



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

POLIANA LEITE DA SILVA BRILHANTE

TUTELA ANTECIPATÓRIA: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
10.444/2002

SOUSA - PB
2004

POLIANA LEITE DA SILVA BRILHANTE

TUTELA ANTECIPATÓRIA: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
10.444/2002

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Vanda Santos Morais Pordeus.

SOUSA - PB
2004

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, elaborada pela graduanda **Poliana Leite da Silva Brilhante**, sob o título **TUTELA ANTECIPATÓRIA: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 10.444/2002**, foi submetida em _____ de fevereiro de 2004 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores:

_____ (Orientador e Presidente da Banca)

_____ (Membro 01)

_____ (Membro 02)

e aprovada com a nota _____ (_____).

Sousa - PB, em _____ de fevereiro de 2003.

Ao meu pai, Sebastião Alves Brilhante, minha mãe Marizete Leite da Silva Brilhante, e ao meu irmão, João Paulo, pela compreensão e companheirismo nesta fase da minha vida.

A Deus, por ter sido um amigo fiel em todas as horas;

À Professora Alessandra França, pela orientação que me foi dada antes às inúmeras e particulares intempéries havidas.

A João Paulo Lins Ferreira, de forma especial, pelo companheiro fiel que foi nestes dias de trabalho e de diversas adversidades vividas.

"Justiça tardia não é justiça, mas injustiça. É injustiça qualificada".

[Rui Barbosa]

RESUMO

O Universo Jurídico não é estático, tampouco se desenvolve numa redoma indiferente aos fatos sociais. O Direito nasce e adquire vida, quando se amolda para exercer sua essencial disciplina à sociedade que o originou. Tendo em vista a finalidade do Direito, qual seja de resguardar a paz social, mediante a proclamação da Justiça em tempo hábil e sua eficácia, o ordenamento jurídico estatal torna-se mutável e, no caso vertente, influenciado pelo moderno Direito europeu, introduziu no seu âmago o instituto processual da tutela antecipatória. Referido instrumento processual assegura a efetividade da tutela jurisdicional, proclamada, como uma garantia constitucional, proporcionada, deverasmente, pela carta Magna de 1988, em seu art. 5º, XXXV, entendida não somente como a possibilidade de acesso aos Órgãos Judiciários, mas, sobretudo, como a certeza da prestação jurisdicional, através de resultados justos e céleres. E as reformas havidas por ocasião do advento da Lei nº 10.444/02 incidiram de forma essencial em antigos parâmetros do instituto da tutela antecipada, bem como em relação à tutela cautelar, que vem sido utilizada equivocadamente na tentativa de equilibrar situações jurídicas onde, na verdade, faz-se indevida, para não dizer inócua. De posse desse conhecimento, bem como da diferença existente entre cautelaridade e satisfatividade, procurou-se esmiuçar essa temática, observando-se as mudanças ocorridas e suas influências, tudo com o objetivo de melhor orientar a comunidade acadêmica rumo ao teor dessa instituição tão hodierna, e de aplicação prática tão freqüente.

Palavras-chaves: tutela – antecipada – cautelar – satisfatividade - cautelaridade

SUMÁRIO

Introdução.....	06
CAPÍTULO I - A TUTELA ANTECIPADA	
1. Antecedentes históricos.....	08
2. Natureza do instituto.....	11
3. Aspectos comuns e diferenciados da tutela antecipada e tutela cautelar	11
CAPÍTULO II - CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	
1. Noções gerais.....	14
2. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação	15
3. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	16
4. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	17
5. Perigo da irreversibilidade.....	18
CAPÍTULO III – AS MODIFICAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI N° 10.444/02	
1. Considerações preliminares.....	21
2. A confusão empreendida pelos operadores do processo civil – exemplo prático no direito brasileiro – o efetivo instrumento a ser utilizado para se sustar (obstar) protesto indevido de título.....	24
3. A mitigação advinda da atual reforma pontual processual e a fungibilidade de pedidos.....	26
Conclusão.....	31
Referências bibliográficas.....	33
ANEXO.....	36

INTRODUÇÃO

O instituto da antecipação da tutela foi implantado em nosso sistema processual através da Lei de nº 8.952 de 13 de dezembro do ano de 1994.

E, dentre todas as alterações trazidas por esta lei, a que se revelou foi, sem dúvida, a que possibilita ao juiz a antecipação da tutela.

É acerca dessa matéria que abordaremos, de forma clara e objetiva, na presente monografia. Partiremos, inicialmente, dos antecedentes históricos, mostrando a necessidade da criação de tal instituto e, em seguida, abordaremos a natureza, bem como os aspectos comuns e diferenciados da tutela antecipada e da tutela cautelar, ponto chave para que se estabeleça o necessário cotejo com as mudanças ocasionadas pela lei nº 10.444/02, e que atingem de maneira direta a pontos essenciais dos dois institutos jurídicos acima delineados.

Em seguida, destacaremos, as condições para a antecipação da tutela, passando pela prova inequívoca e verossimilhança da alegação, no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, adentrando também pelo perigo da irreversibilidade da concessão da tutela antecipada. Ademais, trataremos da reforma havida em nosso Código de Processo Civil, proporcionada pela criação da Lei nº 10.444/02, que exerceu influências consideráveis no que concerne ao instituto da antecipação de tutela.

Enfocaremos, assim, o tema da antecipação da tutela na reforma processual, obedecendo à ordem acima adiantada, para que haja melhor compreensão e

objetividade, não deixando de lado, em nenhum momento, de levantar questões pertinentes, sobre o assunto aqui tratado.

