



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VANESSA NUNES MACIEL

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

ASSIS/SP

2012

VANESSA NUNES MACIEL

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Lenise Antunes Dias de Almeida. E orientação geral do Professor Rubens Galdino da Silva.

Orientando: Vanessa Nunes Maciel

Orientadora: Lenise Antunes Dias de Almeida

Analisador (1): Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

Examinadora: Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

ASSIS/SP

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

MACIEL, Vanessa Nunes

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2012.

32 p.

Orientadora: Lenise Antunes Dias de Almeida

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA

1 - Palavra chave –Tutela Antecipada; Tutela Cautelar; Processo Civil;
Fungibilidade.

CDD 340

Biblioteca da FEMA

Trabalho de Conclusão de Curso
Apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação, analisado pela
seguinte comissão organizadora:

Orientadora: Lenise Antunes Dias de Almeida

Examinador: Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

ASSIS/SP

2012

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo a minha família pelo incondicional apoio as minhas atividades acadêmicas, respeitando as ausências ao nosso convívio familiar e pelo incentivo em mais esta etapa de aquisição de conhecimento para a vida.

AGRADECIMENTOS

Aos senhores professores, em especial, a Professora Mestre Lenise Antunes Dias de Almeida, pelos conselhos e ensinamentos, os quais servirão de embasamento para a vida profissional.

Aos amigos que tanto me deram força para realização desse grande sonho, e a todos que colaboram direta ou indiretamente na execução desse trabalho.

E aos familiares que sempre deram apoio e força no momento mais oportuno.

RESUMO

Este trabalho limitou-se a estudar as tutelas antecipada e cautelar como tutelas de urgência. O foco principal foi o princípio da fungibilidade das referidas tutelas, consagrado no artigo 273, §7º do Código de Processo Civil. O qual permite que o juiz substitua uma tutela por outra, desde que presentes os seus requisitos. Essas medidas de urgência serão concedidas caso sejam preenchidos todos os requisitos necessários. Portanto, apesar das diferenças, as semelhanças entre tais medidas são tão evidentes que o próprio legislador permite a substituição de uma por outra, se socorrendo de tal princípio. Sabe-se que há um Projeto de Lei 166/2010, que trata da criação de um novo Código de Processo Civil e que trouxe uma nova roupagem ao assunto quando eliminou a tutela cautelar como um processo. Entretanto, esse projeto está em tramitação, em fase de aprovação, ainda de mudanças, e por essa razão, não foi abordado na presente monografia.

Palavras – chave: Tutela Antecipada; Tutela Cautelar; Processo Civil; Fungibilidade.

ABSTRACT

This work was limited to studying the early guardianships and guardianships as precautionary emergency. The main focus was the principle of fungibility of such guardianships, enshrined in Article 273, § 7 of the Code of Civil Procedure. Which allows the judge to replace a guardianship by another, provided they present their requirements. These emergency measures are granted if they met all the necessary requirements. Therefore, despite the differences, the similarities between these measures are so evident that the legislature itself allows the substitution of one for another, that principle is bailing. It is known that there is a bill 166/2010, which deals with the creation of a new Code of Civil Procedure and that brought a new look to this when we eliminated the prudential supervision as a process. However, this project is in progress, pending approval, yet change, and therefore, was not addressed in this monograph.

Keywords: Injunctive Relief; Trusteeship Injunction; Civil Procedure; Fungibility.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	10
2. TUTELA ANTECIPADA	12
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	12
2.2REQUISITOS.....	14
2.2.1 Procedimento	16
2.2.2Requerimento do Autor.....	16
2.2.3Concessão da Medida.....	16
2.3CARACTERÍSTICAS.....	17
2.3.1 Provisoriedade	17
2.3.2Reversibilidade.....	17
2.3.3Revogabilidade.....	17
2.3.4Fungibilidade.....	18
3. TUTELA CAUTELAR.....	19
3.1 CONCEITO.....	19
3.2 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR.....	19
3.3REQUISITOS PARA CONCESSÃO.....	21
3.4PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ.....	22
3.5 ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES	22
3.5.1Das cautelares típicas e atípicas	22
3.5.2Das cautelares preparatórias e incidentais.....	23
3.6 PROCEDIMENTO	24
4. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE	26
4.1 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	27
4.2REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE NAS MEDIDAS CAUTELARES E NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	28
5. CONCLUSÃO	31
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	32

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução social, o Estado vedou a chamada “justiça pelas próprias mãos” ou também chamada de “autotutela”, onde assumiu para si a responsabilidade dos conflitos de interesses, ou seja, assumiu o monopólio da jurisdição, regulando assim o convívio da humanidade. Da necessidade de organização entre a sociedade, o Estado desenvolveu a jurisdição, a justiça deixou de ser aplicada somente pelo particular, esta, que normalmente era imposta pela força bruta, passou a ser imposta pelo Poder Público. Ficando a cargo do Estado em propagar o “direito” ao caso concreto.

