

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

TUTELAS DE URGÊNCIA – A importância da aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada para uma maior efetividade da tutela jurisdicional

Caio Tirapani Adum Resende

Juiz de Fora

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

TUTELAS DE URGÊNCIA – A importância da aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada para uma maior efetividade da tutela jurisdicional

Projetos de monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual Civil, apresentado pelo Acadêmico CAIO TIRAPANI ADUM RESENDE à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob orientação da Professora MÔNICA BARBOSA DOS SANTOS

Juiz de Fora

2011

Caio Tirapani Adum Resende

TUTELAS DE URGÊNCIA – A importância da aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada para uma maior efetividade da tutela jurisdicional

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Data da defesa: 28/11/2011

Prof^a. Mônica Barbosa dos Santos

Prof. Pierre Portes dos Santos

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza

Dedico este trabalho a minha família, pelo amor e incentivo em todos os momentos dessa longa caminhada

À Isabela, por ter vivido intensamente a construção deste estudo ao meu lado

Aos amigos, irmãos fundamentais em todo o processo de criação deste trabalho

Ao Victor e ao Gabriel, por toda disposição e determinação em me ajudar a ter acesso às principais obras que embasaram este trabalho

Ao Pierre, amigo cuja influência foi determinante não só para a escolha do tema, mas ao gosto pelo Direito Processual Civil

À Orientadora Professora Mônica Barbosa dos Santos, pelo exemplo de profissional, pela simplicidade e atenção com seus orientados e alunos.

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado é vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”.

(Anatole France)

RESUMO

O presente trabalho investiga, através de uma análise jurídico-teórica, a relação existente entre as tutelas satisfativas e as tutelas cautelares. A partir de um raciocínio fundamentado na evolução processo e tomando como ponto de partida a estrutura ontológica de tais tipos de provimento, pretende-se argumentar a favor do tratamento de ambas como espécies do mesmo gênero. Pretende-se, ainda, demonstrar que o estudo caminha ao lado das novas tendências legislativas no cenário nacional, em especial pela introdução do §7º do artigo 273 do CPC, que introduziu o instituto da fungibilidade entre as duas tutelas, e pela discussão em torno do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que apresenta as medidas cautelares e antecipatórias de forma conjunta, espécies do gênero tutelas de urgência.

Palavras-chaves: acesso à justiça, efetividade, tutela cautelar, tutela antecipada, tutelas de urgência, fungibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I: ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	
1.1. A evolução do direito processual.....	8
1.2. Acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional.....	9
1.3. Efetividade e duração razoável do processo.....	10
CAPÍTULO II: TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA	
2.1. Tutela Cautelar.....	14
2.1.1 Ação, processo e medida cautelar.....	15
2.1.2 Características.....	16
2.1.3 Requisitos específicos da tutela cautelar.....	18
2.1.4 Poder geral de cautela.....	20
2.2. Tutela antecipada.....	22
2.2.1 Evolução histórica.....	22
2.2.2 Requisitos gerais da tutela antecipada.....	25
2.2.3 Requisitos específicos da tutela antecipada.....	28
CAPÍTULO III: A IMPORTÂNCIA DA APROXIMAÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA	
3.1 A tradicional distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.....	31
3.2 Tutela antecipada e tutela cautelar: espécies do gênero tutelas de urgência.....	33
3.2.1 Técnicas de cognição sumária e garantias à efetividade do processo.....	34
3.2.2 Provisoriedade.....	39
3.2.3 Tutelas de urgência: a necessidade do tratamento conjunto.....	41
CAPÍTULO IV: REFLEXOS DA PREOCUPAÇÃO COM A EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	
4.1 A fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.....	43
4.2 As medidas de urgência e o Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

A efetividade das decisões judiciais ganha, a cada dia, maior destaque e relevância em todas as discussões sobre a sistemática do direito processual civil brasileiro. Nessa esteira, o estudo das tutelas de urgência ganha força, eis que estas constituem, talvez, os mais importantes instrumentos para a concretização dos princípios basilares do processo civil brasileiro, em especial o princípio da efetividade do provimento jurisdicional.

O presente trabalho investigará a relação existente entre as tutelas satisfativas e as tutelas cautelares. Assim sendo, a partir de um raciocínio fundamentado na evolução do processo e tomando como ponto de partida a estrutura ontológica de tais tipos de provimento, pretende-se argumentar a favor do tratamento de ambas como espécies do mesmo gênero.

Dessa feita, o estudo terá como objetivo tentar minimizar todas as celeumas doutrinárias a favor da distinção entre as duas medidas, focando a pesquisa nos elementos comuns a ambos, de forma que seja dada prioridade à efetividade dos provimentos jurisdicionais, em detrimento às discussões de natureza eminentemente teóricas, que em nada privilegiam o princípio constitucional do acesso à justiça.

Mais do que isso, o estudo pretenderá demonstrar que há uma gradual aproximação entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa em sede legislativa, iniciada com o advento da Lei 10.444/02, que acrescentou ao artigo 273, que trata do instituto da tutela antecipada, o parágrafo 7º, que consubstanciou a chamada fungibilidade das medidas de urgência.

Por fim, os argumentos apresentados são corroborados ainda mais a partir da análise do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que já se encontra em fase de discussão legislativa. De acordo com tal código, a tutela antecipada e a tutela cautelar passam a ser tratadas de forma conjunta, englobadas pela espécie “medidas de urgência”, indo exatamente ao encontro do que se pretenderá defender, numa excelente iniciativa do legislador na luta contra a inefetividade da tutela jurisdicional.

CAPÍTULO I

ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

1.1 A evolução do direito processual

O debate em torno das tutelas de urgência no ordenamento pátrio deve passar, inicialmente, pela discussão acerca da transformação que o conceito de processo e, conseqüentemente, o conceito de direito processual passaram ao longo dos anos.

Em um primeiro momento, o direito processual não era dotado, sequer, de autonomia científica. O processo era tratado como mero apêndice do direito material, sob um viés notadamente procedimentalista. Desta forma, percebia-se uma forte prevalência do direito material, que era tratado como verdadeiro direito substantivo, enquanto, por outro lado, o processo era tido como um simples conjunto de técnicas e formalidades voltadas para a atuação prática e objetiva do direito material.

Por todas as razões expostas, era claro que o processo era tido como um direito adjetivo, que só existiria acompanhado do direito material, delineando as formas e procedimentos para a consecução do mesmo.

Contudo, a partir dos estudos desenvolvidos pelos alemães em torno da “actio” romana, a concepção do processo passou por profundas mudanças. Merece destaque, nessa fase, os trabalhos desenvolvidos por Oskar von Bülow, cuja obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções processuais” é tida por muitos como o marco inicial da autonomia do direito processual.

A partir das ideias de Bülow, houve uma ruptura entre o direito processual e o direito material. O renomado jurista alemão admitiu a existência de uma relação jurídica de cunho distinto daquela levada ao exame da atividade jurisdicional. Coexistia, de um lado, a relação jurídica de direito substancial - que rondava em torno do conteúdo de direitos e de obrigações dos sujeitos constantes da relação jurídica – e, paralelamente, a noção de uma relação jurídica de direito processual, da qual participavam autor, juiz e réu.

Tal fase erigiu o processo como ramo autônomo da ciência jurídica. A partir de tal autonomia, passaram a predominar os estudos voltados para a construção dos conceitos primordiais do direito processual, tais como os de ação, processo e coisa julgada.¹

Contudo, a despeito de sua incontestável importância para a construção do processo como ele é atualmente, a fase procedimentalista, construída sob os ideários de um Estado Liberal, acabou tornando o processo um instrumento demasiadamente técnico, completamente distante da realidade social.

A constante evolução da sociedade e dos meios tecnológicos, que contribuíram para o surgimento de novos direitos, aliada ao caráter social que o Estado passou a ter, que cada vez se demonstra mais preocupado com a tutela de seus cidadãos, culminaram no advento de uma nova perspectiva do direito processual.

Nesse cenário, ganha relevância a indagação de qual o real valor das regras impostas à comunidade, se não houver uma maneira eficaz de realizá-las em caso de descumprimento. Buscando respostas para tal questão, ganha contornos um novo modelo processual, cujo escopo principal é conferir maior instrumentalidade para efetivação do direito material.

1.2 Acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional

Inaugurado o período instrumentalista do processo, este passa a constituir um meio de fazer com que o direito material não atendido naturalmente pelos indivíduos possa ser colocado em prática de forma coercitiva e efetiva. E é justamente no campo da efetividade que se percebe o traço distintivo da atual concepção de processo.

A partir do momento em que o Estado veda a prática da autotutela, retirando dos particulares a possibilidade de solucionar por si mesmos eventuais conflitos de interesses e trazendo para si todas as funções jurisdicionais, é dever do mesmo prover

¹ Sobre a fase discutida, merecem destaque os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco: “Foi nessa segunda fase que os processualistas se aperceberam de que o processo não é um modo de exercício dos direitos colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz – a tutela jurisdicional.”

ao titular do direito violado ou ameaçado resultado semelhante ao que seria verificado caso a norma legal fosse respeitada espontaneamente.

É exatamente sobre tal premissa que é erguida uma das principais bases constitucionais do direito processual brasileiro, consistente no princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da tutela jurisdicional, insculpido pelo legislador no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na verdade, pode-se dizer que o ordenamento brasileiro confere ao cidadão uma garantia muito além da possibilidade de ter os conflitos de interesses analisados pelo Poder Judiciário. Muito mais do que isso, é dada ao cidadão uma real garantia de que a prestação jurisdicional será a mais efetiva possível, buscando sempre restaurar da melhor forma o *status quo ante*. O direito de ação consiste, na verdade, em uma busca por um processo civil de resultados. Nesse ponto do estudo, merece destaque a lição do processualista José Roberto dos Santos Bedaque, que assim ensina:

Nessa medida, o direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema, de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas a garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será mais uma daquelas figuras retóricas, meramente formais e vazias de conteúdo.²

1.3 Efetividade e duração razoável do processo

Como explicado no item supra, a atividade jurisdicional do Estado representa uma nítida resposta à vedação da autodefesa privada. Uma vez proibida tal conduta, faz-se mister conceder ao titular de um interesse juridicamente protegido uma

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.78

tutela que se aproxime ao máximo daquilo que lhe é garantido pelo direito substancial, mas que não foi efetivado de forma natural.