Por constatar inovador, compromissado com a realidade prática, e atender veementemente aos objetivos do presente trabalho monográfico, incorporou-se, em ocasião oportuna, a exemplificação empírica do que acontece, no âmbito da prática forense, quando do manifesto equívoco que se dá pela utilização anômala das medidas cautelares como instrumento jurídico para obstar o protesto indevido de títulos.

O tipo da nossa monografia é de compilação, uma vez que utilizamos a pesquisa bibliográfica para emitir as opiniões sobre o assunto estudado.

Na elaboração e formalização da monografia procuramos, quanto possível, dar cumprimento as regras da ABNT. As conclusões do trabalho foram no sentido da inteira oportunidade da reforma processual que criou a tutela antecipada, e de que a sua utilização deixa dúvidas quanto à sua concessão.

Este trabalho foi, por óbvio, posterior a lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, sendo objeto a esse estudo, que altera o parágrafo terceiro e acrescenta os parágrafos sexto e o sétimo, todos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Aos interessados oferecemos a leitura da lei que segue em anexo.

CAPÍTULO I – A TUTELA ANTECIPADA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

As mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, conjuntamente a toda uma gama de evolução cultural atravessada ao longo dos anos, demandaram inúmeras e importantes inovações no Direito como um todo. Já bem o dizia Rudolf Von Ihering que:

“o direito é como Saturno devorando seus próprios filhos; não pode remoçar sem fazer tábua rasa do seu próprio passado. Um direito concreto que se vangloria da sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra a sua própria mãe”.

Dessa maneira, é inegável o fato de haver a Ciência Jurídica, nos últimos séculos, submetido a imensa parte de seus princípios e fundamentos a um reexame de caráter essencial, visando deter-se ao incomensurável constrangimento de fazer-se ineficaz e impotente ante à possibilidade de ocorrência de fatos concretos inéditos a sua aplicabilidade, anacronismo este que constituiria, de per si, no mais completo descrédito da solidez e na inobservância das resoluções judiciais, denotando a decadência do Direito em seu sentido mor, qual seja, o de consecução da justiça.

E o Direito Processual Civil não se furtou, sobremaneira, à série de adaptações havidas. Na desmedida ânsia de amoldar-se aos fatos hodiernos, tendo em vista a procura de uma prestação jurisdicional objetiva, célere, justa e, por conseguinte, eficaz, deu-se início à criação de diversas escolas doutrinárias, norteadas por pensamentos distintos, todas, porém, com objetivos unos, qual o de contribuir para o pertinente processo evolutivo.

Nesse diapasão, ^{Rodrigs} uma problemática de proporções bem maiores ganhou vida: como comportar-se o Direito Processual diante da lastimável e imorredoura questão

do tempo da marcha processual, que não pode, por seu turno, deixar de lançar mão do formalismo? Mas será somente este o causador da morosidade constatada na relação jurídica formal? Se não, quais seriam os outros fatores?

Trata-se de respostas que hoje já temos condições de dar. Afinal de contas, ao exagerado formalismo somam-se a multiplicidade de demandas, o desaparecimento e desestruturação do Poder Judiciário, etc.

O nosso ordenamento jurídico-processual também se preocupou com as situações acima narradas. Dentre as inovações trazidas para o Código de Processo Civil, trouxe o legislador, com o advento da Lei nº 8.952/94, o instituto da **antecipação de tutela**.

Existente há mais de quarenta anos no continente europeu, e possuindo raízes históricas no Clássico Direito Romano, o instituto da Antecipação de Tutela, Tutela Antecipada, ou Tutela Antecipatória (como muitos os chamam atualmente, sem prejuízo das demais variações nominais) foi trazido até nós com o advento da Lei nº 8.952/94, que alterou o nosso Código de Processo Civil em seu artigo 273, a saber:

"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I. Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II. Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;
1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.
§ 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art 588.
§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Redação dada ao art. pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994)".

Em 2002, com advento da lei nº 10.444, o instituto ganhou novos ares, ao passo em que vem sendo objeto de calorosa discussão entre doutrinadores e demais aplicadores do direito, conquanto traga, em seu bojo, dispositivos de ordem por demais polêmicas e de utilização em larga escala.

2. NATUREZA DO INSTITUTO

Segundo os ensinamentos de Kazuo Watanabe¹:

“O artigo 273, nos incisos I e II, consagra duas espécies de tutela antecipatória: a) a de urgência, que exige o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) a de proteção ao autor, que não deve sofrer as conseqüências da demora do processo, decorrente do abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu”.

A doutrina tem entendido, de forma quase unânime, que a natureza da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se trata de adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, isto é, de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida.

3. ASPECTOS COMUNS E DIFERENCIADOS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

Mesmo havendo entendimento dominante de que a tutela antecipada e tutela cautelar não se confundem, existem, entre esses dois institutos, alguns aspectos comuns, segundo Célio da Silva Aragon²:

¹ Artigo: Da Tutela Antecipada, Renato Franco de Almeida. Promotor de Justiça, site *in* www.neofito.com.br.

² Kazuo Watanabe. Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 21.