Desta forma, para que o particular não pudesse fazer justiça pelas “próprias mãos”, tinha que invocar o Poder Judiciário, para solucionar a lide. Portanto, o Estado deveria ter um meio pelo qual a norma fosse aplicada ao caso concreto, meio este denominado como processo.

Há de ser ressaltado que a morosidade dos processos é um dos grandes problemas do judiciário nos dias atuais, levando as partes a renúncia ou até mesmo a desistência do processo, o que gera a insatisfação das partes envolvidas no conflito de interesse ante a demora da solução da lide.

Diante do problema em questão, o Código de Processo Civil, além de várias inovações, normatizou as medidas de urgência, quando houver um risco insanável até a solução final da lide decorrente da demora, ou seja, criou a tutela cautelar que é concedida através do Processo de Cautelar, consagrada no Livro III e a tutela antecipada que está inserida no livro I, ambas do Código de Processo Civil.

Esse é o objetivo do presente trabalho, estudar as tutelas antecipada e cautelar, sua finalidade, suas características e as diferenças e semelhanças entre elas.

Ambas medidas de urgência, que por suas semelhanças poderá o juiz substituir uma pela outra, aplicando o princípio da fungibilidade, consagrado no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil. Assunto que foi tratado de forma especial neste trabalho.

Sabe-se que há um pelo Projeto de Lei 166/2010, o qual revoga totalmente o Código de Processo Civil. No Projeto tais tutelas são consideradas como medidas de urgência, a cautelar não mais como um processo. Tal proposta vem de encontro com o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, o qual prevê o direito a

tutela jurisdicional célere, tempestiva e efetiva, como direito fundamental do cidadão. Portanto, esse projeto ainda está em tramitação e não é objeto do presente trabalho.

2. DA TUTELA ANTECIPADA

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Tutela antecipada consiste na possibilidade do juiz antecipar os efeitos da sentença. Os efeitos, que seriam produzidos após a sentença, são antecipados, o que significa dizer, que se antecipar os efeitos de uma sentença condenatória, o autor poderá promover a execução da dívida.

A antecipação da tutela é a permissão que a proteção jurisdicional seja oportuna, adequada e efetiva. E ao garantir a efetividade das decisões o Estado ratifica a proibição da autotutela.

Na Definição de Chiovenda, tem-se que o processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação, como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo que tem direito. (WAMBIER, 2007, p. 321). Desta forma, a tutela jurisdicional inefetiva e ineficaz é o mesmo que não prestar a tutela.

A tendência é criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rapidamente, portanto, as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 8952/94, a qual criou a tutela antecipada, vem de encontro com a idéia de um processo de resultado célere. Tal alteração está prevista no artigo 273 do referido Diploma Legal, vejamos:

“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”

Em virtude da Lei 8952/94 do Código de Processo Civil, onde trouxe o fenômeno da antecipação da tutela, prevista no artigo 273, que, a princípio, estende a possibilidade de se anteciparem os efeitos da sentença em todo tipo de processo ou procedimento.

Anteriormente já eram previstas as excepcionalidades, onde demonstrava a verossimilhança de sua alegações, os efeitos da sentença, prescindindo-se da prova de *periculum in mora*, como no caso das Ações Possessórias, do Mandado de Segurança, da Ação de Alimentos.

Assim outras medidas já existentes no direito positivo brasileiro, tinham como pressupostos o *periculum in mora*, ou seja, o adiantamento da própria tutela. Tais já eram de regra embora não necessariamente, a liminar no mandato de segurança, na ação desclassificatória de inconstitucionalidade, na ação civil pública.

Essas medidas tipificadas por parte da doutrina em medidas “mistas”, que parte dos pressupostos do risco de ineficácia do provimento final, esta que é característica tipicamente cautelar, mas que por outro lado adianta os efeitos da própria tutela pretendida.

O fenômeno da tutela antecipada é quando a decisão judicial tem como objetivo de proteger o direito evidente.

A decisão interlocutória, pelo qual o juiz antecipa os efeitos da tutela pleiteada, é provisória, em virtude da cognição sumaria, onde há possibilidade posteriormente de ser confirmada ou anulada.

A possibilidade de que o autor tenha mesmo o direito para que possa ser concedida a tutela antecipada, deve ser fundada pela prova cabal, trata-se da cognição sumária não exauriente, ou seja, a mesma plausibilidade.

Mas como já demonstrado a tutela antecipada mista, tem como função preservar a eficácia do provimento final.

O artigo 273, I, prevê a tutela antecipada com feições nitidamente cautelares, mesmo que prevê o adiantamento do provimento final, evitando a ineficácia.

