



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JARLYANNE RAQUEL DO REGO

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL EM VIGOR (1973) E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO

SOUSA - PB
2011

JARLYANNE RAQUEL DO REGO

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL EM VIGOR (1973) E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO

Monografia apresentada a
Especialização de Direito Civil, da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2011

JARLYANNE RAQUEL DO REGO

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA
ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR (1973) E O PROJETO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

Trabalho monográfico apresentado a
Especialização de Direito Processo Civil, da
Universidade Federal de Campina Grande,
como exigência final para obtenção do título
de Especialista em Direito Processo Civil.

Data da Aprovação: 25 de maio de 2011

Banca Examinadora:

Admilson Leite de Almeida Júnior
Orientador

Francivaldo Gomes de Moura
Examinador

José Alves Formiga
Examinador

SOUSA
2011

A minha metade essencial, Fábio e meu querido filho Alessandro, com quem compartilho riquezas que o dinheiro jamais poderá comprar. Aos meus pais, Zezinho e Lúcia, os quais são insubstituíveis em minha vida, contribuindo sempre na minha formação pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, autor da minha existência, por ter me dado força, coragem e subsídios me ensinando os caminhos a seguir, para a concretização dos meus objetivos.

Aos meus pais pelo apoio, amor, confiança que sempre depositaram em mim, para enfrentar esta luta que chega ao seu final.

Ao meu esposo pela paciência, pelas palavras de estímulos, pelo o amor e pela a compreensão.

A todos àqueles com quem convivi até hoje e que contribuíram de alguma forma para a concretização deste trabalho.

EPIGRAFE

“Tem fé no Direito como melhor instrumento
para a convivência humana;
Na Justiça, como destino normal do Direito;
Na Paz, como substitutivo benevolente da Justiça,
e, sobretudo, tenha fé na Liberdade,
sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz”.

(Eduardo Couture - Os mandamentos do Advogado)

RESUMO

Na seara do Direito Processual Civil uma questão que se coloca como pauta de reiteradas discussões e controvérsias está relacionada à possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no código de processo civil atual. O trabalho apresentado traz desde a origem histórica das tutelas onde abordou as mesmas comparando com o direito estrangeiro, entre eles mereceram destaque o direito português, o direito italiano e o direito português, ressaltando as principais diferenças entre eles, conceitua a tutela cautelar e a antecipação de tutela elencando seus elementos, apontou-se as diferenças e as semelhanças básicas entre as mesmas, faz referência ao poder geral de cautela, esse detido pelo juiz, o qual pode utilizar-se do princípio da fungibilidade para certos casos, com a ressalva de que essas medidas de urgência só deverão ser concedidas se preenchidos todos os requisitos necessários, ou seja, nas tutelas cautelares são: o periculum in mora e o fumus boni iuris, enquanto que nas tutelas antecipadas são: a existência de prova inequívoca, a presença de verossimilhança, a não existência do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado ou difícil reparação, ou o abuso de direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu. A presente pesquisa utiliza-se à pesquisa documental em obras doutrinárias, especializadas na área jurídica processual civil, aplica-se o método dedutivo e sistemático na exposição da temática. O objetivo deste trabalho foi o estudo aprofundado dos questionamentos sobre esse tema, como também realizando uma análise comparativa das principais alterações do projeto de lei com o atual código de processo civil, aferindo-se o conceito de tutela de urgência, e sem a pretensão de por fim à polêmica decorrente desse tema busca-se contribuir e enriquecer o assunto com base nas argumentações doutrinárias e jurisprudências brasileiras, fazendo sempre comparações com a nova sistemática e inovações trazidas pelo o projeto de lei em tramitação, que dará origem ao novo código de processo civil.

Palavras-chave: Tutela. Antecipação. Cautelar. Urgência. Fungibilidade.

ABSTRACT

In the area of Civil Procedure a question raised as an agenda of repeated discussion and controversy is related to the possibility of applying the principle of fungibility between the prudential supervision and early relief to the code of civil procedure today. The presented work brings from the historical origin of guardianships which addressed the same comparison with foreign law, including specifically highlighted the Portuguese law, Italian law and Portuguese law, highlighting the main differences between them, defines the responsibility and precautionary early relief by ranking its entirety, it was pointed out the basic differences and similarities between them, refers to the general power to caution that held by the judge, who can use if the principle of fungibility for certain cases, with the proviso that these measures emergency should be granted only if all the conditions required, ie the precautionary protections are: periculum in arrears and the prima facie juris, whereas in guardianships anticipated are: the existence of clear evidence, the presence of verossimilhança, not existence of the danger of irreversibility of the appointment in advance or difficult to repair, or the abuse of rights of defense, or manifest postponing purpose of the defendant. This research is used to document research in doctrinal works, specializing in the legal field of civil procedure, apply the deductive method and systematic exposition of the theme. The aim of this study was the detailed study of the questions on this topic, as well as conducting a comparative analysis of major changes in the bill to the current code of civil procedure, checking the concept of guardianship of urgency, and without pretending to end the controversy arising from the theme seeks to contribute to and enrich it with arguments based on doctrine and jurisprudence in Brazil, always making comparisons with the new system and innovations brought about by the bill in the pipeline, which will give rise to new procedural code civil.

Keywords: Trusteeship. Anticipation. Precaution. Urgency. Fungibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

ART - Artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA E SUAS TÉCNICAS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	13
1.1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	14
1.2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO.....	17
1.3 A TUTELA JURISDICIONAL.....	18
1.4 AS TÉCNICAS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	20
CAPÍTULO 2 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA	24
2.1 A TUTELA DE URGÊNCIA.....	24
2.2 ELEMENTOS DA TÉCNICA CAUTELAR.....	27
2.3 ELEMENTOS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.....	30
2.4 SEMELHANÇAS.....	34
2.5 DIFERENÇAS.....	36
CAPÍTULO 3 A FUNGIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	39
3.1 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL.....	39
3.2 PRINCÍPIO DA CONGRUENCIA.....	41
3.3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	42
3.4 O PODER GERAL DE CAUTELA.....	45
3.5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Várias são as razões da demora no desenvolvimento dos processos no Brasil. Em sua maioria, porém, apresentam o resultado do próprio exercício democrático e legal. Há uma grande demora, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial, certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir.

Desta forma, quando uma situação exige o mais rápido cumprimento das decisões, ou quando não há condições de se aguardar o tempo necessário para a duração de um processo, utiliza-se a opção da tutela diferenciada.

Sempre que os problemas se avolumam, corre-se o risco de serem olvidados os benefícios propiciados pelos meios existentes, em busca de soluções cada vez mais rápidas. Sem a devida reflexão, é possível promover-se o aviltamento dos benefícios propiciados pelo devido processo legal, claramente pela angústia de ver os problemas desaparecerem do dia para a noite. Sem se dar conta do grande absurdo, de declarar ao processo, uma total inutilidade.

Tendo em vista a possibilidade de tais fatos apontados ocorrerem, será importante e salutar, ocupar-se na busca para descobrir e apontar possibilidades de aperfeiçoamento dos meios existentes, ou despende-se tempo para descobrir benefícios ainda não vislumbrados ou conhecidos, porém existentes, propiciados pelo devido processo legal, na solução dos conflitos na atualidade.

Afinal, neste caso, insere-se como elemento crucial, a consideração de meios legais que permitam a realização dos direitos da forma mais ágil possível, permitindo que as pessoas, no caso em análise, o acesso mais adequado e veloz aos direitos adquiridos histórica e legalmente.

Desta forma, a existência da tutela deve reconhecer a possibilidade de antecipação do resultado, quando resguardadas as devidas normas legais, sob o peso de que, caso a disputa demande um tempo que não se possa aguardar, crie-se uma situação de dano irreparável.

O presente trabalho traz em sua íntegra as mais atuais discussões entre doutrinadores, expõem de forma clara e concisa os institutos da tutela cautelar e da antecipação de tutela dentro de uma análise no código de processo civil atual, tendo em vista suas peculiaridades como também suas semelhanças e os princípios que as norteiam e a cima de tudo realçando o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência fazendo também uma comparação com o projeto de lei, que vai dá luz ao novo código de processo civil no que se refere a essas tutelas de urgência. Fulcrado nessa questão este trabalho tem por desiderato analisar o impasse estabelecido e a confusão na prática que se tem de distinguir as tutelas de urgência, fica fácil na teoria sua separação, mais não o é na prática, consubstanciam o cerne da investigação desta pesquisa.

A metodologia a ser utilizada neste trabalho terá como base o método dedutivo na exposição da temática feita através de uma pesquisa empírica, onde se buscará através de consulta na legislação nacional pertinente, pesquisa documental em obras doutrinárias especializadas na área jurídica-processual, pesquisa jurisprudencial relevante, estudos jurídicos existentes e rede mundial de computadores (internet), além da busca através de estudo de casos que tratem dessa matéria, entender o melhor de tal assunto a ser estudado.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos gerais, como se deu a evolução da tutela de urgência no Brasil desde os primeiros passos, enforçar o processo como um instrumento para alcançar a tutela pretendida, além também de comparar as técnicas no direito estrangeiro, dentre eles merecerão destaque o direito português, o direito italiano e o direito argentino, mostrando os principais pontos de encontro e os pontos que divergem com o direito brasileiro, fazendo com que se obtenha uma noção geral dos mesmos, já que serão alicerce do assunto principal.