- ❖ O caráter de provisoriedade de ambos os institutos, sendo que nenhum deles, constitui, condena ou executa;
- ❖ O aspecto sumário da cognição (*sumario cognitio*), posto que, em ambos os casos, o juiz, ao apreciar o pedido, há de levar em conta a aparência, e não a certeza do direito tutelado. Embora o artigo 798 CPC requeira a ocorrência de “fundado receio” e o artigo 273 CPC, exija “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, o que se prestigia, em ambos os casos é o *fumus boni juri*;
- ❖ Faz-se presente também, o juízo de aparência, posto que, nesse momento, não está definindo o mérito, ou melhor, não está dizendo o direito, e sim apenas decidindo de forma provisória, de acordo com as circunstâncias que lhe são apresentadas;
- ❖ Prevêem ainda, a revogabilidade e modificabilidade, dispostos, nos artigos 273, §4º, 805 e 807, todos do Código de Processo Civil;
- ❖ Também é comum, em ambos os casos a justificação prévia. Mesmo que o artigo 273, do CPC, nada diz a respeito, no procedimento cautelar existe previsão expressa no artigo 804 do CPC. Valendo que, é possível que se conclua, da possibilidade de justificação prévia, pois na demonstração de periculum in mora, não se observa diferença entre proteção cautelar e proteção antecipatória;
- ❖ Tanto o instituto da tutela antecipatória, como o da tutela cautelar, exige a possibilidade de reversibilidade, combatendo assim, um possível prejuízo ao réu;
- ❖ Nota-se por último que, ambos institutos, não produzem coisa julgada material, vez que são concedidos mediante *sumaria cognitio*.

Cabe ainda dizer, que a tutela antecipada consiste em prover, antes da decisão do mérito, no todo ou em parte, os efeitos práticos de uma sentença e a tutela cautelar visa resguardar a tutela que se busca no processo. E que a instituição da tutela antecipada, nos moldes do artigo 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar.

Segundo Teori Albino Zavascki³, as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, apesar de suas características comuns, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha importância em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.

No ensinamento de Kazuo Watanabe⁴:

“A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do aditamento dos efeitos do provimento postulado. Já na atual cautelar, segundo a doutrina dominante há apenas a concessão de medidas

³ Teori Albino Zavascki. *Antecipação da Tutela*, São Paulo, SARAIWA, 3º ed., 2000.

⁴ Kazuo Watanabe. *Op. cit.* 2.

cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo”.

No mesmo sentido, o acórdão da 3ª Câmara do TJSC⁵:

“Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira basta fumaça de bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais”.

Com a nova sistemática do artigo 273, criou-se um divisor de águas, a separar, com técnica a adequação, as duas funções distintas que tocam os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Destaca Teori Albino Zavascki⁶: “de ora em diante, ação cautelar se destinará exclusivamente às medidas cautelares típicas; as pretensões de antecipação satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento”.

Segundo Humberto Theodoro Junior⁷:

“embora a antecipação da tutela seja desburocratizada, porque pleiteável por meio de simples petição no bojo da ação de conhecimento, o certo é que os requisitos a serem atendidos pela parte são mais numerosos e mais rígidos do que as medidas cautelares. Assim, por exemplo, a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto, a tutela antecipada somente pode apoiar-se em prova inequívoca”.

Ainda na visão de Humberto Theodoro Júnior⁸, é boa a doutrina que adverte, que postular medidas satisfativas em caráter antecipatório em ação cautelar, onde

⁵ Acórdão da 3ª Câmara do TJSC de 17.09.1996, no Ag 96.001.452-7, rel. Des. Amaral e Silva.

⁶ Zavascki, op. cit. 4.

⁷ Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil, V. III. São Paulo, SARAIVA, 31ª ed. , p.563.

⁸ Humberto Theodoro Júnior. Op. cit. 8.

os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos significará fraudar o artigo 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.

Sob a mesma orientação, a jurisprudência tem advertido⁹:

“a cautelar não deve servir de panacéia para substituir a antecipação da tutela jurisdicional, sobretudo quando se sabe que ate mesmo esse instituto, hoje reclamado pela processualística de ponta, exige pressupostos rígidos de justificável prudência”.

⁹ STJ, 4ª T. Resp. 36.118-4/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 28.03.1994, p. 6.327.

CAPÍTULO II - CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

1. NOÇÕES GERAIS

Os doutrinadores costumam dividir os pressupostos para a antecipação da tutela em pressupostos genéricos e pressupostos alternativos.

Os primeiros são formados pela prova inequívoca e pela verossimilhança da alegação, e são indispensáveis à antecipação da tutela, devida à preocupação do legislador com a restrição a direitos fundamentais.

O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, conforme Teori Albino Zavascki¹⁰, especialmente qualificado, pois se exige que os fatos examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como certos e ainda, que tenha verossimilhança quanto ao fundamento do direito que decorre de (relativa) certeza a verdade dos fatos.

Ao lado dos pressupostos genéricos de natureza probatória, deve estar sempre agregado um dos pressupostos alternativos contidos nos incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja:

- ❖ “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (Inciso I); ou
- ❖ “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (Inciso II).

Em suma, pode-se dizer que, a antecipação da tutela pode ser concedida pelo juiz que, a requerimento da parte, se convença da verossimilhança da alegação, mediante a existência de prova inequívoca, devendo haver ainda a existência de um dos incisos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim se

¹⁰ Zavascki, op. cit. 4.

faz necessário a conjugação de um dos incisos com o *caput* do referido artigo do Código de Processo Civil, para que seja deferida a antecipação.

2. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

No entendimento de Humberto Theodoro Júnior¹¹, a antecipação não pode ser concedida com base em simples alegações ou suspeitas, pois terá que estar apoiado em prova preexistente, e não deverá ser necessariamente documental.

Portanto, deve ser clara, evidente com certo grau de convencimento e não ensejadora de dúvida razoável.

A prova inequívoca, conforme entendimento de Luiz Guilherme Marinoni¹² e em doutrinadores citados em sua obra, capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido, como o não suficiente para a declaração ou inexistência do direito.