Contudo, a atividade jurisdicional do Estado se depara com uma série de obstáculos, que acabam por comprometer seriamente a efetividade de seus atos. Dentre tantas barreiras, um dos fatores mais graves que contribuem para a falta de efetividade da tutela jurisdicional é o decurso de tempo verificado entre a violação do direito e a sua futura satisfação através do processo.

Na verdade, o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo cognitivo agrava o interesse do titular de direito violado, que vê a sua situação ainda pior com a incidência do chamado dano marginal, aquele causado ou majorado pela duração do processo.

O legislador constituinte, mais uma vez demonstrando-se preocupado com a efetividade do provimento jurisdicional, consolidou mais uma garantia constitucional do processo, qual seja, a sua duração razoável, através da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou ao já citado art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É claro que o tempo é um fator indissociável ao processo. O transcurso temporal é essencial para que seja possível colocar em prática todas as garantias constitucionais que lhes são afetas, tais como o contraditório pleno, a ampla defesa e a publicidade dos atos.

Contudo, é cediço que hodiernamente o lapso temporal exigido para o desenvolvimento e conclusão de um processo vem sem apresentando muito além do razoável. A despeito do esforço do legislador, garantir que o processo tenha duração exígua é uma tarefa árdua.

Vários são os fatores que contribuem de forma incisiva para a demora do processo. Uma série de incidentes processuais previstos no sistema, a facilidade de acesso às instâncias superiores, aliados a uma série de outros fatores contribuem para a construção de um cenário desalentador no que tange à duração do processo,

agravado diametralmente pela flagrante deficiência estrutural do Poder Judiciário.³ É possível falar, portanto, em uma duração patológica do processo, muito além da duração necessária para a natural promoção de todas as garantias constitucionais processuais, tornando o dano marginal um fardo quase tão pesado às costas do cidadão quanto à própria violação do direito substancial.

Desta feita, cabe ao processualista se lançar na busca de mecanismos que visem diminuir o dano marginal, de forma que o processo cumpra com seus escopos institucionais, garantindo ao autor que tenha razão uma tutela tempestiva e eficaz. Justamente tomando por base tais aspectos, é possível perceber a existência de uma série de medidas e institutos destinados a amenizar os males do tempo na prestação jurisdicional, tais como a suspensão da prescrição, a denunciação da lide, a execução provisória de sentença e a execução de títulos extrajudiciais.

É exatamente nesse contexto que ganham fundamental importância as tutelas de urgência, que ocupam posição protagonista no presente trabalho. Uma das principais técnicas pelas quais se torna possível remediar os efeitos danosos que o tempo pode gerar consiste na possibilidade de sumarização da atividade cognitiva, conferindo maior rapidez à solução do litígio.

Importantíssimo destacar outra lição precisa de José Roberto Bedaque, que assim dispõe:

A garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção

³ Os inúmeros fatores que contribuem para a demora do provimento jurisdicional podem ser claramente compreendidos a partir das lições de Luiz Gustavo TARDIN, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 56, onde se lê: “Número diminuto de magistrados na ativa, quantidade ínfima de serventuários da justiça, ausência de previsões orçamentárias e de planos de gestões administrativas contribuem para o colapso hoje implantado. Ademais, além das causas internas ao Poder Judiciário, não se pode esquecer do crescente volume de demandas hoje ajuizadas. O cidadão mais consciente de seu direito, provoca mais a atuação jurisdicional do que outrora. Com a onda do acesso formal à justiça, isto é, com a implementação de mecanismos facilitadores do ingresso em juízo, a comunidade passou a demandar mais. A criação de defensorias públicas, conquanto ainda precárias em vários Estados, as assistências judiciárias das instituições de ensino e a grande leva de profissionais de direito que todo ano deságuam no mercado de trabalho contribuem decisivamente para o crescimento do número de demandas propostas. (...) A Constituição Federal de 1988, por seu turno, trouxe à baila uma gama de direitos e garantias que, de certa maneira, propiciaram uma onda de litígios motivada por essas novas prerrogativas. A positivação dos direitos fundamentais, ao lado das garantias firmadas em tratados internacionais (...), cria um ambiente tendente a facilitar a provocação da jurisdição em caso de ameaça ou violação de tais direitos.”

requerida. Isso pressupõe o poder de pleitear a adoção de medidas idôneas e suficientes para adequar, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada. São providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos desse suposto direito.⁴

Destarte, o presente estudo busca provar que as tutelas jurisdicionais diferenciadas, aqui capitaneadas pela tutela cautelar e pela tutela antecipada, representam os mais importantes instrumentos de que é dotado o processo brasileiro na luta contra a morosidade do Poder Judiciário e em prol de uma máxima efetividade da tutela jurisdicional.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.85

CAPÍTULO II

TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Uma vez apresentadas as tutelas de urgência como instrumento processual com vias a amenizar os males do tempo, proporcionando, assim, uma maior efetividade da tutela jurisdicional, torna-se essencial um breve estudo acerca dos principais temas de cada um dos institutos, de forma que se seja possível compreender a profunda relação e interação entre eles existente.

2.1 Tutela Cautelar

Conforme esboçado até o momento, o tempo é um fator inerente ao processo. Nessa linha, o desenrolar dele pode acarretar o desaparecimento dos meios necessários à total satisfação do direito substancial pleiteado em juízo. Surge, então, a necessidade de se criar um mecanismo para garantir que o processo, uma vez findado, devolva ao titular de um direito violado uma tutela o mais próxima possível do direito em estado natural, como seria caso não houvesse a sua violação.

Para visualizar a importância prática do processo cautelar, é de toda conveniência a citação de um exemplo dado pelo eminente processualista Misael Montenegro Filho. Imagine-se a situação de um portador de um título de crédito que se depara com o comportamento do devedor no sentido de alienar todo o patrimônio que se encontra em seu nome, para evitar sejam os bens atingidos por penhora judicial futura.⁵ No caso descrito, é patente a necessidade de um provimento judicial cautelar no sentido de impedir o devedor de alterar seu estado patrimonial, evitando que a possível futura execução venha a se demonstrar infrutífera. E é exatamente esse o objetivo da tutela cautelar.

⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

2.1.1 Ação, processo e medida cautelar

Nesse ponto, a fim de evitar possíveis embaraços terminológicos, é de suma importância tecer uma breve diferenciação entre ação cautelar, processo cautelar e medida (tutela) cautelar. É que não raro é possível ver operadores do direito em geral utilizando tais conceitos de forma indistinta, sem um critério jurídico mais refinado.

Como dito, a noção de jurisdição se refere à função assumida pelo Estado no sentido de pacificar os conflitos de interesses, já que não é admissível, via de regra, o exercício da autodefesa. Como vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da inércia da jurisdição, é necessário que o interessado provoque o Estado, o que é concretizado através do exercício do direito de ação.

Sendo assim, ação cautelar é o direito subjetivo que assiste ao jurisdicionado de ter a sua situação analisada e resolvida pelo Estado, direito este decorrente do monopólio estatal sobre a jurisdição. A ação cautelar é, nesses termos, o ato de impulsionar a atividade jurisdicional cautelar.

A partir do exercício do direito de ação, instaura-se o processo, visto como um meio ou um instrumento utilizado pelo Estado para se liberar do dever de prestar a função jurisdicional, processo este que se desencadeia através da prática de uma série de atos.

A medida cautelar, por sua vez, consiste em um ato processual que efetiva no mundo dos fatos a providência pleiteada. A serventia maior do processo cautelar é, após a manifestação do direito de ação por parte do interessado, a obtenção de uma medida de urgência, de forma que seja possível tutelar a situação jurídica que se encontra em estado de perigo.

Em resumo, uma vez verificado receio de que os atos praticados pela parte contrária ou que a demora natural do processo possam gerar riscos de perecimento do direito substancial, o interessado pode valer-se do direito de ação cautelar, visando obter uma medida de urgência a ser deferida em um processo cautelar ou no curso do processo principal, a partir do advento da Lei nº 10.444/2002, que positivou a fungibilidade entre as medidas de urgência e flexionou a instauração autônoma do processo cautelar, tema que será alvo de debates nos capítulos infra.

Por fim, vale lembrar que para o enfoque que será adotado nas próximas linhas do presente estudo, é irrelevante o aspecto da modalidade de cautelar ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Na verdade, importará descobrir apenas a natureza sumária da decisão, seja esta acautelatória ou antecipatória.

2.1.2 Características

Desta feita, o processo cautelar surge com o escopo de assegurar meios extrínsecos à relação jurídica processual para garantir a utilidade prática da ação que discute o direito material violado ou ameaçado. É exatamente daí que se depreende a primeira característica da tutela cautelar, qual seja, a sua instrumentalidade.

Conforme visto no capítulo anterior, o conceito de processo passou por profunda evolução ao longo dos anos, até chegar ao modelo adotado hodiernamente. Fundamentado pelo princípio do acesso à justiça, o processo é um instrumento utilizado pelo Estado como forma de realização efetiva do direito material violado. Já a tutela cautelar é, na medida em que atua para a realização de um outro processo, um “instrumento do instrumento”, conforme expressão utilizada por Piero Calamandrei.

O ilustre jurista da escola italiana acerta em cheio ao caracterizar a instrumentalidade da tutela cautelar, assim lecionando:

Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que através deles é atuado, nos provimentos cautelares se verifica uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto a um melhor proveito do provimento definitivo, que por sua vez é um meio para a atuação do direito; são, pois, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.⁶

Outra característica marcante da tutela cautelar consiste na sua provisoriedade. Isso porque o provimento cautelar não tem existência indefinida, já que

⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 176

sua eficácia está diretamente relacionada à resolução da demanda principal, cuja sentença virá confirmar ou revogar o pronunciamento dado em sede de cautelar. Desta feita, a medida cautelar deferida manterá sua eficácia até que seja verificada a satisfação da pretensão pleiteada na ação que discute o direito material principal, ou até sua real necessidade, quando caducará em termos jurídicos.

Da provisoriedade da tutela de natureza cautelar decorre mais uma de suas características, consistente na circunstância de revogabilidade a qualquer tempo caso seja constatado o desaparecimento de um ou de ambos os requisitos sobre os quais se sustenta. Em outras palavras, a medida cautelar não só pode, mas deve ser revogada caso haja alteração das circunstâncias anteriormente presentes.