No segundo capítulo se procurará trabalhar a tutela cautelar e a tutela antecipada em seus aspectos gerais, a tutela de urgência como um todo no meio jurídico, os elementos da técnica cautelar e da técnica antecipatória, mostrando também os pontos que se encontram e os pontos que as mesmas divergem.

E por fim no terceiro capítulo será tratado do princípio da fungibilidade aplicado no ordenamento jurídico, mais especificadamente entre as tutelas de urgência, para chegar a esse entendimento demonstrará o princípio da economia processual como também da congruência, que serão alicerces para a fungibilidade, essa foi mais especificada na reforma processual, que a partir de 2002 por meio da Lei n. 10.444, foi inserido um parágrafo permitindo o princípio da fungibilidade pelo juiz, o qual permite que de ex-ofício o juiz altere um pedido de medida cautelar por um pedido de antecipação da tutela, trata-se do parágrafo 7º no art. 273 do Código de Processo Civil. Apresentará também neste capítulo os requisitos para essa flexibilização ou para alguns que chamam de fungibilidade entre as tutelas, mostrará o grande poder geral de cautela dado ao juiz para decidir certos casos.

E por fim uma análise geral das principais modificações e inovações que estão por vir com o projeto de lei 8046/10, que tramita na câmara, onde serão relatadas essas inovações comparadas com o código atual e conseqüentemente algumas modificações que espera-se melhorar o processo na busca da real efetividade do mesmo, no menor tempo possível, sem que fira o princípio do devido processo legal, na busca que o direito pleiteado pelo autor chegue mais cedo a quem tem razão e não correr o risco iminente de perde-lo devido a grande demora do trâmite processual.

CAPÍTULO 1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA E SUAS TÉCNICAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Atualmente, no Brasil, o direito de acesso à Justiça e, especialmente, à efetividade da tutela jurisdicional, é garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º. Esse é um item bastante comum nas várias constituições em todo o planeta e tem sua origem histórica passível de entendimento.

Em várias constituições o direito à tutela jurisdicional, é garantido, como aquele que se apresenta na Constituição da República Portuguesa: “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos”.

Na Constituição Espanhola esse direito também é garantido, e aparece estabelecido no seguinte aspecto: “todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se situação de indefesa”.

Nos Estados Unidos o acesso ao Judiciário também é amplo e vem disciplinado pelo artigo 3º da Constituição Federal e pela Emenda XI. Assim, também na França o acesso à justiça é considerado direito fundamental dos cidadãos.

Desta forma, como afirma Gomes (2008, p. 147)

podemos notar que o direito à tutela judicial efetiva, passa, portanto, no início do século XXI a ser encarado como direito e garantia fundamental dos sistemas jurídicos que pretendem ser modernos e igualitários e que pretendam garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Podemos ressaltar que este direito à efetividade decorre tanto do direito constitucional de ação como do devido processo legal. Isto porque quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Judiciário, estabelece também o meio para tirar a jurisdição de sua inércia, sendo este meio o processo.

A questão da tutela é o resultado do desenvolvimento histórico das próprias concepções jurídicas. Afinal, se nos estados oitocentistas os direitos considerados naturais dos homens deveriam ser exercidos e defendidos, não o eram senão por uma atitude passiva do Estado.

Acreditava-se que sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. A ideia dos direitos individuais passou a ser desenvolvida e, dentro deste contexto, a ideia da garantia ao acesso ao direito. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

Segundo Gomes (2008, p. 53)

Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Com o desenvolvimento dos princípios jurídicos e, particularmente, da busca por sua universalização, o direito à tutela judicial tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação e realização.

1.1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Durante o século XX, a realidade de uma sociedade cada vez mais complexa e ágil levou os estudiosos do processo a redescobrirem a tutela não definitiva de cognição sumária anterior ao marco da Revolução Francesa, por meio da técnica cautelar que, em princípio, deveria ter caráter apenas assecuratório.

Naquele momento, além da crescente complexidade social, a necessidade social, a necessidade de se obterem provimentos jurisdicionais capazes de assegurar ou satisfazer os efeitos da decisão a ser obtida ao final do processo de conhecimento ordinarizado.

Previamente, todas as tutelas de urgências eram equivalente, o que hoje denominam-se de tutela cautelar. Sendo assim utilizada como forma de sumarizar a fase procedimental, além do que já era de costume, o qual servia de meio para assegurar a eficácia do julgamento do mérito ao final do processo. Diante dessa situação os juristas adotaram uma nova definição, passando a classificar as tutelas de urgência, o que veio a consolidar com o Código de Processo Civil de 1939, o qual regulava a técnica cautelar inominada de forma discreta, em apenas treze artigos, se comparada com a maneira com que o atual Código a regulou, necessitando de cerca de cem artigos, criando o denominado processo cautelar em um livro específico, para aquela que era considerada um terceiro gênero de tutela jurisdicional, ao lado da cognição e da execução.

Com passar do tempo, tanto a jurisprudência brasileira quanto a doutrina discutiram as imperfeições e contradições do sistema, sendo este ordinarizado e inflexível, características essas postas pelo Código de Processo Civil de 1973, criou-se uma distância grande entre o direito material e o direito processual.

Surgiu a necessidade de tutelar a urgência não apenas de forma assecuratória, mas também de maneira inominada, fez que a prática cotidiana aplicasse a via da ação cautelar para esses fins, assim os juristas começaram a debater formas de eliminar suas imperfeições sem, que fosse preciso elaborar um novo Código.

No ano de 1994, foi introduzida no sistema processual brasileiro a generalização da técnica antecipatória, inserida no art. 273 do Código de Processo

Civil, visando exatamente possibilitar a tomada de decisão de cunho executivo e satisfativo no processo de conhecimento, através de cognição sumária. Para Ferreira (2000, p. 656):

A tutela antecipada por suas próprias características, põe muitas vezes em xeque muitos princípios e regras ligados ao processo de conhecimento, porque ela se contrapõe ao próprio elemento justificador do processo de conhecimento: a ordinaryidade, isto é, o tempo necessário para que as partes demonstrem a procedência de seus argumentos e disto derive um amadurecimento do processo que habilite e, concomitantemente, legitime o Poder Judiciário a julgá-los, momento no qual a convicção (definitiva) é elemento essencial.

Entretanto, naquele momento a doutrina se preocupou não apenas em esclarecer que se tratava de uma modificação que visava contribuir para a eliminação de uma falha estrutural do sistema processual, mas também, principalmente, se preocupou em distinguir a técnica antecipatória da técnica cautelar, para que na prática cotidiana não as equiparassem, afim de simplificar uma situação desconhecida pelo operador jurídico.

Depois da reforma processual de 1994, tornou-se praticamente pacífico o entendimento de que a técnica cautelar difere da técnica antecipatória, nessa época buscava-se um conceito mais definido sobre as tutelas, já que são institutos diferentes e teriam que mostrar com mais precisão essa diferença, logo após esse momento observou-se que de nada adiantou essa diferença, a realidade passou a ser outra, buscava-se aumentar a flexibilização do diploma processual, com vista ao desenvolvimento da instrumentalidade e da efetividade do processo para aplicação do direito material.

Ao inserir o parágrafo 7º do art. 273 do CPC buscou-se exatamente materializar a flexibilização das medidas de urgência, possibilitando a fungibilidade entre os dois institutos e, conseqüentemente, a verdadeira efetividade tanto buscada no processo.

As últimas modificações do Código de Processo Civil demonstram grande preocupação com o respeito à dignidade da prestação da justiça e com a

flexibilização e desburocratização das regras processuais com vistas à mais adequada aplicação do direito material.

1.2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO

O direito de ação sempre vai existir, enquanto o direito processual surge na efetividade do direito da ação, isso independente se existe ou não o direito material. Nessa mesma linha de pensamento já se posicionava em 1877 tanto na Alemanha como na Hungria, nota-se que o direito de ação vai existir desde que invoque a tutela jurisdicional, isso independente de se ter direito ou não, pois o Estado é quem vai se posicionar sobre a existência desse direito. Corroborando com essa linha de raciocínio, Ada Pellegrini (1998, p.250) expressa que:

Antes mesmo que Chiovenda lançasse sua doutrina, Degenkold já criara na Alemanha, em 1877, a teoria da ação como o direito abstrato de agir. Quase ao mesmo tempo, por outra coincidência curiosa, Plósz formulava doutrina idêntica, na Hungria. Segundo esta linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material.

A teoria processual é diariamente testada no cotidiano forense, o processo como meio da aplicação do direito material, necessita se adequar a realidade vivenciada de maneira a obter os melhores resultados na sua essência, qualquer pessoa que aciona a justiça não aguarda obter uma mera regulamentação jurídica do conflito de interesses, a pessoa espera bem mais que isto, ou seja, pretende que a decisão jurisdicional atenda ou se adeque a sua realidade.

O processo é o instrumento da jurisdição, que por sua vez é meio para o fim da prestação da justiça, não é pertinente que conclusões científicas processuais desatualizadas impeçam o poder judiciário de assegurar e de dar a cada um, o que é de direito.

Bedaque (2003, p. 13), mostra a importância do processo em poucas linhas:

O ordenamento que não assegura a atuação das regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico. Daí a importância fundamental do direito processual para o bom funcionamento do sistema de normas jurídicas.

A grande missão do processo atual é trazer resultados práticos e com segurança, tendo em vista que essa teoria processual é diariamente testada no cotidiano forense e que o verdadeiro progresso da ciência processual não diz respeito a essa evolução em si, mas a sua íntima ligação com a prestação jurisdicional.