O autor, ainda conforme entendimento do douto Luiz Guilherme Marinoni¹³ e outros doutrinadores como Humberto Theodoro Júnior¹⁴, ao requerer na petição inicial a antecipação da tutela, pode se valer além da prova documental, a prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada, e de laudos e pareceres de especialista, que em casos de urgência, poderão substituir, a prova pericial. E ainda, o autor pode requerer que sejam ouvidas, imediata e informalmente (nos dias seguintes de requerimento da tutela), testemunhas ou o próprio réu, assim como

¹¹ Humberto Theodoro Júnior. op. cit. 8.

¹² Luiz Guilherme Marinoni. Antecipação da Tutela, 6ª edição, ed. Malheiros. São Paulo.

¹³ Marinoni, Op.cit. 15.

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior. op. cit. 8.

pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do artigo 440 do Código de Processo Civil, que dispõe que: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.

Em seguida, Humberto Theodoro Júnior¹⁵, nos diz, que é inequívoca, a prova capaz em determinado momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada. Embora que, depois da resposta e contraprova do réu, a situação de convencimento pode ser mudada, e o juiz poderá julgar a lide contra o autor.

Nota-se, segundo Teori Albino Zavascki¹⁶, que a lei exige não a prova de verdade absoluta – que sempre será relativa – mas uma prova robusta que, embora no âmbito de cognição sumário, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade, do juízo de verdade.

3. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Juntamente com os pressupostos genéricos deve estar agregado sempre um dos seguintes pressupostos alternativos¹⁷: o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I) ou o “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II).

De acordo com Teori Albino, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que enseja a antecipação assecuratória, é o risco concreto, o que se

¹⁵ Humberto Theodoro Júnior, op. cit. 8.

¹⁶ Zavascki, op. cit. 4.

¹⁷ Zavascki, op. cit. 4.

apresente iminente no curso do processo, ou seja, atual, e ainda grave, sendo que tem que ser potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte. Sendo assim, se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela, o que é uma consequência lógica do princípio da necessidade.

Entende-se, conforme Humberto Theodoro Júnior, por receio fundado, o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que surge de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Não podem, por si só, justificar a antecipação da tutela os simples inconvenientes da demora processual. Faz-se indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte¹⁸.

4. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROTELATÓRIO DO RÉU

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o abuso do direito de defesa ocorre quando há resistência do réu quanto à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Tal abuso pode ocorrer tanto na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes¹⁹.

¹⁸ Humberto Theodoro Junior, op. cit. 8.

¹⁹ Humberto Theodoro Junior, op. cit. 8.

Zavascki entende que o “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu”, devem ser entendidos em cada caso concreto.

Todavia a sua identificação não pode ser arbitrária, devendo obediência estrita à finalidade da norma²⁰.

O legislador considera expressões de conteúdos distintos, como afirma Zavascki²¹. Em relação ao abuso de direito de defesa, demonstra que ele (o legislador) está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, atos processuais. Por isso, não de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo. Já considera, como manifesto propósito protelatório, o que resulta do comportamento do réu – atos ou omissões – fora do processo. A exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.

Na prática, o juiz dispõe de poderes para combater, por meios ordinários, os procedimentos abusivos praticados dentro do processo, previstos no artigo 125 e 130 do CPC.

A antecipação da tutela só tem sentido prático, segundo Zavascki²², nas hipóteses em que comportar antecipação de ato de execução. Sendo que, nos demais casos, será inócua, e assim desnecessária, ou seja, incabível, devido ao princípio da necessidade.

5. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE

²⁰ Zavascki, op. cit. 4.

²¹ Zavascki, op. cit. 4.

²² Zavascki, op. cit. 4.

O §2º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, determina que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Tal precaução visa preservar o direito ao devido processo legal, com seus consectários do contraditório e ampla defesa, mesmo diante excepcional medida antecipatória da tutela.

É entendimento de Humberto Theodoro:

“A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide”²³.

Ressalta-se ainda, sobre a importância de que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação da tutela ocorre.

Sendo que, só é realmente reversível, para fins do §2º do artigo 273, CPC, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, se necessário, dentro do próprio processo em curso. Assim, não pode justificar a medida excepcional do artigo acima citado, a vaga possibilidade de à parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiar com a tutela antecipada.

O autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. No entanto, não tem a faculdade de impor ao réu que assegure dito perigo, ou melhor, a antecipação da tutela, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra²⁴.

No mesmo sentido, o acórdão da 7ª Câmara do TJRS:

²³ Humberto Theodoro Junior, op. cit. 8.

²⁴ Humberto Theodoro Junior, op. cit. 8.

“De forma alguma, então, se deve autorizar o uso de faculdade do artigo 273 quando a concretização da medida antecipatória represente ruína ou total inviabilização da atividade econômica do demandado, mesmo em se tratando de casos de garantia processual executada em favor do consumidor”²⁵.

Humberto reconhece que é forçoso reconhecer que há casos de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto diante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou com prova de simples verossimilhança. Nestes casos, o ilustre doutrinador faz referencia a Ovídio A. Baptista da Silva: “Se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutela-lo como simples aparência, esta ultima solução torna-se perfeitamente legitima”²⁶.

É o que ocorre com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do direito de família, onde tal caráter provisório nunca se apresentou com impedimento para que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível.

Conclui Humberto Theodoro Júnior, que não se pode deixar de ser levado em conta a irreversibilidade como regra geral da tutela antecipatória, e sim, somente em casos excepcionalíssimos que justifiquem a sua inobservância.

No particular, como destaca Zavascki, o parágrafo segundo do artigo 273 do Código de Processo Civil, observa o principio da salvaguarda do núcleo essencial, isto é, antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender.