O legislador pátrio deixou claro o caráter revogável de tais medidas, como se percebe a partir da leitura do artigo 807 do Código de Processo Civil (CPC), que assim aduz:

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

Na mesma esteira, a revogabilidade da providência cautelar pode se demonstrar pela possibilidade que o magistrado tem, a qualquer tempo, de substituir a providência por outra de mesma índole, desde que conste provado que a adoção da nova medida acarretará efeitos menos gravosos ao réu. É o que se entende da redação do artigo 805, também do CPC, *ipsis litteris*:

Art. 805 - A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Do mesmo artigo se depreende outra característica dos provimentos cautelares, qual seja a sua fungibilidade. Em decorrência do princípio da menor onerosidade para o requerido, o artigo 805 institui em favor dele o direito subjetivo de ter trocada a medida cautelar deferida por uma caução ou por outra medida menos

gravosa, desde que os resultados verificados sejam potencialmente os mesmos da antiga medida. É possível que se diga, por conseguinte, que o jurisdicionado tem o direito à uma proteção cautelar, mas não à uma proteção específica.

2.1.3 Requisitos específicos da tutela cautelar

O mérito dos provimentos de natureza cautelar é erigido sobre dois requisitos específicos, designados pelas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O primeiro decorre diretamente do escopo da tutela cautelar. Uma vez que o processo cautelar é um dos meios de combate aos males do tempo sobre o processo, é necessário que o mesmo se desenvolva de forma célere, sob pena de ser, também ele, privado de qualquer efetividade.

O *fumus boni iuris*, a “fumaça do bom direito”, diz respeito ao juízo de probabilidade realizado pelo juiz, decorrente de cognição superficial, não exauriente, da relação material. Desta forma, até mesmo pelo caráter provisório e revogável da tutela cautelar, cabe ao magistrado analisar a plausibilidade do direito invocado, através de um juízo de probabilidade do direito afirmado, sob a técnica de cognição sumária.

Não cabe ao juiz, no âmbito das cautelares, exaurir a cognição, examinando plenamente o direito material invocado pelo interessado, o que acabaria por tornar a tutela cautelar um instrumento dotado de completa inutilidade, dado à própria urgência da medida preventiva.

Pelo contrário, cabe ao Estado-Juiz verificar a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, de modo que seja provável que as alegações feitas venham a ser confirmadas posteriormente, quando do julgamento definitivo da demanda principal.

Sobre o tema, merecem guarida as lições de Misael Montenegro Filho, que descreve com brilhantismo o requisito ora analisado, *in verbis*:

Na situação que envolve o *fumus boni iuris*, que é um decréscimo da verossimilhança, e um decréscimo ainda maior do direito líquido e certo, percebemos que há uma possibilidade de que as alegações do autor sejam verdadeiras, mas algo ainda muito superficial, a reclamar ampla produção de

provas, a serem colhidas no palco da ação principal. Não obstante a superficialidade da prova, e por um juízo de probabilidade, autoriza-se o deferimento da medida cautelar em favor do autor. (...) No panorama da cautelar, e no que atine ao *fumus boni iuris*, podemos conceituá-lo como o juízo superficial (por que menor do que o direito líquido e certo e a verossimilhança da alegação) de probabilidade (ou o cálculo da probabilidade, no dizer da doutrina) da existência do direito afirmado pelo autor, justificando seja deferida medida de urgência, mesmo sem o estabelecimento do prévio contraditório, o que ocorrerá em momento posterior (...) ⁷

O outro requisito exigido para a concessão de tutela cautelar é o *periculum in mora*, cuja tradução remonta ao perigo na demora da prestação jurisdicional. Tal requisito decorre exatamente da natureza da medida cautelar, uma modalidade de tutela de urgência, cujo principal objetivo é assegurar a efetividade de um futuro provimento sempre que se estiver diante da iminência de não alcançar os resultados dele esperados.

Nesses termos, além do juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo interessado, deve o magistrado observar se o decurso de tempo gasto até que seja proferido provimento definitivo pode tornar tal decisão ineficaz.

Desta forma, deve o autor demonstrar que a omissão do magistrado pode acarretar o perecimento do direito material disputado pelas partes. Portanto, deve ser evidenciado através de fatos concretos que há risco de um grande dano, de difícil ou impossível reparação, caso não seja deferida a medida cautelar requerida. Mais uma vez, faz-se mister observar o que diz Misael Montenegro Filho sobre o tema:

No que se refere ao *periculum in mora*, deve o autor demonstrar que o fato de o magistrado não intervir de forma imediata pode importar o perecimento do direito substancial a ser disputado pelas partes na ação principal, ou seja, de que o não atuar do magistrado resultará prejuízo para a ação principal, com o perecimento do bem ou do direito que seria naquele palco debatido, não se admitindo o simples receio subjetivo do autor, reclamando-se a demonstração

⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 85 e 86.

objetiva de que a demora natural do processo ou que atos manifestados pelo réu põem em risco o resultado do processo principal⁸

2.1.4 Poder geral de cautela

O legislador pátrio viu por bem regular o processo cautelar em livro próprio, prevendo uma série de procedimentos tipificados para regular situações determinadas, estabelecendo, inclusive, requisitos específicos para cada uma das modalidades.

Contudo, além dos procedimentos específicos, o Código de Processo Civil também deixa uma margem para que seja possível que o julgador determine medidas provisórias de caráter genérico, essenciais para evitar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação em casos não regulados pelos procedimentos típicos.

A tutela cautelar é um componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, um verdadeiro instrumento capaz de conferir maior efetividade aos provimentos jurisdicionais. Desta feita, ao lado das modalidades expressamente previstas e devidamente nominadas, o *codex* processual dispõe de um sistema geral pelo qual é conferido um amplo poder cautelar ao julgador, como forma de assegurar a utilidade da tutela principal sempre que não houver uma medida previamente estipulada para resolver a questão, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O poder geral de cautela é conferido ao magistrado através do artigo 798 do CPC, que assim dispõe:

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

⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 86

Na verdade, o legislador vai muito além, abrindo para o magistrado um enorme campo de atividade cautelar, sendo possível, inclusive, a concessão de medida cautelar de ofício, em caráter excepcional (artigo 797 do CPC). Além disso, o caráter elástico do poder geral de cautela torna-se ainda mais evidente a partir da leitura do artigo 799, *in verbis*:

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

Não obstante a grande margem conferida ao julgador, o poder geral de cautela não é ilimitado. Em primeiro lugar, como tal prerrogativa é conferida ao juiz devido à impossibilidade de se abarcar previamente todas as situações de risco através de cautelares específicas, é patente o caráter subsidiário do poder geral de cautela. Sendo assim, a utilização de cautelar inominada só é legítima quando inexistente modalidade de tutela, de natureza cautelar, ou não, apta a conferir plena satisfação do direito.

Além disso, a legitimidade do poder geral de cautela está condicionada à necessidade de garantir o resultado do processo. Em outras palavras, apenas diante da possibilidade de ocorrência de um dano irreparável, com capacidade de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional que se justifica a garantia à cautelar genérica.

Da mesma forma entende José Roberto dos Santos Bedaque, que assim aduz:

O poder geral de cautela, assegurado pelo legislador ordinário, só ganha amparo em sede constitucional se a concessão da medida urgente mostrar-se absolutamente necessária para afastar dano irreparável e garantir a efetividade do processo. Atendida essa advertência, a tutela cautelar atípica é essencial ao sistema processual, pois permite ao juiz conceder proteção imediata a qualquer

direito. Sua ausência pode comprometer princípios fundamentais do modelo processual-constitucional.⁹

Vale ressaltar que apesar do conteúdo aparentemente aberto e genérico, as medidas inominadas não perdem, de maneira alguma, o caráter cautelar. Disso decorre que elas estão sujeitas às mesmas condições, pressupostos e características que regulam o regime das medidas cautelares típicas. Portanto, todo o regime geral das tutelas cautelares esboçado até aqui, tais como o caráter não satisfativo da medida, a provisoriedade e, especialmente, a requisição baseada na “fumaça do bom direito” e no “perigo na demora” não podem, de forma alguma, serem olvidadas pelo operador do direito quando lançar mão do poder geral de cautela.

2.2 Tutela antecipada

2.2.1 Evolução histórica

A história do direito processual brasileiro demonstrou, desde seus primórdios, uma crescente preocupação com a configuração de medidas de caráter provisório, distintas das de satisfação do direito substancial, mas cujo objetivo era garantir o útil exercício da tutela jurisdicional.

Percebe-se que tradicionalmente o campo das tutelas provisórias restringia-se, em grande parte dos casos, às medidas de caráter conservativo, de forma que as medidas de satisfação do direito somente poderiam ser alcançadas após a cognição exauriente do direito.

Entretanto, tal cenário acabou por revelar que em uma série de casos não era possível evitar que a efetividade da tutela sofresse com as mazelas decorrentes do tempo do processo, tornando-se necessária a antecipação do exercício do próprio

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 231

direito substantivo discutido em juízo, já que apenas a conservação do processo não era suficiente.

Em um primeiro momento, a antecipação do exercício do direito pleiteado era possível apenas em caráter excepcional, através de previsões esparsas na legislação, especialmente nas regulações de determinados procedimentos especiais. A possibilidade de antecipação de tutela restringia-se, portanto, a algumas ações cujo procedimento se dava de maneira peculiar, como, por exemplo, na ação de alimentos, nas ações possessórias e no mandado de segurança. Para a grande parte dos direitos, tutelados sob os ritos comuns, não havia qualquer previsão de concessão de tutela provisória satisfativa.

É interessante ressaltar que o restrito campo das medidas antecipatórias era fruto do pensamento liberal que regia, naquele momento, toda a dinâmica do direito processual. Era descabido imaginar o Estado-Juiz capaz de interferir diretamente na esfera jurídica do réu através de cognição sumária.

Diante de tamanha limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias do direito substantivo, passou-se a conceder as chamadas medidas antecipatórias satisfativas, através do poder geral de cautela, como se cautelares fossem. Falava-se, a despeito das inúmeras críticas capitaneadas por uma série de processualistas, que criticavam a desvirtuação do instituto da tutela cautelar, na existência das chamadas “cautelares satisfativas”.