1.3 A TUTELA JURISDICIONAL

O processo não pode transformar-se em um fim em si mesmo, porque ele é instrumento de solução da lide. Mas, a efetividade da jurisdição envolve, também, a definição e clareza de certos conceitos: a hierarquia do Judiciário e a competência do órgão jurisdicional.

A tutela jurisdicional não pode ser apenas formal, ela deve propiciar um resultado efetivo, desta forma faz-se necessário uma aproximação do direito processual e do direito material, em que se unam em busca de soluções eficazes e hábeis, pois a tutela é o elemento de realização.

A doutrina moderna tem feito com que a sociedade se preocupe bem mais com o resultado obtido em um processo, mostrando a idéia do processo civil de resultados. Nesse sentido, assevera Candido Rangel Dinamarco (2004, p. 108).

O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou em relação aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que de se esperam.

Outras garantias constitucionais como o do contraditório, ampla defesa, fundamentações das decisões judiciais, juiz natural, complementam o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV da CF). Todas essas garantias fazem com que no final do processo surja uma decisão justa e efetiva a quem tenha direito a elas.

Sob esse prisma da sentença, são sábios os ensinamentos do doutrinador Candido Rangel Dinamarco (2002, p. 194):

a sentença de mérito é o momento culminante do processo de conhecimento, dito também processo de sentença justamente porque tem a finalidade específica de produzir a tutela jurisdicional mediante o julgamento de pretensões.

Por fim, para que a tutela jurisdicional seja justa, é necessário além de sua procedência, que ela seja concedida em um período razoável, para que atinja o ideal de justiça. Faz-se necessário uma reformulação do processo, com a manutenção do mínimo de regras possíveis que resguardem o princípio do devido

processo legal. Já que o excesso de normas processuais existentes em nosso ordenamento jurídico acabam desviando a finalidade do processo, com incansáveis discussões acerca da forma, e conseqüentemente com o evidente prejuízo do exame do mérito.

1.4 AS TÉCNICAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Torna-se muito interessante a apreciação do direito como um todo e mais ainda quando este comparado com o direito estrangeiro, onde tem-se a visão geral em torno dos outros países, no caso em questão volta-se para uma análise das técnicas de urgência comparada com o direito Português, Italiano e Argentino, onde possuem várias diferenças, embora os conceitos encontram-se interligados.

No Código Processual Civil português de 1961, Livro III, Título I, capítulo IV nomeado por procedimentos cautelares, em seu art. 399, menciona que:

Art. 399 Quando alguém mostra fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providencias adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega dos bens móveis ou imóveis, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário.

Diante do artigo demonstrado, conclui que o código português de cunho satisfativo não reconheceu a técnica cautelar como uma espécie de tutela jurisdicional, ou até mesmo, não fez distinção entre as técnicas antecipatórias e cautelares, perdendo a discussão com relação a flexibilização de técnicas de

urgência em um sistema processual que não soube diferenciá-las, sendo essa distinção tratada de forma doutrinária. Portanto as providencias cautelares não especificadas surgem como um procedimento cautelar subsidiário, só aplicável quando não o for qualquer outro procedimento.

O Código de Processo Civil italiano de 1940 dispõe em seu art. 700:

Art.700 Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi há fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.¹

Neste artigo o Código de Processo Civil italiano, ao prever os chamados "provimentos de urgência", inseriu a tutela cautelar dentro de um capítulo que classifica as medidas de urgência como provimentos, não as chamando de procedimentos de urgência, como fez o CPC português, Isto por que o CPC italiano preferiu denominar tais medidas urgentes sob o prisma da natureza dos provimentos jurisdicionais que geram, não os classificando como espécie de procedimento ou de processo como fez o ordenamento português.

Afirma Marinoni (1999, p.131), sua opinião acerca da discussão relatada no CPC italiano:

Reafirma-se que a tutela antecipada em face do perigo de dano irreparável somente passou a ser admitida no Direito italiano em razão das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e mediante uma interpretação forçada da palavra **assicurare**, presente no art. 700. Tanto é verdade que um recente projeto que objetiva permitir a alteração do referido art. 700, elaborado pela Comissão Tarzia, visa a deixar clara a possibilidade de o juiz conceder tutela destinada a assegurar ou a antecipar a tutela final. Objetiva-se permitir a obtenção da tutela antecipatória através de um procedimento

1 Art.700 Fora dos casos regulamentados na seção precedente deste capítulo, quem tem fundado motivo de temer que durante o tempo corrido para satisfazer seu direito pela via ordinária haja ameaça de um prejuízo eminente e irreparável, pode recorrer ao juiz através de provimentos de urgência que aparentam, segundo a circunstancia, mais idoneidade para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito.

sumário diferenciado, e não no curso do processo de conhecimento, como acontece no direito brasileiro.

A flexibilização das técnicas de urgência no sistema processual italiano, não pode ser realizada, uma vez que no ordenamento legal italiano ainda não foi capaz de diferenciar, e mesmo que possa fazer, não haverá requisitos e procedimentos tão diferenciados para os dois institutos tão semelhantes.

Dispõe o art. 232 do Código de Processo Civil e Comercial da nação argentina de 1970:

Art. 232 Fuera de los casos previstos em los artículos precedentes, quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionamente el cumplimiento de la sentencia.²

Na argentina, assim como na grande maioria das sociedades contemporâneas, não há dúvida de que o tempo do processo e a demora pela decisão final e definitiva também geram a necessidade de provimentos urgentes não apenas de natureza cautelar, mas também antecipatórios, para a adequada defesa dos mais variados direitos.

Mesmo assim, o ordenamento processual argentino, assim como ocorre com sistema legal dos demais países do globo, não se preocupou em identificar expressamente a técnica antecipatória, não a diferenciando da técnica cautelar nem demonstrando grande preocupação doutrinária em relação à distinção.

² Fora dos casos previstos no artigo precedentes, quem tiver fundado motivo para temer que durante o tempo anterior ao reconhecimento judicial de seu direito este poderia sofrer um prejuízo iminente ou irreparável, poderá solicitar as medidas urgentes que, segundo as circunstancias fossem mais aptas para assegurar provisionalmente o cumprimento da sentença.

Para a concessão da técnica cautelar os requisitos da lei daquele país são, em tese bastante semelhantes aos requisitos havidos para a concessão das técnicas de urgência antecipatória e cautelar no Brasil.

CAPÍTULO 2 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

Ao esmiuçar a tutela cautelar e a tutela antecipada depara-se com algumas diferenças, pois são institutos diferentes dentro do direito processual civil, mais ao mesmo tempo são tão parecidos que suas peculiaridades se confundem, principalmente em fazer essas distinções na prática para o operador de direito tornasse muito difícil.

A medida cautelar é um ato processual que tem por definição garantir a eficácia do processo principal, afastando os perigos provenientes da demora que acabam ocorrendo no andamento do processo, busca-se garantir a efetividade em relação à pretensão do autor. Trata-se de um procedimento preventivo que, ante o perigo na demora e a fumaça do bom direito, pode se instaurar antes da ação principal ou no desenrolar dela, para evitar prejuízo às partes, caso a ação principal seja julgada procedente, a cautelar perde sua eficácia.

Enquanto que a tutela antecipada trata-se de uma antecipação do próprio pedido principal, o qual foi pretendido na petição inicial, e é ameaçado em situação de urgência. É uma tutela satisfativa. Só poderá ser concedida pelo juiz se não houver perigo de reversibilidade do provimento antecipado. Entretanto é uma medida de urgência que poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que a decisão seja fundamentada.

2.1 A TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência corresponde ao resultado rápido que a jurisdição, através do processo, não pode deixar de atingir em muitas e freqüentes situações do cotidiano. Trata-se do gênero de tutela que se destina a evitar danos oriundos da demora da prestação jurisdicional, ou da necessidade existente, conforme a natureza do direito material protegido, de obter-se o pronunciamento jurisdicional antes da finalização da cognição, para que a prestação jurisdicional seja tempestiva e efetiva.

Segundo Bedaque (2003, p.193):

O longo tempo exigido para a entrega da tutela definitiva, antecedida de amplo contraditório e cognição exauriente, vem se mostrando absolutamente incompatível com as necessidades do mundo moderno. Esse problema se agrava em países como o Brasil, onde fatores extraprocessuais acabam contribuindo para retardar ainda mais o resultado do processo, tornando a demora fenômeno anormal e insuportável.

No mesmo pensamento Bedaque (2003, p.28), vem a confirmar que: “as tutelas de urgência são destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do juiz, ou apenas a assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado por vias normais”.

A realidade é que o ritmo das atividades humanas é cada vez mais acelerado, mais agravada se torna a situação com relação ao tempo justo e necessário à realização do processo. Tornar-se comum a inevitável demora da prestação jurisdicional, tornando o processo inviável, por mais certo que seja o direito postulado em juízo.

A satisfação do direito através de declaração e execução demanda tempo, e a demora pode provocar danos a quem tem razão. A necessidade de utilizar o processo, para obter a verdade, não deve gerar dano à parte a quem essa verdade favoreceria. De acordo com a ideologia liberal, ainda que as decisões jurisdicionais provocassem danos às partes em razão da demora do tempo não seria variável capaz de interferir no juízo da justiça obtida através do processo. Sendo assim bem colocada a afirmação de Marinoni (1998, p.356):

Dizer que não temos tutela preventiva destinada a impedir o poluidor de poluir significa dizer que todos têm o direito de poluir e depois pagar a indenização que for considerada equivalente ao dano causado.