²⁵ TJRS, 17ª Câm. Cív., Ag. 598.501.054, Rel. Des. Henning Júnior, ac. De 30.03.99, RJTJRS, 195/261

²⁶ A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. Cit., p. 142.

CAPÍTULO III – AS MODIFICAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI Nº 10.444/02

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O artigo 273 - da tutela antecipada, com a nova redação do § 3º, passa a contemplar, por força da remissão ao artigo 461-A (criado a partir da nova lei), além das obrigações de fazer e não fazer, a ação que tenha por objeto a entrega de coisa. Porém, a inovação de maior destaque relaciona-se com a extensão da aplicação do artigo 461 §§ 4º e 5º ao artigo 273. Com isso, autoriza a imposição de multa e demais medidas coercitivas que venham a se mostrar necessárias ao efetivo cumprimento das obrigações (dar, fazer e não fazer), concedendo assim maior eficácia às sentenças liminares e cautelares. Permanece a remissão ao art. 588, o qual dispõe dos contornos da execução

O parágrafo 6º veio apenas para uniformizar o emprego da tutela antecipada nos casos de "pedidos cumulados ou parcela deles", quando incontroversos – pois, já consta previsto no *caput* do art. 273 que a tutela pode ser concedida total ou parcialmente, além do que já era este o entendimento jurisprudencial. Logo, a nova regra reforça o normativo.

Contudo, a recente Lei n. 10.444/02 trouxe profundas modificações no que tange à tutela cautelar. Existem doutrinadores que cogitam em possível revogação do Livro III do CPC. O parágrafo 7º do art. 273, acrescentado pela *lex* mencionada,

"prevê que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Nesse caso, o juiz não agirá *ex officio* dependendo de providência a ser requerida pelo autor, que deverá ter natureza cautelar. Presentes os pressupostos para o deferimento o juiz poderá (não deverá) conceder a medida pleiteada de forma incidental do feito já ajuizado, pressupondo-se assim a existência de processo em andamento".

Esse é o entendimento do Prof. João Roberto Parizatto²⁷.

Em que pese a opinião do ilustre jurista, entendemos de forma diferente, no sentido de que, presentes os requisitos essenciais o juiz deverá aplicar o princípio da fungibilidade de pedidos, levando-se em consideração o preceito constitucional do acesso à ordem jurídica justa.

Conclui-se, portanto, que com a reforma processual pontual, a confusão entre cautelaridade e satisfatividade aumentará ainda mais.

Na realidade, com o advento da recente reforma processual civil brasileira, permitiu-se a fungibilidade entre satisfatividade e cautelaridade, desde que respeitados os requisitos de uma e de outra.

Não se pode confundir, entretanto, a realização de um direito com a simples proteção do mesmo desprovida de atos executórios. A cautelaridade é direcionada ao processo dito principal enquanto que a característica da satisfatividade à realização do direito substantivo.

Em que pesem as respeitáveis opiniões contrárias, seria tamanho contra-senso falar em 'cautelares satisfativas' e, como ensina o Prof. Nelson Nery Junior, seria uma verdadeira "*contradictio in terminis*".

Eis o lúcido entendimento dos Profs. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁸:

"(...) É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. No mesmo sentido: Ovídio Baptista, Curso, v. I, n.5.7.2, p. 136. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas 'cautelares satisfativas', que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar. É espécie do gênero tutelas diferenciadas."

²⁷Novas Alterações do CPC 2002, SP: Edipa, 2002, ps. 6 e 7.

²⁸Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, Adendo à 6ª ed., SP: RT, 2002, págs. 9 e 10.

Já para o eminente Prof. Alcides Munhoz da Cunha, existe um ponto nebuloso entre satisfatividade e cautelaridade.

Assevera o seguinte:

"Essas divergências, atuais, na fase da consolidação das reformas, que decorrem de incertezas conceituais e sistêmicas e constituem uma tentativa louvável de se esclarecer ou elucidar a questão, indiretamente também contribuem para acentuar as perplexidades e gerar confusão. E a situação se agrava em face da tendência no sentido de tornar incomunicáveis as tutelas cautelar e antecipatória em qualquer situação, seja por uma suposta incompatibilidade técnica, seja por uma incompatibilidade funcional supostamente constante. A suposição de que são invariavelmente inconciliáveis os conteúdos ou as técnicas entre tutela cautelar e tutela antecipatória sumária não convence"²⁹.

Essa questão da incomunicabilidade mencionada pelo ilustre processualista, encontra-se, hoje, mitigada, *ex vi* art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Vejam os exemplos extraídos da excelente doutrina do processualista suso mencionado:

"Tome-se por exemplo o que ocorre com os alimentos provisórios e provisionais. Os alimentos provisórios, diz-se, destinam-se a satisfazer antecipadamente o direito a alimentos decorrentes dos deveres de assistência nas questões de família e nas obrigações decorrentes de atos ilícitos, não assumindo natureza cautelar quando não decorrem de uma necessidade emergencial, tanto que a própria lei de alimentos prevê que o alimentando pode dispensar a fixação dos alimentos provisórios, antecipatórios que, sabidamente, diferem dos alimentos provisionais, porque esses visam atender situações emergenciais, não dispensando a alegação de perigo de dano irreparável. Lá de cognição sumária de direito presumido, cá de natureza cautelar. A par disso admite-se a fungibilidade de técnicas"³⁰.