A questão torna-se muito mais compreensível e clara através das lições de Fredie Didier Jr - retiradas de sua obra escrita conjuntamente a Paula Braga e Rafael Oliveira - que assim lecionam:

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da força normativa do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da

tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria.¹⁰

Confirmando a constante preocupação do legislador com a instrumentalização do processo, em 1994 foi iniciada a reforma processual, com o advento da Lei nº 8.952/1994, considerada por muitos como um marco histórico na evolução do direito processual brasileiro.

A reforma deu nova redação ao antigo artigo 273 do Código de Processo Civil, conferindo ao juiz a possibilidade de antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito, desde que atendidos certos requisitos.

Nesse ponto, a intenção do legislador foi cristalina: admitiu expressamente a possibilidade de concessão de medidas de carácter antecipatório do próprio direito material em litígio, conferindo a tal espécie de tutela uma disciplina processual e procedimental completamente peculiar, diversa da prevista para as medidas cautelares, bem como das liminares previstas em procedimentos especiais e leis esparsas. Isso porque a tutela antecipada regulada no artigo 273 passou a poder ser deferida em qualquer fase do processo, enquanto pendente a solução definitiva do processo de conhecimento, e a estar atrelada a requisitos particulares, que serão objeto de estudo oportunamente.

Grande parte dos doutrinadores brasileiros aduz que a reforma de 1994 operou uma verdadeira purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica, qual seja, a de ser instrumento para obtenção de medidas capazes de resguardar e proteger o processo em debate.¹¹ Na verdade, o presente trabalho procurará demonstrar, no momento cabível, que as duas espécies de tutela – cautelar e

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil, Volume 2*. 4ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 466

¹¹ É o que defende de forma brilhante o Ministro do Superior de Justiça Teori Albino Zavascki: “O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento. *In* ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 45

antecipada - são muito mais próximas do que se pode imaginar, apesar da gênese particular de cada uma delas.

Ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada ainda não se faz possível através de uma ação autônoma, devendo ser pleiteada no mesmo processo que versar sobre o direito substancial violado, uma vez verificada a existência dos requisitos gerais cumulados com um dos requisitos específicos, todos a serem estudados nos próximos itens.

2.2.2 Requisitos gerais da tutela antecipada

A tutela de natureza antecipatória foi regulada pelo ordenamento brasileiro, como já se discutiu, através do artigo 273 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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

- I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A partir da leitura do *caput* do dispositivo transcrito, é possível compreender o primeiro dos requisitos apresentados pelo legislador para a concessão de tutela antecipada, qual seja, a existência de prova inequívoca e verossimilhança das alegações.

Prova inequívoca não é, de forma alguma, aquela que leve a uma verdade plena e absoluta, tampouco é aquela que conduz ao cenário mais próximo da realidade, já que a cognição do direito realizada pelo juiz é de caráter sumário. Apesar de ser realizada sob tal tipo de cognição, prova inequívoca é aquela capaz de conduzir o julgador a um alto juízo de probabilidade.

Vale destacar, aqui, que para a concessão de tutela antecipada não é exigida a existência de uma produção de prova plena, até pela natureza emergencial da referida medida. O que é exigido, na verdade, é que o magistrado não defira a tutela pleiteada com base em uma prova extremamente superficial, que não confira um nível mínimo de segurança ao julgamento.

Para muitos processualistas, a prova inequívoca de verossimilhança das alegações constitui uma exigência mais rigorosa que o *fumus boni iuris*, requisito de concessão da tutela cautelar. Tal constatação se dá baseada no fato de que a tutela antecipada implicaria um juízo de cognição mais profundo do que o exigido para a tutela cautelar¹².

Apesar do esforço realizado pela doutrina e pela jurisprudência, a tarefa de definir, na prática, os contornos e limites do que seria prova inequívoca da verossimilhança não é, nem de longe, de simples realização. Mais uma vez, Fredie Didier Júnior nos brinda com uma importante ressalva sobre o tema, através das seguintes lições:

Conquanto seja interessante teoricamente proceder a essas comparações, na prática é muito difícil para o magistrado enxergar essas sutilezas. Fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança, necessária para concessão de tutela cautelar, tutela antecipada genérica e liminar em mandado de segurança – da menos intensa à mais intensa, na ordem citada -, parece inviável. O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística e dotada de alta dose de subjetivismo. O que importa é que, de uma

forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte.¹³

¹² Assim entende MONTENEGRO FILHO, Misael, para quem: “a prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio termo entre o mero *fumus boni iuris* (requisito para a concessão de liminar em ação cautelar) e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial devidamente fundamentada. No caso da antecipação de tutela, há uma razoável probabilidade, num grau acentuado, de que os fatos afirmados pelo autor tenham se passado da forma relatada, de que sejam verossímeis, amparado em prova idônea. In . *Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 55.

¹³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil, Volume 2*. 4ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 492

Desta forma, como se verá adiante, o argumento a favor da diferenciação entre a tutela e cautelar e tutela antecipada baseado na distinção quanto à cognição pode se tornar facilmente refutável, visto que é muito complicado traçar os contornos de cada uma delas. No caso, será buscado evidenciar que quanto maiores forem os preciosismos técnicos e doutrinários no que tange às tutelas de urgência, mais distante estaremos da concretização de um direito processual justo e plenamente efetivo.

Além do requisito exposto até aqui, faz-se mister, para a concessão da tutela antecipatória, que seus efeitos sejam reversíveis. Trata-se, portanto, do requisito negativo de irreversibilidade da medida, exigível a partir da leitura do artigo 273, § 2º do CPC, *in verbis*: “Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

É possível perceber que o legislador buscou uma maneira de conter os abusos no uso das medidas antecipatórias, parade preservar o réu contra os excessos no emprego de tais medidas. Sendo assim, da mesma forma em que foi ampliada em demasia a possibilidade de antecipação de tutela, buscou-se delimitar com maior precisão sua área de incidência.

Afinal de contas, como a tutela antecipada é concedida a partir de um juízo e verossimilhança, após uma cognição sumária do direito em litígio, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Caso contrário, de nada adiantaria o caráter revogável e modificável que se atribui a tal tipo de tutela.

Cabe ressaltar, contudo, que tal requisito não pode, de forma alguma, ser considerado de forma ampla e irrestrita. Isso porque negar a antecipação com base no perigo de irreversibilidade pode, em muitos casos, acarretar o perecimento do direito pleiteado. Logo, o indeferimento com base no caráter irreversível da medida pode acabar produzindo conseqüências também irreversíveis para o requerente.

Conclui-se, portanto, que o requisito em tela deve ser verificado com profunda sensibilidade por parte do magistrado, que deve fazer um juízo de ponderação entre o direito do requerido de não ter contra si medida antecipatória de caráter

irreversível e o direito do requerente de não ver seu direito verossímil e urgente perecer diante de tal critério.

A ponderação do requisito da irreversibilidade foi tema de uma importante análise promovida por José dos Santos Bedaque que, mais uma vez, ilustra o presente trabalho com seu conhecimento:

Essas situações extremas devem ser solucionadas com cuidado, pois tanto o açodamento quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte. Talvez esteja aqui uma das situações em que a contracautela se mostre adequada. Verificada a possibilidade de a eficácia do provimento antecipado ser irreversível, deve o juiz tomar cuidado no exame da situação, talvez desenvolvendo atividade cognitiva mais profunda e, principalmente, comparando os valores em conflito, para verificar da conveniência de conceder a antecipação. Convencido da necessidade de adiantar efeitos do provimento final, pode adotar medidas para reduzir o alcance da irreversibilidade, como determinar a prestação de caução.¹⁴

2.2.3 Requisitos específicos da tutela antecipada

Além de verificar cumulativamente os pressupostos apreciados até aqui, deve o operador do direito observar a incidência de uma das hipóteses apresentadas pelos incisos I e II do já citado artigo 273 do CPC. Desta feita, para a concessão de tutela antecipada, deve-se estar diante ou de “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (artigo 273, I), ou diante de “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, II), além da possibilidade de tutela antecipada de pedido incontroverso, previsto no §6º.

A primeira das hipóteses de incidência da tutela antecipada está atrelada ao caráter emergencial da mesma. Assim, o deferimento de medida de tal natureza somente é justificável se a demora do processo puder causar à parte um dano de

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 380

ordem irreversível ou de difícil reversibilidade, uma vez que não seria possível, portanto, aguardar até o final do processo para receber a tutela jurisdicional.

Pode-se dizer, então, que o requisito previsto no inciso I visa garantir o resultado útil do processo diante de situação de perigo. A regra tem finalidade preventiva, a de evitar o risco de dano. Não estamos diante, pois, de modalidade de tutela urgente com caráter apenas aceleratório, mas, sim, diante de uma medida apta a ajustar uma situação de flagrante risco para o direito em exame. Percebe-se que há, em tais hipóteses, uma coincidência com um dos requisitos das medidas cautelares já devidamente analisadas, qual seja, o *periculum in mora*.

Outra hipótese em que é cabível a tutela antecipada, prevista no inciso II do artigo 273 do CPC não está vinculada ao perigo concreto de dano. A preocupação do legislador em tornar possível a utilização das medidas antecipatórias para os casos em que há um nítido abuso do direito de defesa por parte do réu revela um caráter sancionatório da tutela antecipada.

A tutela antecipada com base no abuso do direito de defesa por parte do réu realça uma grande preocupação do legislador quanto à litigância de má-fé, um dos fatores que mais contribuem para a morosidade e inefetividade da tutela jurisdicional. Aqui, não há um perigo de dano concreto ao direito tutelado, mas, tão somente, uma tentativa de agilizar o resultado do processo, uma vez que o direito afirmado pelo autor é verossímil e os argumentos apresentados pelo réu são inconsistentes.

Sendo assim, diante da grande probabilidade de que o direito exista e da ausência de uma resposta séria e embasada por parte do réu, viu por bem o legislador possibilitar a produção imediata dos efeitos da tutela pleiteada, a fim de evitar que o autor sofra ainda mais com a demora do processo, apenas em decorrência da postura antiética adotada pelo demandado.

