



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NAYARA CRISTINA GADELHA DA SILVA

**TUTELA ANTECIPADA E MEDIDAS CAUTELARES: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA**

**BARBACENA
2014**

NAYARA CRISTINA GADELHA DA SILVA

**TUTELA ANTECIPADA E MEDIDAS CAUTELARES: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Esp. Cristina Prezoti

**BARBACENA
2014**

Nayara Cristina Gadelha da Silva

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.^a Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Me. Débora Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Esp. Odete Araujo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Agradecimentos

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem que me deu durante toda esta longa caminhada.

Ao meu pai que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu o que para mim foi muito importante. A minha mãe, pelo incentivo e apoio incondicional. Ao meu namorado por toda paciência, compreensão, carinho e amor.

A minha orientadora, e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.

Charles Chaplin

Resumo

A tutela antecipada e as medidas cautelares são tutelas de urgência e ambas possuem semelhanças, que por vezes passam despercebidas pelos usuários do direito. O presente trabalho busca demonstrar a fungibilidade existente entre tais tutelas, através de uma análise comparativa. Essa análise se deu por meio do estudo do artigo 273 do Código de Processo Civil e da Lei 10.444/02, a qual introduziu o parágrafo 7º ao referido artigo, o estudo também contou com o exame de doutrinas jurídicas o que facilitou a compreensão de que não importa se a forma eleita pela parte em pleitear o pedido fora à equivocada, o necessário é demonstrar a urgência da tutela pretendida.

Palavras - chave: Tutela antecipada, Medidas cautelares, Comparativo, Fungibilidade.

Abstract

The injunctive relief and the precautionary measures are emergency guardianships and they have similarities, which sometimes go unnoticed by users of the law. This paper aims to demonstrate the existing fungibility between such guardianships, through a comparative analysis. This analysis was through the study of Article 273 of the Civil Procedure Code and Law 10.444 / 02, which introduced the paragraph 7 of that article, the study also included the examination of legal doctrines which facilitated the understanding that whether the way chosen by the party pleading the request out to the wrong, the need is to demonstrate the urgency of the desired protection.

Keywords: injunctive relief, Precautionary Measures, Comparative, fungibility.

Sumário

1	Introdução	15
2	Histórico	17
3	Da Antecipação de tutela.....	19
3.1	Dos Requisitos da Tutela Antecipada	20
4	Das Medidas Cautelares	23
4.1	Dos Requisitos das Medidas Cautelares	24
5	Modificações Trazidas Pela Lei 10.444/2002.....	27
6	Da Fungibilidade.....	29
7	Considerações finais.....	33
	Referências.....	35

1 Introdução

O presente trabalho busca demonstrar a fungibilidade existente entre as tutelas de urgência, ou seja, tutela antecipada e medidas cautelares. De forma a fazer um comparativo entre tais tutelas.

A tutela antecipada já existia a algum tempo em nosso ordenamento jurídico, contudo tornou-se regra geral com a criação da Lei nº 8.952 de 13 dezembro de 1994, a qual introduziu o instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil.

Tal tutela se conceitua como sendo aquela que adianta os efeitos da decisão final, de forma a transbordar para antes de seu tempo os efeitos que somente a sentença com trânsito em julgado poderia produzir.

O nosso ordenamento é composto por três tipos de processos, o Processo de Conhecimento, Processo de Execução e o Processo Cautelar. Este último tem por objetivo assegurar o provimento final de forma a resguardar o processo principal, ou seja, o de conhecimento ou de execução.

No processo cautelar a decisão proferida é provisória, pois esta é baseada no que a parte alega, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O trabalho em questão ira discutir como dito acima a fungibilidade entre a tutela antecipada e as medidas cautelares. Tal fungibilidade surgiu com o advento da Lei 10.444/2002 que acrescentou o § 7º ao art. 273, CPC. O qual dispõe que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A fungibilidade no presente caso acontece quando em um caso concreto o procurador do autor deveria pedir a tutela antecipada, mas pede a medida cautelar, este último pode ser aceito, desde que estejam presentes os requisitos exigidos por lei.