É correto acrescentar, ainda, o posicionamento do Prof. Luiz Fux que:

"a doutrina de Calamandrei não entrevê a diferença entre cautela e as demais formas pela satisfatividade, traço inegavelmente distintivo, até porque falar em cautelares-satisfativas encerra verdadeira *contradictio*, tal como encerraria falar em 'legalidade antijurídica'. Com razão, assim, Ovídio Baptista, que prefere à provisoriedade a 'temporiedade', até porque, por vezes e enquanto idôneo, o provimento cautelar sobrevive à providência principal e seu ciclo vital ultrapassa aquele, mantendo-se íntegro até que desapareça a necessidade de sua manutenção. Ademais, essa

²⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, SP: RT, vol. 11, 2001, p. 48.

³⁰ Op. cit, págs. 48 e 49.

correspondência qualitativa inexistente, podendo ser *aliud* ou *minus*, conforme Fritz Baur, Tutela jurídica mediante medidas cautelares, 1985, p. 40".³¹

A satisfatividade e a cautelaridade são faces de um mesmo problema, entretanto, com vestes diferenciadas.

2. A CONFUSÃO EMPREENDIDA PELOS OPERADORES DO PROCESSO CIVIL – EXEMPLO PRÁTICO NO DIREITO BRASILEIRO – O EFETIVO INSTRUMENTO A SER UTILIZADO PARA SE SUSTAR (OBSTAR) PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO.

Têm-se utilizado, na *práxis* forense, ações cautelares inominadas preparatórias, a fim de se obstar protesto de título de crédito.

Pontifica o Prof. Athos Gusmão Carneiro:³²

"No CPC de 1973, à falta de previsão legal específica, as medidas 'satisfativas' de urgência, a maior parte delas surgidas sob o impacto das novas realidades sociais e econômicas do país, se foram inserindo no dia-a-dia das realidades forenses debaixo do amplo manto de 'cautelares inominadas', ou de 'cautelares satisfativas'."

E, ainda:

"Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e presidente da Comissão de Reforma do CPC, disse com precisão que um dos pontos mais criticáveis do Código vigente – 'não obstante sua aprimorada técnica e seu belo perfil arquitetônico' – localizava-se exatamente 'na utilização anômala do processo cautelar, notadamente da cautelar inominada, como técnica de sumarização para suprir a ineficiência do procedimento ordinário e obter a almejada tutela de urgência'".³³

O que se tem feito até o presente momento? Operadores do direito (advogados) desavisados e, o que é pior, descompromissados com o

³¹Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da tutela antecipada), SP: Saraiva, 1996, p. 22.

³² Da Antecipação de Tutela, 3ª ed., RJ: Forense, 2002, p. 8.

³³ Op. cit., p. 8.

aperfeiçoamento da ciência processual, ingressam em juízo com cautelares inominadas pleiteando liminares para obtenção de medida urgente, fulcrada em cognição sumária.

Quando, por exemplo, pretende-se a sustação do protesto como efeito da obtenção da anulação do título, na verdade, não há para a parte o risco de lesão causado pela demora do processo, embora não se duvide do caráter de urgência da medida, e, menos ainda, que a utilização do processo, demorado ou não, perpetuará a situação de risco de dano já existente. Percebe-se, *in casu*, que o risco de dano não foi causado pela demora do processo, senão porque já existia desde que o título teria sido levado indevidamente a protesto. Raciocínio empreendido pelo ilustre Prof. Marcelo Abelha Rodrigues.³⁴

Na realidade, quando o magistrado decide, em caráter temporário, sustar/suspender o protesto de um título de crédito, viabilizado por meio de liminar em sede de cautelar inominada preparatória de uma futura ação declaratória de inexigibilidade de título, ele, com certeza, adentra ao *meritum causae*, não se limitando a uma análise perfunctória da situação.

Assim, pode-se afirmar que a sustação de protesto de título será efetivamente viabilizada por meio de um pedido de tutela antecipada no bojo de uma ação declaratória de inexigibilidade de título, vez que sustando-se o protesto do título, estar-se-á realizando o direito material e não apenas resguardando a viabilização de tal direito.

Existem doutrinadores que aduzem à possibilidade de se estar manejando ação inibitória/preventiva, embasada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal

³⁴ Elementos de Direito Processual Civil, SP: RT, vol. 2, 2000.

Brasileira combinado com o art. 461, do Código de Processo Civil Brasileiro, inclusive com pedido de tutela inibitória antecipada.

Defendemos, dentro da técnica adequada, a utilização de uma ação declaratória de inexigibilidade de título cumulada com pedido de tutela antecipada a ser concedida liminarmente, a fim de obstar protesto indevido de título, eis que o posicionamento acima referido ainda não se encontra assimilado pelos operadores do direito (advogados, juízes, promotores, procuradores etc.).

Entretanto, nos rendemos à cristalina opinião do Prof. Kazuo Watanabe, que aludindo à prática forense pontificou o seguinte:

"Temos notícia de que alguns juízes estão indeferindo a ação cautelar inominada sob o argumento de que foi ela substituída pela tutela antecipatória. Semelhante entendimento, mormente em casos de sustação de protesto, em que o cliente procura o advogado poucas horas antes do término do prazo útil para a postulação da tutela judicial, torna absolutamente impraticável o ajuizamento de uma ação de conhecimento de forma adequada, por não dispor o advogado de todos os elementos e meios de prova a ela correspondentes. Não admitir, em situações assim, que seja aforada a ação cautelar inominada, ao invés da ação de conhecimento com pedido de tutela antecipatória, será ofender o princípio da proteção judiciária que assegura, como acima anotado, acesso à Justiça para a obtenção de tutela que seja efetiva, adequada e tempestiva".³⁵

3. A MITIGAÇÃO ADVINDA DA ATUAL REFORMA PONTUAL PROCESSUAL E A FUNGIBILIDADE DE PEDIDOS.

Hoje, com a atual reforma processual advinda da Lei n. 10.444/02, pode-se afirmar que ocorrera uma certa mitigação entre satisfatividade e cautelaridade, sem, entretanto, confundir-se os requisitos essenciais que as viabilizam.

