida em que incentiva a fungibilidade entre situações onde o campo de aplicação da medida é claramente evidenciado em sua disciplina no ordenamento processual.

As múltiplas e muitas vezes contraditórias interpretações do §7º do art. 273 do CPC pela doutrina³ e jurisprudência⁴ só reafirmam o caráter de imaturidade no desenvolvimento da tutela de urgência como um todo, e principalmente das medidas integrantes da zona gris, nesse caso, a solução perpassa pelo

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70. “O §7º do art. 273 alude a uma ideia de fungibilidade, e esta pressupõe duas espécies de providências que possam ser racional e justificadamente confundidas, e, assim, uma dúvida objetiva e razoável”; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. I. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 466. “a regra do §7º do art. 273 proíbe ao juiz de indeferir uma medida cautelar sob o fundamento de que ela deveria ter sido requerida em processo autônomo e não incidentemente ao processo em que se busca a tutela satisfativa, bem como proíbe ao juiz o indeferimento de tutela sumária satisfativa sob o fundamento de que esta não deve ser postulada em demanda autônoma, mas incidentemente ao processo de conhecimento”.

⁴ Processo nº: 200451010206696. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Data da decisão:09/11/2009. Órgão julgador: 6ª Turma Especializada. Data de publicação: 23/11/2009; Processo nº: AC 1999.02.01.061790-8. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Data Decisão: 13/04/2009. Órgão julgador: 6ª Turma Especializada. Data de publicação: 27/04/2009;

reconhecimento da existência de tais medidas, o que efetivamente mudará a interpretação do dispositivo para um rumo mais consentâneo com o objetivo do legislador que o criou e em última perspectiva garantindo o acesso à justiça, tão discutido hoje, e parâmetro de desenvolvimento de novas técnicas processuais que conjugam celeridade, economia processual, e a própria instrumentalidade.

Isto posto, a pesquisa vai abordar inicialmente as Tutelas de Urgência, com um breve relato acerca da origem do instituto, e, depois, serão identificadas as espécies de tutela de urgência, assim como as características mais relevantes do instituto.

O terceiro capítulo tratará da tutela cautelar, no qual será exposto um panorama geral do instituto, bem como de suas características identificadoras como a provisoriedade, a revogabilidade, a instrumentalidade, a fungibilidade e a autonomia. O subitem seguinte tratará dos requisitos para a concessão da tutela cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris e periculum in mora*, e por fim será feita uma breve observação acerca das medidas cautelares concedidas *ex officio*.

O capítulo seguinte tratará da tutela antecipada, especialmente da tutela antecipada diante de risco de dano ao direito do autor, que seja de difícil ou impossível reparação, que tem como requisitos específicos a prova inequívoca da verossimilhança da alegação bem como o *periculum in mora*, e por fim será feita uma breve explicação acerca da reversibilidade das tutelas antecipatórias.

Posteriormente serão destacadas as diferenças entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias de tutela, e será identificado um ponto de convergência entre as duas espécies de tutela de urgência, onde se situam as medidas de natureza mista entre cautelar e satisfatória de tutela, bem como as posições doutrinárias acerca dessa questão.

No capítulo seis será estudada a fungibilidade prevista no art. 273, §7º do CPC, neste ponto serão expostas as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca de tal dispositivo, e suas implicações no que tange à instrumentalidade processual em ambos sentidos (positivo e negativo) e seus reflexos na efetividade do processo.

A conclusão tratará das possíveis soluções ao problema das medidas de urgência integrantes da zona gris, bem como a necessidade de aprofundamento no tratamento do tema pela doutrina, com vistas à trazer uma maior utilidade prática

ao dispositivo legal contido no parágrafo 7º do art. 273 do CPC objetivando um maior acesso à justiça e decisões mais justas.

CAPÍTULO 1: TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência, como conhecemos hoje, decorrem da sistematização e estudo promovidos por Piero Calamandrei, que reuniu todos os provimentos cautelares presentes no ordenamento jurídico italiano, estudando-os e buscando características capazes de trazer uma identidade às tutelas de natureza cautelar. Na conclusão de tal estudo, ele percebeu que esses provimentos de urgência consistiriam numa “antecipação provisória de certos efeitos do procedimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso deste”⁵. Na visão do autor, as cautelares poderiam ter tanto um caráter conservativo, quanto inovador, mesmo que de forma provisória.

Desde o início os autores da doutrina italiana conduzidos por Calamandrei, já percebiam que as medidas de urgência derivavam de um tronco comum, porém, não se confundiam, na medida em que o próprio Calamandrei considerava que a antecipação de tutela era espécie do procedimento cautelar, consistente em uma decisão antecipada e dotada de caráter provisório, esta, aliás, uma característica comum das medidas de urgência.

A tutela de urgência é formada pelas medidas cautelares e por medidas antecipatórias de tutela, que tem por escopo a proteção da efetividade do processo assim como do próprio direito material suscitado na petição inicial. Tais medidas se mostram necessárias quando existe uma excessiva dilação temporal, que importe risco à efetividade do processo e à própria executividade do provimento final, não se podendo ignorar as situações em que o perigo pode colocar em risco elementos essenciais para o esclarecimento da titularidade do direito material aduzido.

Tendo em vista a celeridade necessária à concessão da tutela de urgência, o seu deferimento se dará mediante cognição sumária a ser exercida pelo magistrado “onde a razoável probabilidade ou mesmo a não-exclusão dos fatos alegados basta para a concessão da medida jurisdicional”⁶, e em razão dessa incerteza é que é possível atribuir provisoriedade às espécies de tutela de urgência,

⁵ BAGGIO, Lucas Pereira. Fungibilidade ..., *ob. cit.* p. 3-6.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 307.

já que ao longo do processo o perigo que rondava o processo poderá deixar de existir, assim como o direito alegado pela parte quando da concessão da medida.

Uma eventual comprovação da inexistência do direito alegado pela parte que requereu o provimento de urgência reflete bem a incerteza que permeia a concessão e duração de tal medida, e é por isso que o CPC prevê no art. 804, *in fine*, o sistema da contracautela, além da possibilidade da responsabilização do requerente da medida por eventuais danos causados ao direito do requerido. Piero Calamandrei resume bem o quadro de incertezas que permeia as medidas de urgência, e as ponderações inerentes à concessão desses provimentos, quando diz que:

entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o sistema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário⁷.

Portanto, as medidas de urgência resumem-se a instrumentos previstos em lei, por meio dos quais a parte busca a tutela do processo em que será definida a titularidade do direito material suscitado, ou a tutela do próprio direito substancial. Seu deferimento necessita de um juízo de cognição sumária, e sua existência é provisória, já que está sujeita a alterações nas condições fáticas e de direito ao longo do processo.

Quanto às tutelas de urgência é relevante notar que a introdução do poder geral de cautela no atual CPC, e a criação de um poder geral de antecipação de tutela introduzido ambos produzidos pela reforma do CPC pela lei 10.444/02, refletem a influência do legislador e da doutrina no estabelecimento de medidas que buscam a efetividade do processo, alterações que significam para Dinamarco “uma atitude instrumentalista de muito significado”⁸.

⁷ CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, in **Opere Giuridiche**. Vol. IX. Nápoles: Morano, 1983, p. 20, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, 307.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, p. 308.

CAPÍTULO 2: TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar, como a própria nomenclatura evidencia, tem como objetivo primordial o acautelamento de um processo, com vistas a garantir o futuro exercício do direito material suscitado na petição inicial. A providência judicial que permite o seu deferimento se dá em sede de cognição sumária, com a observância dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O escopo da tutela cautelar decorre de que o tempo por si só não é capaz de prejudicar o direito das partes, vez que a relação processual demanda tempo para que sejam respeitados o contraditório, a ampla defesa e as formalidades necessárias ao andamento regular do processo. No entanto, é fato notório que muitas vezes o tempo de duração de um processo pode se estender demasiadamente, o que pode implicar em um comprometimento total ou parcial do direito material discutido no bojo da relação processual, ainda que indiretamente, pela perda de elementos probatórios, bens ou até pessoas, além de mais modificações fáticas e de direito que podem afetar o regular desenvolvimento do processo principal.

Considerando essa faceta negativa do tempo, e as modificações fáticas e de direito, caracterizadora dos provimentos de urgência, é essencial que os órgãos jurisdicionais possam contar com um instrumento de assecuração do processo, garantindo seu desenrolar, ainda que vagaroso, sem que isso implique na perda de elementos que futuramente se mostrem essenciais ao convencimento do magistrado e a consecução de um provimento efetivo e justo para as partes envolvidas.

É nesse contexto que o legislador oferece a tutela cautelar, visando à proteção e à preservação dos elementos que compõem o processo, sendo uma medida de natureza acautelatória, que na maioria dos casos não concede nem retira direitos das partes, mas somente preserva os elementos mais relevantes do processo, não se confundindo com a antecipação do resultado da lide, como inclusive, esclarece Humberto Teodoro Júnior:

(...) essa função não consiste em antecipar solução de lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo

cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito⁹.