Além das duas hipóteses de incidência da tutela antecipada expostas até aqui, a Lei nº 10.444/2002 apresentou uma nova modalidade de tutela antecipada, introduzida no sistema pelo § 6º do artigo 273 do CPC, que assim dispõe: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

A introdução do referido §6º no ordenamento pátrio possibilitou a concessão de medida antecipatória deferida não com base em juízo de probabilidade – como ocorre nas duas hipóteses previamente explicadas – mas com base em um juízo de certeza. Apesar de muita discussão em sede doutrinária, grande parte dos autores caminha no sentido de considerar que tal regra não seria, na verdade, uma modalidade de tutela antecipada, mas, sim, uma permissão para decisão definitiva de uma parcela incontroversa do direito, baseada em cognição exauriente.

Fredie Didier Jr., ao tratar do tema, leciona:

Se um dos pedidos apresentados pelo autor já puder ser apreciado – sem necessidade de produção de provas em audiência, segundo as hipóteses do art. 330 do CPC -, nada justifica que esta apreciação não seja feita de logo, apenas porque haveria de esperar-se a instrução do outro pedido formulado. Se entre eles não houver qualquer vínculo (cumulação simples de pedidos), realmente não faz sentido exigir-se, necessariamente, o julgamento simultâneo. Uma fruta já madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida.¹⁵

Por fim, ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada ainda não se faz possível através um uma ação autônoma, devendo ser pleiteada no mesmo processo que versar sobre o direito substancial violado, devendo ser concedida uma vez verificada a existência dos requisitos gerais cumulados com um dos requisitos específicos já apresentados no presente trabalho.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil, Volume 2*. 4ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 525

CAPÍTULO III

A IMPORTÂNCIA DA APROXIMAÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

3.1 A tradicional distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada

A partir dos comentários realizados, se percebe que há uma profunda sintonia entre as duas modalidades de tutela de urgência previstas no ordenamento brasileiro. A despeito de todas as semelhanças, grande parte da doutrina procura entender a tutela cautelar e a tutela antecipada como dois institutos completamente diferentes.

Embora exista na doutrina uma série de argumentos utilizados para a distinção entre os dois tipos de tutela alvos do estudo, grande parte deles gira em torno da finalidade e da natureza das medidas.

Em um primeiro lugar, no que diz respeito à finalidade das tutelas, argumenta-se que a cautelar tem como objetivo principal assegurar o resultado útil da ação principal, sem a pretensão de oferecer ao autor parte ou a totalidade da resposta judicial esperada na sentença final. Desta forma, a medida cautelar operaria apenas no campo da prevenção, de forma a garantir que o direito ou a coisa em litígio entre as partes não venha a perecer devido ao lapso temporal intrínseco à dinâmica processual.

Por sua vez, a antecipação de tutela teria finalidade diversa, já que o objetivo do requerente é, nesses casos, obter no início ou no curso do processo resposta jurisdicional que só lhe seria conferida por ocasião de uma sentença final. A tutela de cunho antecipatório teria, nesse viés, uma função muito além da mera proteção ou garantia do direito, já que acabaria por satisfazer o direito material pleiteado pelo autor.

Até mesmo pela diferença entre os tipos de provimento jurisdicional, distinta também é a profundidade da prova para o deferimento de tais medidas. Como no caso da tutela antecipada a resposta judicial é mais profunda, escora-se em um

juízo de probabilidade mais profundo, consistente na existência de prova inequívoca de verossimilhança do direito alegado. Já para o deferimento de tutela cautelar, seria necessária, apenas, a existência do já estudado *fumus boni iuris*, aparentemente uma prova mais superficial do que a exigida em sede antecipatória.

Contudo, a precisa delimitação de cada um dos requisitos, através da análise do grau de profundidade de cognição exigido para a concessão de tutela cautelar ou tutela antecipada, é uma tarefa das mais árduas, diante da ausência de critérios objetivos para sua aferição. Nestes termos, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que:

Em tempos de conceitualismo processual acirrado, era comum a afirmação de que a cognição exercida na análise do pleito cautelar deveria ser menos aprofundada do que aquela realizada no requerimento de antecipação dos efeitos da tutela. Na prática, essa bizantina questão não conduz a qualquer resultado útil, quer em relação à tutela cautelar, quer à antecipação de tutela¹⁶

Da distinção entre os escopos das medidas de urgência analisadas, decorre a diferenciação quanto à sua natureza. De um lado, a tutela cautelar teria uma natureza conservativa de interesses, uma vez que não se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão, através da conservação do bem da vida. Por outro lado, a tutela antecipada seria uma medida terminantemente satisfativa, uma vez que confere ao autor parte ou a totalidade do que lhe seria dado apenas por ocasião de sentença judicial.

Assim é possível traçar um breve resumo acerca dos argumentos utilizados por grande parte dos processualistas nacionais, que defendem arduamente a existência de uma diferenciação ontológica entre os dois institutos. Por fim, cabe analisar o ponto de vista capitaneado por Humberto Theodoro Júnior, um dos maiores adeptos de tal linha de pensamento, que assim aduz:

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.). *O regime jurídico das tutelas urgentes. A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo, valoriza-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso abusivo de providências excepcionais fora da destinação para que foram especificamente concebidas.¹⁷

3.2 Tutela antecipada e tutela cautelar: espécies do gênero tutelas de urgência

O grande objetivo do presente trabalho é justamente demonstrar que, a despeito de todas as distinções apontadas pela doutrina, é de suma importância encarar os dois tipos de tutelas como espécies do mesmo gênero: tutelas de urgência. Como já amplamente debatido, as duas medidas constituem ferramentas fundamentais para conferir à tutela jurisdicional a máxima efetividade possível.

O princípio da efetividade não pode, de forma alguma, ser colocado em segundo plano por discussões doutrinárias apegadas excessivamente ao formalismo. Segundo a mesma linha de raciocínio, assim leciona de forma brilhante Luiz Gustavo Tardin, *is verbis*:

Conquanto as espécies de tutelas de urgência (cautelar e antecipada) apresentem as dessemelhanças acima apontadas, não se podem concebê-las como forma de atravancar a efetividade da tutela jurisdicional sob o rótulo puro do arcaico formalismo. Por trás de uma relação jurídica processual existe uma pessoa, uma família, empregados de uma empresa, uma coletividade na busca angustiada por uma solução do conflito apresentado ao Estado. Hodiernamente, as tutelas sumárias constituem mecanismos processuais aptos a regular em caráter provisório a lide veiculada em juízo.¹⁸

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Volume 2.* 46ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2011, p.654

¹⁸ TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 102

Em meio aos argumentos que visam evidenciar as diferenças entre as duas modalidades de tutela ora estudadas, a maior preocupação de todos deveria estar centralizada na busca por soluções práticas, de forma que, independentemente da tutela adequada para cada caso, o direito da parte não sucumba de forma alguma.

É exatamente por isso que o presente trabalho buscará também analisar os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada não pelas diferenças entre ambos, mas por suas similitudes, que são muitas. Em tempos de instrumentalidade do processo, nos quais cresce a cada dia a preocupação com a efetivação dos princípios constitucionais que regem o processo civil, a sistematização conjunta dos dois institutos pode exercer uma importante tarefa em prol da garantia de maior efetividade do processo.

Estabelecida a referida premissa, será buscado, a partir de agora, apresentar as semelhanças entre as duas tutelas sob três enfoques principais: o tipo de cognição realizada, o escopo constitucional comum, e, por fim, o caráter provisório comum em ambas as medidas.

3.2.1 Técnicas de cognição sumária e garantias à efetividade do processo

O primeiro elemento em comum entre os dois tipos de tutela aqui analisados diz respeito à forma de cognição do direito realizada pelo magistrado.

Em primeiro lugar, a cognição do ordenamento brasileiro pode ser compreendida em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, a cognição pode se dar de forma plena ou limitada, a depender da extensão do debate feito no processo. Sendo assim, será plena se o objeto da demanda abranger a integralidade do conflito de fato, ou limitada, se a demanda cuidar de apenas parte do conflito.

O que interessa ao presente trabalho é, contudo, a cognição em seu aspecto vertical, atrelada ao grau de profundidade em que é realizada. Nesses termos, a cognição será exauriente se for realizado um exame profundo e completo sobre a

demanda em litígio. Será, por outro lado, sumária, a cognição realizada com menos profundidade, priorizando-se a necessidade de urgência no provimento jurisdicional.

Sobre o tema, é salutar observar as lições de Kazuo Watanabe, para quem:

Se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada de uma área toda de questões, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofrer limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. (...) Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.¹⁹

A tutela-padrão do Estado é baseada nas garantias do devido processo legal, princípio constitucional que rege as bases do processo no direito brasileiro, pelo qual é garantido ao jurisdicionado um processo pautado no contraditório, ampla defesa, decisão motivada, publicidade dos atos processuais, juiz natural, etc. Desta forma, espera-se que a cognição do direito realizada pelo Estado seja o mais profunda possível, de forma a garantir que todos os princípios processuais sejam verificados na prática, garantindo, então, a maior segurança jurídica possível às decisões proferidas.

Desta maneira, as garantias citadas revelam a necessidade de que a atividade jurisdicional seja realizada com ampla participação dos sujeitos envolvidos, a quem devem ser concedidas todas as oportunidades possíveis para debater profundamente a causa. Da mesma forma, o magistrado deve ter totais condições de alcançar um conhecimento completo acerca das circunstâncias que cercam o litígio, para que possa proferir, assim, uma decisão justa e apta a concretizar os ideais

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 87

constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica. Sob esse aspecto, a cognição exauriente representa uma importante garantia que o indivíduo tem frente à atividade jurisdicional promovida pelo Estado.

Contudo, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, por tudo que já foi defendido, também constitui uma das bases constitucionais do processo brasileiro e não pode, de maneira alguma, ser colocado de lado.

É possível perceber, portanto, que se trata de uma verdadeira colisão de princípios constitucionais. Ao mesmo tempo em que as garantias do devido processo legal devem ser observadas, através da prática de atos processuais, que tomam tempo para a sua realização, de forma que seja possível realizar uma cognição exauriente sobre as questões em litígio, o processo precisa cumprir seu escopo de efetiva pacificação, de forma que seja possível prover ao indivíduo uma tutela que se aproxime ao máximo daquilo que receberia caso seu direito não tivesse sido violado.