Desta forma o presente trabalho será dividido em capítulos, e em seu primeiro capítulo o tema será tratado pela visão histórica das tutelas de urgência, o segundo capítulo trará o conceito e requisitos da tutela antecipada, seguido pelo capítulo terceiro que de forma explicativa trará as medidas cautelares, conceito e requisitos. O quarto capítulo é o que trás a Lei 10.444/2002 e suas modificações no art. 273, CPC. Enfim, o capítulo quinto que fala da fungibilidade, o ponto maior do presente trabalho.

2 Histórico

Na antiga civilização como não existia um Estado organizado, a pessoa que se visse em um conflito de interesse e acreditasse ser o titular do bem discutido deveria brutalmente satisfazer-se a sua própria sorte, desta forma vencia o mais forte.

A essa forma de solução de conflitos deu-se o nome de autotutela. Ainda se tem resquícios dessa forma de solução de conflitos no Código Civil Brasileiro, no artigo 1.210, §1º, que trata da manutenção, restituição da posse por força do possuidor esbulhado ou turbado.

Desta forma Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinovere Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 21,25), esclarecem:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. [...] A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido. [...] A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular ("exercício arbitrário das próprias razões", art. 345 CP), seja pelo próprio Estado ("exercício arbitrário ou abuso de poder", art. 350).

A autotutela não trazia qualquer segurança jurídica à civilização, pois esta trata de imposição unilateral do mais forte sobre o mais fraco, então com o passar dos tempos surgiu a arbitragem.

A arbitragem consiste na eleição de um terceiro imparcial que iria promover a solução do conflito e promover a pacificação social.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 48) comenta:

Ao vetar a seus súditos de fazer justiça pelas próprias mãos e a ao assumir a *jurisdição*, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a presta-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos.

Desta forma colocou-se um fim as injustiças. Surge então o Estado de Direito, e com ele, a Jurisdição, na qual as partes do conflito entregam ao Estado o poder, ou seja, a legitimação que a Sociedade concedeu ao Estado.

Assim, a jurisdição cria o processo e este é o instrumento através do qual se torna efetivo um direito material, e é neste sentido que Humberto Theodoro Júnior descreve: é o

método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público. (2004, p. 42).

O processo é um recurso empregado pelo Estado para solução de conflitos, e conseqüentemente foram adotados procedimentos que devem ser seguidos pelas partes. O Código de Processo Civil abrange três tipos de processo: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar.

O processo cautelar tem por finalidade assegurar a providência final, busca resguardar a utilidade do processo de conhecimento ou de execução, ou seja, resguardar o processo principal. Não é seu objetivo satisfazer a pretensão do autor e sim visa garantir o desenvolvimento do processo principal. Neste sentido, os processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel (2003, p. 26) dispõem:

Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Por esta razão, e almejando fazer com que o réu tivesse pressa em pôr fim ao conflito instaurado pelo autor, o Legislador criou o instituto da Tutela Antecipada.

Neste diapasão, ministra o processualista Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 600-601):

Foi, pois, em nome da garantia do pleno e eficaz acesso à tutela jurisdicional, que, entre nós, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou a redação dos arts. 273 e 461 do CPC, onde se tornou realidade o poder geral do juiz de “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 “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (Art. 273, caput, e incisos I e II).

3 Da Antecipação De Tutela

A Lei nº 8.952 de 13 dezembro de 1994, trouxe para o Código de Processo Civil uma importante inovação, esta autoriza o juiz a conceder a tutela antecipada em qualquer ação de conhecimento, desde que esteja presente os seus requisitos.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 376):

A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final.

A tutela antecipada já existe no ordenamento jurídico há algum tempo, porém ela se tornou regra geral com a alteração no artigo 273, Código de Processo civil feita pela Lei nº 8.952/94.

Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 377) expõe que:

Com a Lei nº 8.952/94, que alterou a redação do artigo 273 do CPC, foi introduzida a antecipação de tutela em caráter genérico, ou seja, para aplicação, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares. Não apenas as liminares, porém, se prestam para a medida satisfativa urgente, pois na atual sistemática do art. 273 do CPC, em qualquer fase do processo, é cabível a providência provisória de urgência.