A redação do novo § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil Brasileiro é a seguinte: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de

³⁵ "Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer – arts. 273 e 461, CPC", Revista de Direito do Consumidor, v. 19, p. 93.

natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

O Prof. Cândido Rangel Dinamarco³⁶ com a acuidade que lhe é peculiar, afirma que se possibilitou verdadeira fungibilidade entre pedidos cautelar e antecipatório.

Imperioso deixar claro, que o autor não deverá sofrer os rigores de uma inapropriada utilização da técnica processual, ou seja, irrelevante será se o mesmo tiver proposto cautelar incidental ou tenha pedido antecipação da tutela, se fizer jus ao adiantamento de seu direito, o magistrado deverá aplicar o princípio da fungibilidade, afastando-se da faculdade indicada pela norma processual.

Se presentes os requisitos da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, o juiz deverá concedê-la.

• Quanto às hipóteses de fungibilidade de pedidos, convém antes delinear os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência.

Em se tratando de tutela cautelar, os requisitos são o *'fumus boni iuris'* e o *'periculum in mora'*. O primeiro indica aparência de um bom direito, ou seja, a plausibilidade do direito da parte que conduz a um juízo de certeza, como bem elucida o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva. O segundo refere-se à temporariedade e indica perigo da demora, ou seja, uma determinada situação de perigo à viabilização da pretensão da parte. Por isso, pode-se dizer que a tutela cautelar familiariza-se com o processo e não com a realização do direito material.

• Há autores que qualificam o processo cautelar como sendo o instrumento do instrumento, conforme preconizou Calamandrei. Diverge de tal entendimento o ilustre processualista gaúcho Ovídio Baptista.

³⁶ A Reforma da Reforma, 2ª ed., SP: Malheiros, 2002.

Se tomarmos por base o entendimento de que a tutela cautelar não satisfaz, podemos, então, afirmar que o processo cautelar é um instrumento do instrumento, ou como bem adjetivou o Prof. Luiz Fux, "um instrumento ao quadrado".³⁷

De outro norte, a tutela antecipada vem carregada de requisitos mais rígidos do que os exigidos para a obtenção da tutela cautelar, quais sejam, 'a prova inequívoca que leva à verossimilhança dos fatos alegados pela parte', 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação', ou 'caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte', esse último requisito refoge ao estudo entabulado no presente trabalho, vez que não se trata de tutela de urgência, como bem delineou o Prof. Arruda Alvim³⁸.

A prova inequívoca seria a certeza quanto ao direito a ser realizado e não uma mera probabilidade que permeia o *fumus boni iuris*, um dos requisitos caracterizadores da tutela cautelar. A verossimilhança seria, grosso modo, concernente a um juízo de veracidade.

Pode-se depreender que o segundo requisito remete ao preceito constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, como dito alhures.

Depois, de traçados perfunctoriamente os requisitos essenciais à concessão de ambas as tutelas, delineados por conceitos vagos, consoante os ensinamentos do Prof. Barbosa Moreira, tratar-se-á, a seguir, das hipóteses de fungibilidade de pedidos antecipatório e cautelar e vice-versa.

A Lei n. 10.444/02, ao acrescentar o § 7º no art. 273, do Código de Processo Civil Brasileiro, previu a possibilidade de conversão de um pedido em outro.

³⁷ Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da tutela antecipada), SP: Saraiva, 1996, p. 44.

³⁸ Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., vol. 2, 2001.

As hipóteses de fungibilidade de pedidos são as seguintes: a) pedido de antecipação de tutela em pedido de natureza cautelar; e b) pedido de natureza cautelar de caráter incidental em pedido de tutela antecipada.

Quanto à primeira hipótese, caso a parte formule pedido de antecipação de tutela e, se se constatar natureza cautelar no pedido formulado, o juiz deverá lançar mão do princípio da fungibilidade de pedidos e empreender a conversão, adequando um pedido no outro. E desde que presentes os requisitos essenciais ao pedido de natureza cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

A recíproca também é verdadeira e reflete a segunda hipótese, em que a parte formula pedido de natureza cautelar de caráter incidental e, *in casu*, trata-se de pedido de tutela antecipada. Esses casos ocorrem quando evidenciadas as impropriamente propaladas 'cautelares satisfativas'. Se presentes os requisitos essenciais da tutela antecipada, o juiz deverá promover a conversão. Nesse aspecto deverá tomar cuidado redobrado, eis que os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais expressivos que os presentes na tutela cautelar.

Convém analisarmos, por exemplo, os casos em que as partes utilizam-se de ações cautelares inominadas preparatórias, a fim de obstar protesto indevido de títulos de crédito. Nesse caso, o juiz deverá aplicar o princípio da fungibilidade, caso entenda ser pedido de tutela antecipada? Caso o magistrado não consiga vislumbrar os requisitos essenciais à conversão, o que fazer?

Em casos de urgência, onde, de acordo com o Prof. Kazuo Watanabe, o advogado não possua condições e elementos para postular adequadamente a tutela de urgência (devido à escassez temporal), o magistrado deverá deferir *in limine* o pedido de natureza cautelar de sustação de protesto indevido de título de crédito, desde que presentes os requisitos essenciais à tutela cautelar, mesmo não

conseguindo vislumbrar os requisitos essenciais à tutela antecipada para empreender uma possível conversão de pedidos, e, desde que respeitados os respectivos procedimentos. Isso, em consonância ao lúcido entendimento do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, de que o processo civil moderno deverá ser tido como um processo civil de resultados para ambas as partes.