A harmonização entre os princípios conflitantes é de suma importância. E é exatamente na resposta que o ordenamento dá para resolver tal celeuma que se encontra o primeiro elemento que evidencia demasiadamente a proximidade existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

A cognição sumária é um dos mais importantes instrumentos do qual é dotada a atividade jurisdicional estatal, visto que consiste na implementação de técnicas que permitem ao juiz interferir na realidade fática antes do julgamento da causa, nos casos em que é imprescindível que a resposta estatal seja dada em um curto lapso temporal. Desta feita, a cognição exauriente, a despeito de sua função constitucional, representa uma tutela inadequada para os casos em que é patente a urgência do provimento, eis que tais situações clamam por uma solução imediata.

Vale ressaltar, ainda, o exposto por José Roberto dos Santos, que mais uma vez enriquece o presente estudo:

Um dos mecanismos para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a adoção de modalidades de tutela provisória, destinadas a dar solução imediata ao problema apresentado, tendo em vista a

existência de algum fator que possa comprometer o resultado do processo, mas apenas enquanto não houver elementos suficientes para a outorga de tutela definitiva.

Tais medidas se destinam, portanto, a afastar o óbice à efetividade da tutela consistente na excessiva demora do processo, causada muitas vezes pela própria técnica processual.

Examinado por outro prisma, o conflito entre segurança e efetividade reflete, na verdade, o confronto existente entre o escopo jurídico e o escopo social. A decisão fundada em probabilidade pode revelar-se incorreta, o que representa risco para o sistema. Optou o legislador por prestigiar os valores verossimilhança e rapidez, todavia, concedendo ao juiz o poder de afastar o risco para o direito material plausível.

Mas não se verifica, e nem poderia ser diferente, a completa supressão do contraditório, que apenas é diferido para outro momento do procedimento. Além de técnica excepcional, sua adoção se justifica em função das circunstâncias inerentes ao direito material.²⁰

Diante de todos os argumentos aqui apresentados, resta evidente que a tutela antecipada e a tutela cautelar possuem uma finalidade comum, qual seja a de garantir, ao máximo, o pleno exercício do direito de ação, através da busca incessante pela efetividade da atividade jurisdicional.

Destarte, qualquer seja a medida a ser utilizada – seja com o objetivo de garantir a utilidade de outro processo, através de tutela acautelatória, seja concedendo ao requerente de forma antecipada o próprio bem da vida discutido em juízo – em termos teleológicos as providências possuem a mesma função precípua, assegurar a efetividade da prestação jurisdicional do Estado, de forma a de abrandar os efeitos do decurso do tempo sobre o processo.

A base constitucional comum a ambos os institutos – consagração da máxima aplicação do princípio do acesso à justiça através de uma maior efetividade do Poder Judiciário - é tão clara que até mesmo autores que defendem a bandeira da

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 96

necessária distinção entre as medidas acabam por reconhecer a identidade dos objetivos da tutela antecipada e da tutela cautelar. É o que se observa, por exemplo, no exposto pelo Ministro Teori Albino Zavascki, que assim assevera:

A despeito das diferenças aqui apontadas, verifica-se que o objetivo é idêntico: estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática, de formas de convivência simultânea, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão.²¹

De todo o exposto conclui-se que a ligação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é extremamente relevante, visto que ambas são fórmulas para viabilizar a convivência harmônica entre a segurança jurídica e a efetividade da atividade jurisdicional – princípios basilares do processo brasileiro -, através da sumarização da atividade cognitiva operada pelo juiz.

Tendo em vista que as modalidades de tutela constituem instrumentos cuja principal função é a garantia da efetividade, o estudo realizado sob a ótica das diferenças entre elas acaba por colocar em risco a atuação da jurisdição, uma vez que opta por formalismos exagerados, o que é completamente incongruente com o escopo constitucional inerente a tais medidas.

3.2.2 Provisoriedade

Outro ponto de contato entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é a provisoriedade de tais medidas, o que ocorre exatamente pela sumariedade da cognição realizada pelo magistrado.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 150

Toda decisão proferida através de um exame cognitivo do direito de ordem sumária, seja ela cautelar ou antecipatória, não terá o condão de regular definitivamente a lide, não formando, portanto, coisa julgada material. Desta forma, todas as tutelas de caráter urgente ainda dependem diretamente de um provimento posterior.

Porém, antes de sedimentar tal característica comum a ambas modalidades de tutela, cumpre ressaltar que grande parte da doutrina prefere por diferenciar o que é provisório do que é temporário, mais uma vez se apegando a aspectos puramente formalistas, que nada contribuem para a concretização dos escopos das tutelas de urgência.

Segundo tais autores, provisório é aquilo que existe até que seja substituído por outra coisa com caráter de definitividade. Sendo assim, há uma identidade de estado fático entre o provisório e o definitivo. Por outro lado, temporal é aquilo que tem duração limitada no tempo, cujo conteúdo não se confunde com o conteúdo do provimento definitivo.

A partir de tais conceitos, defende-se que as medidas cautelares seriam temporárias, durando enquanto existir o estado de perigo, não sendo substituídas pelo provimento definitivo. Já as medidas antecipatórias do direito, a seu turno, seriam provimentos provisórios, uma vez que os benefícios trazidos pela antecipação dos efeitos da tutela são idênticos aos benefícios trazidos pelo pronunciamento definitivo.

Assim, nos dizeres de Calamandrei:

Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que, independientemente de que sobrevenga outro evento, tiene por simismo duración limitada; provisório es, em cambio, lo que esta destinado a durar hasta tanto que sobrevenga um evento sucesivo, em vista y em espera Del cual El estado de provisoriedad subsiste durante El tiempo intermedio.²²

Ainda que a diferenciação proposta pela maioria dos processualistas brasileiros no que tange ao aspecto temporal das medidas aqui estudadas seja

coerente e bem fundamentada, mais uma vez a discussão tem apenas o condão de tornar ainda mais difícil a busca por um processo efetivo. Isso porque apenas realça possíveis diferenças entre as modalidades de tutela de urgência sob um aspecto estritamente formal, na contramão da moderna concepção do processo como um efetivo instrumento para a consecução do direito material violado.

Desta feita, o caráter provisório de ambas as medidas constitui, sim, um importante ponto de semelhança entre elas, uma vez que nenhuma das duas é dotada de aptidão para regular a lide de maneira definitiva. Sobre esse aspecto, José dos Santos Bedaque mais uma vez acrescenta ao presente estudo com os seguintes dizeres:

Inadmissível, pois, a satisfação definitiva do direito com a tutela antecipada. Esta tem por objetivo assegurar o resultado, antecipando-o provisoriamente. É da própria essência cautelar antecipatória a característica da provisoriedade, ou seja, a inaptidão para regular indefinidamente a relação controvertida. Sua eficácia está necessariamente limitada no tempo, ou seja, seus efeitos perduram pelo período necessário à concessão do provimento definitivo, que o substitui.²³

O caráter provisório das duas tutelas analisadas está ligado notadamente com outra característica comum a ambas, a revogabilidade das tutelas de urgência. Como tais medidas são concedidas pelo magistrado após realização de cognição superficial e sumária sobre os fatos, não há empecilho para que, no curso da demanda, algum fato constitutivo ou modificativo do direito provável seja reconhecido. Disso decorre que tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada podem ser, a qualquer momento, revogadas ou modificadas.

Tanto a provisoriedade da tutela antecipada quanto a da tutela cautelar possuem guarida legal, a primeira através do artigo 273, § 4º, e a segunda com fundamento nos artigos 806, 807 e 808, todos do CPC. Portanto, não há como negar

²² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 176

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 314

que tal característica é intrínseca a ambos os institutos, já que nenhum dos dois é capaz de tutelar de forma imutável e definitiva o direito em litígio.

3.2.3 Tutelas de urgência: a necessidade do tratamento conjunto

O caráter instrumental da nova ótica do processo civil traduz a necessidade de um constante aprimoramento de cada um dos institutos processuais, de forma que possam constituir efetivos remédios para combater os males da inefetividade da tutela jurisdicional.

No que tange às tutelas de urgência - hodiernamente tratadas como ramos autônomos -, não poderia ser diferente. Devido à extrema relevância que possuem na luta em prol da efetividade do sistema processual, é de fundamental importância que sejam realizados todos os esforços para que tais medidas possam ser dotadas de um máximo grau de eficiência. E um dos caminhos para a concretização disso é mitigar a distância entre elas existente, distância esta que gera um sem número de situações duvidosas, nas quais é difícil delimitar a incidência de uma ou de outra medida. No fim das contas, o tratamento diverso dado a cada um dos institutos dá ensejo a uma série de celeumas processuais, questões de cunho procedimental que em nada facilitam a vida do jurisdicionado.

Toda a polêmica criada em torno da diferenciação das tutelas de urgência aparenta constituir, na verdade, um grande resquício da fase em que a ciência processual era notadamente técnica e conceitual, demonstrando-se completamente na contramão do novo pensamento do direito processual.

O presente trabalho não tem, de maneira alguma, o intuito de defender a completa identidade das tutelas de caráter provisório aqui analisadas. Não há dúvidas de que há uma série de diferenças e particularidades entre elas. Ainda assim, a despeito de todas as características específicas de cada uma delas, nada impede que sejam tratadas de maneira uniforme, já que espécies do mesmo gênero também não são necessariamente idênticas.

Seguindo o mesmo raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque assim assevera:

O que mais importa, nessa área, é a conscientização de que toda tutela de urgência tem como fundamento a necessidade de evitar que o decurso do tempo acabe trazendo prejuízo a quem necessita da tutela jurisdicional, cuja efetividade está diretamente relacionada com a rapidez.

Necessário, portanto, conferir à tutela de urgência tratamento homogêneo, a fim de que a aplicação das idéias não se faça de forma fragmentada, com vistas apenas aos casos concretos. É preciso sistematizar esse instituto, principalmente em função do importante papel por ele exercido em relação à efetividade do processo.(..)

O processualista deveria preocupar-se, na verdade, com a efetivação das tutelas de urgência. Eventuais diferenças entre medidas conservativas e antecipatórias podem ter importância no momento de atuação prática de seus efeitos. Antes não, pois o tratamento uniforme desse gênero até facilita sua compreensão, especialmente no que se refere à desconsideração de óbices formais à concessão de uma ou outra. Por isso, o cuidado em estabelecer a forma de atuação de cada espécie de tutela de urgência não impede sejam tratadas como modalidades de cautelar.²⁴

Sendo assim, é patente a importância da reunião entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, com vistas a eliminar os óbices formalistas e retirar do foco do debate as diferenças, voltando os holofotes para as discussões em torno de formas de conferir o máximo de praticidade à utilização das tutelas de urgência.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 138 e 151

CAPÍTULO IV

REFLEXOS DA PREOCUPAÇÃO COM A EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O modelo unitário de tutelas de urgência proposto não é utópico e, tão pouco, inédito. O ordenamento jurídico de vários países, sobretudo europeus, dão exemplos de como pode ser o tratamento legal unificado para as tutelas de urgência, e o quanto isso pode contribuir para a efetividade da tutela jurisdicional.