Desta forma conclui-se que a antecipação da tutela já existia na legislação brasileira, porém não de forma tão clara e eficiente como nos dias atuais. A modificação feita no art. 273 do CPC fez com que tal tutela viesse a se tornar eficaz diante da morosidade do Poder Judiciário.

De acordo com o Código Processual Civil temos os procedimentos, comum e especial, o primeiro dividido em procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo. O procedimento ordinário, de acordo com o artigo 272, parágrafo único do CPC, aplica-se subsidiariamente a todos os outros procedimentos do processo de conhecimento. Acontece que esse procedimento é longo.

Porém, há muitas situações em que não se pode esperar um longo tempo para se ter a sentença, havendo a necessidade, para se tutelar o direito material, de uma rápida prestação jurisdicional.

Ou seja, a tutela antecipada consiste na técnica processual capaz de transportar para antes de seu tempo os efeitos que somente a sentença com trânsito em julgado poderia produzir.

De acordo com Elpídio Donizetti:

Dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte. O provimento antecipatório será apreciado e, se for o caso, deferido pelo juiz mediante requerimento da parte, sendo vedada a concessão *ex officio*.

A tutela antecipatória é satisfativa do direito material, permitindo sua realização, e não a sua segurança, mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em cognição sumária. MARINONI (2008).

A tutela antecipada, incluída no Código de Processo Civil a partir da lei 8.952/94, como já dito anteriormente, representou inovação em nosso sistema processual, por permitir provimento provisório ao autor, que pode ter seu pedido atendido de forma parcial ou integral antes do julgamento definitivo.

3.1 Requisitos Da Antecipação Da Tutela

O caput do artigo 273 do Código de Processo Civil nos trás a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

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.

Primeiramente temos que buscar o conceito de prova inequívoca, pois é dela que surge a verossimilhança das alegações. Devendo, ambas, estarem sempre presentes, em qualquer hipótese de antecipação da tutela.

A prova é o elemento de convicção presente nos autos do processo, porém, a prova inequívoca é a absoluta, incontestável e que não deixa nenhuma margem a que o requerido se oponha aos fatos narrados pelo autor. De certa forma não é assim.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008: p.624), definem prova inequívoca de forma bastante similar:

Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova -, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.

Conclui-se que a prova inequívoca deve ser prova forte, que convença de que os fatos alegados pelo postulante têm elevadas chances de serem verdadeiros e virem a se confirmar, durante o processo.

A verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade vem a ser um nível de convencimento elevado. É de grande importância compreender e aplicar as duas expressões em conjunto, prova inequívoca e verossimilhança das alegações, pois é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2008: p. 627) escrevem que:

É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante.

Desta forma, segundo a doutrina:

Trata-se, enfim, de um pressuposto *objetivo* de concessão da tutela antecipada: o magistrado *deverá* demonstrar que há nos autos prova produzida, com tais características, que justifique a conclusão pela verossimilhança das alegações. Significa dizer, ainda, que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja. (Didier Jr., Braga e Oliveira, 2008: p. 626)

Além desses dois requisitos também temos que considerar os dos incisos do referido artigo 273 do Código de Processo Civil. Qual seja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O dano irreparável ou de difícil reparação é aquele que impossibilita o retorno ao status anterior. A princípio todo dano seria passível de indenização, porém neste caso é situação onde a indenização seria inviável, insuficiente ou incapaz de compensar o dano sofrido.

A doutrina quando se refere ao dano irreparável ou de difícil reparação, o assimila ao *periculum in mora*.

Esse "perigo na demora da prestação jurisdicional" deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada (...), isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais, antes do que, normalmente, não fosse à antecipação da tutela, sentiria. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido. (Bueno, 2007: p. 42).

No caso do abuso de direito de defesa a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LV assegura o direito à ampla defesa, o que dificulta o aparecimento dessa figura no plano processual. A ampla defesa é a defesa adequada à natureza do processo e à situação em que é exercida.