Essa ideologia liberal de que o ilícito será sempre punível, nem sempre é decisão mais benéfica, funciona como uma técnica individualista reparatória, ligada apenas a reparar o dano ou de pagar pelo dano causado. Bem mais razoável a utilização da técnica inibitória antecipatória, onde a mesma pode evitar o ilícito, constituindo uma tutela mais adequada às necessidades atuais.

Corroborar o entendimento nas palavras de Marinoni (1998, p.234): “é necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízos, mas também a omissão”.

A cognição sumária é apontada como um dos elementos que caracteriza a tutela de urgência, nesse sentido Bedaque (2003, 257) expõe:

Existem as tutelas de urgência precedidas de cognição sumária, que podem ser divididas em definitivas e provisórias. Aquelas como as de cognição exauriente, são aptas a definir o litígio, no sentido de que representam a resposta final obtida no âmbito jurisdicional. Caracterizam-se, porém, pela sumariedade da cognição. As últimas, também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, mas constituem soluções provisórias, com função de mera segurança para o resultado final. Não são aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele possa se verificar com a maior dose de utilidade possível. Estas, apesar de especificidades quanto ao conteúdo, podem ser reunidas em uma única categoria, caracterizadas que são pela provisoriedade e pela instrumentalidade: são as tutelas cautelares.

A tutela de urgência pode ser vista por várias ópticas, porém pode-se sintetizar em duas espécies principais, que são a técnica cautelar e a técnica antecipatória. No dia-a-dia sempre geraram ou apareceram situações novas

merecedoras de tutela, tem-se a necessidade de medidas jurisdicionais sumárias, dinâmicas e adequadas ao direito material e a realidade atual.

2.2 ELEMENTOS DA TÉCNICA CAUTELAR

A técnica cautelar é aquela que tem por objetivo garantir um resultado satisfatório da demanda, que é o objeto principal, agindo desta forma como objeto secundário, mas que tornar-se preponderante o seu ideal, de atingir o resultado esperado, com relação ao bem jurídico, objeto da ação.

Segundo Marinoni (1998, p.51) afirma que:

A tutela cautelar teria as seguintes características: a urgência, a preventividade (que não seria exclusiva da cautela), a sumariedade formal e material (em função da urgência), a aparência (*fumus bonis juris*), a temporariedade, a inexistência de coisa julgada material (por ausência de carga declaratoria suficiente), a fungibilidade (não havendo no caso da cautelar, rigorosa adstrição ao pedido do autor), a instrumentalidade (que não está presente nas medidas antecipatórias e a referibilidade).

Característica desta técnica é a sua executividade que funciona de forma inerente ao resultado da ação, assegurando assim a proteção ao bem jurídico, sem garantir que o resultado final da ação seja satisfativo, seu caráter garantidor durante o processo, faz com que o bem pleiteado, não desapareça com o decorrer do tempo que levará para que se chegue ao um resultado do mérito da ação.

Importante transcrever o pensamento de Bedaque (2003 p.479):

O procedimento cautelar, quando necessário a instauração de processo autônomo, deve ser único com possibilidade de o juiz adequá-lo às necessidades do direito a ser assegurado mediante a tutela provisória.

Na maioria dos casos, todavia, não se vislumbra nem mesmo a necessidade de procedimento cautelar autônomo. Maior simplicidade se obteria com a previsão genérica de tutela cautelar no bojo do processo cognitivo, tal como ocorre hoje com a antecipação de tutela. Somente nos casos de cautelar antecedente não há como dispensar ao procedimento autônomo.

A finalidade de se buscar a cautelar sempre é em busca de uma procedência do pedido principal, mas que no processo, sua finalidade primordial é evitar dano irreparável ao objeto da ação, sendo assim esse instituto muito conhecido no processo civil, devido a necessidade de se preencher dois requisitos essenciais, para que haja a procedência de tal pedido, configurando o *periculum de mora* e *fumus boni iuris*.

Segundo Marcelo Colombelli Mezzomo (2002):

O fumus boni iuris e o periculum in mora são comumente ditos pressupostos da cautela. Isto é um erro. Somente a utilização de um sentido não técnico ao vocábulo pressupostos ou requisitos podem ser acarretar esta associação. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são elementos do mérito da cautela. Antes de tratarmos deles, vejamos a espécie de cognição levada a efeito na cautela. A cognição levada a cabo no âmbito do processo cautelar, ao contrário do que ocorre no processo de conhecimento, não se baseia em um juízo de certeza, mas em um juízo de verossimilhança, portanto perfunctório, superficial. Aqui cabe distinguir a cognição exauriente da cognição sumária. A cognição dentro do processo pode sofrer limitações em profundidade (vertical) ou em extensão (horizontal). No primeiro caso pode ser *exauriente* ou *sumária*. No segundo *plena* ou *parcial*. Quando tratamos de cognição parcial, temos diante de nós um caso em que há uma limitação quanto às questões que serão apreciadas e que estão envoltas na lide. Mas aquelas que forem apreciadas o serão através de uma cognição aprofundada ou seja mediante uma investigação de um suporte probatório produzido com ou sem limitações sem limitações quanto à matéria. Permitir-se-á a produção plena de provas e o juiz conhecerá delas sem limitações, emitindo, a fim e ao cabo, um juízo de certeza, que corresponde a uma situação de máximo convencimento acerca das soluções dadas às questões que lhe foram submetidas, apto a formar coisa julgada (cognição exauriente), ou ao contrário teremos em relação a estas questões uma cognição sumária (limitação em sentido vertical). Mas enfim, só algumas questões serão tratadas frente ao todo da demanda. Exemplo temos nas ações possessórias, em que só a posse está em questão, abstraindo-se juízos acerca da propriedade. Assim também nas ações de divórcio conversão, em que a lei expressamente limita as questões a serem tratadas. A cognição plena, a *contrario sensu*, abrange a totalidade de

questões que compõe a demanda, sendo o modelo de cognição tipo do processo de conhecimento de rito ordinário.

Analisar a técnica cautelar apenas pela visão limitada de direito processual como uma ferramenta provisória, pode comprometer sua verdadeira essência, que apesar de não ser tão enfocada, demonstra-se principalmente como uma figura temporária, garantindo segurança jurídica e sendo parte fundamental para garantir alcançar um julgamento de mérito no processo, sem que perca seu objetivo com o decorrer do tempo. Logo essa técnica não pode ser vista apenas como uma figura subsidiária, tendo em vista seu grande poder dentro do processo.

Na visão de Câmara (2003, p.154) sobre a tutela cautelar:

A tutela jurisdicional cautelar se limita a proteger a execução contra os males do tempo, assegurando que, quando de sua realização, seja possível a atuação prática do direito substancial, com os meios executivos incidindo sobre aqueles bens previamente apreendidos.

Na formatação atual em que se encontra o Código de Processo Civil, a técnica cautelar é vista dentro do livro de processo cautelar, sendo inserida ao lado das tutelas cognitivas e executivas, embora as mesmas não possuam características cautelares. Os critérios que foram levados em conta para tal classificação são hoje suficientes para demonstrar quanto a tipicidade da estrutura do processo cautelar, incluído no código de 1973, já que, de forma genérica, o legislador pode abraçar a subjetividade dessa ferramenta, de forma que se aplica a várias situações, inclusive atípicas permitindo ao operador do direito sua utilização quando surgirem situações da vida real, conforme menciona o art. 798 do CCP.

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.

Diante de um cenário subjetivo a inexistência de medidas específicas para cada situação, em momento algum configuram-se como lacuna no ordenamento processual, mas sim como uma ferramenta para que o operador do direito adéqüe a tutela pleiteada a necessidade de cada caso, evitando a ficar adstrito a pré-requisitos específicos.

Importante relatar o posicionamento de Cavalcante (2003, p.137-138), onde o mesmo corrobora com o entendimento acima:

Em suma, as medidas atípicas são aquelas que estão fora do contexto de medida cautelar revestida sob a forma tradicional de ação, ou mesmo, sendo veiculada por ação o fim é diverso do normalmente destinado às medidas cautelares, não se verificando necessariamente o procedimento delineado nas disposições gerais do processo cautelar, elas existem para situações peculiares, esboçadas em sistema normativo próprio.

Portanto essa é a verdadeira natureza jurisdicional da tutela cautelar, ser assessoria do ponto de vista instrumental e ao mesmo tempo ter em sua essência o caráter principal com relação a guarda do direito material, permitindo um julgamento mais próximo da realidade que se deseja alcançar.

2.3 ELEMENTOS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

A técnica antecipatória caracteriza-se, pela antecipação dos efeitos jurisdicionais da ação, onde esta pode ser de forma parcial ou de forma integral com

relação ao pedido, mas que não deixa seu caráter provisório e instável, já que não garante o resultado como um todo.

João Batista Lopes (2003, p.50) conceitua a tutela antecipada:

Trata-se, portanto, de decisão interlocutória (e não de sentença), por via da qual o juiz concede ao autor o adiantamento de efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo.

Não se cuida, pois, de julgamento antecipado da lide, como se verá mais adiante, mas de medida de caráter provisório que visa a tutelar mais eficaz e prontamente o direito do autor sempre que ele preencher os requisitos exigidos pela lei.