A visão unitária é adotada com sucesso em países como Alemanha, França, Suíça, Portugal e Argentina, dentre vários outros. Buscando a simplificação procedimental e normativa, o ordenamento dos países citados insere no poder geral de cautela a possibilidade de medidas tanto de cunho conservativo, quanto de cunho antecipatório.

No Brasil, apesar de grande parte dos autores analisar as medidas de urgência dando ênfase em suas diferenças, percebe-se que, cada vez mais, o ordenamento brasileiro se aproxima do modelo aqui defendido. Isso porque o legislador nacional dá sinais evidentes de preocupação com a efetividade do processo, merecendo destaque o advento da Lei nº 10.444/2002, que acrescentou ao artigo 273 do CPC o § 7º, instituindo o mecanismo de fungibilidade entre as tutelas de urgência, e o projeto do Novo Código de Processo Civil, que confirmou o posicionamento a favor da unificação dos dois institutos como espécies do gênero tutelas de urgência.

É exatamente tal aproximação o foco do presente capítulo, que buscará evidenciar que o legislador brasileiro se aproxima gradualmente do modelo unitário das tutelas de urgência, conforme será demonstrado.

4.1 A fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada

O primeiro sinal notável de que o legislador brasileiro havia começado a priorizar a efetividade no que tange ao tratamento dado às medidas de urgência veio com o advento da Lei nº 10.444/2002 que, confirmando entendimento majoritário tanto

em sede jurisprudencial, quanto no âmbito doutrinário, instituiu um mecanismo de fungibilidade entre as medidas de urgência, através do novo § 7º do artigo 273 do CPC.

Antes de proceder à análise aprofundada acerca da inovação legislativa, faz-se necessário uma breve explicação acerca de uma série de fatores que rondam a questão da fungibilidade entre as medidas de urgência.

O conceito geral de fungibilidade advém do direito privado, no tocante à regulação dos bens fungíveis, realizada a partir do artigo 85 do Código Civil, nos seguintes termos: “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.” A partir da redação do texto legal, conclui-se que um objeto é dotado de fungibilidade quando pode ser substituído por outro sem que isso acarrete algum prejuízo. Tais bens são de tal forma considerados porque não há entre eles quaisquer características distintivas relevantes.

Ao transportar-se tal definição no campo do direito processual civil, o princípio da fungibilidade ganha grande relevância, já que possibilita uma melhor adaptabilidade do procedimento às necessidades do direito substancial, através da relativização das formas dos atos processuais. Desta feita, a fungibilidade é uma importante decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, um dos pilares da ciência processual brasileira. Em razão da instrumentalidade, permite-se que um ato seja considerado válido, ainda que não tenha sido obedecida a forma estabelecida em lei, desde que não cause prejuízo às partes.

Passando para o terreno das medidas de urgência, é sabido que a tutela antecipada deve ser pleiteada sempre de forma incidental ao processo principal, seja por intermédio de um item específico na petição inicial ou por meio de uma petição simples. A tutela cautelar, por sua vez, só podia ser requerida por meio de uma ação autônoma, conforme regulamentação do CPC.

Partindo de tal premissa, seguindo à risca a normatização do CPC antes da Lei nº 10.444/2002, o requerimento de tutela antecipada travestida de ação cautelar inominada deveria, *prima facie*, não ser acatado. A ação cautelar com tal propósito deveria ser extinta sem julgamento de mérito, vez que a via eleita não era a adequada. Seguindo o mesmo raciocínio, um pedido de natureza cautelar realizado de forma

incidental ao processo cognitivo também deveria ser indeferido, vez que a tutela cautelar exigia a instauração de ação autônoma.

Contudo, em algumas situações a tarefa de distinguir se a situação de urgência combatida reclamava provimento de natureza cautelar ou de natureza antecipatória não era das mais fáceis. Isso porque – até mesmo pela proximidade entre os dois institutos – a doutrina e a jurisprudência não conseguiam entrar em acordo quanto à definição de algumas situações, titubeando em relação a qual seria o provimento correto para o pleito. O maior exemplo de tal cenário é a sustação de protesto, cuja natureza jurídica é extremamente controversa.

Tais situações, conceituadas pelo respeitado processualista José Carlos Barbosa Moreira como “zonas cinzentas”²⁵, acabavam por deixar o jurisdicionado em um estado de total insegurança, diante do receio de recorrer ao remédio inadequado *in casu* e ter seu pedido indeferido, o que vai na contramão do caráter instrumental do processo hodierno, acarretando um preocupante cenário de inefetividade e injustiça. É inconcebível imaginar que o jurisdicionado pague um preço tão alto por questões meramente formais, diante do elevado número de casos em que a natureza da medida é duvidosa.

Justamente com o objetivo de contornar as situações limítrofes, conferindo ao jurisdicionado maior segurança diante de situações de urgência, o legislador brasileiro, dando sequência ao processo de reforma do CPC iniciado em 1994, valendo-se da já citada Lei nº 10.444/2002, introduziu o § 7º no artigo 273, com a seguinte redação: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Sobre o tema, merece guarida o disposto por Luiz Gustavo Tardin:

Vale ressaltar, inicialmente, a dificuldade em apontar critérios seguros para diferenciação dos institutos ora estudados. Os requerimentos de tutelas antecipatória e cautelar que deságuam diariamente no Judiciário nem sempre

²⁵ Sobre o assunto, BARBOSA MOREIRA conclui com precisão: “A ciência processual – melhor dizendo: a ciência jurídica – precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo.” *In Tutela de urgência e efetividade*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003

se apresentam bem caracterizados como um ou outro. Por conta disso, o legislador pátrio, movido por princípios a serem estudados mais adiante, inseriu, utilizando-se a reforma impressa pela Lei 10.444/2002, o § 7º no artigo 273, autorizando assim uma fungibilidade entre as tutelas de urgência.²⁶

O objetivo inicial do legislador com a reforma foi possibilitar a concessão, no curso de um processo conhecimento, de tutela de natureza cautelar argüida como se antecipada fosse. Sendo assim, ainda que a medida pleiteada pelo autor a título de tutela antecipada tenha função assecuratória e, portanto, natureza cautelar, isso não constituirá óbice para o deferimento do pedido feito de forma incidental ao processo principal, prescindindo da instauração de ação autônoma, desde que preenchidos os respectivos requisitos. Sendo assim, a instituição da fungibilidade aqui estudada acabou por esvaziar consideravelmente a incidência e a importância das ações cautelares autônomas, sem, contudo, eliminar a possibilidade de sua instauração mediante o interesse do requerido.

Muitas vezes na doutrina se levantaram para afirmar que a fungibilidade instituída no ordenamento brasileiro apenas deixou ainda mais nítida a distinção entre as tutelas cautelar e antecipada, o que acabava por corroborar ainda mais os argumentos por eles levantados. É o que expressa, por exemplo, o jurista Luiz Guilherme Marinoni:

Como já foi dito, o § 7º do artigo 273 adotou o princípio da fungibilidade, muito ligado à questão dos recursos. Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto, por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas.²⁷

Em que pese o exposto pelo nobre processualista brasileiro, este não parece ser o melhor entendimento. Na verdade, a reforma de 2002 serviu apenas para realçar ainda mais a proximidade entre as tutelas cautelar e antecipada, admitindo-se a

²⁶ TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 89

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 154.

existência de casos complexos e relativizando os limites de cada uma das medidas. A técnica da fungibilidade demonstra a preocupação crescente do legislador com a efetividade, tornando a jurisdição uma atividade de resultados práticos, em detrimento das formalidades excessivas, e reconhecendo nas medidas de urgência a provisoriedade e a sumariedade como elementos comuns a ambos.

O sistema processual brasileiro só tem a ganhar com a aproximação dos institutos em debate, com a diminuição das barreiras entre eles existente. Nesse sentido, o posicionamento defendido por Cândido Rangel Dinamarco, jurista que dispensa maiores apresentações, amolda-se perfeitamente com o que é aqui apresentado:

O bom exemplo do artigo 700 do CPC italiano e do muitíssimo que a respeito já se escreveu ainda não foi capaz de infundir no pensamento brasileiro a idéia de que, sendo mais forte o que há de comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), devem ficar reduzidas as preocupações em separar muito precisamente as duas espécies, dando-lhes tratamento diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos).²⁸

Destarte, todos os esforços dos operadores do direito devem ser concentrados nesse sentido, com vistas a possibilitar a criação de um sistema jurídico cada vez mais justo. E, por sorte do jurisdicionado, parece ser esse o caminho a ser trilhado pelo legislador, como será visto em sequência.

4.2 As medidas de urgência e o Projeto do Novo Código de Processo Civil

Conforme largamente demonstrado até aqui, o processo civil busca cada vez mais encontrar alternativas para o grande problema da inefetividade que assola o panorama da atividade jurisdicional do Estado.

Seguindo exatamente essa linha, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 166/2010, que versa sobre o Novo Código de Processo

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 90

Civil. A partir da leitura do mesmo, vê-se que o legislador optou de forma sagaz por um equilíbrio entre aquilo que seria aproveitável do Código vigente somadas à novas respostas para os atuais problemas no âmbito do processo.

O Projeto busca, desde seu artigo 1º, enfatizar e colocar em foco o valor fundamental da Constituição, demonstrando um enfoque contemporâneo da temática do Direito, sob um viés notadamente instrumentalista. Grande parte das inovações do Projeto possui função de conferir maior organicidade e simplicidade à normativa processual civil, de forma que sejam deixadas de lado, na medida do possível, preocupações excessivamente ligadas às formalidades, em prol de um processo voltado para a concretização efetiva do direito material.

No presente trabalho, será feita uma breve análise acerca das inovações que mais se destacam pela sintonia com as discussões ora tratadas, consistentes no novo tratamento dado às tutelas jurisdicionais de urgência.