Há situações em que é evidente o propósito protelatório do réu, como, por exemplo, quando ele insiste em discutir sobre matéria preclusa, retém os autos além do prazo legal ou repete recurso anteriormente improvido. Neste caso, quando se observa que a parte está utilizando de meios protelatórios o juiz poderá antecipar a tutela.

Conforme a lição de Didier Jr., Braga e Oliveira (2008: p.636):

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

Portanto, tanto o magistrado quanto o autor devera agir de maneira a fiscalizar a forma como o réu age diante do seu direito de defesa e conduz os atos processuais. Exigindo deste a boa-fé.

4 Da Medida Cautelar

Como visto anteriormente, há três tipos de processo no Código de Processo Civil, são eles: o de conhecimento, o de execução e o cautelar.

O processo cautelar é aquele que tem o objetivo de garantir a eficácia do provimento jurisdicional. Segundo Luiz Rodrigues Wambier:

O processo cautelar é aquele por meio do qual se obtém meios de garantir a eficácia plena – tomada esta expressão no sentido de produção efetiva de efeitos no mundo empírico – do provimento jurisdicional, a ser obtido por meio de futuro (ou concomitante) processo de conhecimento, ou da própria execução (seja esta desenvolvida em processo autônomo ou não).

Humberto Theodoro Jr. aduz que a *medida cautelar* é a "*providência concreta* tomada pelo órgão judicial para *eliminar uma situação de perigo* para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal".

O processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou da execução. É, portanto, dependente de outro, seja cognitivo ou executivo. Sua finalidade não é satisfazer a pretensão, mas sim protegê-la até a solução do processo principal, seja de conhecimento ou execução.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior:

"o processo é o método de atuar a jurisdição e a ação é o direito da parte de fazer atuar e instaurar o processo" [...] "se existe um processo cautelar, como forma de exercício de jurisdição, existe, também, uma ação cautelar", que é considerado pela doutrina tradicional, com fulcro no art. 5º, XXXV da CF, como o direito público subjetivo autônomo e abstrato de provocar o órgão judicial a tomar providências que "conservem e assegurem os elementos do processo principal (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal".

A doutrina salienta que: "No processo cautelar se profere decisão provisória, baseada em aparência de bom direito (*fumus boni iuris*), que não transita em julgado, que é autônoma diante do processo principal, embora com ele guarde relação de instrumentalidade (Wambier-2010).

O processo cautelar é autônomo, ou seja, nasce com uma petição inicial. No entanto é um processo acessório, pois existe em função do processo principal, há certa dependência entre a ação cautelar e a ação principal.

Tem função preventiva, no sentido de visar evitar que o decorrer do tempo ou as atitudes do réu possam frustrar a realização do direito do autor. As Medidas Cautelares

poderão ser "Preparatórias", quando são requeridas antes da propositura do processo principal, ou ainda "Incidentes", quando são requeridas depois de proposto o processo principal.

Desta forma, segundo Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior:

(...) o ordenamento jurídico coloca à disposição do interessado o chamado processo cautelar, instrumento apto a assegurar a realização de providências tidas como urgentes e necessárias para resguardar a utilidade da atividade jurisdicional.

(...) Doutrinariamente são apontados como requisitos para a concessão da tutela cautelar; o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. (...) Podemos apontar as seguintes características do processo cautelar: a) autonomia, b) acessoriedade, c) função preventiva, d) provisoriedade, e, e) revogabilidade.

4.1 Dos Requisitos Da Medida Cautelar

Além dos requisitos gerais, como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade e condições da ação, falamos especificadamente de dois conceitos que há no processo cautelar, dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, são estes, pressupostos designados pela doutrina.

A expressão *fumus boni iuris* significa fumaça do bom direito. É no caso uma pretensão razoável, com probabilidade de êxito em juízo, é a aparência de um direito. Não há necessidade de demonstrar que o direito existe, bastando uma mera probabilidade.

No entanto a parte tem que apresentar indícios daquilo que afirma para pretender a tutela pleiteada. Determinada corrente doutrinária, dentre ela Humberto Theodoro Júnior e Ronaldo Cunha Campos, afirma com convicção que:

O *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder, não propriamente a probabilidade de existência do direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim a verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado.