A tutela cautelar se materializa por meio do processo cautelar, da ação cautelar e das medidas cautelares, sendo a ação cautelar um direito conferido à parte de provocar o Judiciário no sentido de que sejam tomadas providências que assegurem os elementos do processo, permitindo o afastamento do perigo às pessoas, bens e provas necessários para a determinação da titularidade do direito material discutido, assegurando o resultado útil do processo, seja ele cautelar ou principal.

Já o processo cautelar é o instrumento de exercício da jurisdição dentro do qual será formada uma relação jurídica com vista à concessão de uma “situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”¹⁰, para Câmara trata-se de instrumento de que se vale o Estado-Juiz para prestar um tipo de tutela jurisdicional não satisfativa, consistente em assegurar a efetividade de um futuro provimento judicial, a ser prestado, via de regra, em outro processo (o processo principal)¹¹

A medida cautelar é providência acautelatória que pode ser deferida tanto no bojo do processo cautelar, quanto no processo principal, e busca afastar os perigos que permeiam o processo, com vistas à conservação dos elementos processuais que futuramente permitirão definir a quem pertence o direito material suscitado na exordial. Insta salientar que tal medida em regra não tem natureza satisfativa, pois apenas assegura a efetividade do processo que julgará a titularidade do direito material em discussão. Quando da origem e classificação dos providimentos de urgência, entendia Calamandrei que essa medida seria de “antecipação provisória de certos efeitos do provimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso do mesmo”¹², definição hoje atribuída às medidas

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 488.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito...**, *ob. cit.*, p. 486.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 11.

¹² CALAMANDREI, Piero. “Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari”, in **Opere Giuridiche**. Vol. IX. Nápoles: Morano, 1983, p. 176, *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, *ob. cit.*, p. 18.

antecipatórias de tutela, que por sua vez, e diferente da medida cautelar, possuem natureza satisfativa.

A concessão das medidas cautelares poderá se dar liminarmente, *inaudita altera parte*, uma vez que o tempo entre a citação e a apresentação do réu pode ser fator de comprometimento da efetividade do processo, assim como em muitos casos a presença do requerido pode fulminar as pretensões do autor, já que aquele poderá impor empecilhos com o objetivo de comprometer elementos probatórios capazes de prejudicá-lo no processo.

São muitas as classificações existentes para as medidas cautelares, mas apenas algumas delas tratam do tema de forma didática e consentânea com o sistema das cautelares contido no CPC. A classificação de Ramiro Podetti é citada por Humberto Theodoro Júnior, e se funda na combinação entre objeto e finalidade das cautelares, classificando-as em *medidas para assegurar bens, medidas para assegurar pessoas, e medidas para assegurar provas*¹³; Alexandre Câmara sugere uma classificação que leva em conta três critérios: tipicidade, momento de postulação e finalidade.

As cautelares podem ser classificadas pela tipicidade, podendo ser consideradas *típicas*, por ter procedimento e denominação previstas em lei, ou podem ser *atípicas*, quando não tem previsão legal específica, mas podem ser deferidas pelo juiz quando observado o poder geral de cautela, que está previsto no art. 798 do CPC, vez que a necessidade de proteção do processo, e acautelamento de seu desenvolvimento é o foco da tutela.

A medida cautelar pode ser requerida tanto de forma *antecedente*, antes do processo principal, ou *incidente*, quando são pleiteadas no curso do processo principal. Quanto à finalidade, existem três tipos de medidas cautelares: as *medidas de garantia da cognição, medidas de garantia da execução, e medidas que consistem em uma caução*, prevista no art. 804 do CPC¹⁴.

A tutela cautelar possui características próprias, inerentes ao próprio instituto, que evidenciam sua autonomia em relação às demais formas de tutela previstas em nosso ordenamento. Tais peculiaridades podem eventualmente sofrer

¹³ PODETTI, Ramiro. **Tratado de las medidas cautelares**. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 36 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, *ob.cit.*, p. 491.

¹⁴ Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III. *ob. cit.*, p. 20-21.

variações nas suas denominações, porém dotadas do mesmo fundamento tanto doutrinário quanto legal, e serão estudadas detidamente a seguir.

2.1 - Características da Tutela Cautelar

As características da tutela cautelar não são apenas criações inócuas da doutrina, mas sim verdadeiros instrumentos de efetivação e compreensão das medidas acautelatórias trazidas em nosso Código de Processo Civil a partir do art. 796.

São características das cautelares: a provisoriedade (ou temporariedade), a revogabilidade, a modificabilidade, a instrumentalidade, a fungibilidade (ou substituição), e autonomia. Essas características podem sofrer eventuais modificações quanto à nomenclatura, mas como já foi dito anteriormente, possuem a mesma essência e idênticos fundamentos.

2.1.1 - Provisoriedade

Toda cautelar é provisória isso porque ela perdura enquanto for necessária, ou seja, enquanto estiver presente o risco ao processo, ou até que seja prolatado o provimento definitivo.

A cautelar, enquanto instrumento que decorre da demonstração de uma necessidade de acautelamento temporário, poderá ser absorvida ou substituída assim que prolatado o provimento final, ou seja, assim que findo o processo principal em que foi deferida, a cautelar não será projetada para além daquele processo, permanecendo apenas os resultados da cautela.

Cabe a menção de que o termo provisoriedade foi adotado pelo legislador, enquanto temporário é termo adotado por uma parcela menor da doutrina, conduzida por Alexandre Freitas Câmara¹⁵, que entende que a cautelar não é substituída por um provimento definitivo, logo incabível a atribuição da denominação provisória ao lapso de existência da medida cautelar no bojo da relação processual.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições ...**, v.III. *ob. cit.*, p.23.

Existe divergência na doutrina quanto ao termo mais adequado para tratar essa característica, vez que para Alexandre Freitas Câmara “Provisório é aquilo que se destina a existir até que venha a ser substituído por outra coisa, que será tida por definitiva. Temporário, de outro lado, é aquilo que tem duração limitada no tempo, ainda que não venha a ser, posteriormente, substituído por outra coisa”, logo, para este autor, não é correto dizer que as medidas cautelares são provisórias, mas sim temporárias, vez que a mesma só perdura enquanto necessária, e não depende da prolação de um provimento definitivo para que seja revogada a qualquer momento pelo magistrado uma vez que seja verificada a falta de requisitos para a sua concessão.

Nesta mesma oportunidade, o referido autor estabelece uma diferenciação entre tutela cautelar e a tutela antecipada, atribuindo a temporariedade às cautelares e a provisoriedade à tutela antecipada, como se vê: “A tutela cautelar tem duração limitada no tempo, produzindo efeitos até que desapareça a situação de perigo, ou até que seja entregue a prestação jurisdicional principal. Já a tutela antecipada é provisória, pois se destina a produzir efeitos até que venha a tutela definitiva, que a substitui”¹⁶.

A interpretação proposta pelo autor, apesar de interessante para diferenciar as medidas de urgência, mostra-se de utilidade prática quase nula, uma vez que a atribuição da provisoriedade às medidas cautelares e por conseguinte às medidas antecipatórias enquanto característica, denota apenas o caráter efêmero de ambas, que podem ser afetadas igualmente pelo desaparecimento de um ou mais requisitos que ensejaram a sua concessão.

2.1.2 - Revogabilidade e Modificabilidade

A revogabilidade das cautelares decorre da própria cognição exercida pelo magistrado, que é sumária; assim, temos que o juiz trabalha com elementos que ainda não refletem a totalidade dos elementos envolvidos na lide, mas possibilitam o deferimento da cautelar como forma de permitir o andamento processual, garantindo a sua efetividade e a prolação de um provimento final mais próximo da realidade.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III. *ob. cit.*, p. 25.

O deferimento de uma medida cautelar se funda nos requisitos do *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, logo, quando não se verifica mais a existência de um desses requisitos, significa que a medida cautelar anteriormente deferida deve ser revogada, por não mais conter requisitos essenciais à sua subsistência, e essa revogação tem como fundamento o que dispõe o art. 807 do CPC.

Assim, é possível afirmar que, em regra, como a medida cautelar não recai sobre o direito satisfativo, e tendo em vista as modificações no contexto fático e de suas transformações ao longo do processo, se verificada a inexistência do direito alegado pela parte ou a extinção da situação de perigo acautelada nada mais resta senão a revogação da medida cautelar anteriormente deferida no bojo do próprio processo cautelar ou no processo principal.

A modificabilidade das cautelares também se funda nas mesmas razões da revogabilidade, ou seja, em modificações na situação fática ou de direito ocorridas ao longo do processo, buscando a adequação à realidade verificada tanto no processo cautelar, quanto no processo principal, tendo ainda, como fundamento legal o supracitado art. 807 do CPC, podendo ser efetivadas a qualquer momento.