Indo completamente ao encontro do que foi aqui defendido, o Projeto traz no Livro II, Título IX, Capítulo I, Seção I, disposições comuns aos provimentos de urgência, deixando de lado a tradicional dicotomia entre as tutelas cautelar e antecipada, através de uma normatização conjunta das duas modalidades, reunidas sob o gênero “tutela de urgência e tutela da evidência”. Tal reunião ganha forma pela redação do novo artigo 269, em especial nos §§ 1º e 2º, que assim dispõem:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Desta feita, ainda que o Projeto tenha mantido a expressa referência à diferença da função primária entre uma e outra modalidade de tutela – de um lado, as medidas satisfativas e, de outro, as assecuratórias – o legislador optou pelo bom senso ao não mais diferenciar o procedimento e a regulamentação dos dois institutos,

tratando-os, como já foi dito, de forma homogênea. Assim sendo, busca-se, com as mudanças, eliminar as barreiras formalistas que cercam os provimentos judiciais diferenciados.

O primeiro reflexo da unificação consiste exatamente na sintetização dos requisitos para a concessão das providências de urgência, que agora passam a ser simplesmente a probabilidade de existência de um direito a tutelar – *o fumus boni iuris* – e o risco de inutilidade do processo, em razão da demora inerente à prestação jurisdicional – o tradicional *periculum in mora*.

Em outras palavras, uma vez unificados os requisitos, não mais será razoável o fomento de discussões envolvendo o grau ou nível de intensidade cognitiva exigido para a concessão de provimento cautelar e antecipatório. Procura-se, então, tornar um pouco menos árdua a tarefa do julgador, que não mais deve ser confundido pela nebulosa distinção existente entre a mera fumaça do direito, requisito para a concessão de tutela de natureza cautelar, e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, requisito para a concessão de tutela antecipada.

No mesmo sentido, o jurisdicionado passa a ter maior segurança e clareza quanto ao tipo de prova a ser produzida, bem como a sua profundidade, facilitando o acesso do mesmo às tutelas urgentes, com vistas à combater as mazelas decorrentes do transcurso do processo. Portanto, bastará que o magistrado esteja suficientemente convencido da existência de um direito carente de proteção, independentemente da natureza da medida necessária para sua efetivação. Assim também entende Andrea Carla Barbosa, em artigo publicado na Revista de Processo:

Assim, o que espera o Projeto é que o magistrado, a depender da necessidade concreta de proteção manifestada pelo direito material, defira a medida capaz de atender a tal necessidade, independentemente da via eleita pela parte para obtenção da providência jurisdicional ou mesmo da própria providência postulada, de assecuração, em sendo o caso de providência satisfativa e, ao revés, de satisfação, em se fazendo mister medida acautelatória, instrumental. É dizer, se o direito deve ter resguardada a possibilidade de sua realização futura, independentemente de ter sido postulada nominalmente tutela antecipada, deve o juiz deferir medida cautelar, por ser a medida adequada, e vice-versa. Postulada, em caráter antecedente, medida cautelar, em sendo o

caso de satisfazer-se imediatamente o direito, deve o juiz conceder a antecipação de tutela no lugar da cautelar postulada.²⁹

A despeito da reunião dos requisitos para concessão das medidas de urgência, o juiz continuará exercendo um importante papel quando da apuração dos mesmos. Isso porque caberá a ele ponderar, diante de cada caso concreto, o grau de profundidade da prova exigível, a depender do nível de ingerência na esfera do réu e da urgência da medida para o autor, de forma a preservar os princípios constitucionais do processo. Para realizar tal ponderação, o magistrado continuará dotado do poder de substituir de ofício ou a requerimento das partes o provimento urgente por outro menos gravoso e da mesma forma suficiente para evitar a lesão, conforme redação do novo artigo 271.

A aproximação entre as duas modalidades de tutela, que já saltava aos olhos diante do advento do §7º do artigo 273, que positivou a possibilidade de fungibilidade entre elas, agora atinge o seu grau mais elevado. Isso porque a verificação da natureza do procedimento necessário – que, diga-se de passagem, nem sempre constitui uma tarefa simples tanto para o jurisdicionado, quanto para o operador do direito – passa a ter importância significativamente reduzida, uma vez que o procedimento e a requisição passam a ser tratados de maneira uniforme.

De forma sábia, o legislador observou que as nuances particulares a cada um dos institutos não constitui óbice para o tratamento homogêneo. Muito pelo contrário, a nova tendência legislativa será, com certeza, um importante instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, consagrando ainda mais os valores constitucionais que regem o processo civil.

Merece destaque, então, a nova possibilidade de concessão de tutela antecipada através de procedimento autônomo – conforme se verifica na redação do *caput* do artigo supracitado, o que já era possível em relação às tutelas cautelares no Código ainda vigente. Sendo assim, ao contrário do modelo atual, no qual a antecipação de tutela deve ser formulada de forma incidental ao processo onde se

²⁹ BARBOSA, Andrea Carla. *Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil* in Revista de Processo. Ano 36, vol. 194

busca a satisfação definitiva do direito material, a partir da vigência do Novo CPC será possível o ajuizamento de ação cujo objeto restrinja-se à concessão de tutela sumária, seja ela assecuratória ou satisfativa.

O projeto consolida, então, a possibilidade de ajuizamento de ação sumária antecedente ao processo principal, qualquer seja a natureza do provimento necessário, cabendo ao interessado o ônus da propositura da ação e cognição exauriente, através da qual será buscada a providência de forma definitiva. No mesmo sentido, continua sendo possível a requisição incidental das medidas, o que já acontecia em relação à tutela antecipada e que, após a instituição do § 7º, passou a valer também para a tutela cautelar. Nestes termos, assim aduz o artigo 286 do Projeto: “As medidas de que trata este Capítulo podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas”.

Seguindo a trilha da simplificação procedimental, o Projeto do Novo CPC eliminou os institutos das cautelares nominadas, já que não se justificaria sua manutenção diante da grande liberdade dada ao juiz para decidir, dada a eliminação dos aspectos essencialmente formalistas vigentes até então. Por outro lado, observa-se uma ampliação do poder geral de cautela, que passará a servir não apenas às medidas assecuratórias, mas, também, àquelas que têm o condão de antecipar algum dos efeitos da sentença.

Outra inovação que evidencia a preocupação do legislador com a consecução da justiça na atividade jurisdicional do Estado é a possibilidade de concessão de provimento emergencial de ofício, prevista no novo artigo 277, que assim enuncia: “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.”

Conquanto a inovação referida já seja possível no ordenamento vigente em relação às cautelares, o mesmo não se pode dizer em relação à tutela satisfativa. Portanto, nos termos do artigo citado, poderá o juiz conceder de ofício tutela de urgência - cautelar ou antecipada - nos casos em que a julgar imprescindível, de forma a suprir eventual déficit na defesa dos interesses do jurisdicionado por parte do seu advogado, através de uma atuação subsidiária e excepcional.

Em paralelo às medidas urgentes, o Projeto do Novo CPC também sistematizou as tutelas que prescindem do requisito *periculum in mora*, classificando-as como tutelas de evidência, a partir da redação do artigo 278, que assim estabelece:

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

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

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

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

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

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

Com exceção da hipótese prevista no inciso II – que remonta ao atual § 6º do artigo 273, já exposto no tópico 2.1.3 supra – todas as hipóteses podem ser resumidas como casos de defesa patente ou previsivelmente inconsistente. Em tais situações, a ausência de fundamentos (real ou presumida) de defesa do réu alia-se à alta probabilidade de existência do direito do autor, de forma que não há porque se aguardar até o término do procedimento em contraditório para conceder à parte aquilo que muito provavelmente lhe será de direito ao final da relação processual. Desta feita, a tutela da evidência é uma forma de distribuir os ônus decorrentes dos males do tempo entre o autor de um direito muito provável e o réu cuja defesa é manifestadamente inconsistente, dando prevalência à tutela do primeiro.

Por fim, a preocupação com a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional do Estado é mais uma vez realçada através da previsão do artigo 275, *in verbis*: “Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.”

Destarte, a consagração da prioridade de tramitação demonstra-se totalmente coerente, uma vez que se o direito do autor já foi julgado positivamente através de um juízo de cognição sumária, não há razões para se estender em demasia a realização do julgamento baseado em cognição exauriente do direito em litígio. Além disso, quanto antes a decisão dada em caráter provisório passar a dotar de definitividade, maior será a sua capacidade de produzir plenamente seus efeitos, em total concordância com o princípio constitucional da segurança jurídica.

Cumprе salientar que o trabalho em curso não tem a pretensão de versar sobre toda a nova regulamentação dada às medidas de urgência. O que se pretende deixar em evidência são aquelas alterações que mais externam a preocupação do legislador com a moderna ideologia que embasa o processo civil.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é bom ressaltar que objetivo central da pesquisa realizada não se resume, de forma alguma, na tentativa de desconstrução dos argumentos apresentados por vários dos mais importantes nomes da ciência processual nacional, argumentos estes que, em grande parte são coerentes e bem fundamentados.

Mais do que isso, o grande escopo aqui, é justamente colocar o debate em torno da busca pela efetividade da atividade jurisdicional do Estado no centro das discussões. Hodiernamente, faz-se mister que a doutrina se atenha cada vez mais a buscar soluções práticas para os problemas substanciais que assolam o Poder Judiciário, em detrimento ao fomento de polêmicas de cunho preponderantemente formal, o que muito pouco contribui para o caráter instrumental do processo civil moderno.

Sabe-se que todos os esforços realizados em sede doutrinária, legislativa e jurisprudencial em prol da construção de instrumentos processuais capazes de propiciar a efetiva, adequada e pontual tutela de direitos de nada adiantarão se não forem acompanhados por uma série de reformas estruturais do Poder Judiciário brasileiro, que deve ser dotado de capacidade para colocar em prática tudo aquilo pensado pelos operadores do direito.

Contudo, por tudo que se procurou demonstrar, ao menos no que diz respeito ao tratamento legal que vem sendo dado às tutelas de urgência, estamos no caminho certo rumo a uma efetividade e utilidade cada vez maior da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Andrea Carla. *Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil* in Revista de Processo. Ano 36, vol. 194

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.78

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 176

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil, Volume 2*. 4ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2009, p. 466

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 90

_____. *O regime jurídico das tutelas urgentes. A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 154.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 102

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Volume 2.* 46ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2011, p.654

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 87

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais.* 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 150