A cognição exercida pelo juiz é sumária e, portanto, não se reveste da definitividade que caracteriza a coisa julgada.

Quando se fala em antecipação de julgados procura-se remeter ao que mencionam os art. 273 e 461 do CPC, já modificados pela reforma ocorrida em 1994, a qual fez surgir uma nova modalidade de caráter atípico.

Segundo Marinoni (1998, p.26-27)

A tutela antecipatória, agora expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre a oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, e mais do que isso, restaura-se a idéia que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material, de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.

O instituto constituído pela técnica antecipatória cria um incidente processual, geralmente no início do procedimento, contudo a antecipação também

pode ser concedida inclusive no segundo grau de jurisdição, a qual possibilita antecipar a satisfação do direito material, desde que estejam presentes os requisitos específicos.

Para Zavascki (2000, p.100):

É pressuposto indispensável ao deferimento da medida antecipatória, que o direito do autor seja verossímil e fundado em prova inequívoca, assim considerada a que, embora em juízo de cognição sumária, propicie convicção robusta sobre a verdade dos fatos; (...) É indispensável, ademais, a agregação de um dos seguintes pressupostos: receio de dano irreparável ou de difícil reparação (risco concreto, atual e grave, apto a prejudicar ou fazer perecer, no curso do processo, o direito afirmado pelo autor) ou abuso do direito de defesa (atos protelatórios praticados no processo) ou, ainda, manifesto propósito protelatório (atos ou omissões fora do processo, com repercussões negativas no regular andamento desse) .

Conforme art. 273 do CPC, os requisitos legais para a concessão da antecipação, exigem prova inequívoca acerca da verossimilhança das alegações do autor, bem como comprovação do perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação, que poderá acontecer no caso da não concessão da tutela, outra hipótese para a concessão da antecipação poderá ser concedida, caso fique caracterizado comportamento manifestamente protelatório do réu (CPC, art. 273, II).

Para Zavascki (2000, p. 73):

Toda a norma que visa solucionar colisão de direitos acarreta, em alguma medida, limitações à concretização dos direitos colidentes. A antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273 do CPC, não foge à regra. Efetivamente, ao estabelecer que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição. (...)

Sendo notória em casos desta natureza, a impossibilidade de convivência simultânea e plena entre os dois citados direitos fundamentais, justificada está, pelo princípio da necessidade, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção de uma concordância prática entre eles. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação

dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.

Para o juiz conceder a tutela antecipada tem que preencher os requisitos obrigatórios que são: prova inequívoca da verossimilhança e a reversibilidade. Além disso deve o interessado na antecipação de tutela ter pelo menos um dos requisitos alternativos que são: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; pedido incontroverso.

Quando se fala em prova inequívoca, não quer dizer à certeza do direito, mas sim que aparentemente seja verdade, exigindo a lei uma prova que confirme a afirmação do autor. Significa dizer que seja prova suficiente para que o juiz em sua análise conceda o alegado pelo autor achando que os fatos confirmam a verdade. Na verossimilhança é basicamente a semelhança com a verdade, ou seja, que o juiz acredite ser verdadeiro o fato do que falso e que essa aparência esteja ligada a alguma prova que o ampare mesmo que seja superficialmente. No que diz respeito à reversibilidade, só será concedido à antecipação de tutela se puder reverter os efeitos gerados pela decisão provisória.

Quando se fala em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é praticamente o *periculum in mora* do processo cautelar. Basea-se em mostrar ao juiz que o tempo que tem a prestação jurisdicional poderá levar ao perecimento do direito do autor, ou lhe causará um prejuízo de difícil reparação, fazendo-se necessária à concessão da tutela imediata sob consequência de se tornar uma decisão futura sem efeitos, tornando se inútil vencer.

E por fim para o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, foi dada essa opção à tutela ser antecipada, tendo em vista que muitas das vezes o réu já sabendo que não tem como ganhar o pleito utiliza-se de várias formalidades para prolongar o processo e adiar cada vez mais a sentença, nestes casos onde o direito do autor encontra-se visível no processo, tem-se a antecipação do provimento final, age como forma de punir o réu.

2.4 SEMELHANÇAS

São numerosos os pontos de contato entre a tutela cautelar e a tutela antecipada em sua natureza jurídica. Como afirma Velloso³(2010):

Ambas as espécies de tutela pressupõem cognição sumária, regem-se pela instrumentalidade, são precárias e fundadas em juízo de probabilidade. Na tutela antecipada, a precariedade exige um requisito especial: só pode ser concedida se puder ser revogada a qualquer tempo, de forma eficaz. Enquanto o juízo de probabilidade é mínimo na tutela cautelar, apresenta-se máximo na tutela antecipada.

Pode-se expor algumas semelhanças como a garantia de um exercício pleno de agir e que hoje sendo mais visto como uma forma de acesso a justiça, também vale a pena destacar que a ordem jurídica trata-se daquela que oferta ao demandante da ação todas as condições para que o mesmo tenha a certeza do acesso ao direito.

Seja de qualquer forma ambas as tutelas, apesar de terem terminologia distintas, tem em sua essência o atributo de assegurar um processo de lisura e efetividade, tendo um produto final com base no direito, ao qual foi submetido.

As tutelas ora apresentadas são galhos da mesma árvore, logo tem uma raiz em comum, o que as tornam muito parecidas, onde apesar do sistema processual ter distinguindo as mesmas, ambas nunca deixaram de atuar como forma de acesso e garantias processuais.

3 VELLOSO, Vera Maria Louzada. Medidas cautelares e antecipatórias nos juizados especiais. Palestra realizada em 2010.

Sábias são as palavras de Humberto Theodoro Júnior (1997, p.617):

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

A polêmica doutrinária com relação à natureza cautelar ou da antecipação de tutela mostra-se semelhante entre as duas técnicas, nota-se uma grande aproximação entre elas, através da efetivação de decisões liminares, por isso mesmo, torna-se difícil na prática diferenciar a técnica cautelar da técnica antecipatória, persistindo essa diferença no plano do direito.

Não se deve deixar de reconhecer, também, a idêntica função que a técnica antecipatória e a técnica cautelar possuem no âmbito constitucional. O inciso XXXV do art. 5º da CF/88, de cunho eminentemente social, dá ao poder judiciário a missão de impedir qualquer ameaça ao direito garantindo a todos amplo e irrestrito acesso à justiça. Utilizando o processo como instrumento de aplicação da tutela jurisdicional.

Corroborando com esse entendimento Falcão (1999) ao dizer que:

Face à semelhança, bom lembrar Pajardi quando diz que as medidas de tutela provisória, no campo processual, devem ser encaradas da mesma forma com que se cuida, em medicina, das cirurgias de urgência, que não permitem ao médico observar todas as cautelas e precauções de ordinário prescritas para os tratamentos de rotina. Explica que o paciente em condições normais é colocado em observação por tempo técnico, sob acurada análise e cuidadosa avaliação, inclusive com opção de experiência de eventual alternativa clínica farmacológica. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de um estado de emergência, reclama uma intervenção cirúrgica imediata, sob pena de a futura cirurgia

tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente. Há técnicas e cirurgias para pacientes normais e técnicas e cirurgias de urgência, tal a especificidade desse último tipo de cirurgia.

Desta forma, as medidas cautelares e antecipadas são meios para a prestação da tutela jurisdicional urgente, que possuem caráter cognitivo e executivo, e que constituem técnicas diferenciadas, estipuladas pelo legislador ordinário, mas que certamente detêm a mesma função constitucional de dispositivo processual adaptado às situações de urgência na proteção aos direitos.

2.5 DIFERENÇAS

A antecipação de tutela faz com que o processo perca a sua neutralidade em relação ao direito substancial discutido, versa sobre o mérito da ação principal, examinando através da prova inequívoca do direito material da parte. Por sua vez, a tutela cautelar diz respeito apenas ao perigo do dano e a possibilidade da procedência do pedido efetuado ou a ser efetuado nos autos da ação principal à qual é acessória, por essa razão, muitos julgados presumem a presença do requisito cautelar do *fumus boni iuris*, enquanto já existem precedentes jurisprudenciais de mérito favoráveis ao caso, através de um juízo apenas abstrato e não pertinente as nuances da situação concreta.

Enquanto a antecipação de tutela satisfaz provisoriamente no plano dos fatos os efeitos do provimento jurisdicional final de mérito, a tutela cautelar visa apenas assegurar o bem jurídico objeto da discussão jurisdicional havida no processo principal. Disso tem a conclusão de que a tutela antecipada possui preponderância em satisfatividade, enquanto que a tutela cautelar possui preponderância em referibilidade.

De acordo com o entendimento de Ferreira (2000, p.133):

Em síntese: enquanto na técnica cautelar concede-se no presente a proteção do que provavelmente será obtido no futuro, na tutela antecipada concede-se no presente o que só provavelmente seria obtido no futuro. (...) Muitas vezes, entretanto, a confusão que se faz entre a tutela antecipada e a técnica cautelar pode gerar consequências e confusões equivocadas.

Constituindo a antecipação de tutela um incidente processual havido no bojo do procedimento em que é requerida, diferencia-se da tutela cautelar pelo fato de que a ação e o processo cautelar possuem autonomia em relação à demanda em que estão envolvidos, enquanto a cautelar busca assegurar e acaba por também satisfazer, a antecipação satisfaz para proteger, terminando por também assegurar.