Tanto a revogação, quanto a modificação das cautelares devem se dar em atendimento ao ato que lhes deu origem; assim, se a medida cautelar foi deferida *ex officio*, sua modificação ou revogação deve se dar da mesma forma, e nos demais casos, citando o autor Galeno Lacerda, quando a parte requereu a medida cautelar:

(...) apenas aquelas que digam respeito à interesses indisponíveis poderão ser modificadas *ex officio*. As que se referirem a direitos disponíveis só poderão ser modificadas mediante requerimento do interessado (e devendo o juiz; antes de decidir, ouvir a parte contrária)¹⁷.

2.1.3 - Instrumentalidade

A tutela cautelar é instrumental do processo, ela tem por escopo a proteção do processo principal, e como dispõe o art. 796 do CPC, a cautelar depende do processo principal para justificar a sua existência.

¹⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. tomo I. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 222. *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, *ob. cit.*, p. 27.

E quando se entende que o processo é instrumento da jurisdição, e a cautelar tem por escopo a proteção do processo, a cautelar seria, portanto, um *instrumento do instrumento*¹⁸, visão esta trazida por Calamandrei na sua obra considerada pioneira no estudo do processo cautelar. Logo, enquanto o processo principal cuida do direito material objeto de discussão, a cautelar tutela esse processo principal, permitindo uma maior confiabilidade do provimento final, afastando os perigos que permeiam a relação processual.

Logo, podemos afirmar que a cautelar não se liga ao direito objeto do provimento final, pois apenas se refere a eventuais situações em que existe a necessidade de acautelamento ao longo do processo, para que este possa se desenvolver de forma apta à concessão da tutela do direito substancial à quem de fato merece.

A instrumentalidade das cautelares é considerada por Dinamarco como uma “instrumentalidade eventual e de segundo grau”, isso porque:

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. O processo cautelar, dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal; e o sistema processual, visto como um todo e pelo ângulo exterior, legitima-se pelos conhecidos escopos que o animam¹⁹.

É daí que se evidencia o caráter conservativo, e não satisfativo das cautelares as quais não compete antecipar o resultado do processo principal, função atribuída à antecipação de tutela, mas tão somente a proteção e acautelamento do processo principal, permitindo que o provimento final se dê de forma mais fiel possível à realidade.

Como visto acima, a instrumentalidade enquanto característica do sistema das cautelares está inserida em um contexto muito maior, que é conduzido

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, in Opere Giuridiche. Vol. IX. Nápoles: Morano, 1983, p.176, *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III *ob. cit.*, p. 5.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, 308.

pela tendência de se buscar uma instrumentalidade do processo como um todo com vistas à efetividade e em maior grau à tutela do acesso à justiça.

Tal tendência instrumentalista é muito bem explicitada na obra de Kazuo Watanabe, ao citar Barbosa Moreira quando diz:

Revela essa tendência, (...), as preocupações por novos tipos de provimento, por procedimentos especiais, pela aceleração e simplificação do procedimento, pela concreta possibilidade de exercício do direito de ação, pela facilitação da prova, pela concepção social do processo, pela tutela dos interesses supra-individuais, pelos múltiplos aspectos da facilitação do acesso à Justiça, e outros mais²⁰

As implicações da instrumentalidade não dizem respeito somente ao contexto processual compreendido pelo o juiz, pelas leis e pelo processo, tal instrumentalidade não pode ser objeto apenas de conjecturas e interpretações por parte da doutrina, essa instrumentalidade deve refletir em um efetivo acesso à justiça, e nas palavras de Dinamarco:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas²¹

É daí que se denota o caráter essencial das medidas cautelares e da necessidade de um maior desenvolvimento das suas características e hipóteses de incidência, com vistas à atingir o máximo aproveitamento tanto para as partes quanto do próprio processo, que por conseguinte adquire eficiência na condução pelo magistrado.

2.1.4 - Fungibilidade

A possibilidade de fungibilidade ou de substituição entre as medidas cautelares está prevista no art. 805 do CPC. Tal substituição poderá se dar pela

²⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 26.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, 359.

prestação de caução, ou por outra medida que seja de menor gravame para o réu mas que sejam capazes de assegurar a efetividade do processo.

Diante de tal situação, o magistrado, verificando a existência dos pressupostos para a concessão da substituição, deve fazê-lo, “não sendo um poder, mas sim um dever”²², tanto no bojo do processo cautelar, quanto no processo principal, observando todos os elementos que permitam que tal medida seja mais adequada e suficiente à proteção do processo, trazendo o menor gravame possível ao requerido.

2.2 - Requisitos de concessão da tutela cautelar

2.2.1 - *Fumus Boni Iuris*

O deferimento da medida cautelar depende de um juízo de cognição sumária a ser exercido pelo magistrado considerando os elementos contidos no processo até aquele momento, podendo se dar *ex officio*, ou mediante requerimento do interessado, cabendo a este demonstrar a presença da “fumaça do bom direito”, consistente em elementos que esclareçam ainda que de forma incipiente, a probabilidade da existência do direito material suscitado na petição inicial.

Para a concessão da medida cautelar, é necessária fundamentação que permita verificar a necessidade do acautelamento ao processo em que se discute o direito material, assim, a extensão da tutela cautelar se resume a medidas proteção ao processo, permitindo seu desenvolvimento de forma a não comprometer o provimento final.

A exigência da prova de requisitos fundada em cognição sumária também é caracterizadora da própria tutela cautelar, já que o elemento diferenciador dessa medida é a urgência, a necessidade de rapidez e segurança na prestação jurisdicional com vistas a permitir a subsistência do direito material em momento posterior.

Interessante notar o caráter limitador desse requisito, conforme explica Alexandre Freitas Câmara:

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III, *ob. cit.*, p. 28: “o uso do vocábulo “poderá” no texto do art. 805 não significa que a lei pretenda atribuir ao juiz uma faculdade. Presentes os requisitos da substituição da medida cautelar por caução (isto é, sendo a garantia oferecida *adequada e suficiente*), o juiz é obrigado a deferir a substituição”.

(...) a tutela cautelar só é prestada se ficar demonstrada a probabilidade de que o direito substancial afirmado pelo demandante exista. De outro lado, porém, a presença de certeza quanto à existência de tal direito (ou seja, sendo possível afirmar-se mais do que a mera probabilidade, chegando-se à certeza quanto à existência da posição jurídica de vantagem cuja tutela será buscada no processo principal) torna a tutela cautelar inadequada, já que neste caso será possível a concessão, de imediato, da tutela jurisdicional principal, definitiva e satisfativa.²³

Isso posto, uma vez que exista certeza quanto à existência e da titularidade do direito material suscitado pelo autor, não caberá mais a concessão de medida cautelar, mas sim o próprio julgamento antecipado do processo, isso, claro, após a devida citação do réu e com a sua manifestação dentro do processo.

Por outro lado, quando não for possível provar a presença do *fumus boni iuris*, é porque existe um comprometimento de uma das condições da ação. Sendo assim, presentes as condições da ação, ainda que haja incerteza ou dúvidas quanto ao direito substancial alegado, a mera plausibilidade do direito já permite a concessão da tutela cautelar.

Na visão de Dinamarco, o *fumus boni iuris*, além de constituir elemento no qual se apoia as tutelas de urgência, também reflete o risco decorrente da concessão de tais medidas, diante de incertezas quanto à titularidade do direito substancial, nesse sentido entende que: “o *fumus boni iuris* expressa a probabilidade razoável e suficiente, que ao juiz compete medir em cada caso”²⁴.

Mesmo diante dos riscos decorrentes da incerteza acerca da existência e da titularidade do direito substancial, Dinamarco faz uma proposta ao juiz, no sentido de evitar “quanto possível as cautelas constritivas que discrepem do direito substancial, mas preferirá errar concedendo as cautelas, a errar negando-as: em

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III, ob. cit., p. 35. No mesmo sentido, reconhecendo o caráter limitador do *fumus boni iuris*, SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.70; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: RT, 1992, p.63.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, ob. cit., p. 307.

situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito à sacrifício”²⁵.

2.2.2 - *Periculum in Mora*

Presente o *fumus boni iuris*, ainda resta a necessidade de demonstrar o requisito do *periculum in mora*, consistente na presença de um perigo que ameaça as provas, pessoas ou bens necessários ao esclarecimento das circunstâncias onde se insere o direito material, e a sua efetividade no momento do provimento final.

O requisito do *periculum in mora*, consistente no perigo da demora, também evidencia o caráter de urgência das cautelares, vez que uma anormal extensão temporal pode implicar na ocorrência de um dano que pode afetar de forma irreversível a efetividade do processo.