Já no inciso II e § 6º do artigo 273, são casos os casos típicos de tutela antecipada pura, através dos argumentos tão sólidos e tão continentais é prova documental juntada na inicial, que a defesa não pode ser senão protelatória e abusiva, neste caso, dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final.

Ademais, a tutela antecipada pode ser concedida inaudita altera parte nas hipóteses do inciso I e II. Pode a fortiori, ser concedida a qualquer tempo, até na própria sentença, o que deve equivaler no plano prático a uma decisão judicial no sentido de que a apelação não seja recebida no efeito suspensivo, produzindo os efeitos de imediato.

Pode-se também a tutela antecipada ser concedida no tribunal, desde que esteja presente os pressupostos, uma vez que a sentença já tenha sido proferida em primeiro grau de jurisdição, e até mesmo nos tribunais superiores, em recurso especial ou extraordinário.

Assim o juiz não pode deixar de conceder a medida porque simplesmente por entender que a medida requerida não é a cabível.

2.2 REQUISITOS

Assim como escrito em linhas anteriores, para que a tutela antecipada seja concedida é necessário que alguns requisitos sejam observados, vejamos:

a) Prova inequívoca e; é a prova suficiente para nortear o magistrado na decisão da tutela antecipada e que a parte é titular do direito disputado, que não poderá ser concedida com base em simples alegações ou suspeitas.

“É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável a parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quando de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá que julgar a lide contra o autor”. (THEODORO JR, 2008, v II, P. 758)–

b) Verossimilhança da alegação; “Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto a existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticado pelo réu.(THEODORO JR, 2008, v II, P. 758)

c) Receio de dano de dano irreparável ou de difícil reparação; é o que não provem de simples temas subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.(THEODORO JR, 2008, v II, P. 759)

d) Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; acontece quando o réu apresenta resistência pretensão do autor, totalmente infundada, e ainda emprega meios ilícitos para forjar sua defesa, este ato pode ocorrer na contestação, ou em atos anteriores a propositura da ação.

e) Pedidos incontroversos; Já na hipótese do artigo 273, § 6.º, onde prevê que a antecipação de tutela quando pedidos cumulados ou parcela de pedido já se tornaram incontroversos. Assim a tutela antecipada cabe para que a demora do processo não prejudique aquela nitidamente tem razão em relação a parte já incontroversa.

Desta forma, nas hipóteses do inciso I e II a parte deverá apresentar prova inequívoca, a fim de formar um juízo de verossimilhança das alegações feitas.

Assim para que o juiz possa deferir o pedido de antecipação de tutela formulado pelo autor, de maneira total ou parcial, deve estar presente o requisito previsto no caput do art. 273, cumulado com os requisitos dos inciso I e II.

Introduzida pelo legislador processual, a tutela antecipada é a hipótese, em que o juiz profira a decisão com base em cognição não exauriente, situação absolutamente excepcional no âmbito do processo de conhecimento, ou seja, a ideia de convencimento da verossimilhança, expresso no artigo 273, caput.

A decisão de antecipação de tutela seja proferida com base em prova não exauriente, deve ser fundamentada de maneira clara e precisa e de que também o seja a decisão que modifique ou revogue aquela anteriormente proferido, conforme (art.273, §§ 1.º e 4.º).

Ademais, a antecipação de tutela deve estar aparente o bom direito associado com o *periculum in mora* (art.273, I, ou seja, o perigo de que não seja concedida a medida, venha a decisão final ineficaz, ou possa isso ocorrer.

As situações em que a probabilidade de o autor tenha razão no que pede é tão mais alta, estas previstas no artigo 273, II e § 6.º, que se constata ser um gravame desproporcional ao autor ter de arcar com o peso da mora do processo.

No artigo 273, II exige-se ao lado do *fumus bonis iuris*, a necessidade de defesa protelatória ou abuso do direito de defesa, desta forma, a tutela antecipada não tem

caráter punitivo, mas sim indicativo, assim não há de ser verificado se o réu agiu com dolo, cabendo apenas o exame objetivo da defesa do réu.

Aplica-se também a regra do artigo 273, § 4.º, uma vez que tem-se entendido que essa decisão ainda é provisória, podendo ser motivadamente no curso do processo, por isso não faz coisa julgada material, mesmo quando não for objeto de recurso.

2.2.1 PROCEDIMENTO

Não há previsão legal a cerca do momento oportuno para a antecipação de tutela, assim, nada impede que ela seja postulada na inicial, cabendo ao juiz decidir se aprecia antes ou depois da citação do réu, dependendo do caráter de urgência.