Trecho citado por Begalli (2009) especialista em direito processual civil, publicado na internet:

A tutela cautelar e a tutela antecipada são dois institutos de direito processual civil distintos, embora possuam semelhanças entre si. Há muito tenta a doutrina estabelecer traços diferenciadores entre as duas espécies processuais, acabando por causar verdadeira celeuma nas ações.

Cuidemos agora das disparidades. A medida cautelar é concedida através de um processo cautelar, que é uma cognição exauriente. Já a tutela antecipada é deferida em um incidente processual, e não uma ação autônoma, e analisada após uma cognição sumária.

É por isso que a tutela acautelatória tem como característica sua provável imutabilidade, pois trata-se de um processo dotado de autonomia, mesmo tendo ocorrido no curso de outra demanda. Enquanto a tutela antecipatória é essencialmente precária ou provisória.

Fator que consideramos talvez o mais importante para a diferenciação entre tutela antecipada e cautelar é no tocante à finalidade, pois a primeira visa garantir o direito imediatamente sob o risco iminente deste perecer, já a segunda objetiva a futura fruição do direito em litígio.

A diferenciação entre a tutela cautelar e tutela antecipada parte do binômio satisfatividade e cautelaridade: enquanto as técnicas de urgência

demonstram partir historicamente da cautela, as medidas liminares produzem antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, possuindo satisfatividade. Assim sabe-se que a tutela cautelar se resume em assegurar a utilidade prática do processo principal, enquanto que a tutela antecipada constitui a própria entrega em caráter provisório do bem da vida a quem se diz titular do direito material fica nítido que a concessão da primeira exige menos profundidade de análise pelo magistrado.

Enquanto que na tutela cautelar está assegurada a pretensão e não atinge o direito material pleiteado, na tutela antecipada, por sua vez, realiza-se a pretensão, este é o ponto essencial de diferenciação entre ambas as formas.

Nas palavras de Nery Jr. (2007, p.546)

nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório.

Daí porque o instituto brasileiro é singular.

Coisas diversas, portanto, são a providência cautelar e a antecipação da tutela. Na providência cautelar o que se pretende do juiz é o deferimento de uma medida que resguarde a futura eficácia da tutela que tem um alto grau de probabilidade de vir a ser deferida em caráter definitivo.

Não pretendemos que o magistrado nos antecipe a tutela. Dele postulamos que determine uma medida que nos assegure venhamos a usufruir, no futuro, a tutela que postulamos, quando for deferida em caráter definitivo.

Embora a técnica cautelar e a técnica antecipatória não sejam idênticas, também não há dúvida de que possuem várias características em comuns. Essa proximidade justifica a confusão acerca da técnica a ser utilizada conforme o caso concreto, tanto na doutrina como na jurisprudência e especialmente no cotidiano prático do advogado, que deseja apenas utilizar o meio mais seguro para a tutela urgente do direito material que está a defender.

CAPÍTULO 3 A FUNGIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

O termo princípio vem do latim '*principium*' que significa começo, origem ou base, e pode ser definido como: um enunciado implícito ou explícito e lógico, e sua posição ocupa situação privilegiada frente as normas de Direito, conectando-se com as mesmas o entendimento jurídico a respeito de algo.

Pelo princípio da fungibilidade tem-se que desde que haja boa-fé e os requisitos adequados para o caso concreto, elege-se esse princípio também com base no princípio da instrumentalidade das formas, não só no âmbito recursal, o qual é mais aceito, mas também no processo onde se busca celeridade e efetividade do mesmo, mais propriamente no que se refere as tutelas de urgência, tendo em vista a antecipação de tutela e a tutela cautelar pertencerem a mesmo ramo, onde o objetivo se dá na busca de alcançar a tutela jurisdicional num menor tempo possível.

É por esse princípio possibilita o juiz a conceder a medida de urgência que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida postulada.

3.1 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Os princípios são fontes básicas para todos os ramos do direito, influenciando tanto em sua construção como em sua aplicação. Em relação ao

Direito do Processual Civil não poderia ser diferente, já que os princípios fazem parte e estão sempre presentes em suas normas.

O princípio da economia processual tem por base a simplificação das formas, economia de demandas, princípio esse que segundo o qual o processo deve obter o maior resultado com o mínimo de esforço.

Corroborando com o entendimento do conceito do princípio acima Lamy (2008, p.92) expressa:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E, mesmo quando não se trata de bens materiais, deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia processual, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Quando se fala das técnicas de urgência, esse princípio vem a favorecer muito, pois age diretamente no processo, de forma que não deve haver um desequilíbrio entre o processo e o resultado por ele proporcionado, na verdade o processo deveria ter o mínimo de atos e seus resultados deveriam ser mais práticos, nem sempre isso acontece.

Ressalta-se que o princípio da economia processual deve ser colocado em prática, mas com certa cautela, de acordo com cada situação, tendo em vista que devem ser observados outros princípios tais como o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa.

Em se tratando das técnicas de urgência não há dúvidas quanto a sua aplicação, desde que contenham no processo os requisitos necessários não há necessidade de que venha com a forma correta, pois esse princípio privilegia a substância, deixando a margem o rigor técnico do instrumento processual. Aliado a esse princípio tem-se o princípio da instrumentalidade das formas o qual garante

que devem ser considerados imperfeitos e conseqüentemente anulados, apenas os atos processuais, os quais não atingiram o objetivo.

Este último princípio deixa claro que não pode haver nulidades processuais decorrente de utilização errada de um ato processual, pois a forma é apenas um instrumento.

Vale destacar o que afirma Lamy (2008, p.94):

O que se percebe é que o princípio da instrumentalidade das formas constitui a essência da questão da flexibilização das técnicas de urgência antecipadas e cautelares, pois o cerne de tal concepção está em possibilitar-se o resultado prático proporcionado pela tutela de urgência, compreendendo-o como mais importante do que a utilização da medida correta tecnicamente diferenciada em si mesma.

Mais uma vez, o processualista deve admitir que o processo não é mais importante que o direito substancial, servindo apenas como instrumento àquele. É necessário aproximar-se o direito processual e o direito material, num esforço que deve vir de ambas as comunidades científicas, visando-se a proteção de todo o direito e das instituições jurídicas.

O princípio da economia processual não pode ser chamado para subtrair normas procedimentais expressamente previstas em lei, sob pena de ferimento ao devido processo legal, o qual demanda um certo tempo.

3.2 PRINCIPIO DA CONGRUENCIA

Tem-se pelo princípio da congruência que as decisões jurisdicionais devem-se ficar restritos ao julgamento dos pedidos pleiteados, conforme os art. 128 e 460 do CPC.

Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

O juiz só pode conceder aquilo que a parte realmente pediu. A função jurisdicional está restrita ao objeto da lide, porque é no pedido que são identificadas as características da tutela pretendida.

Colaborando com o entendimento expressa Marques (1997, p.223).

Como toda declaração de vontade, o pedido de tutela jurisdicional pode ser interpretado, para dele se ter exata compreensão. Todavia, como o pedido constitui o objeto da ação e da sentença, tanto que o juiz não pode decidir *ultra petita*, dispõe o art. 293 do CPC que os pedidos serão interpretados restritivamente. Se assim não fosse, o juiz, ao dar o seu entendimento sobre a extensão do pedido, poderia dilatar a área do litígio a ser decidido, com prejuízo do devido processo legal

Um pedido pode necessitar de técnica antecipatória, enquanto o seu requerimento pode ser incorretamente da técnica cautelar, dessa forma o juiz pode atender o pedido mesmo que o instrumento não seja adequado, mesmo assim o juiz não fere o princípio da congruência.

3.3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

A aplicação da fungibilidade na técnica cautelar e na técnica antecipatória está disposta no 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.” modificação realizada pela Lei 10.444 de 2002.

O termo fungibilidade vem do direito civil, de coisas fungíveis, ou seja, são exatamente coisas que podem ser substituídas por outras que tenham a qualidade, espécie e quantidade. Segue o entendimento de Lamy (2008, p. 88) com relação a redação proposta pelo § 7º do art. 273:

Em princípio, o texto da previsão legal expressa acerca da fungibilidade, inserido como § 7º do art. 273, não deixa a desejar em clareza e precisão. (...) Nesse sentido, pode-se afirmar a existência de vários outros fundamentos do direito processual, além do princípio da economia processual, que também justificam o instituto da fungibilidade, tais como o poder geral de cautela, o princípio específico da instrumentalidade das formas, decorrente da economia processual, o conceito de tutela jurisdicional, como resultado da jurisdição, e a própria busca pela efetividade do processo.

O acesso a justiça deve ser visto como acesso a ordem jurídica e que esta por sua vez, deve ser justa, o autor que demanda e espera por isso, tem direito à obtenção de tutela jurisdicional que lhe proporcione o exercício prático de direito material em um prazo razoável, o que lhe é previsto na CF/88 em seu art. 5º, XXXV e LXXVIII.

No recurso especial nº 213.580/RJ, julgado em 05/08/1999, o ministro do STJ Ruy Rosado Aguiar destacou:

Antes de tudo, é muito importante lembrar que a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair.

Assim, como ponto de partida, é de ponderar que, se é nítida, no direito atual, a diferença técnica ou teórica entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, o mesmo nem sempre ocorre nas situações práticas levadas à solução judicial.