Importante esclarecer que o *periculum in mora* pode ensejar não só a aplicação de uma medida cautelar, quando existe perigo de dano à efetividade do processo, mas pode levar à concessão de uma medida de natureza antecipatória de tutela, quando se verifica a possibilidade de dano ao próprio direito substancial, são o que a doutrina italiana, refletida nos ensinamentos de Calamandrei, denomina por *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*²⁶.

O receio de dano, que é um dos componentes do *periculum in mora*, é requisito que deve ser comprovado com base em elementos objetivos, não sendo suficiente que a parte alegue um receio de conteúdo meramente subjetivo. Importante ressaltar que além de iminente, o dano também deve ser considerado de difícil ou grave reparação, devendo a parte demonstrar que a não concessão da cautelar pode implicar em prejuízo à efetividade do processo principal, prejudicando o julgamento do magistrado, vez que poderão estar ausentes elementos essenciais ao desenvolvimento processual, dificultando a valoração da titularidade do direito material alegado.

2.3 - Medidas Cautelares *Ex Officio*

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 307.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, in Opere Giuridiche. Vol. IX. Nápoles: Morano, 1983, p.195-197, *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.III *ob. cit.*, p. 37.

Em situações excepcionais, o magistrado é autorizado a conceder medida cautelar, como prevê o art. 797 do CPC, e tal previsão legal é marcada pela excepcionalidade, uma vez que não se autoriza que o magistrado a inicie qualquer relação processual, sob risco de afetar a sua imparcialidade.

O poder de concessão das cautelares de ofício se aplica somente às medidas incidentes, uma vez que se trata de medida de natureza acessória e instrumental²⁷.

²⁷ No mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior. **Curso...**, *ob. cit.*, p.499. "(...) esse poder nunca compreende o de abrir um verdadeiro processo cautelar; mas apenas consiste em tomar medidas cautelares avulsas, dentro de outros processos já existentes, em situações adredemente reguladas em lei".

CAPÍTULO 3: TUTELA ANTECIPADA

A lei 8.952/94 deu nova redação ao art. 273 ao CPC, o qual expandiu as hipóteses de cabimento da antecipação de tutela. Tal inovação legal destacou definitivamente a medida de antecipação de tutela do bloco da tutela cautelar, inserindo requisitos próprios e o estabelecimento de diversas formas de antecipação de tutela com objetivos distintos.

A antecipação de tutela é, portanto, medida de natureza satisfativa, e que visa a garantir à parte a concessão do direito material antes do provimento final, mediante a comprovação de requisitos específicos verificados dentro de uma situação de urgência, na qual a demora na prestação jurisdicional poderia trazer prejuízos ao direito material suscitado pelo autor.

Resta evidenciada *ab initio* a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, isso porque foi visto que, enquanto a primeira busca a tutela da efetividade do processo, a última visa à tutela do próprio direito material objeto do litígio. É claro que existem semelhanças, pois ambas residem na mesma categoria das tutelas de urgência, no entanto suas finalidades se distanciam, assim como os requisitos de sua concessão.

A tutela antecipada é prestada mediante a observância dos requisitos contidos no art. 273 do CPC por ocasião do processo de conhecimento, e não por meio de outra ação autônoma, como ocorre na tutela cautelar; além disso, sua concessão pode ocorrer a qualquer momento e grau de jurisdição.

O deferimento da antecipação de tutela deve ocorrer mediante requerimento da parte como destaca Alexandre Freitas Câmara, não se admitindo a sua imposição *ex officio*²⁸, já que seus efeitos têm repercussão direta no direito material objeto da demanda, podendo vir inclusive a prejudicar as partes caso fosse deferida sem seu requerimento. Importante destacar que caso o magistrado verifique que o requerimento da parte contém todos os elementos necessários ao deferimento da antecipação de tutela o magistrado deve deferir a medida.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 455. Neste sentido José Eduardo Carreira Alvim, Tutela Antecipada na reforma processual. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p.27. Em sentido oposto: Luiz Fux, Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 338.

A antecipação da tutela requerida na petição inicial pode ser concedida de forma parcial ou total, dependendo do que o magistrado entender mais adequado, vez que apenas parte dos pedidos pode ser passível de ser submetida à tutela antecipada. É aplicável a medida antecipatória quando estamos diante de um ou mais efeitos da sentença, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios²⁹.

São legitimados a requerer a antecipação de tutela o autor, o assistente, simples ou qualificado, e o réu em caso de reconvenção. Quanto ao Ministério Público, entende Alexandre Freitas Câmara pela impossibilidade de que o órgão, atuando como *custos legis*, requeira a antecipação de tutela vez que é sujeito imparcial no processo³⁰.

Considerando os efeitos declaratório, constitutivo e condenatório das sentenças, é controversa na doutrina a definição acerca de quais desses efeitos poderiam ser objeto de antecipação, havendo concordância apenas acerca da antecipação de tutela dos efeitos condenatórios, mas ainda existe discussão acerca dos demais efeitos, sendo certo que uma parte da doutrina, conduzida por Alexandre Freitas Câmara, entende não ser possível a antecipação de tutela dos efeitos declaratório e constitutivo³¹, enquanto que outra (com a qual concordamos), defendida por Humberto Theodoro Júnior, entende ser possível a antecipação de todos os efeitos da sentença, como se vê:

A antecipação de tutela, muito embora faculte atos executivos à parte, antes da sentença, não o faz somente para compreender providências

²⁹ Quanto aos efeitos declaratório e constitutivo entende Alexandre Freitas Câmara não ser possível a sua antecipação, já os autores Dinamarco e Nery júnior pela possibilidade de antecipação desses efeitos.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.I, *ob. cit.*, p. 455.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 456-457. "(...) Como se sabe, a sentença de procedência pode produzir três tipos de efeitos principais: declaratórios, constitutivos e condenatórios (podendo este ser subdivididos em executivos e mandamentais). (...) Parece-me impossível a antecipação do efeito declaratório. Este consiste na certeza jurídica conferida à existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor em sua demanda. A meu sentir, é impossível a antecipação da certeza com base em juízo de probabilidade. Estar-se-ia, aqui, diante de verdadeiro paradoxo: o juiz estaria afirmando a existência de uma "provável certeza", a qual, obviamente, seria incapaz de satisfazer a pretensão de obter certeza. O mesmo se diga com relação à antecipação dos efeitos constitutivos. (...) Isto porque os efeitos constitutivos, de ordinário, só podem se produzir depois da afirmação da existência de um direito à modificação de uma situação jurídica, o que exige cognição exauriente. (...) Esta norma, a meu juízo, permite tão somente a antecipação da tutela condenatória. (...) Apenas a eficácia condenatória, consistente na imposição ao demandado de uma prestação (de dar, fazer ou não fazer) pode ser concedida antes da obtenção da certeza quanto à existência ou não do direito afirmado pelo autor".

que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. (...) É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela perante o direito substancial do litigante, (...) Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas³².

Relevante ressaltar que este trabalho não tratará das espécies de tutela antecipada que dizem respeito às hipóteses de abuso de direito de defesa, contida no inciso II, do art. 273 do CPC, bem como da tutela de evidência, prevista no §6º do mesmo artigo, vez que não comportam comparação com os demais requisitos que ensejam a concessão das medidas cautelares.

3.1 - Requisitos da Concessão da Antecipação de Tutela

3.1.1- Prova Inequívoca da Verossimilhança da Alegação

Para a concessão da tutela antecipada, é imperativo que se observem certos requisitos. O primeiro deles é a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação contido no art. 273, *caput, in fine* do CPC.

Inicialmente, analisando a redação do art. 273, *caput, in fine* do CPC parece existir uma contradição entre os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança”, isso porque a prova inequívoca seria uma prova de certeza, decorrente do encaixe entre o alegado e o que foi comprovado por meio de uma prova produzida em observância de critérios previstos por lei, e de outro lado reside a “verossimilhança”, que pelo próprio significado implica em uma aparência de verdade, uma probabilidade de que aquilo que a parte alega seja realmente verdade.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, *ob.cit.*, p. 682.

Na busca pela interpretação mais correta para o requisito, entende Marinoni que:

A denominada “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação” somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil. Entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito³³.

Câmara, por sua vez, considera que: “pretende a lei a afirmação de um conceito que se coloque em posição intermediária entre aqueles dois: a cognição sumária, a qual leva à formação de juízos de probabilidade”³⁴.

É possível depreender do exposto que deve o juízo, procedendo ao exame dos requisitos da concessão da tutela antecipada analisar o que foi alegado pela parte confrontando tais alegações com o que foi provado até então, logo, se o que foi alegado pela parte permite uma adequação aos elementos probatórios existentes até então, será possível, ainda que mediante cognição sumária a concessão da medida antecipatória. Quando existe um juízo de certeza, quando está provada a existência do direito alegado pela parte, aí não será mais um caso de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado previsto no art. 330 do CPC.

O requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação envolve o requisito do *fumus boni iuris* das medidas cautelares, mas com ele não se confunde, isso porque antecipação de tutela é medida que implica em consequências de enorme repercussão no processo, pois atinge diretamente o direito material em discussão; já no âmbito das cautelares, o seu deferimento implica apenas em medida de proteção do processo, não se relacionando diretamente ao direito substancial em discussão, logo, devemos ter mais rigor na apuração dos elementos trazidos pelo requerente de uma medida antecipatória, do que no caso de concessão da tutela cautelar.

No entanto tal requisito por si só não permite o deferimento da antecipação da tutela, devendo ser combinado a um dos requisitos contidos nos incisos I e II do art. 273 do CPC.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 192.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.I, *ob. cit.*, p. 458.

3.1.2 - *Periculum In Mora*

Tal requisito está presente no inciso I do art. 273 do CPC, e identifica-se com o segundo requisito de concessão das medidas de natureza cautelar. Nesse caso a parte interessada deve ser capaz de demonstrar que a demora na prestação jurisdicional pode ocasionar em dano de difícil ou impossível reparação ao direito material suscitado na inicial. Cabe dizer que esse requisito é característico das tutelas de urgência, pois tem como escopo o combate aos efeitos negativos do tempo no processo.

Portanto, inicialmente, podemos ter a antecipação de tutela deferida com base na combinação do requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação e no *periculum in mora*, este por sua vez se verifica quando o direito material está diante do risco de sofrer um dano de difícil ou impossível reparação, nesses casos o magistrado “deve” conceder a medida antecipatória pleiteada, pois para Alexandre Freitas Câmara nessa situação “inexiste aqui qualquer discricionariedade judicial, sendo dever do juiz conceder a tutela antecipada nos casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão, sendo vedada a antecipação se algum requisito estiver ausente”³⁵.

3.2- Reversibilidade

O art. 273, §3º do CPC prevê que a antecipação de tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento. Disso deriva que a antecipação de tutela, além de conter sempre prova inequívoca da verossimilhança da alegação, que traz certa robustez ao provimento antecipatório, ela também deve ser reversível, o que lhe confere um caráter de provisoriedade, intrínseco às medidas de urgência, que se prestam tão somente a proteger o processo ou o próprio direito dos prejuízos do tempo.

Contudo, é importante ressaltar essa reversibilidade não pode ser tomada de forma absoluta, como bem explica o relator neste julgado:

“(…) é preciso ter me mente que a exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo,

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.I, *ob. cit.*, p. 455.

sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. Como bem observa o Professor Nelson Nery Júnior, “essa 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”³⁶.

Portanto, a reversibilidade nem sempre será requisito negativo para a determinação da concessão ou não da tutela antecipada, uma vez que no caso concreto o direito material em jogo pode não permitir sua aplicação, sob risco de comprometimento de um direito tutelado constitucionalmente como o direito à vida, inserido no caput do art. 5º, bem como o direito à saúde contido no art. 6º, ambos da Constituição Federal.

³⁶ Processo nº: REsp 144656 ES 1997/0052333-0. STJ. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Data da decisão: 05/10/1997. Órgão julgador: T2 –Segunda Turma. Data da publicação: 27/10/1997.

CAPÍTULO 4:

DIFERENÇAS ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS E AS MEDIDAS DE NATUREZA MISTA

Como foi exposto até aqui, percebe-se que existe uma sensível diferença entre os institutos da antecipação de tutela e da tutela cautelar. A diferença mais marcante reside no objeto de tais tutelas, já que no caso das medidas antecipatórias o foco está na proteção do próprio direito material discutido no processo em que se discute sua titularidade; já no caso das cautelares, o seu foco de proteção predominante é o processo, que é o instrumento pelo qual será obtido o provimento final que decidirá a demanda.

A natureza dessas medidas também não se confunde, isso porque a tutela antecipada possui clara natureza jurídica satisfativa, pois realiza o direito, ainda que sumariamente, enquanto que a medida cautelar possui natureza jurídica acautelatória, possuindo apenas referibilidade ao direito discutido no bojo do processo sob proteção.

Outra diferença reside no momento de obtenção, já que as cautelares podem ser obtidas tanto no bojo do processo cautelar, quanto no processo principal, o que não ocorre com a antecipação de tutela, a qual o único meio de obtenção é o processo principal onde se discute o direito material.

Para alguns autores, principalmente Alexandre Freitas Câmara, a característica da provisoriedade também seria capaz de diferenciar as medidas cautelares das antecipatórias, uma vez que para o autor a medida cautelar seria temporária, enquanto que a medida antecipatória seria provisória³⁷.

Relevante ponto de diferenciação entre as tutelas reside nos requisitos de sua concessão, isso porque para que seja concedida a medida cautelar é necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, já para a medida antecipatória de tutela, além deste último, também é necessária a comprovação da existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito este que apesar de incluir na sua composição o *fumus boni iuris*, com ele não se confunde, já que exige do magistrado um grau de cognição maior do que a mera plausibilidade do direito alegado. Tal diferença é de especial importância, uma vez que a medida

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições ...**, v.III. *ob. cit.*, p.23-24.

antecipada, por incidir diretamente no direito material é uma medida de grande repercussão no processo, por tal motivo exige uma maior certeza do que aquela necessária à concessão da medida cautelar.

A diferença entre as medidas cautelares e antecipatórias é abordada em diversos julgados, como neste do TJSP:

Com efeito, ainda que estivesse presente a necessidade de tutela jurisdicional, o procedimento adequado, em tese, não é o cautelar. Mas não é só. A ação aforada pela apelada tem feição eminentemente satisfativa, a qual não se coaduna com a índole e a sistemática legal adotada para reger o processo cautelar em referência. Nota-se, claramente, da análise das razões invocadas na petição inicial, que o apelante pleiteia, em verdade, a obtenção de provimento jurisdicional que adentra aos aspectos que ordinariamente estão sendo discutidos em torno da lide principal envolvendo as partes. Entretanto, o deferimento da cautela nos moldes requeridos, quer em sede liminar, quer em sede definitiva, importaria em exauriente resolução do próprio litígio envolvendo as partes, obtendo-se por via processo cautelar a providencia de direito material que necessariamente deve ser perseguida no processo principal. No caso vertente, busca o apelada, pela via facilitada do pleito cautelar, alcançar as conseqüências jurisdicionais que comumente seriam reservadas ao processo de conhecimento. Nesse sentido leciona LUIZ GUILHERME MARINONI, in verbis: "A sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como escreveu Donaldo Armelin, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar, verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter". Na mesma ordem de idéias, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, após consignar que, tendo por fito apenas garantir a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional satisfativa, "não pode, nem deve a medida cautelar antecipar decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória".

E continua o renomado processualista, "o processo principal tem por escopo a definitiva composição da lide, enquanto o cautelar apenas

visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide. Na verdade, o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo cautelar a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante. Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, posto que as medidas preventivas não são satisfativas mas apenas preservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva.³⁸

Reforçando a ideia de diferenciação entre as medidas cautelares e a tutela antecipada está Marinoni, quando afirma que:

(...) a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade.(...) A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material (...). Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses

³⁸ Processo nº: Apelação Com Revisão : CR -212142796 SP. TJSP. Relator: Antonio Marcelo Cunzolo Rimola. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado B. Data da decisão: 15/10/2008. Data da publicação: 30/10/2008. VOTO Nº 1.859 EMENTA - AÇÃO CAUTELAR - DIFERENÇA ENTRE PROCEDIMENTO CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - MEDIDA DE CUNHO SATISFATIVO - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE UTILIDADE NO PROVIMENTO - SENTENÇA REFORMADA, AINDA QUE NÃO PELOS MOTIVOS ALEGADOS EM SEDE DE APELO; Neste sentido, pela diferenciação entre as medidas cautelares e tutela antecipada: Processo nº: Apelação Com Revisão : CR 5121934200 SP- AÇÃO CAUTELAR - NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO CAUTELAR - DIFERENÇA ENTRE PROCEDIMENTO CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - MEDIDA DE CUNHO SATISFATIVO - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE UTILIDADE NO PROVIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. Órgão julgador: TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado B. Relator: Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. Data da decisão: 27/06/2008. Data de publicação: 17/07/2008; Processo nº AC 199951010591340 RJ. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA. Órgão Julgador: 8ª Turma Especializada. Data da decisão: 25/08/2009. Data de publicação: 02/09/2009. - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. NULIDADE DA SENTENÇA; TJ-SC - Agravo Regimental em Autos Suplementares em Medida Cautelar Inominada : MCI 234209 SC 2003.023420-9 CAUTELAR INOMINADA. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. PLEITO DE CUNHO SATISFATIVO. EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DO DEMANDANTE ACERCA DAS DIFERENÇAS ENTRE AÇÃO CAUTELAR E DE TUTELA ANTECIPADA.

excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material.³⁹

Quanto à concessão das medidas cautelares, esta pode se dar *ex officio* pelo magistrado em situações excepcionais, quando este entender necessário para garantir a efetividade do processo, seja ele cautelar ou principal, porém, o mesmo não ocorre nas medidas antecipatórias, uma vez que sua concessão depende de requerimento do interessado, como exige o art. 273, caput do CPC, isso porque nesse caso estamos diante de uma medida que repercute de forma direta sobre o direito material em discussão, implicando em uma decisão que poderá gerar prejuízos irreparáveis à parte contrária, situação retratada por Alexandre Freitas Câmara quando afirma que “não se pode olvidar a hipótese de a tutela antecipada ser, afinal, indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisarão ser reparados”⁴⁰.