Se a pretensão do autor se apresenta revestida de aparência de direito, o pedido merece provimento. Porém é um juízo provisório, não há um julgamento definitivo da demanda principal. Neste sentido a sentença cautelar se distingue da sentença de conhecimento, pois esta última é juízo de realidade e certeza.

Observa-se que, uma vez dada à urgência da medida, não é possível o exame exaustivo, uma vez que isso é objeto do processo principal, visto também que o processo cautelar apenas o auxilia. Sendo assim, cabe a parte demonstrar fundado receio ou temor, enquanto aguarda a tutela se tornar definitiva.

Desta forma, havendo na inicial demonstração, através de provas da plausibilidade do direito podemos dizer que parte do mérito da cautelar está definido, faltando apenas à averiguação do segundo requisito, *periculum in mora*, para que a decisão possa ser proferida.

O outro requisito é o perigo da demora ou perigo de danos irreparáveis ou de difícil reparação, nomeado pela doutrina como *periculum in mora*.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier

É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia.

Pelas palavras de Lopes da Costa:

O dano deve ser provável, não basta a possibilidade, a eventualidade. Possível é tudo na contingência das coisas criadas, sujeitas a interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange até mesmo o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferentemente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende apoiado nas regras de experiência comum ou de experiência técnica.

Luiz Rodrigues Wambier ainda salienta que:

De fato, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos para a propositura de ação cautelar; são requisitos para a concessão de liminar; e são, também, requisitos para a obtenção de sentença de procedência. Acontece, todavia, que há uma variação do grau de intensidade em que esses requisitos estão presentes. Claro está que se exige menos *fumus boni iuris* (isto é, exige-se *fumus* menos expressivo) para propor uma ação cautelar do que se exige para obter a sentença de procedência na mesma ação cautelar.

Assim, presentes estes requisitos, o julgador poderá conceder a medida cautelar na sentença que encerra o procedimento ou mesmo liminarmente.

5 Modificações Trazidas Pela Lei 10.444/2002

A Lei 10.444/2002 trouxe para o Código Processual Civil algumas importantes modificações em seus parágrafos 3º, 6º e 7º do artigo 273.

Das alterações trazidas pela lei 10.444/02, encontra-se a nova redação dada ao § 3º, que faz referência à efetivação da tutela antecipada nos moldes da execução provisória da sentença, utilizando-se dos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

O texto anterior tinha a seguinte redação: “A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

O § 6º do artigo 273, CPC foi introduzido pela referida lei e prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipada quando, entre os pedidos cumulados, houver pedido incontroverso.

Dentre as modificações inseridas a que tem maior importância para o tema tratado neste trabalho é a introdução do parágrafo 7º do artigo 273. Tal parágrafo trata da fungibilidade do pedido cautelar e antecipatório.

Com o advento da lei 10.444/2002 surge a fungibilidade do pedido cautelar e antecipatório.

Art. 273...

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

Portanto, mesmo que seja levado a juízo pedidos cautelares errôneos, revestidos de pedido antecipatório, por erro dos respectivos patronos, o juiz utilizará do princípio da fungibilidade.

6 Da Fungibilidade

A fungibilidade entre tutela antecipada e as medidas cautelares é um tema bastante discutido. Fungibilidade nada mais é do que quando em um caso concreto o procurador do autor deveria pedir a tutela antecipada, mas pede a medida cautelar, esta última pode ser aceita, desde que estejam presentes os requisitos exigidos por lei.

Como dito no capítulo anterior tal fungibilidade surgiu com o advento da Lei 10.444/2002 que acrescentou o § 7º ao art. 273, CPC.

Art. 273...

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

Contudo, antes mesmo de expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, alguns doutrinadores já vinham reconhecendo a fungibilidade entre as tutelas.