A grande dificuldade entre os profissionais do direito em diferenciar, não na parte técnica, mas quando se aplica ao caso concreto, surge a dúvida, qual a técnica mais correta, a técnica cautelar ou a técnica antecipatória, esse princípio juntamente com a alteração do artigo acima mencionado, veio a calhar muito bem para o bom andamento do processo, haja vista que mesmo que o ato não seja o correto pode ser aproveitado evitando dessa forma prejuízos que o só tempo oferece.

Nesse cenário em que se busca excessivamente pela efetividade do processo e principalmente da jurisdição, sem que haja prejuízo do devido processo legal, ganha destaque a fungibilidade das tutelas de urgência, a modificação trazida pela Lei 10.444/2002 só veio formalizar uma prática já difundida no meio jurídico, já se entendia pelo o bom senso, pois ambas as tutelas são conhecidas pela a sumariedade e a provisoriedade, contribuindo para afastar o excesso de formalismo.

Comentando a segunda a reforma do Código de Processo Civil, Cândido Rangel Dinamarco (2003), assim posiciona:

O novo texto deve ser lido somente como portador de autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Bem pensando, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas, de propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo só pela circunstancia de o autor, equivocadamente, ter qualificado como coação os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra *mihi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação que o Código de Processo Civil consagra. Tal é também o significado e a medida de aplicação da correlação entre o provimento

jurisdicional e a demanda de muito em direito processual (arts. 128 e 460). É da jurisprudência pacífica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrados, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.

Quando se fala da fungibilidade das tutelas não se deve interpretar literalmente o § 7º do art. 273, onde o autor requer uma tutela cautelar onde na verdade seria uma antecipação de tutela, pode-se entender também o inverso, pois se relata sobre a fungibilidade, trata-se dos dois lados, ou seja, como chamam os autores a fungibilidade de mão-dupla, basta que presentes os requisitos necessários para que haja concessão de alguma das tutelas.

3.4 O PODER GERAL DE CAUTELA

A tutela jurisdicional cautelar pode se dá através do poder geral de cautela atribuído ao juiz pelo art. 797 do CPC, "só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes", para decidir de ofício em situações de dano iminente ao direito da parte, sempre que autorizado por lei ou quando se tratar de casos concretos considerados excepcionais, no entanto esse poder é uma faculdade do Estado, conferida ao magistrado para a defesa da efetividade da jurisdição. É portanto, um poder que complementa e aperfeiçoa a atividade jurisdicional. Muitos magistrados utilizam o poder geral de cautela como fundamento para deferir de ofício a técnica assecuratória de urgência necessitada, especialmente quando a

parte requereu a técnica antecipatória indevidamente. Trata-se de um meio que esses magistrados encontram para obter o mesmo resultado possibilitado pela aplicação do princípio da fungibilidade as técnicas de urgência.

De acordo com Aragão (1994, p.39)

A lei não editou requisitos cumulativos e sim, alternativos. Não se trata de casos excepcionais e expressamente autorizados por lei e sim, de casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei. Para dissipar dúvidas, convém raciocinar com a hipótese de que esse texto não existe. Qual seria o efeito? Se houvesse absoluta omissão, estaria o juiz impedido de determinar medidas cautelares de ofício em casos expressamente autorizado por lei? Parece óbvio que não. Para tais situações, a lei nada inovou, e seu silêncio nem seria notado. A omissão constituiria veto, aí sim, à expedição de medidas cautelares de ofício em casos excepcionais, isto é, aqueles não autorizados por lei, para os quais prevaleceria a disposição que consagra o princípio dispositivo. Quanto a eles, sem dúvida, a lei inovou ao autorizar o juiz a emitir medidas cautelares de ofício. Segue-se que o poder de atuação do magistrado não fica circunscrito aos casos expressamente autorizado por lei, estende-se outrossim aos casos excepcionais, não autorizados por lei.

O poder geral de cautela só pode ser aplicado nos casos previstos em lei ou enquadrados nas chamadas situações excepcionais. Logo não versando a tutela de urgência sobre direitos indisponíveis, ou não se tratando de uma situação de clara hipossuficiência da parte, os limites do poder geral de cautela restringem a atuação do juiz. Esse poder conferido pelo Estado ao órgão jurisdicional para a atuação da jurisdição e repressão, é diferente das demais medidas cautelares existentes para o direito da parte. Isso por que uma coisa é o poder do Estado-juiz em defesa da jurisdição, poder esse que também embasa a flexibilização das técnicas de urgência, outra coisa é o direito de ação da parte, exercido através da técnica cautelar atípica.

De qualquer maneira, não há dúvidas de que o poder geral de cautela constitui um dos institutos que mais demonstram a viabilidade científica e a utilidade prática da simplificação e flexibilização do sistema de técnicas urgentes. Assim, como o poder geral de cautela, a flexibilização das técnicas de urgência se dá em defesa dos resultados práticos da jurisdição.

Para Greco Filho (1997, p.154)

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfizer este direito, deve ser dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral, que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontradiços, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

Contudo, o legislador reformista em 1994, através da lei nº 8.952 generalizou a tutela antecipada satisfativa, ao prevê-la nos artigos 273 e 461, § 3º, ambos do CPC, criando assim um verdadeiro poder geral de antecipação de tutela satisfativa. Logo, o que era exceção passou a se tornar regra.

Assim, a tutela antecipada, concedida em cognição sumária, visa conceder provisoriamente efeitos de uma tutela definitiva, que somente ao final, após cognição exauriente, seria possível conceder. Possibilita a fruição imediata de um direito que somente ao final seria fruído. É, portanto, técnica que reequilibra o ônus do tempo do processo, em total sintonia com os princípios constitucionais de acesso à Justiça, à efetividade e à tempestividade da prestação jurisdicional.

Segundo Lamy (2008, p.97), expõe o seu entendimento sobre o poder geral de cautela:

De qualquer maneira, não há dúvida de que o poder geral de cautela constitui um dos institutos que mais demonstram a viabilidade científica e a utilidade prática da simplificação e flexibilização do sistema de técnicas urgentes. Assim, como o poder geral de cautela, a flexibilização das técnicas de urgência se dá em defesa dos resultados práticos da jurisdição.

Apesar da doutrina majoritária defender a impossibilidade do juiz *conceder de ofício a tutela antecipada*, em interpretação literal do dispositivo legal, existe corrente minoritária defendendo tal possibilidade, ainda que em situações excepcionais. Estaria criado, a exemplo do poder geral de cautela, um poder geral de antecipação de tutela, permitindo a manifestação oficiosa do juiz em determinadas situações específicas.

3.5 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto do novo Código de Processo Civil, projeto de lei do senado nº 166/2010 dispõe sobre as tutelas de urgência em seus artigos 277 a 293. O Título IX, Capítulo I dispõe sobre as disposições comuns, da tutela de urgência cautelar e satisfativa, e o Capítulo II dispõe sobre o procedimento para as tutelas de urgência requerida incidentalmente e requerida em caráter antecedente.

A grande diferença foi a extinção do processo cautelar. Nos termos do art. 278 “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”. Neste caso, o juiz poderá determinar as medidas que considerar mais adequadas quando houver risco de dano.

A inovação também se firma no que se refere a demanda do autor, pois a partir de então não é mais o autor que escolhe se é medida cautelar ou medida de antecipação de tutela, mas sim a natureza da demanda que irá acertar a medida correta. Alguns artigos foram aproveitados do Código atual como a responsabilidade processual do requerente, nos casos em que o deferimento da medida liminar

causar dano ao requerido (art.282) e a fixação da competência para o requerimento de tutela de urgência antecedente (art.280).

Segundo o professor Alexandre Catharina (2011) de acordo com o projeto os requisitos para a concessão da tutela de urgência são:

Os requisitos para a antecipação concessão de tutela de urgência estão dispostos nos artigos 283 e 284 do Projeto. Segundo o comando do art. 283, o juiz somente concederá a medida se estiverem presentes elementos que evidenciem a plausibilidade do direito como também a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Com efeito, verifica-se que o projeto reuniu os requisitos para a tutela cautelar e para antecipação de tutela na referida norma.

O Projeto ampliou a possibilidade de concessão de tutela de urgência de ofício. Segundo o art. 284, "Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício." A despeito da norma ser um avanço, a praxe forense demonstra que os juízes utilizam com muito parcimônia a concessão das tutelas de urgência de ofício.

Outra inovação do projeto foi a criação de uma seção para as tutelas de evidência, nada mais é do que uma modalidade de antecipação de tutela, disposta no art. 285, que tem como finalidade o abuso de direito, pedidos incontroversos ou matéria unicamente de direito.

Art. 285. Será dispensada a 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 jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia 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.

Foi criada pelo projeto a estabilização das tutelas de urgência antecedente, o que significa que o demandante irá requerer ao juiz uma determinada tutela, indicado na mesma o conflito, o fundamento e dissertação sumária do direito ameaçado, a partir de então o demandado será citado para contestar em 05 (cinco) dias, e caso não haja contestação será presumidos os fatos alegados e o juiz decidirá em também 05 (cinco) dias, concedendo ou não de acordo com seu entendimento a tutela de urgência. Caso seja contestado o pedido, então será marcada audiência e logo após o juiz decidirá, observa-se o art. 289 do projeto de lei a seguir:

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Vale salientar que nos casos em que não foram impugnadas a concessão da tutela, ocorrerá a estabilização da tutela de urgência, ou seja, será desnecessário a ação do pedido principal, os efeitos da concessão se perpetuarão e só encerrarão através de uma ação ajuizada por quaisquer das partes. Tal regra encontra-se disposta no art. 293 do Projeto:

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

Nesse caso o autor pode está satisfeito só com a concessão da tutela, e não ter interesse em ingressar com uma ação principal, vale lembrar novamente que a decisão não faz coisa julgada, mas seus efeitos permanecerão até que haja uma ação principal. O avanço do projeto se deu em relação a sua sistematização no tocante a tutela de urgência e deverá somar para melhor efetivação do processo e do acesso á ordem jurídica, as tutelas ora mencionadas deverão servir de grande elo para que realmente se cumpra a promessa de haver duração razoável do processo.