Não há distinção legal para os tipos de ações em que pode ser concedida a tutela antecipada, cabendo assim em toda espécie de processo de conhecimento: condenatório, constitutivo, declaratório, mandamental, etc. e também no processo executivo desde que atendido os requisitos.

Cabendo até na própria ação rescisória a concessão da tutela antecipada, em virtude da Lei 11.280/06 que alterou o artigo 489 do Código de Processo Civil.

2.2.2 REQUERIMENTO DO AUTOR

Em regra o pedido de antecipação de tutela é formulado pelo autor. O assistente simples do Ministério Público pode formular pedido de tutela antecipada para os efeitos da sentença, este que beneficiará o autor e réu.

Sem o pedido do autor, se torna falta de pressupostos para a concessão dos efeitos da tutela antecipada, pois não há a antecipação sem a provocação da parte (artigo 273, caput).

Essa hipótese também se aplica no caso previsto no § 6º do artigo 273, este incluído pela Lei 10.444/02, ou seja, depende do requerimento da parte.

2.2.3 CONCESSÃO DA MEDIDA

A tutela antecipada pode ser concedida também nas ações possessórias.

Porém surgem dúvidas na possibilidade da antecipação de tutela nas ações declaratórias. Todavia há de ser examinado caso a caso.

A decisão que profere a tutela antecipada geralmente é concedida por meio de decisão interlocutória, passível de ser impugnada por recurso de agravo. Assim,

sempre que essa decisão for capaz de causar lesão grave e de difícil reparação o regime será o do agravo de instrumento. Evidentemente, as decisões que antecipam a tutela pretendida pela parte tem essa potencialidade, razão pela qual, nessas hipóteses, muito dificilmente será útil para a parte o recurso de agravo sob o regime da retenção.

No entanto, é possível o juiz proferir a antecipação de tutela na própria sentença, assim surge uma discussão a cerca de qual recurso cabível: agravo de instrumento ou apelação. Todavia a doutrina e a jurisprudência tem adotado a apelação com regra no artigo 520, inciso VII, porém até que se pacifique a questão, convém a aplicação d principio da fungibilidade recursal.

2.3 CARACTERÍSTICAS

2.3.1 PROVISORIEDADE

No artigo 273,§3º há a possibilidade da antecipação de tutela ao regime das chamadas “execuções provisórias”, esta decisão de caráter não definitiva, é passível de revogação ou modificação, a qualquer tempo, mas sempre com decisão fundamentada.

2.3.2 REVERSIBILIDADE

A tutela antecipada deve ser reversível, no plano empírico. A lei exige que essa reversibilidade seja in natura, ou seja, que seja possível volta ao *statu quo ante*.

Considera-se reversível o provimento, toda vez que puder indenizar, compensatório ao dano sofrido. Portanto, nem sempre os danos podem ser substituíveis por pecúnia.

Assim, quando não é possível mensurar o dano sofrido, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devam ser ponderados os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, conceder-se a antecipação.

Assim, o principio é uma tentativa de solucionar o confronto com rapidez e segurança.

2.3.3 REVOGABILIDADE

A revogabilidade da decisão por meio da qual o juiz concede ou não a antecipação, ora pleiteada. Todavia, essa decisão proferida pode ser alterada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Ademais, essa modificação só poderá ser procedida caso desapareça os pressupostos para manutenção da medida concedida, ou surjam os pressupostos que determinem a sua concessão.

Assim, não poderá dizer propriamente que esta decisão foi alterada e sim a prolação de outra decisão, de outra situação. Tendo em vista, que os fatos alteraram e o quadro instrutório que embasou a decisão anteriormente proferida, onde deverá ser prolatada outra decisão em seu lugar.

Não podendo o juiz mudar a decisão concessiva ou denegatória simplesmente por que mudou de idéia, é necessário que tenha alterado os fatos ou o quadro probatório.

Conforme Wambier leciona, onde declara que “a liminar por meio da qual o juiz concede a antecipação da tutela, tanto com base no artigo 461, § 3º, quanto com fundamento no artigo 273, está entre aquelas decisões que geram preclusão para o juiz, não podendo, por isso, ser por eles alteradas de ofício. (WAMBIER, Luiz, Rodrigues, 2006/2007, P. 331)

Diante do artigo 273, § 4º há uma discussão em relação a permissão do juiz em alterar a decisão anteriormente proferida, pois só pode alterar ou modificar caso os fatos sejam adversos, ou no caso de interposição de agravo, onde o juiz exerce o juízo de retratação.

2.3.5 FUNGIBILIDADE

O novo texto dado ao artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil, veio disciplinar, expressamente a necessidade de adotar a tutela de urgência de um mecanismo de fungibilidade.

3. DA TUTELA CAUTELAR

3.1 CONCEITO

A medida cautelar visa proteger a eficácia do processo principal, afastando o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* do processo, garantindo assim a pretensão do autor.