Neste sentido, vejamos o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 58 e 66):

O art. 273, § 7º, consagra, agora expressamente, regra que pensamos já existia mesmo antes de constar expressamente da lei. Quando o autor requer, a título de antecipação de tutela, providência cautelar, esta pode ser concedida em caráter incidental no processo ajuizado. (...) Não preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados *fumus* e *periculum* – plausibilidade e risco de ineficácia da medida – deve o magistrado conceder a medida como inominada. Parece que esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm a urgência como pressuposto, sob risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica conformada pelo art. 273, § 7º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela.

O doutrinador Calmon de Passos demonstrou manifesta preocupação em distinguir tutela antecipada das medidas cautelares.

Toda liminar é antecipação de tutela, porquanto se dá, de logo, aquilo que seria deferível após determinado procedimento. E tutela que se adianta liminarmente tanto pode ser de natureza cautelar quanto de natureza substancial. A liminar deferida numa cautelar de seqüestro é antecipação de tutela de natureza cautelar (porque cautelar a tutela ferível a final) e a que se defere numa ação de reintegração de posse é substancial, porque o antecipado é tutela que se pede seja deferida a final do procedimento possessório. Inclusive, temos, no mandado de segurança, uma liminar cautelar que é liminar em relação à tutela pretendida, mas que em si mesma, não tem nada de liminar, visto como não antecipa futura tutela, a cautela de logo e definitivamente.

Cândido Rangel Dinamarco ministra que a fungibilidade se dá em duas mãos de direção, ou seja, tanto a medida cautelar poderá ser transformada em tutela antecipada, quanto esta poderá ser convertida em cautelar:

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

Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. (2002, p. 92)

Existem semelhanças entre as tutelas e o importante é ter consciência dos pontos comuns entre elas. Ambas podem ser inseridas em uma categoria geral das tutelas de urgência.

Um das semelhanças é que se aplicam à tutela antecipada as normas sobre tutela cautelar, e vice versa, outro ponto é o reconhecimento de certo grau de fungibilidade entre as tutelas.

Neste diapasão, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2005, p. 39-40) sustentam:

O importante é ter consciência dos pontos comuns entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ambas podem ser inseridas em uma categoria geral das “tutelas de urgência”. Essa constatação tem decorrências muito importantes. A primeira é a de que se aplicam à tutela antecipada as normas sobre a tutela cautelar – e vice-versa –, relativamente a todos os pontos em que as características de uma e de outra são as mesmas. Por exemplo, a regra da responsabilidade objetiva do requerente da medida cautelar (art. 811) aplica-se à tutela antecipada. Já a regra que prevê que a mediada cautelar perde a eficácia se a ação principal não for proposta em trinta dias (art. 806 e 808, I) não é obviamente, aplicável à tutela antecipada dos arts. 273 e 461, §3º, uma vez que essa, no regime vigente não opera através de processo preparatório. A segunda consequência é o reconhecimento de certo grau de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Muitas medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira “dúvida objetiva” – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade. Assim, em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos o juiz tem o *dever* de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta.

Desta forma enquanto a antecipação de tutela visa à efetiva realização antecipada de um direito material em virtude deste estar demonstrado por uma prova inequívoca ou, no intuito de evitar atitudes protelatórias por parte do réu (abuso do direito de defesa); a medida cautelar tem como finalidade, a garantia da eficácia do provimento principal, seja ele um

processo de conhecimento ou de execução, tendo como requisitos, a demonstração do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito - plausibilidade) e *periculum in mora* (perigo na demora – risco de dano irreparável).

Há certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de urgência requerida. Os dois institutos são muito semelhantes o que ocasiona tamanha dúvida em qual tutela utilizar.

Acerca dessa dificuldade, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 269-270) elucida:

Após a alteração do CPC ocorrida no final de 1994, com a instituição do novo art. 273, verificou-se na prática forense certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o *periculum in mora*, especialmente daquela que pode ser concedida nas ações declaratória e (des) constitutiva. Isto pela razão de que não é tão simples reconhecer a tutela antecipatória nestas ações. Nestes casos há uma 'zona de penumbra' que pode embaralhar os operadores do direito menos familiarizados com discussões teóricas de maior profundidade [...] Este novo dispositivo [...] tem por objetivo permitir que o juiz conceda a necessária tutela urgente no processo de conhecimento, e assim releve o requerimento realizado, quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando for fundado e razoável o equívoco do requerente. O novo § 7º do art. 273 adota o chamado 'princípio da fungibilidade', muito ligado à questão dos recursos. Esse 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.