Tais diferenças se aplicam à maioria das medidas cautelares e antecipatórias que, apesar da origem comum, apresentam peculiaridades que as distanciam e permitem sua individualização. No entanto, existem medidas que têm uma natureza mista, as quais apesar de exercer função acautelatória do processo (característica das cautelares), também acabam por repercutir no direito material em discussão (característica das medidas de antecipação de tutela), tais medidas são denominadas pela doutrina como “cautelares satisfativas”.

Ocorre que ainda não existe uma pacificação na doutrina e na jurisprudência acerca da forma de tratamento das tutelas de urgência como um todo, bem como no que diz respeito às medidas especificamente tratadas. E apesar de entender que prevalecem mais características diferenciadoras do que unificadoras das tutelas de urgência, entendemos ser possível a existência de uma medida que apesar de ter processamento nos moldes das medidas cautelares termina por gerar efeitos que afetam diretamente os rumos da titularidade do direito material.

Na maioria dos casos é fácil identificar o caráter eminentemente cautelar de determinado provimento, como é o caso do arresto, que é definido por Humberto Theodoro Júnior como:

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 5.ed. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições...**, v.I, *ob. cit.*, p. 455.

(...) medida cautelar de garantia da futura execução por quantia certa. Consiste na apreensão judicial de bens indeterminados do patrimônio do devedor. Assegura a viabilidade da futura penhora (ou arrecadação, se se tratar de insolvência), na qual virá a converter-se ao tempo da efetiva execução. É figura cautelar típica, com nítidas marcas da prevenção e da provisoriedade, posta a serviço da eliminação do perigo de dano jurídico capaz de pôr em risco a possibilidade de êxito da execução por quantia certa⁴¹.

O mesmo ocorre com as medidas antecipatórias de tutela, sendo incontáveis suas aplicações para garantir a satisfação da tutela pleiteada quando presente a urgência, como ocorreu neste julgado do TJPR:

A concessão da antecipação da tutela exige a presença dos seus pressupostos, consubstanciados na prova inequívoca capaz de fazer surgir a verossimilhança e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 2. O pressuposto da verossimilhança das alegações encontra-se pelo fato de a autora já vir recebendo tratamento domiciliar e não ter apresentado qualquer melhora em seu estado clínico além da não comprovação de alteração contratual a justificar a justificar a suspensão do procedimento. 3. O perigo de dano de difícil ou incerta reparação funda-se no fato de que a autora é pessoa idosa (90 anos), está acamada há mais de 10 anos e a não prestação do tratamento fisioterápico domiciliar pode comprometer consideravelmente a qualidade de vida diante dos riscos de internamento por complicações pulmonares. (...) 4. Ressalta-se que a presente medida é reversível, pois caso se conclua que inexistente cobertura para o tratamento domiciliar poderá a ré pretender o ressarcimento do "quantum" despendido. 4.1. Por fim, em se tratando de medida de caráter provisório, ou seja, possível de ser revista a qualquer tempo⁴².

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 553.

⁴² Processo nº: 8909793 PR 890979-3. TJPR. Relator: Arquelau Araujo Ribas. Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível. Data da decisão: 06/09/2012. "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. DECISÃO HOSTILIZADA QUE DEFERIU O TRATAMENTO FISIOTERÁPICO MOTOR E PULMONAR ATRAVÉS DO SISTEMA HOME CARE. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. REQUISITOS DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PRESENTES. DECISÃO MANTIDA".

Porém, o maior objeto de indagações na doutrina acerca das tutelas de urgência reside na identificação e aceitação da existência de uma zona gris entre as cautelares e medidas antecipatórias, vez que existem tanto autores, como Eduardo Talamini, que concordam com a existência de medidas dessa natureza, como se vê:

Inúmeras medidas encontram-se em uma zona cinzenta”, e entre o terreno inequivocadamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira “dúvida objetiva” – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade”⁴³.

Neste mesmo sentido afirma Humberto Theodoro Júnior:

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos a sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória⁴⁴.

Muitos autores, como Marinoni, não concordam com a existência de uma “medida cautelar satisfativa”, pois a seu ver:

(...) tutela cautelar (...) visa assegurar a viabilidade da realização do direito. Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição,

⁴³ TALAMINI, Eduardo. “Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Único”, in **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 2. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50. Disponível em: www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf, acesso em: 17/04/2013.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, ob. cit., p. 704.

pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida⁴⁵.

Na doutrina a sustação de protesto de título cambial é exemplo recorrente dessa medida integrante de uma zona gris entre cautelares e antecipatórias de tutela, onde se verifica muita divergência doutrinária, vez que autores como Ovídio Baptista, Galeno Larcerda e Kazuo Watanabe consideram que a sustação de protesto tem caráter cautelar, enquanto outros como Bedaque e Teori Zavascki defendem o caráter antecipatório dessa medida, ao passo que para Araken de Assis a determinação da natureza da sustação do protesto só poderá ser determinada com base na alegação do obrigado⁴⁶.

No contexto das cautelares típicas não faltam exemplos de medidas cautelares de natureza satisfativa, sendo esse o caso da Exibição, regulada nos artigos 844 e 845 do CPC, como explica Câmara quando afirma que: “nos casos em que exista um direito substancial à exibição, destinando-se a medida pleiteada a realizar concretamente tal direito, a medida terá natureza satisfativa, não cautelar”⁴⁷, e assim como dos Alimentos Provisionais, previstos nos artigos 852 a 854 do CPC, para os quais o referido autor afirma que: “inegavelmente, são capazes de satisfazer o direito substancial, isto é, de realizá-los na prática. (...) Trata-se, pois, de medida satisfativa sumária, tendo a mesma natureza que a tutela antecipatória”⁴⁸.

É clara a existência de medidas as quais não é possível definir a sua natureza, se cautelar ou satisfativa; porém, nesses casos ainda parece existir uma busca da doutrina em compartimentar as espécies de tutela de urgência e ignorando as medidas que têm um caráter indefinido. O fato é que tal indefinição não é prejudicial do ponto de vista teórico, mas sim do ponto de vista do processo, já que mesmo com a inserção do parágrafo 7º ao artigo 273 muitos autores insistem em

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória**. Disponível em: www.marinoni.adv.br/artigos.php#, acesso em 12/08/2013.

⁴⁶ BAGGIO, Lucas Pereira. **Fungibilidade...**, *ob. cit.* p. 20-22. TALAMINI, Eduardo. **Medidas Urgentes...**, *ob. cit.*, p. 50-51.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. III..., *ob. cit.*, p.152.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 180-181. Neste sentido, também se posicionam Ovídio Baptista da Silva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 385-387 e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *A Tutela de Urgência e o Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 108. Defendem a natureza cautelar dos alimentos provisionais Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. v.II. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 498-499; Lara de Toledo Fernandes. *Alimentos Provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 139; e Yussef Said Cahali. *Dos Alimentos*. 2.ed. São Paulo: RT, 1993, p. 659-660.

direcionar sua aplicação às medidas claramente cautelares e antecipatórias sob a justificativa da economia processual e da efetividade, pulando a parte mais difícil que é admitir que o referido parágrafo tem encaixe perfeito às hipóteses onde não há clara definição da natureza da medida.

CAPÍTULO 5:

A FUNGIBILIDADE DO ART. 273, §7º do CPC

A introdução, pela lei 10.444/2002, do §7º ao art. 273 do CPC, possibilitou que as medidas integrantes da *zona gris* das medidas de urgência passassem a receber tratamento adequado, tirando do magistrado o peso de deferir ou indeferir uma medida em razão dessa indefinição. Ocorre, porém, que por reticência de muitos doutrinadores em admitir a existência de medidas de natureza indefinida, ou apenas em razão do apego excessivo à compartimentação institucional até então praticada em relação às medidas cautelares e antecipatórias, foram criadas diversas interpretações para o citado parágrafo, resultando em julgados em posições divergentes, advogados requerendo o deferimento de medidas mesmo diante de erro grosseiro com fundamento no parágrafo 7º do art. 273 do CPC, tudo isso pela imaturidade no desenvolvimento de uma teoria da tutela de urgência.