Os elementos subjetivos da medida cautelar são as partes envolvidas na lide, e os elementos subjetivos são as provas e os bens.

Durante o curso do processo principal, podem enfrentar situação de risco de dano por conduta dos litigantes ou por evento ocasional, para isso há a função cautelar.

Essa medida tem caráter instrumental, tendo em vista que o processo principal tem caráter definitivo, já o cautelar afasta somente as situações de perigo, para a efetividade da lide, ou seja, o processo principal busca tutelar o direito, enquanto o cautelar, tutela o processo de modo a garantir o resultado eficaz, útil e operante.

A medida tem como característica a provisoriedade, uma vez em que já tem seu prazo delimitado, ao final do processo.

Diferente da tutela antecipada não é a satisfação prematura do processo, e sim uma apenas prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte podendo prejudicar a eficácia definitiva do processo.

A tutela cautelar é apenas a prevenção ou garantia do processo principal.

De acordo com Ugo Rocco as medidas cautelares, como meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade de um dano.(THEODORO JR, 2008, v II, P. 542)

A medida cautelar é a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para o direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve a s partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

3.2 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR

Do procedimento do processo cautelar, podemos elencar as seguintes características:

a) Autonomia – O processo cautelar tem um rito próprio, tendo em vista esta

tipificado no CPC, sendo no livro III, diferentemente da ação de execução e de conhecimento. Portanto pode acontecer que a cautelar seja indeferida e o processo principal seja concedido.

O processo cautelar é autônomo tendo em vista que o mesmo têm fins próprios a serem seguidos, que são realizados independentemente do resultado final do processo principal;

b) Instrumentalidade – As medidas cautelares dependem do processo principal que pode ser instaurado antes ou após ao processo principal de acordo com o artigo 796 do CPC.

Porém o processo cautelar não é a antecipação do resultado do processo principal, enquanto a medida cautelar visa garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante.

A função cautelar é instrumental, pois só atende provisório e emergencialmente a uma necessidade de segurança para uma futura atuação jurisdicional definitiva. As medidas de urgências satisfativas estão presentes no artigo 273 e 461 do CPC.

c) Urgência – O intuito do processo cautelar é afastar o perigo da ineficácia ou inutilidade do provimento jurisdicional, este buscado no processo principal.

Visa à proteção do direito das partes que litigam o processo, ou seja, a ameaça propriamente dita, dano de difícil reparação ou dano irreparável.

d) Sumariedade da cognição – O processo de conhecimento é chamado de processo de cognição, pois o juiz precisa conhecer o seu processo, as questões referentes ao autor e réu, e não há uma análise profunda e detalhada das matérias que podem ser alegadas, basta ser analisada a existência do *fumusboniuris* e o *periculum in mora*;

e) Provisoriedade – A medida cautelar é provisória, não se reveste de um caráter definitivo, tem um tempo delimitado, ou seja duração temporal limitada.

Mas não pode se afirmar que toda medida provisória e cautelar, como é o caso das liminares, esta que admitem procedimentos especiais, sendo decisão satisfativa do direito.

Que não é o caso da cautelar porque, embora o resultado do processo principal, visa resguardar as pessoas e coisas e assegurar o êxito da futura execução, jamais perdem a característica preventiva e provisória.

f) Revogabilidade – A sentença cautelar não faz coisa julgada material, portanto tem como característica a possibilidade de sua substituição, modificação ou revogação a qualquer tempo.

Em caso de desaparecimento da situação fática em que levou ao órgão jurisdicional a concessão da medida cautelar, interessada pela parte, pode advir a mutabilidade e a revogabilidade uma vez que cessa a preocupação do dano.

A revogação ou modificação, não são atos livres de forma nem decisões de mero arbítrio do juiz.

As medidas cautelares podem ser revogadas ou modificadas, não *ex officio* ou a requerimento simples e por mero despacho, mas com obediência ao processo cautelar comum.

g) Inexistência de coisa julgada material – A sentença cautelar não faz coisa julgada material, portanto tem como característica a possibilidade de sua substituição, modificação ou revogação a qualquer tempo.

Em caso de desaparecimento da situação fática em que levou ao órgão jurisdicional a concessão da medida cautelar, interessada pela parte, pode advir a mutabilidade e a revogabilidade uma vez que cessa a preocupação do dano.

A revogação ou modificação, não são atos livres de forma nem decisões de mero arbítrio do juiz.

As medidas cautelares podem ser revogadas ou modificadas, não *ex officio* ou a requerimento simples e por mero despacho, mas com obediência ao processo cautelar comum.

h) Fungibilidade – consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, isso poderá ser de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

3.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO

São dois requisitos para que se alcance a providencia de natureza cautelar:

- I- *Um dano potencial*, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamenteapurável.