Muito interessante os dizeres de Barbosa Moreira (2001, p.13), com relação a uma entrada de norma nova no nosso sistema jurídico.

"É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver; e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador, e as expectativas que acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia a dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto dos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até desfazê-lo se preciso for".

Basicamente só surgem normas novas de acordo com a necessidade, essas mudanças elencadas no projeto de lei, especificadamente as já citadas em relação às tutelas, as quais são os pontos principais neste estudo, espera-se que obtenham êxito, o entendimento é de que as modificações só venham a melhorar, mas que não devem ser vistas como o fim, de qualquer discussão acerca das tutelas de urgência.

Não adianta aqui tentar expor as intenções do legislador, entende-se que a partir das lacunas, das necessidades e da prática forense se abrem novas visões a respeito do direito, até porque o direito é muito dinâmico, não é uma ciência exata que pode-se chegar a certo resultados exatos de acordo com cada caso, tendo em

vista que não temos normas para cada caso, mas tentamos adequar os casos as normas existentes. O importante mesmo é que cada vez mais, possam por em prática várias teorias bonitas existentes no direito, entre elas cita-se um processo célere e que se tenha uma prestação jurisdicional justa e adequada a cada caso, sem que haja perda do direito pleiteado, ou torne-se inútil a sentença ao final do processo.

CONCLUSÃO

Como se pôde perceber a presente pesquisa tornou-se um passo importante no estudo do caráter verdadeiro dos institutos das tutelas dentro do Direito de Processual Civil, o entrelaçamento das tutelas, já que enriqueceu e aprofundou genericamente tais assuntos relatando o real intuito desde o surgimento até as previstas modificações elencadas pelo projeto de lei.

As informações estudadas no primeiro capítulo foram extremamente importantes, serviram de base para entender melhor o surgimento e a necessidade dessas tutelas no processo, como também foram realizados panorama das tutelas de urgência no direito estrangeiro, mais especificadamente no direito português, argentino e italiano. Assim foi visto que as cautelares surgiram da necessidade de proteger o bem ameaçado, o qual questiona-se através de um processo, onde não ocorrendo essa proteção de nada adiantaria o juiz deferir o pedido do autor. É uma forma de prevenir a eficácia do processo principal.

No segundo capítulo foi vista a tutela de urgência no geral como meio emergencial, foram abordado as características da tutela cautelar como também da antecipação de tutela caracterizando seus elementos essenciais, foram relatadas as principais semelhanças entre elas, seus pontos de encontro, que acabam confundidas pelos operadores de direito, já que na teoria torna-se muito fácil diferenciá-las, mas na prática do profissional é uma verdadeira confusão, foram citadas essas principais diferenças, sendo esse capítulo de suma importância para se compreender as tutelas, como para desenvolver cadeia de ideias do próximo capítulo, onde resultou que a diferença básica entre as duas medidas está nas palavras prevenção e satisfação. Enquanto que a cautelar visa proteger o bem da vida de qualquer risco, a antecipada visa satisfazer o autor com a entrega do bem da vida antes do julgamento do mérito.

Já no terceiro capítulo a fundamentação processual corroborada pelos princípios da economia processual e da congruência, são colaborações pertinentes

para entender o princípio da fungibilidade dentro desse trabalho, por existir situações que deixam o magistrado em dúvidas ao requerimento Código de Processo Civil inseriu em seu art. 273 o § 7º, que fala da possibilidade do princípio da fungibilidade, ou seja, que 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, o que significa que o juiz poderá de ofício alterar o pedido de natureza cautelar para um pedido de antecipação de tutela.

Com a inclusão desse parágrafo no referido artigo, surgiu à dúvida em relação à possibilidade dessa fungibilidade, quando o autor a título de medida cautelar, requer providência de antecipação de tutela. Ocorre que a antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal, enquanto que a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso. Sabe-se que os requisitos para antecipação de tutela são bem mais rigorosos que os requisitos da medida cautelar. Por esse motivo, a maioria dos doutrinadores entende que apesar do legislador não mencionar tal possibilidade dessa fungibilidade, poderá o magistrado conceder tal alteração de ofício.

Além de ter visto que o princípio da fungibilidade se sobressai frente aos demais quando a situação envolve emergência processual. Foram analisados vários entendimentos com relação à legislação atual, corroborando para o aperfeiçoamento também deste trabalho, além de grandes doutrinadores do mundo jurídico, especificamente os mais atuais na área do Direito do Processual Civil, onde foram significativos os posicionamentos com relação aos institutos ora estudados, ficando claro quanto à posição jurisprudencial, há o entendimento da aplicação da fungibilidade que poderá ocorrer que estando presentes os requisitos necessários à concessão das medidas devem os juízes de ofício conceder-las, visando também os princípios da economia e da celeridade processual. Esse entendimento já encontra-se tão claro no sistema jurídico que o projeto lei que dará luz ao novo código civil, já englobou trazendo também outras inovações, onde foram relatadas no último capítulo fazendo comparações com o código atual.

Procurou aqui expor uma visão geral como um todo, onde foram enfatizadas as conseqüências provocadas pela não aplicabilidade desta ferramenta,

o que enseja a perda da efetividade processual, prejudicando o direito do cidadão. Ao final do presente trabalho pôde-se atingir os resultados esperados, onde ficaram esclarecidas as ideias centrais desta pesquisa voltadas para entender a necessidade das tutelas de urgência para o bom andamento do processo de emergência.

É inegável que as lacunas existem, e sempre existiram no direito, tendo em vista que as normas só surgem a partir de situações concretas, e ou de lacunas existente no nosso sistema jurídico, como todas as demais legislações que lhe antecederam, o projeto lei é marcado por inovações, virtudes e possíveis falhas, e na verdade não poderia ser diferente, pela própria característica humana da imperfeição. Ele representa uma variável temporal da constante busca da humanidade pela evolução, pelo aperfeiçoamento, e pelo simples fato dele se enquadrar em tal regra, tendo, incontestavelmente, a marca do aprimoramento, mesmo com suas imperfeições, tal fato já o torna uma legislação eficaz e benéfica, digna de ser louvada, mesmo que também seja passível de ser criticado e aprimorado.

Esse trabalho vem a contribuir e muito para minha formação tendo em vista poder também contribuir com uma pequena parcela nessa história que une a pesquisa e o aprendizado em busca de um só destino, o conhecimento mútuo.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR, Ruy Rosado de. Trecho de acórdão oriundo do recurso Especial 213.580/RJ, julgado em 05.08.1999:

ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. Medidas cautelares inominadas. Revista de Processo. São Paulo, n.57, p.86-101, 1994.

ARGENTINA, Lei 17454. Código civil procesal y comercial de La nación. Buenos Aires: 1981. Disponível em:
<http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.saij.jus.gov.ar/download/grt_nacion/grt_codigo_procesal.html&rurl=translate.google.com.br&twu=1&usg=ALkJrhqh--oOPmNtN7of5X8m4c-p_-7gw>. Acesso em: 02 mar. 2011

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. V.3, n. 13, p. 5-13, set/out 2001.

BRASIL. Projeto de lei 8046/2010. Brasília: Câmara dos Deputados.Direito e Justiça. Disponível em: <www2.camara.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2011.

BRASIL. Código de processo civil 1973. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência. 3ª ed. São Paulo: medeiros, 2003.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. Tutela antecipada e tutela cautelar: aspectos diferenciadores. Artigonal, 26 jun. 2009. Disponível em:
<<http://www.artigonal.com/direito-artigos/tutela-antecipada-e-tutela-cautelar-aspectos-diferenciadores-995773.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2011

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. v I.

CATHARINA, Alexandre. Tutelas de urgência no projeto do novo código de processo civil, 11 jan. 2011. disponível em:
<<http://profalexandrecatharina.blogspot.com/2011/01/artigo-sobre-tutelas-de-urgencia-no.html>>. Acesso em: 07 abr. 2011.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Os novos rumos da jurisdição cautelar. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, nº 1, abril de 2003.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUES. Disponível em:
<<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2011

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 2ª. Edição. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel, 2003, p. 92-94. Disponível em:
<http://jusvi.com/artigos/2578>. Acesso em 02
Abr. 2011

FALCÃO, Ismael Marinho. Distinção entre os casos de tutela cautelar e os de antecipação de tutela. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/872>>. Acesso em: 06 abr. 2011

FERREIRA, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

GOMES Canotilho, J.J. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LAMY, Eduardo de Avelar. Flexibilização da tutela de urgência. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 1997.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Cautelares satisfativas?. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3412>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007:546.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 19ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Forense, 1997, v. II.

VELLOSO, Vera Maria Louzada. Medidas cautelares e antecipatórias nos juizados especiais. Palestra realizada.

ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 2000.