As diferenças entre medidas cautelares e antecipadas são várias, mas existem aquelas medidas citadas anteriormente que se situam em uma condição limítrofe, que impossibilitam a determinação de sua natureza, se cautelar ou satisfativa, e nesse caso é possível afirmar que é para essa zona de nebulosidade que se destina o §7º, que só tem sentido de existir na medida em que contorna o risco de indeferimento da medida urgente em detrimento de questões de cunho meramente formais, como bem descreve Humberto Teodoro Júnior que entende tais formalidades como sendo de “rigor técnico classificatório⁴⁹” desnecessário e incoerente com a urgência inerente à realidade desses provimentos.

Pela aplicação do parágrafo 7º do art. 273 do CPC às medidas integrantes da zona gris, está Eduardo Talamini que afirma que:

Em situações como essas, em que há disputa séria e objetivamente exteriorizada acerca da natureza da medida de urgência, é dever do juiz, ainda que pessoalmente convencido de que a via adequada era a outra que não a adotada pelo requerente, relevar esse aspecto formal e passar à análise dos demais requisitos para a concessão da providência. Tal dever já existia

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, *ob. cit.*, p. 655.

mesmo antes da lei 10.444/2002 instituir o §7º no art. 273⁵⁰.

Mesmo considerando inapropriado admitir a existência de cautelares satisfativas, o próprio Luiz Guilherme Marinoni não ignora a existência do que chama de “zona de penumbra” das tutelas de urgência, e mais, afirma que:

O §7º do art. 273 alude a uma ideia de fungibilidade, e esta pressupõe duas espécies de providências que possam ser racional e justificadamente confundidas, (...). Com efeito, o §7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar)⁵¹.

Neste mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior admite a aplicação do §7º do art. 273 do CPC aos casos de dúvida acerca da natureza da medida, são suas palavras: “O novo texto dado ao art. 273, §7º, do CPC, ao disciplinar, expressamente, a necessidade de dotar a tutela de urgência de um mecanismo de fungibilidade, atendeu a reclamos que já vinham sendo formulados há algum tempo pela boa doutrina. (...)”⁵² e acrescenta que: “em muitos casos, haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, *in concreto*, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.”⁵³

Na interpretação de Alexandre Freitas Câmara:

a regra do §7º do art. 273 proíbe ao juiz indeferir uma medida cautelar sob o fundamento de que ela deveria ter sido requerida em processo autônomo e não incidentemente ao processo em que se busca a tutela satisfativa, bem como proíbe ao juiz o indeferimento de tutela sumária satisfativa sob o fundamento de que esta não deve ser postulada em demanda autônoma, mas incidentemente ao processo de conhecimento⁵⁴.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. “**Medidas Urgentes**...”, *ob. cit.*, p. 51.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**..., *ob. cit.*, p. 70.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito**..., *ob. cit.*, p. 657.

⁵³ *Idem*, *ibidem*, p. 657.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I, *ob. cit.*, p. 466.

Existem ainda autores como Baggio que entendem que o referido parágrafo deveria ser aplicado nos casos em que a medida cautelar é requerida incidentalmente como antecipação de tutela e vice versa, ou seja, quando a medida antecipatória é requerida em processo cautelar preparatório ou incidente⁵⁵. Recai sobre essa interpretação outra discussão, uma vez que alguns autores admitem apenas a concessão da medida cautelar requerida como antecipação de tutela, uma vez que os requisitos das cautelares por serem menos rigorosos do que aqueles exigidos quando do requerimento de antecipação de tutela permitem a sua concessão mesmo sob a denominação de tutela antecipada, já outros autores, considerando o gênero das tutelas de urgência como um todo, entendem ser possível a concessão das cautelares e tutelas antecipadas pela “via de mão dupla”⁵⁶.

Em entendimento jurisprudencial também é abordada a interpretação dada ao parágrafo 7º do art. 273 do CPC no sentido de admitir a “via de mão dupla”, como no trecho a seguir:

Assim, embora a literalidade do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil sugira que apenas se possa aproveitar o pedido de medida cautelar formulado a título de antecipação da tutela, é dado afirmar que também se deve admitir a formulação de pedido de natureza antecipatória da tutela sob o rótulo e a forma de medida cautelar⁵⁷.

⁵⁵ BAGGIO, Lucas Pereira. **Fungibilidade...**, *ob. cit.* p. 24-31.

⁵⁶ “Evidentemente, a regra da fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar não pode ser interpretada ao pé da letra do que dispõe o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, o novel instituto não só autoriza a concessão de tutela cautelar quando requerida tutela antecipatória, como também autoriza a concessão de tutela antecipatória quando requerida tutela cautelar. Não existe fungibilidade que comporte via única. Refere DINAMARCO que o “duplo sentido vetorial” da fungibilidade é evidente, na medida em que é “regra surrada” em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor, mas unicamente aos fatos narrados e ao pedido feito, importando apenas que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Ainda, segundo CARPENA, “mesmo que o legislador tenha sido pouco cauteloso ao referir nessa disposição legal apenas a possibilidade de o juiz deferir medida cautelar, erroneamente deduzida como antecipatória de tutela, sem fazer qualquer menção expressa à situação inversa, é óbvio, por via contrária lógica e pelo mesmo princípio teleológico, que se mostra possível o deferimento de medida antecipatória, requerida equivocadamente como cautelar”. (RUANOBA, Sebastian Watenberg. **Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro**. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sebastian%20Watenberg%20Ruanoba%20-%20formatado.pdf, p. 29-30, acesso em 18/03/2013.

⁵⁷ Processo nº 200851010155013. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa. Órgão julgador: 8ª Turma Especializada. Data da decisão: 21/07/2009.

O julgado exposto a seguir evidencia e demonstra claramente a falta de uniformidade na interpretação do art. 273, no seu parágrafo 7º do CPC tanto por advogados quanto por juízes, e ainda a controvérsia acerca das cautelares ditas satisfativas:

(...) 2.A r. sentença julgou extinto o processo sem análise de mérito com base no art. 267 inciso VI do CPC, por entender que o que se requer possui natureza satisfativa e pode ser obtido em sede de antecipação da tutela nos autos do processo cognitivo conforme a nova redação do art. 273 do CPC, motivo pelo qual falta ao autor interesse de agir na cautelar proposta. 3. Irresignado, o autor requer a reforma do *decisum*, alegando: a) que a medida que se requer não pode ser confundida com o que está sendo pleiteado na ação principal; b) que “a tutela de urgência objetivou tão-só preservar o status quo da lide com a manutenção do título de propriedade no qual gravita as obrigações questionadas na ação principal”; c) e que, ainda que fosse de natureza satisfativa, não há que se falar em impedimento para Juízo conhecer e dar a providência cabível eis que incide à espécie o § 7º do art. 273 do CPC (...) 2. O processo cautelar tem por base a tomada de medidas urgentes e temporárias cuja finalidade é garantir a eficácia da futura decisão a ser proferida em um processo de conhecimento (ou de execução). A ausência de tais medidas pode levar à ineficácia da prestação jurisdicional a ser conferida na ação principal em virtude do lapso temporal a que, em regra, tais processos encontram-se submetidos. 3. Das características das ações cautelares, duas podem ser aqui citadas: a instrumentalidade, ou seja, através da cautelar, o direito pleiteado na ação principal não perece pois fica resguardado pela medida de urgência que, na hipótese de o autor ter razão, é concedida; e a temporariedade, ou seja, quando surge a decisão final na ação principal, a medida concedida na cautelar extingue-se, não se eternizando no tempo. 4. Feitas tais considerações, observo que a pretensão autoral deduzida nos presentes autos possui caráter de satisfatividade, sendo certo que a tutela jurisdicional perseguida não se amolda ao procedimento eleito. Isto porque a satisfatividade, característica da tutela antecipada (art. 273 do CPC), se traduz pela identidade entre o provimento desejado, em caráter de urgência, e a decisão final a ser

proferida. A medida de urgência a ser, em tese, concedida nas ações cautelares, por outro lado, revestem-se de preventividade porque, além de não possuírem tal identidade, prestam-se apenas a impedir que o direito tutelado na ação principal não desapareça. 5. Destarte, o que o autor pleiteia nada mais é do que provimento que não possa ser obtido em sede de ação principal, o que inevitavelmente faz concluir que a medida requerida possui, de fato, a natureza satisfativa segundo entendeu o MM. Juízo de Primeiro Grau e que o levou a julgar extinto o processo sem examinar o mérito do pedido cautelar. (...) 7. Deve-se ter em mente que o nosso ordenamento jurídico não admite ação cautelar de cunho satisfativo, pois, ao contrário do que aqui se vislumbra, tem como finalidade garantir a utilidade bem como a eficácia da tutela jurisdicional a ser perseguida em sede de ação de conhecimento. Se assim não fosse, estar-se-ia autorizando, por via transversa, uma espécie de execução provisória (...)10. E com relação à aplicação do § 7º do art. 267 do CPC, é bom lembrar que embora o legislador tenha estabelecido a fungibilidade das medidas de urgência, mencionou apenas a hipótese de o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar e não a possibilidade inversa. Portanto, somente é admitida a fungibilidade para substituir um pedido de tutela antecipada por provimento cautelar, haja vista que os requisitos para a concessão da tutela antecipada seriam mais rigorosos do que os pressupostos da medida cautelar⁵⁸.