II- A *plausibilidade do direito substancial* invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumusboniuris*.(THEODORO JR, 2008, v II, p. 551)

3.4 PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

O art. 798, Código de Processo Civil, prevê a permissão ao juiz em determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, mesmo que estas não estejam previstas no ordenamento jurídico. São as denominadas cautelares inominadas e podem ser livremente requeridas.

Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery explicitam que “a tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas em nome do poder geral cautelar que lhe confere o CPC 798”. (NERY JR.2002, p.1075)

3.5 ESPECIES DE MEDIDAS CAUTELARES

3.5.1 Das cautelares típicas e atípicas

O Código de Processo Civil tipifica as providências preventivas, atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais, que são chamadas de medidas cautelares “típicas” ou “nominadas”.

Os processos cautelares tipificados no CPC são: o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, a justificação, os protestos, notificações e interpelações, a homologação de penhor legal, a posse em nome do nascituro, o atentado, bem como o protesto e a apreensão de títulos, portanto, nesses procedimentos aplicam-se as disposições gerais previstas no artigo 812 do CPC.

Portanto, a função cautelar não fica restrita as medidas cautelares típicas, porque o objetivo da lei é assegurar o meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí então surge a previsão das medidas cautelares atípicas ou inominadas, ou seja, aquela em que o juiz determina outras medidas provisórias, que entenda ser adequada, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e difícil reparação. Nesse sentido, prevê o artigo 798 e 799 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“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”.

“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”.

3.5.2 Das cautelares preparatórias e incidentais

A medida cautelar requerida antes da propositura do processo principal é chamada de "preparatórias", já aquela medida cautelar requerida depois de proposto o processo principal é chamada de Incidentes.

A Medida Cautelar Preparatória quando é proposta haverá um prazo para que o Autor promova a ação principal, sob pena de ficar sem efeito a providência deferida pelo Juiz. Assim como dispõe do artigo 806, 807 e 808 do Código de Processo Civil:

“Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

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.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

As medidas cautelares preparatórias serão propostas perante o juiz competente para decidir a questão principal. Entretanto, quando a necessidade de cautela se apresentar no decurso de uma demanda, a medida deve ser requerida diretamente ao juiz da causa e, no caso de recurso, diretamente ao Tribunal. Conforme dispõe o artigo 800, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal

3.6 PROCEDIMENTO

A petição inicial, como primeiro ato do procedimento cautelar, protocolado em foro competente, onde a parte Autora descreve o direito ameaçado (*fumusboniuris*) e o receio de lesão (*periculum in mora*) o juiz pode decidir as seguintes opções:

- a) determinar que o autor a emende, ou complete, no prazo de dez dias (art. 284);
- b) proferir sentença de indeferimento (art. 295);
- c) determinar que o autor produza, nos mesmos autos da ação cautelar, justificção da existência do direito ameaçado e (ou) dos fatos dos quais resulta o receio qualificado, a exigir a concessão da medida sem a audiência do réu;
- d) deferir liminarmente a medida cautelar, *inaudita altera pars*, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; hipótese em que determinará, se for caso, que o autor preste caução de ressarcir os danos que o réu possa vir a sofrer;
- e) determinar a citação do réu para contestar a ação, no prazo de cinco dias.

Conforme o artigo 802, I, do CPC conta-se o prazo para a contestação da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

Uma vez que fora concedida a liminar não significa que o réu será privado do direito de defesa, hipótese em que o prazo para a contestação é contado da data da juntada do mandado de execução da medida, conforme artigo 802, II, do CPC, desde que nele haja certidão do oficial de justiça de que dela intimou o réu.

Executada esta medida, o oficial de justiça, nos dez dias seguintes, procurará o réu três vezes em dias distintos. Encontrando-o, procede à intimação e, só então, devolve ao cartório o mandado. Não o encontrando, certifica o ocorrido, competindo ao autor requerer a citação do réu, por edital, dentro de cinco dias, contados da data em que foi intimado dessa circunstância (artigos. 658 e 654, por analogia, em combinação com o art. 811, II).

Em qualquer procedimento cautelar o réu tem o prazo de cinco dias para se defender, inclusive, portanto, na produção antecipada de provas.

Portanto, se os fatos alegados não serem contestados, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, devendo o juiz proferir sentença dentro em cinco dias.

Já se houver a contestação, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único). Entretanto, o juiz pode proferir a sentença independentemente de audiência, se a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência (art. 830, I).

Em regra o processo cautelar deve ser apensados ao processo principal, conforme o artigo 809 do CPC.

4. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida de urgência que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

Todas as situações que admitem a aplicação da fungibilidade têm por dificuldade apurar qual o provimento jurisdicional mais adequado a ser postulado, ou qual ato processual é mais adequado para tal situação no caso concreto.