De lege ferenda, propõe-se a realização de uma audiência, logo após a concessão da liminar em sede de ação cautelar inominada preparatória, para se constatar a presença dos requisitos da tutela antecipada, aplicando, destarte, o princípio da fungibilidade de pedidos, convertendo o pedido de natureza cautelar em pedido de tutela antecipada, respeitando-se, para tanto, os respectivos procedimentos e os regramentos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários de um devido processo constitucional.

CONCLUSÃO

As tutelas de urgência, no Brasil, são provenientes da garantia constitucional inserta no art. 5º, XXXV, onde consta preceituado o amplo e efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Hoje, faz-se imprescindível a perfeita compreensão das características dimanadas das tutelas de urgência, quais sejam, satisfatividade e cautelaridade, a fim de se evitar o uso indiscriminado e anômalo de tutelas cautelares com natureza satisfativa.

A principal diferença entre uma característica e outra é que em uma, no caso, a satisfatividade, ocorre a realização de um direito material enquanto que na cautelaridade ocorre, tão-somente, a proteção à viabilização de um direito material instrumentalizado num processo dito principal, seja ele cognitivo ou executivo.

A confusão em relação à presença das características é, ainda, marcante. No caso, p. ex., do pedido de sustação de protesto indevido de título de crédito, tem-se verdadeira satisfatividade, entretanto, os operadores do direito (advogados) insistem em manejar ação cautelar inominada preparatória.

Na realidade, a prática, realmente, distancia-se da técnica, vez que em casos de exíguo lapso temporal, os advogados não possuem condições técnicas de postular a adequada tutela jurisdicional, portanto, nesses casos, totalmente viável a aplicação do princípio da fungibilidade de pedidos cautelar e antecipatório.

A recente reforma processual brasileira, trouxe inovações quanto à aplicação do princípio da fungibilidade de pedidos.

Com efeito, imprimiu-se ao magistrado o dever constitucional de promover a conversão entre pedidos antecipatório e cautelar e vice-versa, com as

devidas ressalvas quanto à presença dos requisitos essenciais de cada pedido, evitando-se, assim, sua inviabilização, principalmente, em se tratando de conversão entre pedido de tutela antecipada e pedido de natureza cautelar em sede de ação cautelar inominada preparatória.

Diante da impossibilidade de se vislumbrar, *ab initio*, os requisitos da tutela antecipada, o juiz deverá em homenagem ao amplo e efetivo acesso à ordem jurídica justa, deferir liminarmente a pretensão cautelar, para, após, realizar uma audiência que lhe dê condições de constatar a presença de tais requisitos, possibilitando, destarte, a conversão entre os pedidos, respeitando-se, entretanto, os respectivos procedimentos e o devido processo constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

www.neofito.com.br

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed., SP: RT, 2000, vol. 2.

..... Direito Processual Civil, Coleção: Estudos e Pareceres - II, SP: RT, 2002, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*, SP: Saraiva, Sétima Série, 2001.

..... Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas, RJ: Revista do Ministério Público, n. 14, jul/dez 2001.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Fabris, 1985, trad. Brasileira.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)*. 1ª ed., SP: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 3ª ed., RJ: Forense, 2002.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, SP: RT, 2001, vol. 11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 2ª ed., SP: Malheiros, 2002.

..... Instituições de Direito Processual Civil, SP: Malheiros, 2001, v. 2.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*, SP: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 12ª ed., SP: Saraiva, 1997, 2º volume.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, SP: Malheiros, 1997.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. SP: Ática, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, SP: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 4ª ed., SP: Malheiros, 1998.

..... Tutela antecipatória e julgamento antecipado – parte incontroversa da demanda. 5ª ed., SP: Malheiros, 2002.

..... Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Porto Alegre: Safe, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*, SP: Atlas, 2002.

MUNHOZ SOARES, Rogério Aguiar. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, SP: Malheiros, 2000.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed., RJ: Forense, 1998, vol. VIII – Tomo I.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed., SP: RT, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*, SP: RT, 2000, vol. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 19ª ed., SP: Saraiva, 1998, 2º volume.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed., SP: RT, 1998, v. 3

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo legal – Due Process of Law, Minas Gerais: Del Rey, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro - No limiar do novo século, RJ: Forense, 1999.

..... *Processo Cautelar*. 19ª ed., SP: Leud, 2000.

WATANABE, Kazuo. "Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer", in *Direito do Consumidor*, vol. 19.

ANEXO

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

LEI Nº 10.444, DE 7 DE MAIO DE 2002.

Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de
1973 -Código de Processo Civil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os artigos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.273

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5o, e 461-A.

.....

§ 6o .A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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." (NR)

"Art. 275.

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; (NR)

"Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."(NR) "Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4o, e 461-A)." (NR)

"Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes

corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2º. Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador."(NR)

"Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo."(NR)

"Art. 624. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos."(NR)

"Art. 627.

§ 1º Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exequente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos."(NR)

"Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo."(NR)

"Art. 659.

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial!.

§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário."(NR)

"Art. 814.

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso,

condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se."(NR)

Art. 2o A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 461-A:

"Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1o Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2o Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3o Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6º do art. 461." (NR)

Art. 3º. A Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a denominar-se "Da Audiência Preliminar".

Art. 4º. O art. 744 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu **caput** com a seguinte redação:

"Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias. (NR)

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de maio de 2002; 181o da Independência e 114o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Miguel Reale Júnior

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.5.2002