Também no mesmo sentido da dificuldade em distinguir as tutelas Humberto Theodoro Júnior (2004, 341-342) sustenta:

[...] a pretensão de separar, em campos diversos e bem delineados, as medidas *cautelares* (conservativas) e as medidas *antecipatórias* (satisfativas) foi tarefa ambiciosa que apenas o direito brasileiro tentou levar a diante. No direito europeu – onde primeiro se sentiu e exaltou a necessidade de incluir nos poderes do órgão judicial o de, em caso de urgência, permitir não só a *conservação* dos bens e interesses litigiosos, mas também a *satisfação* provisória da pretensão cuja busca se apresenta como objeto da tutela de mérito – o que se fez foi simplesmente alargar o conteúdo do poder geral de cautela. Foi, então, por meio da própria tutela cautelar que se chegou aos casos excepcionais de medida de antecipação da satisfação do direito subjetivo do litigante. Alertamos, diante desse quadro histórico-cultural, para o risco de prevalecer, nos tribunais, o excesso de tecnicismo na separação das duas modalidades de prevenção em compartimentos estanques e inflexíveis, que, a pretexto de rigor doutrinário, poderia acabar por negar a tutela de emergência à parte, no momento em que se fazia mais premente e inadiável.

As palavras de Araken de Assis (2000, p. 52) são de ampla importância, ele doutrina que:

A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.

Desta forma, firma-se definitivamente o entendimento de que não importa se a forma eleita pela parte em pleitear o pedido fora a equivocada, até porque, por vezes, é incerta a natureza do pedido. O necessário é demonstrar a urgência da tutela pretendida.

7 Considerações finais

O objetivo geral deste trabalho foi demonstrar a importância do estudo da fungibilidade das tutelas de urgência, ou seja, medidas cautelares e tutela antecipada. Fazendo um comparativo entre tais tutelas pode-se ver as diferenças e semelhanças existentes.

Também foi exposto como objetivo a conceituação e os requisitos de ambas as tutelas. Os objetivos foram cumpridos com êxito, pois foi demonstrado ao longo deste trabalho toda a parte histórica e conceitual das tutelas, até chegar ao ponto em que foi discutido a questão da fungibilidade.

A medida cautelar tem o objetivo de garantir a eficácia do processo principal, seja ele de conhecimento ou execução. Tendo como requisitos, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A antecipação de tutela visa à efetiva realização antecipada de um direito material em virtude deste estar demonstrado por uma prova inequívoca ou, no intuito de evitar atitudes protelatórias por parte do réu.

Por serem tutelas de muitas semelhanças é importante o estudo da fungibilidade existente entre elas. Para que não haja dúvidas quando da sua utilização.

Com a criação da Lei 10.444/2002 que acrescentou o § 7º ao art. 273, do Código de Processo Civil não restou mais dúvidas de que a fungibilidade entre as cautelares e a tutela antecipada existia, pois a referida lei tornou regra um ato já adotado há muito tempo.

Este trabalho foi muito importante para a compreensão e aprofundamento do tema fungibilidade. Compreender tal instituto é de suma importância. Pois o estudo do direito processual civil, mais especificadamente o das tutelas de urgência é de grande utilidade para os usuários do direito, tanto estudantes quanto profissionais.

Referências

ASSIS, Araken de. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. Revista de Processo nº 100. 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 11. Ed. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.

BRASIL. Lei 10.444 de 7 de maio de 2002. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/99377/lei-10444-02> acesso em 02 de dez de 2014.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 3.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Reforma da Reforma**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, ELPÍDIO. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. disponível em <<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2011/12/tutela-natecipada-prova-inequiva-e.html> > acesso em 02 de dez 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, **Manual do Processo de Conhecimento**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.3.