A fungibilidade de tais medidas decorre das semelhanças evidentes que há entre elas, ambas são medidas de urgência e têm como pressuposto o perigo da demora. Porém, há várias diferenças entre elas que merecem destaque, antes de tratarmos do princípio da fungibilidade.

- a) Natureza satisfatória: a tutela cautelar difere da tutela antecipatória pelo simples fato de a primeira não ser satisfativa. A tutela cautelar não é satisfativa, pois ela não satisfaz o direito posto ao crivo do judiciário, mas sim o assegura para que este direito não pereça por algum motivo qualquer.
- b) Finalidade: a tutela cautelar é asseguratória de um direito, que será discutida em processo de conhecimento ou de execução; enquanto a tutela antecipatória satisfaz desde logo a prestação jurisdicional, antecipando os efeitos da sentença.
- c) Pressupostos: Tutela cautelar – fumaça do bom direito e perigo da demora. Tutela antecipada - prova inequívoca e perigo da demora;
- d) Dependência: A segunda diferença é de que a medida cautelar é sempre dependente de uma ação principal, salvo as famigeradas "cautelares satisfativas" (inovação da doutrina); enquanto a antecipação de tutela não, pois esta já encontra-se dentro do "processo principal", ou de conhecimento, como permite o art. 273 e o art. 461, § 3º, ambos do CPC.
- e) Eficácia: Enquanto a tutela cautelar não sobrevive por si só, pois depende de uma ação principal; a tutela antecipatória, já satisfaz o direito de plano, já que encontra-se dentro do processo principal, sem a necessidade de outro processo que venha a completar.
- f) Inexistência da coisa julgada material na tutela cautelar e a existência da coisa julgada material nas medidas de tutelas antecipadas

4.1 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Diante da demora dos ritos processuais que levam o processo a uma sentença definitiva, é um dos maiores problemas daquele que invoca a tutela jurisdicional do Estado, a fim de ver sua pretensão atendida a qual julga ter direito.

Por isso foram criadas as medidas de urgência que são objeto da presente monografia.

Desta forma, surgiu a dificuldade do litigante em escolher qual a medida adequada para solucionar seu problema, levando em conta que a diferença de caráter teórico entre medidas cautelares e antecipatórias tem gerado dificuldades aos advogados, que em razão das divergências entre autores e da dificuldade que a matéria apresenta, sempre enfrentam dúvidas a respeito de requererem tutela de urgência de acordo com o sistema cautelar ou no início do processo de conhecimento como o pedido de tutela antecipada.

Cabe salientar que no direito civil, coisas fungíveis são aquelas que podem ser substituídas por outras de espécie, qualidade e quantidade.

Já no processo civil sabe-se que o juiz não pode apreciar o pedido do autor diferente do que foi pedido, não pôde conceder nem a mais e nem a menos sob pena de sua sentença ser *extra petita* ou *ultra petita*.

Porém, há casos que o legislador permite que o juiz conceda determinada medida ou aprecie o pedido de forma diferente daquele que foi formulado, evitando prejuízo às partes. Para que o juiz tenha essa liberdade é preciso que a lei tenha instituído a fungibilidade entre a medida postulada e a concedida.

Em virtude dessas divergências e da dificuldade que os profissionais do direito encontram em diferenciá-las, a nova reforma processual em 2002, com o advento da Lei 10.444, acrescentou o § 7º do artigo 273 do CPC, pelo qual tem admitido a fungibilidade procedimental entre medidas cautelares e antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos necessários.

No entanto, existe quem recuse a fungibilidade quando há erro grosseiro na apresentação do pedido, existindo aqueles que acreditam que a lei deva ser interpretada literalmente, e não admite a apreciação de pedido de tutela satisfativa (antecipada) veiculado através do procedimento do Livro III do Código de

Processo Civil, já que o novodispositivo diz expressamente apenas a hipótese inversa, o qual assim descreve:

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:
§ 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.

Quando o pleito de tutela antecipada conceder menos, ou seja, o magistrado concede a tutela cautelar, ocorre a chamada fungibilidade progressiva, onde surge uma grande discussão acerca da falta de previsão legal. A doutrina majoritária entende que o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil só pode ser aplicado em caso de dúvida, sob fundamento que se deve aplicar o pressuposto da fungibilidade dos recursos.

4.2 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE NAS MEDIDAS CAUTELARES E NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Analisando o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, é possível verificar que a lei exigiu como primeiro requisito para que se possa utilizar do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a necessidade de estar presentes todos o requisito autorizador da espécie de tutela que será futuramente concedida. Ausentes esses requisitos, a medida não será deferida, vez que a situação apresentada e as alegações deduzidas não levam a concessão da tutela de urgência pleiteada por faltarem os respectivos pressupostos.