Saltam aos olhos situações em que um mesmo relator aplica de forma diversa um mesmo dispositivo legal, vez que no julgado mencionado acima o Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirmou ser possível apenas a fungibilidade em uma única via, nos casos em que é requerida tutela antecipada, mas na verdade se trata de providência de natureza cautelar, enquanto que, em um outro processo, o mesmo julgador já admite a possibilidade da fungibilidade de “mão dupla”, quando afirma que:

(...) Em ambos os casos a providência de urgência almejada é a mesma, quer em sede de

⁵⁸ Processo nº: 200451010206696. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Órgão julgador: Sexta Turma Especializada. Data do julgamento: 09/11/2009. Data da publicação: 23/11/2009.

liminar requerida, quer em sede de tutela antecipada. 3 – Apesar da permissão concedida pelo art. 273 § 7º do CPC quanto à fungibilidade das medidas de urgência – medida cautelar e antecipação de tutela – deve-se entender que tal não implica na dedução, em dois processos distintos, da mesma providência jurisdicional de urgência. 4 – Isto porque o juiz pode converter tanto o pedido de tutela antecipada em medida cautelar quanto o pedido de medida cautelar em antecipação de tutela, não incorrendo em ilegalidade. (STJ-RT 858/204:2ª T., Resp 222.251). 5 – A presente ação é cautelar incidental à ação ordinária em que foi formulado pedido de antecipação de tutela com o mesmo fim. Não se justifica a propositura de ação autônoma visando obter medida cautelar que pode ser perfeitamente concedida no âmbito do processo de conhecimento⁵⁹.

Diante do exposto é impossível negar que existe uma profunda divergência na teoria das tutelas de urgência, principalmente no que tange ao reconhecimento da dita “cautelar satisfativa”, que é parte de uma zona cinzenta localizada entre as medidas cautelares e antecipatórias, e em decorrência desse problema todas as inovações legais terminam por sofrer inúmeras interpretações que em muitas situações demonstra certo desconhecimento acerca da matéria.

E é nesse contexto que emerge a face negativa da instrumentalidade, muito bem explicitado por Dinamarco quando afirma que:

A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. (...) Mais do que isso, gera a falsa impressão de que os sucessos do processo criem direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material existente entre elas(...)⁶⁰.

Não adianta que o legislador, no intento de instrumentalizar e conferir efetividade aos procedimentos, encerre por pular as fases normais de desenvolvimento de um instituto, forçando uma fungibilidade entre as tutelas de

⁵⁹ Processo nº: AC 1999.02.01.061790-8. TRF 2ª Região. Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Órgão julgador: Sexta Turma Especializada. Data Decisão: 13/04/2009. Data da publicação: 27/04/2009.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, p. 316.

urgência, sem que de fato exista pelo menos o reconhecimento da existência da espécie de tutela de urgência que gerou o desenvolvimento do citado parágrafo.

E mais, ao invés de proporcionar a segurança que as partes tanto necessitam para que realmente seja proporcionado seu devido acesso à justiça, as mesmas se veem posicionadas em meio a um campo de batalha, uma vez que cada jurista atribui à uma mesma norma diversas interpretações, muitas delas podendo ser usadas para fins meramente protelatórios, e outras que impedem o acesso ao direito material pela parte em decorrência da interpretação diversa do magistrado das circunstâncias autorizadoras da concessão ou não da tutela de urgência.

Mais uma vez Dinamarco, ainda tratando da face negativa da instrumentalidade acaba por descrever situação próxima à enfrentada hoje no contexto das tutelas de urgência, assim afirmando que:

Por outro lado, a observância empírica da ordem processual e das formas do procedimento, com prevalência da cláusula *due process of law*, é reconhecidamente penhor de segurança para os contendores. Sem transformar as regras formais do processo “num sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto”, mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”. O processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes⁶¹.

Portanto, vemo-nos em uma situação complicada, já que o dispositivo legal contido no parágrafo 7º do art. 273 do CPC é estruturado em uma teoria que ainda carece de desenvolvimento, e ainda esbarra em muitas situações no formalismo excessivo do magistrado, ainda crente de que a separação absoluta entre as espécies de tutela de urgência é a solução mais adequada aos conflitos interpretativos⁶².

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, *ob. cit.*, p. 317-318.

⁶² Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior. **Curso...**, *ob. cit.*, p. 657. “(...) 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”.

CAPÍTULO 6: CONCLUSÃO

O presente estudo buscou fornecer um panorama geral acerca das tutelas de urgência, suas características e espécies, principalmente no que tange à afirmação da existência de uma zona gris entre as mesmas e o seu tratamento conferido pelo legislador com vistas ao esclarecimento das circunstâncias de aplicação e interpretação dessas medidas indefinidas.

O reconhecimento da existência das ditas “cautelares satisfativas” parte de uma “zona de penumbra” entre as medidas cautelares e antecipatórias é o primeiro passo para a obtenção de um maior desenvolvimento teórico das tutelas de urgência de uma forma geral.

E ainda, mesmo com a inserção do §7º ao art. 273 do CPC, devemos ter cautela quanto à sua interpretação, uma vez que tal dispositivo permite na verdade um encaixe entre as medidas de natureza indefinida aos procedimentos previstos para as medidas cautelares tanto incidentes quanto antecedentes, bem como ao próprio processo ordinariamente concebido.

A restrição da interpretação do art. 273, §7º deve envolver todos os casos em que é indefinida a definição da natureza da medida, tanto quando estamos diante de requerimentos classificados como cautelares, mas, com natureza satisfativa, quanto naquelas situações em que apenas o contexto fático trazido pela parte poderá definir a “intenção” da medida, se acautelatória ou satisfativa.

A interpretação no sentido de permitir a fungibilidade entre as medidas requeridas de forma antecedente que na verdade deveriam, na interpretação do magistrado, terem sido requeridas incidentemente, é uma expressão da instrumentalidade processual, e por conseguinte deve ser incentivada, uma vez que permite que as partes tenham a segurança, uma vez que, seja de forma antecedente ou incidente, um pedido de tutela de urgência impõe uma celeridade e facilitação no seu julgamento, sob risco de perecimento dos elementos necessários ao estabelecimento da titularidade do direito material quanto do próprio direito material.

Já a concessão de tutela antecipada, quando requerida sob a denominação de medida cautelar ou vice-versa, só pode ser admitida quando inexistente o chamado “erro grosseiro”. Isso porque não é aceitável invocar a fungibilidade quando existe expressa disposição legal que defina o meio adequado a

ser utilizado. Quando houver confusão entre medidas claramente cautelares e antecipatórias, resta ao magistrado buscar seja por meio de determinação de emenda à inicial (art. 284 CPC), ou mesmo com a convocação de audiência com a intenção de esclarecer o equívoco.

Portanto, mesmo com as divergências interpretativas e a imaturidade no tratamento das tutelas de urgência, é preciso ter em vista a instrumentalidade do processo, em seu sentido positivo, pois só assim as partes realmente terão o acesso à justiça.

O sistema das tutelas de urgência deve ser mais desenvolvido pela doutrina, possibilitando uma redução dos conflitos que ficam sem solução ou recebem solução inadequada. A criação de futuros dispositivos deve se dar em um contexto de desenvolvimento teórico mais robusto e em conformidade com as necessidades dos requerentes de tais providências, sob risco de se perder em uma previsão vazia e de pouca aplicação prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGGIO, Lucas Pereira. **Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no processo civil brasileiro.** Artigo extraído do site: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Pereira%20Baggio%20-formatado.pdf>, acesso em 19/02/2013.

BRASIL. **Constituição Federal, Código de Processo Civil.** Mini Vade Mecum Civil. Organizadores: Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior, Brunno Pandori Giancoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol. I. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol. III. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 15ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da tutela.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória.** Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php#>, acesso em 12/08/2013.

_____. **Processo Cautelar.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RUANOBA, Sebastian Watenberg. **Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro.** Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sebastian%20Watenberg%20Ruanoba%20-%20formatado.pdf>, acesso em 18/03/2013.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime único.** Revista Dialética de Direito Processual. Volume 2. São Paulo. 2003. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf, acesso em 17/04/2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume II. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005.