Ademais, surge a indagação se o juiz está autorizado ou não a conceder medidas cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento (com fundamento no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil) ou somente cautelares típicas, ou seja, nominadas.

Contudo existem controvérsias em relação à aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, onde o entendimento predominante é aquele que visa não existir outros requisitos senão os expressos no § 7.º do artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como ser possível a concessão de cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento.

O princípio da fungibilidade, que antes se limitava somente às medidas cautelares, com a Lei n. 10.444/002 que acrescentou ao texto o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, permitiu categoricamente ao juiz em conceder tutela cautelar se o autor tiver requerido uma tutela antecipada, desde que preenchidos os todos os requisitos.

Pelos doutrinadores essa hipótese já vinha sendo aceita durante algum tempo, primeiramente pela instrumentalidade do processo como forma de diminuir o formalismo e em relação às duas medidas de urgência, pelo fato de que na tutela antecipada os requisitos são mais exigentes do que na aplicação da medida cautelar, além da economia e da celeridade processual.

Há um questionamento em via inversa, ou seja, o juiz deferir uma tutela antecipada, quando tiver sido postulado um pedido de medida cautelar. Ocorre a dúvida em ser a fungibilidade viável nas duas direções.

O juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Portanto não há de se falar em fungibilidade de uma só direção.

Na linha dos princípios a fungibilidade autorizada pelo novo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil não abarca a hipótese de antecipação dos efeitos da tutela de direito material postulada em processo cautelar. Não poderia, sob pena de grave subversão da ordem processual e da natureza dos institutos. Se admitida a possibilidade de se deferir antecipação dos efeitos da tutela em processo cautelar, teríamos ferido de morte o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual.

Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória de direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela).

Existe uma substancial distinção entre os modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo a da cautelar deficitária em relação à antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo

cautelaré limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.

Outro motivo diz respeito à questão do interesse processual. Se a medida antecipatória pode ser obtida em um único processo (o de conhecimento), faleceria o interesse processual do autor de postulá-la em procedimento cautelar, que exige a propositura de uma outra ação, denominada principal. Teríamos, então, dois processos, quando por um apenas se poderia solucionar a lide em todos os aspectos. A menos que se entenda que o processo principal ficaria dispensado para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos do que os da cautelar.

As melhores doutrinas já vêm pacificando que o artigo em questão, realmente deve funcionar em mão-dupla. Ou seja, feito um pedido cautelar no bojo de um processo de conhecimento, deverá o juiz de ofício conhecê-lo e decidi-lo se o pleito é tutela antecipada, levando em consideração a presença dos requisitos que dão ensejo à sua concessão e vice-versa, sempre visando o direito da parte.

CONCLUSÃO

O tema abordado pelo presente trabalho foi às tutelas de urgência, ou seja, tutela cautelar e antecipada e a aplicação do princípio da fungibilidade, haja vista que as duas medidas, embora se pareçam semelhantes, cada uma tem a suas particularidades.

Portanto, para que essas medidas sejam concedidas no curso do processo, há de serem verificados os requisitos e pressupostos de cada medida de urgência.

Acerca do tema em discussão, surge um grande impasse, de qual medida a ser usada em cada caso concreto, sendo que o objetivo principal das medidas de urgência é a proteção do direito ameaçado, para isso o legislador criou a possibilidade do magistrado substituir uma medida pela outra, através do princípio da fungibilidade.

Durante a pesquisa do presente trabalho, foi aprovado um projeto de Lei nº166/2010, composta por uma Comissão de Juristas e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal Federal Luiz Fux, que dispõe sobre um novo Código de Processo Civil.

Dentre os institutos em análise pelo projeto Lei 166/2010, foi aperfeiçoada a matéria em estudo, e o que parece houve a unificação das tutelas antecipadas e cautelares, como um procedimento único, extinguindo o Processo Cautelar. Não fora abordado o projeto por estar em andamento, ainda em fase de aprovação.

Portanto, este assunto não se esgota neste trabalho, ao contrario, é somente um estudo inicial que deverá ser aprofundado após a aprovação do projeto, o qual trouxe uma nova roupagem ao assunto, e que pretende sanar todas as duvidas quanto à propositura de uma cautelar ou de uma tutela antecipada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v. 4. Processo Cautelar, Editora Revista dos Tribunais, 4ª triagem. 2008

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6. ed. São Paulo: RT, 2002;

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Ed. Forense; 42ª Ed, 2007;

WAMBIER, Luiz, Rodrigues- Curso Avançado de Processo Civil v-1, 9 edição 2006/2007, editora Revista dos Tribunais.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, Vol.3. Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. RT; 6.ª Ed., São Paulo, 2005;